THÈSE

Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE POITIERS
UFR de droit et sciences sociales
Équipe de Recherche en Droit privé (Poitiers)
(Diplôme National - Arrêté du 25 mai 2016)

École doctorale : Droit et science politique - Pierre Couvrat (Poitiers)
Secteur de recherche : Droit privé et sciences criminelles

Cotutelle : Université du Tchad

Présentée par :
Allatan Ndordji

Théorie des risques et transfert de propriété.

Comparaison des droits français, de l'OHADA et du commerce international

Directeur(s) de Thèse :
Hélène Boucard, Benjamin Djikoloum

Soutenue le 24 janvier 2018 devant le jury

Jury :

Président	**Florence Deboissy**	Professeur - Université Bordeaux 4
Rapporteur	**Florence Deboissy**	Professeur - Université Bordeaux 4
Rapporteur	**Guillaume Wicker**	Professeur - Université de Bordeaux
Membre	**Hélène Boucard**	Professeur - Université de Poitiers
Membre	**Benjamin Djikoloum**	Maître de conférences HDR - Université de N'Djamena (Tchad)

Pour citer cette thèse :
Allatan Ndordji. *Théorie des risques et transfert de propriété. Comparaison des droits français, de l'OHADA et du commerce international* [En ligne]. Thèse Droit privé et sciences criminelles. Poitiers : Université de Poitiers, 2018. Disponible sur Internet <http://theses.univ-poitiers.fr>

UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES
ÉCOLE DOCTORALE
DROIT ET SCIENCE POLITIQUE PIERRE COUVRAT — ED 088

THÉORIE DES RISQUES ET TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

COMPARAISON DES DROITS FRANÇAIS, DE L'OHADA ET DU COMMERCE INTERNATIONAL

Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles
présentée et soutenue publiquement le 24 janvier 2018
par

Monsieur Allatan NDORDJI

DIRECTEUR DE RECHERCHE
Madame Hélène BOUCARD
Professeur à l'Université de Poitiers

CODIRECTEUR DE RECHERCHE
Monsieur Benjamin Benan DJIKOLOUM
Maître de conférences HDR
à l'Université de N'Djamena (Tchad)

SUFFRAGANTS
Madame Florence DEBOISSY
(rapporteur)
Professeur à l'Université de Bordeaux

Monsieur Guillaume WICKER
(rapporteur)
Professeur à l'Université de Bordeaux

THÉORIE DES RISQUES ET TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ.
COMPARAISON DES DROITS FRANÇAIS, DE L'OHADA ET DU COMMERCE INTERNATIONAL

La théorie des risques est un contenant dont le contenu est constitué des maximes d'origine romaine, imaginées pour caractériser les conséquences juridiques de l'inexécution de l'obligation contractuelle due à la survenance de l'événement de force majeure. Suivant ces maximes dénommées en latin *res perit debitori*, *res perit creditori* et *res perit domino*, les conséquences préjudiciables de l'inexécution de l'obligation sont supportées, soit par le débiteur de cette obligation, soit par son créancier, ou par la personne à laquelle appartient la chose, objet de cette obligation, fortuitement détruite.

Un regard comparatif sur les droits positif français, de l'OHADA et la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, révèle la dominance de la règle *res perit domino* dans la conception de la résolution de la question des risques. Cette conception donne lieu à deux typologies de solutions de la charge des risques : l'application d'une règle considérée comme un principe consiste à libérer les contractants de leurs obligations réciproques en raison de l'inexécution fortuite d'une obligation ; un autre type de règles est consacré à des hypothèses dans lesquelles une seule partie contractante est déclarée libérée. L'examen de ces deux typologies de solutions révèle une redondance dans leur coexistence, et particulièrement flagrante dans les systèmes de l'OHADA et de la Convention de Vienne du 11 avril 1980. Les règles considérées comme dérogatoires constituent une simple reprise *a contrario* du principe.

Cette redondance s'avère la conséquence de la même conception de la résolution de la question des risques dans les trois systèmes juridiques. Les solutions de la charge des risques sont réputées, dans l'opinion répandue, différentes suivant ces trois systèmes juridiques ; mais cette différence ne tient qu'à leur apparence. À les examiner de près, leur similitude est surprenante ; ces solutions découlent de la même conception et sont susceptibles des mêmes critiques. Parmi les trois maximes latines, on observe une nette dominance de la réception de la règle *res perit domino* : les risques pèsent sur la personne à laquelle la chose appartient au moment de sa perte. La règle consistant dans l'association des risques au transfert de la propriété s'observe de façon générale dans les trois systèmes juridiques. Cette conception du traitement de la question des risques a tendance à générer des règles inappropriées. Elle se répand à partir du droit positif français résultant de l'analyse dominante de certaines dispositions du Code civil de 1804, dont l'exactitude doit être éprouvée.

Cette thèse présente le modèle incompris de ce Code, après une présentation des différentes solutions issues des trois systèmes juridiques ; elle invite par conséquent à restaurer la vision des codificateurs, porteuse des solutions naturelles, appropriées à la question des risques. La thèse met en évidence la relation entre la charge des risques et l'obligation de délivrance dans le système du Code civil de 1804. Elle démontre la finalité du mécanisme de transfert *solo consensu* de la propriété, laquelle ne consiste nullement à attribuer les risques l'acquéreur. La règle *res perit domino* n'existe pas en réalité dans le Code civil de 1804. Ce Code fait référence à la règle *res perit debitori* pour caractériser l'hypothèse dans laquelle la perte fortuite de la chose libère les contractants de leurs obligations réciproques. On y rencontre également la règle *res perit creditori,* mais qui diffère, du point de vue de son fondement, de celle issue du droit romain. Il convient de promouvoir les solutions naturelles incomprises du Code civil de 1804, dont l'analyse est renouvelée dans cette thèse. Le système de ce Code ignore la règle *res perit domino* ; celle-ci n'y est entrée en réalité que par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Mots-clés

Contrat — Obligation — Délivrance — Conservation — Propriété — Transfert — Transfert des risques — *Res perit domino* — *Res perit creditori* — *Res perit debitori* — Transfert s*olo consensu* de propriété — OHADA — Convention de Vienne du 11 avril 1980

ÉQUIPE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ (ERDP — EA 1230)

Faculté de droit et des sciences sociales — Université de Poitiers
Bâtiment n° E 9 — 43 place Charles de Gaulle — TSA 81100
86073 Poitiers cedex 09

RISK THEORY AND TRANSFERT OF OWNERSHIP.
COMPARISON OF FRENCH LAW, OHADA LAW AND INTERNATIONAL TRADE LAW

Abstract

The risk theory is inspired by Roman legal maxims which purpose is to determine the legal consequences of non-compliance with the contractual obligation in case of *force majeure*. Pursuant to the *res perit debitori*, *res perit creditori* et *res perit domino* maxims consequences of the non-compliance of the contractual obligations are born either by the debtor of the obligation, by the creditor or by the good owner.

A comparative overview of French law, the OHADA Convention and the Vienna Convention of 11 April 1980 on contracts for the international sales of goods demonstrates the superiority of the *res perit domino* principle in the conceptions for the resolution of the risk matter. According to this approach, existing law is based on two sets of solutions for the determination of the party who has to bear the risk: the application of a principle releasing the parties from their mutual obligations by virtue of the accidental non-compliance with the contractual obligations; the application of rules where only one party is released from his/her obligations. The examination of both sets of solutions shows inconsistencies which are particularly visible in the OHADA and Vienna Convention systems. Rules *a priori* considered as being derogatory are in fact a mere *a contrario* application of the principle.

This inconsistency is the result of the way the risk matter is being addressed by the three legal system subject to the study. According to a widespread belief, the solutions differ. However, the difference is only apparent. A close look indicates indeed that their similarities are not unexpected. All the solutions stem from the same system of reasoning and, therefore, are subject to the same criticisms. Among the three Latin maxims, the *res perit domino* definitely prevails. Risks are borne by the owner of the good at the time of its loss. The rule associating the risks with the transfer of property is applicable in the three systems. This approach of the burden of risk is the cause of ill-adapted rules. It emerged in French law on the basis of the interpretation of 1804 Civil code provisions. This interpretation will be discussed by the thesis.

After a general presentation of the solutions implemented by the three systems, the objective of this doctoral thesis is to explore the misunderstandings on the *ratio legis* of French civil code. The thesis restores the original view of the French codifiers, who were promoting solutions fitted to the risk theory. The thesis underlines the connection between the burden of risk and the obligation to deliver as provided by the French Civil code of 1804. The thesis demonstrates the ultimate goal of the property transfer mechanism *solo consensus* which is not to have the risk borne by the buyer. The *res perit domino* rule is in fact not to be found in the French civil code of 1804. It only refers to the *res perit debitori* in order to characterize the case where the accidental loss of the good releases the parties from their mutual obligations. The *res perit creditori* lays on different foundations. Therefore, it is necessary to promote a renewed understanding of the unknown original solutions of 1804. The French civil code system ignores the *res perit domino* rule. It became applicable only through Ordinance 2016-131 of 10 February 2016 reforms contract law and rules on proof.

Keywords

Contract — Obligation — Delivery — Conservation — Property — Transfer — Risk transfer — *Res perit domino* — *Res perit creditori* — *Res perit debitori* — *Solo consensu* property transfer — OHADA — Vienna Convention

L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À mes parents, frères et sœurs.

Remerciements

Je remercie toute l'équipe de l'ERDP non seulement pour les cinq années passées en son sein, mais aussi pour son partenariat avec l'Université de N'Djamena, m'ayant permis de faire les études de master puis de doctorat.

Je tiens à remercier en particulier :

Madame Elsa Berry, une femme très gentille. Grâce à elle, j'ai pu accéder aux études de master puis de doctorat ;

Madame Hélène Boucard, ma directrice de thèse. Son investissement sans commune mesure m'a permis de mener à terme mes recherches ; elle m'a fourni toute la documentation dont j'ai besoin ; elle a été à mon écoute durant toutes les cinq années de mes recherches, très soucieuse de me faire avancer dans mes recherches ; elle réagissait de façon prompte à mes sollicitations, elle à été très sensible à mes conditions de travail, que ce soit à Poitiers ou au Tchad. Elle a fait montre d'une grande patience et indulgence à mon égard ;

Monsieur Eddy Lamazerolles, mon codirecteur de thèse. Il est associé à la direction de ma thèse en plein milieu de recherches, mais son apport est aussi très remarquable et pertinent.

Je tiens aussi à remercier certaines personnes extérieures de l'équipe ERDP dont j'ai bénéficié des services et conseils. Il s'agit notamment de :

Madame Emmanuelle Chevrier, une femme très gentille ; elle a été très sensible aux situations des doctorants en général et étrangers en particulier lorsqu'elle assumait la fonction d'ingénieur de l'École doctorale. J'ai bénéficié de son aide dans toutes les difficultés liées à mes recherches. Elle ne se réserve pas de me prodiguer des conseils nécessaires. Ses derniers conseils lors de ma dernière audition par le Comité de suivi de thèse m'ont marqué.

Monsieur Rémy Lérignier. Il m'a aidé tout au long de mes recherches à résoudre mes difficultés avec l'informatique. Il a fait montre de beaucoup de gentillesse et d'indulgence à mon égard ; il a traité mon texte avec enthousiasme

Du côté de l'Université de N'Djamena, je remercie le Doyen de la Faculté de sciences juridiques et politiques, Monsieur Benjamin Benan Djikoloum, mon codirecteur de thèse. Il a été à mon écoute tout au long de mes travaux de recherche ; il n'hésite pas à me prodiguer de conseils ; en dehors de son rôle de codirecteur, il m'a beaucoup aidé dans ma situation particulièrement difficile de cotutelle.

SOMMAIRE

INTRODUCTION **15**

PARTIE I. LA SÉPARATION SIMPLEMENT OCCULTÉE PAR LA DÉLIVRANCE INSTANTANÉE **93**

TITRE I. LA FINALITÉ DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ *SOLO CONSENSU* **101**

CHAPITRE I. LES ORIGINES DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ *SOLO CONSENSU* 105

CHAPITRE II. LA CRITIQUE DE L'ASSOCIATION DE LA CHARGE DES RISQUES AU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ 169

TITRE II. ATTRIBUTION DE LA CHARGE DES RISQUES PAR LA DÉLIVRANCE *SOLO CONSENSU* **211**

CHAPITRE I. LA VENTE EN DISPONIBLE ORDINAIRE 215

CHAPITRE II. LA VENTE AVEC FACULTÉ D'EXPÉRIMENTATION 267

PARTIE II SÉPARATION APPARENTE RÉSULTANT DE L'APPARITION DE LA DÉLIVRANCE **311**

TITRE I. L'APPARITION DE LA DÉLIVRANCE RÉSULTANT DE LA VOLONTÉ DES PARTIES CONTRACTANTES **315**

CHAPITRE I. LA CHARGE DES RISQUES ATTRIBUÉE EN CONSIDÉRATION EXCLUSIVE DE LA DÉLIVRANCE 319

CHAPITRE II. LA CHARGE DES RISQUES DANS LA DÉLIVRANCE SOUMISE À UN TERME OU UNE CONDITION 385

TITRE II. L'APPARITION DE LA DÉLIVRANCE RÉSULTANT DE L'ÉTAT DE LA CHOSE **431**

CHAPITRE I. CHOSES DE GENRE DE L'ARTICLE 1585 DU CODE CIVIL 435

CHAPITRE II. CHOSES FUTURES 533

CONCLUSION GÉNÉRALE **599**

BIBLIOGRAPHIE **607**

INDEX **635**

TABLE DES MATIÈRES **645**

LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES

Al. ..... Alinéa
Art. ..... Article
Bull. civ. ..... Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
CA ..... Cour d'appel
Cass. Ass. plén. ..... Assemblée plénière de la Cour de cassation.
Cass. Ch. mixte ..... Chambres mixtes de la Cour de cassation française
Chr. ..... Chronique
Civ. ..... Chambre civile de la Cour de cassation
Coll. ..... Collection
Com. ..... Chambre commerciale de la Cour de cassation
CVIM ..... Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises
D. ..... Recueil Dalloz
D.H. ..... Recueil Dalloz hebdomadaire
Diff. ..... Diffusion
Dir. ..... Direction
DP ..... Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine
DPCI ..... Droit et pratique du commerce international
Éd. ..... Édition
Fasc. ..... Fascicule
GAJC ..... Grands arrêts de la Jurisprudence civile
Gaz. Pal. ..... Gazette du Palais
IR ..... Informations Rapides
J.-CL. Civ. ..... JurisClasseur civil
JCP ..... La Semaine juridique
JCP E ..... La Semaine juridique édition entreprise
JCP G ..... La Semaine juridique édition générale
JDI ..... Journal du droit international (Clunet)
Jur. ..... Jurisprudence
LGDJ ..... Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA ..... Les Petites Affiches
LUVI ..... Convention de la Haye de 1964 portant Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers et corporels
M. ..... Monsieur
MM. ..... Messieurs
Mme ..... Madame
Obs. ..... Observations
Pan. Jur. ..... Panorama de jurisprudence
Prof. ..... Professeur
PUAM ..... Presse universitaire d'Aix-Marseille
Puf ..... Presses universitaires de France
PUG ..... Presses universitaires de Grenoble
RDC ..... Revue des contrats

RDI ..... Revue de droit international
Rép. civ. Dalloz ..... Répertoire civil Dalloz
Req. ..... Chambre de requête de la Cour de cassation française
Rev. ..... Revue
Rev. crit. lég. et jur. ..... Revue critique de législation et de jurisprudence
RIDC ..... Revue internationale de droit comparé
RLDC ..... Revue Lamy droit civil
RRJ ..... Revue de la Recherche Juridique — Droit prospectif
RTD civ. ..... Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. ..... Revue trimestrielle de droit commercial
S. ..... Sirey, Recueil général des lois et des arrêts
Soc. ..... Chambre sociale de la Cour de cassation française
Somm. ..... Sommaire
Spéc. ..... Spécialement
Suiv. ..... Suivant(s)
TPI ..... Tribunal de première instance
Trad. ..... Traduction
Trib. ..... Tribunal
Trib. com. ..... Tribunal de commerce
Vol. ..... Volume

INTRODUCTION

1. **Approche.** Un regard comparatif sur les droits positifs français, de l'OHADA [1] et du commerce international, notamment la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 [2] (CIVM), révèle l'influence du premier de ces systèmes juridiques sur les derniers, en ce qui concerne la conception de la résolution de la question des risques. Une relation étroite entre la charge des risques et le droit de propriété s'avère remarquable dans les solutions issues de ces trois systèmes juridiques. Cette partie introductive de cette écriture sera constituée de la présentation de cette relation, renfermant des solutions très critiquables, en vue d'en venir à consacrer entièrement le développement qui s'ensuivra à une proposition d'un modèle cohérent résultant d'une analyse renouvelée et incomprise du système du Code civil Napoléon de 1804. Autrement dit, il s'agit ici de succincts rappels et de critiques des solutions de la charge des risques en vigueur dans les droits positifs français, de l'OHADA et du commerce international, notamment dans la

---

1 L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Elle est créée par quatorze États francophones d'Afrique par un Traité adopté le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice) : le Benin, le Burkina Faso, le Cameroun, la République Centrafricaine, la République Fédérale islamique de Comores, le Congo, la Côte-d'Ivoire, le Gabon, la Guinée Équatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad et le Togo. Le Traité est modifié et adopté le 17 octobre 2008 au Québec (Canada) par : le Benin, le Burkina Faso, le Cameroun, la République Centrafricaine, la République Fédérale islamique de Comores, le Congo, la Côte-d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Équatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad et le Togo. L'OHADA est ouverte à l'adhésion d'autres États. Elle regroupe 17 États membres de nos jours, dont la République Démocratique du Congo (RDC).

L'OHADA est chargée de réaliser les tâches prévues par le Traité (art. 3 du Traité). Les lois élaborées sur la base du Traité sont adoptées par les États membre sous la qualification d'Actes uniformes (art. 5 du Traité). Ceux-ci sont directement applicables dans les États parties (art. 10 du Traité) à compter de quatre-vingt-dix jours après leur publication au Journal officiel de l'OHADA (art. 9 du Traité). Ils abrogent toute disposition contraire, antérieure ou postérieure, de droit interne (art. 10 du Traité). Neuf Actes uniformes sont en vigueur de nos jours : l'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives, l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, et l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

Pour la réalisation des tâches prévues par le Traité, l'OHADA repose sur les institutions : la Conférence des Chefs d'États et de gouvernements, le Conseil des ministres (organe politique), le Secrétariat permanant (organe exécutif), la Cour commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) et l'École Régionale Supérieure de la magistrature (ERSUMA).

La CCJA est une juridiction suprême chargée de contrôler l'application des textes de l'OHADA par les juridictions de fond, lesquelles sont celles des États parties (art. 13 du Traité). Elle assure deux fonctions : consultative et contentieuse. Elle peut être consultée par tout État partie, par le Conseil des ministres et par les juridictions nationales sur toute question concernant l'application des textes de l'OHADA (art. 14 du Traité). Elle exerce une fonction contentieuse lorsqu'elle est saisie par voie de recours contre une décision rendue par les juridictions de première instance et d'appel des États parties.

2 Convention des Nations Unies réglementant le contrat de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) (CVIM), adoptée le 11 avril 1980, entrée en vigueur le 1er janvier 1988. Disponible en ligne : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html.

CVIM. Cependant, le volume des éléments essentiels devant être mis en exergue ici donnera lieu à une partie introductive relativement longue.

2. **L'événement causal du risque.** En effet, la théorie des risques évoque à titre principal les phénomènes naturels devant lesquels l'incapacité de l'homme est avérée. La nature renferme des phénomènes d'origines diverses qui démontrent que l'homme ne peut être maître de la nature, mais plutôt un simple élément soumis à loi de la nature. L'homme est ainsi amené à se soumettre aux caprices de la nature en vue de son bien-être. Toute tentative de l'homme d'assujettir la nature voue toujours à l'échec. Certains de ses propres faits sont assimilés, à son égard, aux phénomènes naturels [3]. Il existe ainsi des phénomènes aussi bien naturels qu'artificiels qui limitent ses prétentions, sa capacité, son effort ou, en général, son domaine d'action ; l'homme n'arrive pas à les dominer. Il ne peut rien lorsqu'ils surviennent [4]. La loi de la nature intervient ainsi dans la direction des activités de l'homme, indépendamment de la volonté de celui-ci.

3. **Du point de vue juridique.** Le droit fait alors en son sein une large place à ces phénomènes [5]. Ceux-ci produisent, du point de vue juridique, deux sortes d'effets sur l'action humaine. Leur survenance peut induire chez l'homme soit un agissement ou un empêchement [6]. Ainsi, en matière délictuelle, ils entraînent en général l'homme dans un acte positif, autrement dit, dans une action inattendue de conséquences préjudiciables à l'égard d'autrui [7]. L'acte dommageable résulte d'une force extérieure à son auteur ; celle-ci agit en l'homme. Dans le domaine contractuel, en revanche, leur survenance empêche le débiteur d'une obligation d'agir, c'est-à-dire de fournir la prestation à laquelle il s'est

---

3 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 212 : « *[…] la grève […], les agressions à main armée… Bien d'autres circonstances peuvent, pareillement, être prises en compte. Par exemple, la guerre, ou le "fait du prince", l'intervention impérative de l'autorité publique, […], le déraillement d'un train…* » ; P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 9e éd., Dalloz, 2014, p. 79 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 15e éd., par V. LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, 2017, n° 2391. A. SÉRIAUX, « Res perit domino », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 387, spéc., p. 388.

4 A. SÉRIAUX, « Res perit domino », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 387.

5 *Ibid*., p. 387 : « *La justice des hommes doit savoir composer avec l'arrêt des dieux. Le redresseur de torts qui sommeille en tout juriste se heurte tôt ou tard à ces situations, heureuses ou malheureuses mais de pur fait, où la part de liberté (et de responsabilité) humaine s'avère si infime qu'elle en devient négligeable. Quand ils s'immiscent dans nos vies, le sort, la destinée, l'heur, le hasard, la nécessité — de quelque nom qu'on voudra les nommer — deviennent pour nous les plus impérieuses des lois. Le* fas *crucifie le* ius *et il ne reste plus à celui-ci qu'à prendre acte de celui-là. La théorie des risques en constitue une illustration particulièrement notable.* »

6 Les termes de l'ancien article 1148 du Code civil.

7 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 15e éd., par V. LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, 2017, n° 2138 : « *[…] lorsqu'il n'y a pas de contrat ? La réponse traditionnelle et admise depuis toujours fait appel à la notion de faute. Il est normal pour tout un chacun que celui qui cause un dommage par sa faute, engage sa responsabilité.* »

volontairement engagé [8]. En raison de l'incapacité de l'homme à l'égard aussi bien de leur survenance que de leurs conséquences, ces événements ont par principe pour effet juridique, de légitimer son action, son inaction, ou en général son comportement. La théorie des risques renvoie spécifiquement à leurs conséquences sur les patrimoines des parties contractantes [9], notamment à la façon dont le droit les résout [10].

4. **Polysémie du terme de risque**. Il demeure cependant que le terme de « *risque* » ne désigne pas, en droit, une réalité uniforme [11]. Il se rapporte à une situation d'une grande variété. Ce terme désigne ainsi, en droit d'assurance, l'événement dommageable contre lequel la police d'assurance est souscrite [12]. Il s'emploie également dans d'autres domaines juridiques [13], notamment en droit administratif, en droit du travail et en droit de la responsabilité civile délictuelle pour caractériser les hypothèses de responsabilité sans faute [14], ou objective [15] ; son apparition à côté de la notion de faute, en droit de la responsabilité civile délictuelle est relativement récente [16]. Il caractérise la dangerosité de certaines activités créées [17]. L'auteur

---

8 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, 6e éd., Litec, 1998, n° 2000.

9 A. SÉRIAUX, « Res perit domino », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 387 : « *Quel qu'en soit le point d'application, la notion de risque évoque toujours dans la langue du droit les conséquences d'un événement fortuit ou aléatoire, qui ont peut-être des côtés heureux mais dont on ne retient que l'aspect négatif : les pertes pécuniaires ou les souffrances personnelles de qui s'en voit frappé* ». O. DESHAYES, « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, 2009, n° 1 : « *Sous l'appellation énigmatique de "théorie des risques", les juristes français regroupent les règles fixant le sort des contrats en cas d'impossibilité d'exécution des obligations procédant de la survenance d'un cas de force majeure […]. La théorie des risques est donc une théorie du contrat. Plus exactement une théorie des effets de la force majeure sur le contrat.* »

10 P. REMY-CORLAY, obs. sur Civ. 1re, 30 juin 2004 et Com., 11 février 2004, *RTD civ*. 2005, p. 354 : « *En droit des contrats, contrairement au droit du délit, la question de la force majeure est une question de répartition des risques entre les parties.* »

11 O. DESHAYES, « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, 2009, n° 2 : « *Le rattachement de la théorie des risques à la matière contractuelle permet une clarification et en appelle une autre. […], la théorie des risques ne doit pas être confondue avec la théorie du risque, selon laquelle l'exploitant d'une activité créant un risque de dommage est responsable délictuellement, même sans faute, des préjudices causés par la réalisation de ce risque […].* »

12 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11e éd., Puf. Le terme sinistre caractérise la réalisation de cet événement.

13 P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 9e éd., Dalloz, 2014, p. 28 : « *Le droit des accidents du travail, puis celui des accidents de la circulation et des accidents médicaux, sont parmi les meilleures illustrations des responsabilités engagées en cas de dommages accidentels nés de "situations à risques".* »

14 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11e éd., Puf.

15 P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 9e éd., Dalloz, 2014, p. 10 et suiv.

16 Ph. LE TOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *RTD civ.* 1988, p. 505 : « *La théorie du risque, mise en lumière à la fin du siècle dernier, a eu tendance, en se développant, à supplanter la notion de faute. Avec elle, les questions de responsabilité deviennent de simples problèmes objectifs, qui se réduisent à la recherche d'un rapport de causalité ou même, depuis peu, "d'implication" (L. du 5 juill. 1985, art. 1er).* » ; P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 9e éd., Dalloz, 2014, p. 11.

d'une telle activité doit répondre des dommages en résultant pour autrui, car son exercice, bien que non prohibé, présente en soi un risque de dommage à l'égard de la société [18]. En matière de responsabilité contractuelle, le terme de risque s'emploie au contraire pour caractériser l'absence de faute du débiteur de l'obligation inexécutable. En ce dernier sens, il lui est préféré, en droit commun de la responsabilité civile délictuelle, le terme de « *causes d'exonération de responsabilité* » . Ainsi, le même concept caractérisé par le terme de « *risque* » dans le domaine contractuel, reçoit une appellation différente en droit commun de la responsabilité civile délictuelle. Le terme de « *causes d'exonération de responsabilité* » paraît ici le seul approprié.

5. **Portée des risques suivant les domaines**. En effet, sous une force extérieure, l'homme pose ici en général un acte positif attentatoire soit à l'intégrité corporelle d'autrui soit au patrimoine de celui-ci. Outre le fait qu'il peut mettre en cause l'intégrité physique de la victime, cet agissement involontaire peut porter atteinte à un patrimoine existant ; il diminue celui-ci. En général, il n'est pas dans l'esprit de la victime d'une telle atteinte, d'encourir un risque par une activité quelconque ; elle ne s'est engagée à aucune éventualité fâcheuse caractérisée par le terme de risque. Elle ne s'attend donc d'aucune façon à la survenance de celle-ci. En revanche, dans le domaine du contrat s'inscrivant dans la durée, cette force extérieure empêche le débiteur d'une obligation de s'en acquitter ; elle empêche l'augmentation du patrimoine du créancier. Autrement dit, elle entraîne, dans le domaine contractuel, l'impossibilité de créer un élément patrimonial, alors qu'elle a vocation à supprimer un élément déjà existant en matière délictuelle.

6. **L'emploi du terme de risque**. De cette nuance semble découler non seulement que la définition de l'événement causal du risque diffère selon les cas [19], mais aussi que l'emploi du

---

17 P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 9e éd., Dalloz, 2014, p. 28 : « *Le fondement du droit à réparation n'est plus une faute à l'origine du dommage — il n'y en a peut-être pas -, mais le risque, dont l'accident n'est que la réalisation. C'est en effet cette idée de risque qui justifie, dans certains domaines d'activité générant des dangers, l'indemnisation des dommages accidentels : le dommage est réparable parce qu'il réalise un risque qu'une personne doit prendre en charge, et cela indépendamment de toute faute à l'origine du dommage.* »

18 A. SÉRIAUX, « Res perit domino », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 387 : « *La tâche de prévention incombe d'ordinaire à toute personne dont l'activité est source de risques pour les autres, qu'il s'agisse des gens qu'elle emploie ou des tiers avec lesquels elle entre en relation.* »

19 P. JOURDAIN, note sous Cass. ass. plén., 14 avril 2006, *D.* 2006, p. 1577, spéc. p. 1579 : « *Un autre enseignement des arrêts réside dans le moment de l'appréciation de l'imprévisibilité en matière contractuelle. Dans l'affaire relative à la maladie du débiteur, la Haute juridiction rappelle que c'est au moment de la conclusion du contrat que cette appréciation doit se faire, alors que l'irrésistibilité est requise lors de son exécution. Cette solution, qui est constante en jurisprudence, diffère de celle retenue en matière délictuelle, car l'imprévisibilité de l'événement de force majeure y est appréciée au moment du fait dommageable ou en tout cas dan le temps qui précède immédiatement l'action.* » ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 15e éd., par V. LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, 2017, n° 2394.

terme de risque paraît inapproprié dans le domaine délictuel. Le terme commun de « *causes d'exonération de responsabilité* » apparaît seul approprié. Celui de risque paraît en effet refléter l'aléa latent qui entoure toujours le succès de la volonté humaine ; contracter c'est évidemment en soi prendre un risque [20]. La formation du contrat engendre des dépenses, mais la réalisation des obligations contractuelles n'est pas à l'abri des éventualités [21]. Le risque d'inexécution du contrat est permanent [22]. Celui-ci constitue aussi l'objet de la crainte des contractants, ce qui démontre d'ailleurs leur vigilance souvent accrue ou leur prudence surtout lors de la conclusion des contrats [23]. La survenance d'un empêchement indépendant des parties entraînant l'inexécution du contrat, apparaît comme s'inscrivant dans la suite de ce risque [24]. Le terme de risque traduit la non-imputabilité de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Cette inexécution doit résulter d'une cause spécifique qu'il semble nécessaire de présenter ici. Les droits français et uniformes emploient différentes terminologies pour désigner cette cause, c'est-à-dire l'événement producteur du risque. Il sera présenté, d'une part, cet événement sous le terme de force majeure (Section I), qui paraît le plus approprié, et d'autre part, le traitement juridique de ses conséquences sur le contrat, autrement dit, du risque (Section II).

SECTION I.
LA FORCE MAJEURE

7. **La force majeure, ses définitions et le fait d'un tiers absolu.** La force majeure constitue une terminologie générique par laquelle la cause du risque est désignée. Elle découle ainsi d'un événement bien déterminé. Il est rappelé ci-dessus que le terme de risque

---

20 J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481, n° 1 : « *Système de relations durables préféré au jeu de relations instantanées, le contrat rencontre les inconnues du lendemain et implique la contrainte destinée à les maîtriser ; sans cette perception et cette réponse, le contrat en tant que matrice d'obligations n'existerait pas et les relations économiques se feraient au jour le jour, à la pièce, à l'unité d'objet, de temps et de lieu. L'organisation conventionnelle a pour but et effet de substituer le dû au spontané et d'établir cette discipline par le jeu de liens, le recours à des obligations* » ; M. FONTAINE, « Les contrats internationaux à long terme », in *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 263.

21 J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481, n° 2.

22 J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 2e éd., Éditions Francis Lefebvre, 1999, n° 7, p. 25 : « *Il s'agit d'organiser des relations entre opérateurs, de prévoir ce que chacun devra faire selon un scénario prévisionnel et de répartir entre eux les risques qu'une telle initiative emporte […]. Le droit, en effet, n'est pas, principalement, une méthode de solution — non plus d'ailleurs que de prévention — des conflits portés devant un juge mais, l'englobant, une technique d'organisation des relations sociales.* »

23 J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481, n° 5 : « *La prise en compte des risques se fait, d'abord, à la formation même du contrat. Le souci de risques encore très chauds conduit les partenaires à différer sa conclusion jusqu'à ce qu'un certain nombre d'inconnues, d'aléas soient écartés.* »

24 *Ibid.*, n° 2 : « *Par "risque" nous entendrons […] considérer en état d'éventualité au jour de la conclusion du contrat, toute déviation par rapport à la ligne tracée, au projet initial social, économique ou financier dont les parties étaient initialement convenues.* »

caractérise juridiquement ses conséquences dommageables sur les avantages attendus du contrat. Bien que les travaux de recherche s'intéressent ici plutôt aux solutions juridiques réservées à ces conséquences, il paraît nécessaire de présenter au préalable la structure de l'événement de force majeure. Les droits français et uniformes présentent chacun une définition de la force majeure (§ 1). Toutes les définitions fournies renferment les caractéristiques (§ 2) par lesquelles cet événement s'identifie. Par ailleurs, on ne peut pas se passer de l'assimilation du fait d'un tiers absolu à la force majeure. En effet, les droits positifs français et uniformes semblent assimiler le fait d'un tiers absolu à la force majeure. Cette assimilation doit être rejetée. La force majeure sera alors séparée du fait d'un tiers absolu (§ 3).

§ 1. LES DÉFINITIONS DE LA FORCE MAJEURE

8. **Les terminologies.** Le cas de force majeure est défini dans des terminologies plus ou moins différentes selon qu'il s'agit du droit de l'OHADA (A), de la CVIM (B) , ou du droit français (C).

A. Le droit de l'OHADA

9. **Définition.** Aux termes de l'article 294 de l'Acte uniforme portant droit commercial général, « *une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure. Constitue un cas de force majeure tout empêchement indépendant de la volonté et que l'on ne peut raisonnablement prévoir dans sa survenance ou dans ses conséquences* ».

10. **Formulation maladroite.** On peut relever une maladresse certaine dans cette formulation [25]. Il ne semble pas douteux que le fait d'un tiers ainsi que la force majeure résultent de cette disposition comme des espèces de l'empêchement [26]. La première phrase de ce texte porte cette présentation. Le terme d'empêchement désigne ainsi un genre ; mais on observe que ce genre n'est défini nullement [27]. L'exigence de son seul caractère

---

25 À propos de l'ancien article 267, A. P. SANTOS, et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, « Droit uniforme africain », Bruylant Bruxelles, 2002, n° 674 : « *A priori, la formulation de l'article 267 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général paraît surprenante dans la mesure où elle semble s'écarter quelque peu de la notion de force majeure en droit commun.* »

26 *Ibid*., n° 674 : « *[…], le fait d'énumérer dans l'article 267 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général la force majeure et le fait du tiers constitue une indication quant au sens qu'il convient de donner à l'* "empêchement indépendant de la volonté du débiteur*"*. »

27 Le terme d'empêchement est repris de la CVIM, *Ibid*., n° 674 : « *Ayant repris le texte de l'article 79 de la Convention de Vienne, le législateur n'a pas cru devoir reproduire tous les éléments caractérisant l'impossibilité d'exécution, à savoir l'imprévision et l'irrésistibilité traduite par la formule "*que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle, qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences*"*. »

indépendant de la volonté du débiteur [28], ne suffit pas à remplir sa définition. L'empêchement étant présenté comme générique, il requiert une définition au regard de laquelle ses espèces peuvent être identifiées. Il est d'ailleurs du bon sens que tout empêchement indépendant de la volonté du débiteur n'est pas en soi suffisant à exonérer celui-ci de son obligation [29]. Cela est d'autant vrai que le caractère indépendant de l'événement est cumulé avec un autre dans la définition de la force majeure.

En effet, dans l'article 294 de l'Acte uniforme portant droit commercial général, seul le cas de force majeure, faisant figure de l'une des espèces archétypes de l'empêchement, apparaît comme défini. La deuxième phrase de cette disposition présente exclusivement la définition de la force majeure. On ne comprend pas alors la logique consistant à définir plutôt l'espèce au lieu du genre. En toute logique, c'est l'espèce qui devrait emprunter les caractères du genre, mais pas l'inverse [30]. En outre, la présentation de l'empêchement comme un genre paraît trompeuse. Il sera en effet difficile que la force majeure ne sera pas traitée en pratique comme désignant le genre, ou encore considéré comme l'unique qualification de l'événement causal du risque [31]. On ne voit pas l'empêchement qui sera dénommé autrement que le cas de force majeure. Ainsi, la formule du droit de l'OHADA ne semble pas refléter pas la réalité ; elle s'est inspirée de façon maladroite de la CVIM.

B. La CVIM

11. **Définition de l'événement causal du risque.** Contrairement au droit de l'OHADA, la CVIM emploie le seul terme d'empêchement pour désigner l'événement causal de risques ; c'est l'empêchement, désignant de façon générique l'événement causal de risques, qui

---

28 *Ibid.*, n° 674 : « *En affirmant que l'empêchement (entendu ici comme un événement), par le seul fait de son indépendance par rapport à la volonté du débiteur de l'obligation suffit à exonérer ce dernier de son obligation, le législateur a semblé élargir la notion de cause d'exonération de responsabilité dans le contrat de vente.* »

29 L'avant-projet de l'Acte uniforme sur le droit des contrats reprend la définition de l'empêchement, telle qu'elle est formulée à l'article 79 de la CVIM. Aux termes de l'article 7. 1 de ce projet, « *Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences.* »

30 L'on est obligé de se référer à la force majeure pour imaginer les caractères de l'empêchement : A. P. SANTOS et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant Bruxelles, 2002, n° 674, p. 419 : « *[…], le recours à ces deux notions paraît de nature à donner un contenu plus précis à la notion d'"*empêchement indépendant de la volonté du débiteur*". En clair, cet empêchement doit avoir les caractères de la force majeure pour être susceptible d'exonérer le débiteur.* »

31 Commentaire sur la CVIM, K. H. NEUMAYER et C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, p. 519 : « *Les circonstances que la théorie juridique définit par la notion de force majeure englobent les empêchements d'origine externe indépendants de la volonté du débiteur, que l'on ne pouvait raisonnablement attendre qu'il prenne en considération au moment de la conclusion du contrat.* »

semble ici défini [32]. En effet, aux termes de l'article 79.1 de la CVIM, « *une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences* » [33]. Cette formulation semble reprise par les Principes d'Unidroit [34] ainsi que les Principes du droit européen du contrat [35].

12. **L'absence de confusion de terminologies.** La formulation de la définition de l'événement causal de risques issue de la CVIM paraît plus claire que celle résultant du droit de l'OHADA. Celle de la CVIM ne présente pas de confusion d'appellations ou de terminologies. En vue sans doute de faire abstraction de la variété de vocables ainsi que de faits [36] exonératoires de responsabilité dans les droits internes [37], la CVIM use du seul terme d'empêchement caractérisant l'effet de cet événement. Ainsi, la maladresse relevée ci-dessus dans la formulation résultant du droit de l'OHADA ne s'observe pas dans celle issue

---

32 Pour ces auteurs, la notion d'empêchement n'est pas définie, K. H. NEUMAYER et C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, p. 517 : « *Il résulte de la règle énoncée à l'alinéa premier que le débiteur répond de toute contravention au contrat, à moins qu'elle ne résulte d'un empêchement qui se situe en dehors de sa sphère de contrôle ou d'un obstacle insurmontable. La Convention ne contient aucune définition de la notion "d'empêchement" ; cependant, la terminologie modifiée par rapport à l'article 74 LUVI indique que l'on a voulu restreindre les motifs d'exonération.* »

33 La formulation est assez différente de celle résultant de la LUVI. L'article 74.1 de la LUVI dispose que : « *Lorsqu'une partie n'a pas exécuté une de ses obligations, elle n'est pas responsable de cette inexécution si elle prouve que celle-ci est due à des circonstances que, d'après les intentions des parties lors de la conclusion du contrat, elle n'était tenue ni de prendre en considération, ni d'éviter ou de surmonter ; à défaut d'intention des parties, il faut rechercher les intentions qu'ont normalement des personnes raisonnables de même qualité placées dans une situation identique.* » La LUVI n'est jamais entrée en vigueur.

34 Art. 7.1.7 : « *1) Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences.* »

35 Art. 8 : 108 : « *(1), Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que cette inexécution est due à un empêchement qui lui échappe et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences.* »

36 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 181 : « *Conformément à la méthode suivie dans cette partie de la convention, l'art. 79 s'applique indifféremment au vendeur et à l'acheteur. Ce texte sera par exemple invoqué par le premier lorsqu'il est empêché de livrer par suite d'événements naturels ou politique ("fait du prince", telle qu'une interdiction nouvelle de produire ou d'exporter) ou du fait de tiers (grève générale, destructions, vol…) […].* »

37 *Ibid.*, n° 180 : « *L'art. 79 de la convention prévoit une certaine exonération du débiteur lorsque l'inexécution de ses obligations est due à un empêchement indépendant de sa volonté. Ce qui est ainsi visé est donc l'excuse de force majeure, ou cause étrangère, selon le droit français. Mais l'on a visiblement pris soin dans l'élaboration du texte d'éviter tout vocable de nature à évoquer un droit national : la convention adopte une notion autonome d'empêchement, laquelle doit être interprétée comme telle et non pas par référence à un système quelconque […].* »

de la CVIM. Celle-ci emploie le seul terme d'empêchement pour désigner l'événement causal de risques. Toutefois, l'emploi de cette terminologie semble moins net qu'en droit français.

C. Le droit français

13. **Définition de la force majeure.** La réforme du 10 février 2016 désigne l'événement producteur de risques par le seul terme de « *force majeure* » , abandonnant ainsi la diversité de terminologies observée dans le Code civil depuis 1804 ; les expressions de « *cas fortuit* » ainsi que de « *cause étrangère* » disparaissent du droit commun des contrats [38], en faveur de celle de « *force majeure* ». Aux termes du nouvel article 1218 du Code civil, « *il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* » [39].

À la différence du droit de l'OHADA et de la CVIM, le terme d'empêchement désigne ici l'effet de l'événement causal, autrement dit, de la force majeure ; il est considéré comme renvoyant à la quatrième et dernière condition que doit remplir l'événement qualifié de force majeure [40]. On sait que le droit de l'OHADA utilise indistinctement le terme d'« *empêchement* » et l'expression de « *force majeure* » pour désigner cet événement. Or, techniquement, le terme d'empêchement renvoie plutôt à l'effet de l'événement. On a rappelé ci-dessus, s'agissant de la CVIM, que celle-ci utilise le vocable d'empêchement pour dénommer cet événement. La formule du droit français paraît ainsi respectueuse de la configuration de cet événement. La survenance de la force majeure n'empêche pas forcément l'exécution de l'obligation.

---

38 Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7e éd., LexisNexis, 2016, n° 454 : « *On retrouve aussi l'expression de "cas fortuit" pour désigner la force majeure ; la distinction, qui fut un temps opérée par la jurisprudence (la force majeure est un événement d'ordre naturel, tandis que le cas fortuit est le produit d'une défaillance humaine), n'est plus de droit positif. Les conceptions sont donc équivalentes.* » ; H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, p. 779, n° 5 : « *[…], le cas fortuit disparaît des dispositions communes aux contrats. Pour autant, il demeure dans moult dispositions propres à certains contrats. Il reviendra donc au juge de départir le cas fortuit de la force majeure telle que la définit l'article 1218, et ce ne sera pas aisé.* »

39 H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, p. 779 : « *Situé dans la section intitulée "L'inexécution du contrat", après l'article 1217 énonçant les remèdes et avant les sous-sections consacrées à chacun, l'article 1218 du projet d'ordonnance n'a pas de prédécesseur dans le Code civil. Relatif à l'inexécution fortuite, il définit la force majeure contractuelle puis ses effets.* »

40 B. FAGES, *Droit des obligations*, 6e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 320 : « — *Quatrième condition : un événement qui empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Cette condition touche au cœur de la force majeure car, par définition même, celle-ci ne se conçoit qu'en cas d'empêchement rendant absolument impossible l'exécution par le débiteur de son obligation. C'est dire que cette quatrième condition est tout à fait cardinale.* »

14. **Conclusion.** La différence observée dans les formulations de la définition de l'événement de force majeure résultant des droits français et uniformes s'amenuise s'agissant des caractères de cet événement.

§ 2. LES CARACTÈRES DE LA FORCE MAJEURE

15. **Trois principaux caractères.** L'événement de force majeure doit remplir en général trois conditions caractéristiques : une condition relative au rapport entre le débiteur et la force majeure (A), une condition concernant la survenance de celle-ci (B) et une condition relative à ses effets (C).

A. Condition relative au rapport entre le débiteur et la force majeure

16. **Événement indépendant de la volonté du débiteur.** En premier lieu, l'événement constitutif de force majeure doit être « *indépendant de la volonté du débiteur* » [41], autrement dit, c'est un événement « *échappant au contrôle de celui-ci* » [42]. Ces deux catégories de termes semblent ici des synonymes [43] ; ils renvoient à la même réalité. Antérieurement à la réforme du 10 février 2016, le droit français exige que l'événement soit « *extérieur au débiteur* » [44]. Ce qui semble d'emblée exclure la maladie du débiteur des cas de force majeure [45]. La jurisprudence a fait évoluer le critère d'extériorité [46] en admettant qu'une maladie brusque

---

41 C'est la terminologie utilisée par la CVIM et reprise par le droit de l'OHADA. Pour le commentaire de la CVIM, V. HEUZÉ, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 469 : « *[...], il est tout d'abord exigé que l'empêchement allégué résulte d'un événement indépendant de la volonté du débiteur.* »

42 La terminologie résultant de l'article 1218 du Code civil.

43 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 182 : « *L'empêchement indépendant doit en premier lieu être "indépendant de la volonté" du débiteur (échapper à son contrôle, selon la version anglaise).* » ; K. H. NEUMAYER et C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 518.

44 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 956 : « *L'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas repris cette condition dans la définition que l'article 1218 donne de la force majeure en matière contractuelle. Elle fait toutefois écho à l'idée qui était à son fondement, en disposant que l'exonération suppose un événement "échappant au contrôle du débiteur".* » B. FAGES, *Droit des obligations*, 6e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 320 ; Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7e éd., LexisNexis, 2016, n° 455. Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 8e éd., Economica, 2016, n° 723.

45 B. FAGES, *Droit des obligations*, 6e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 320 : « *[...], alors qu'elles ne lui sont pas à proprement parler extérieures, la maladie du débiteur ou la grève des salariés de son entreprise peuvent être constitutives d'une force majeure. Ne peuvent pas l'être inversement, les vices ou défauts d'une chose sur laquelle porte la prestation du débiteur et que, de ce fait, celui-ci est censé contrôler.* »

46 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 8e éd., Economica, 2016, n° 722.

et grave [47] du débiteur puisse être constitutive de cas force majeure. Le nouveau critère issu de la réforme du 10 février 2016, identique à celui résultant de la CVIM [48] et de l'OHADA, paraît ainsi plus extensif que le critère d'extériorité [49]. Il couvre la maladie du débiteur ainsi que certaines grèves de son personnel [50], ayant affecté sa production [51]. Il englobe alors à la fois les événements d'origine extérieure au débiteur et certains événements intérieurs à celui-ci. Il suffit que l'événement soit « *indépendant de sa volonté* » [52], ou encore échappe à son contrôle pour enlever toute faute à l'inexécution de l'obligation [53]. Ainsi tout événement, fait naturel ou de l'homme, non imputable au débiteur peut constituer un cas de force majeure lorsqu'il remplit les autres conditions.

---

47 Civ. 1re, 10 février 1998, *Bull. civ.* 1998, I, n° 53 : « *Mais attendu qu'ayant constaté qu'en raison de sa maladie, Mme Bonjour n'avait pu suivre l'enseignement donné par l'École, la cour d'appel a justement considéré que cette maladie, irrésistible, constituait un événement de force majeure, bien que n'étant pas extérieure à celle-ci ; que le moyen n'est pas fondé ;* » ; J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, n° 211-1, p. 198.

48 H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, p. 779, n° 3 : « *L'"événement échappant au contrôle du débiteur" est issu du projet de Terré, s'inspirant des instruments d'unification.* » L'opinion qui ne voit pas une différence significative entre la nouvelle terminologie et l'ancienne : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1. — Contrat et engagement unilatéral*, 4e éd., « Thémis droit », Puf, 2016, n° 666, p. 715 : « *Contrairement à ce qu'énonce le rapport au président de la République, la condition d'extériorité ne disparaît pas mais devient, plus finement et plus justement, la nécessité d'"un événement échappant au contrôle du débiteur". La question devient ainsi celle du pouvoir du débiteur sur l'événement, et donc de son pouvoir de l'empêcher. Avec la condition d'extériorité, l'idée était de dire que le débiteur devait assumer la responsabilité du fait des événements, des choses ou des personnes qui ne lui étaient pas extérieures (ses salariés, ses produits, sa maladie, etc.). La nouvelle exigence exprime également que le débiteur doit être responsable de toutes les causes d'inexécution relevant, sinon de son fait, du moins de sa sphère de contrôle. Une foi de plus, la responsabilité découle du pouvoir.* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 8e éd., Economica, 2016, n° 723 ; F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016, n° 28.22 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 15e éd., par V. LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, 2017, n° 1872.

49 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 182 : « *La condition est remplie lorsque l'événement est entièrement extérieur au débiteur. Mais il n'est pas exclu qu'elle le soit également du fait d'événements qui ne présentent pas ce caractère, tels qu'une grève dans l'entreprise, dès lors que seraient remplies les autres conditions.* » ; H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, p. 779, n° 3.

50 Civ. 1re, 11 juin 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 242.

51 Com. 6 mars 1985, *Bull. civ.* 1985, IV, n° 90 ; Civ. 1re, 24 janvier 1995, *Bull. civ.* 1995, I, n° 54 ; Civ. 1re, 18 mai 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n° 205.

52 À propos de la CVIM, V. HEUZÉ, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 469 : « *Cette expression, qui a été retenue sans doute parce qu'elle est familière aux juristes français, doit être comprise selon le sens qu'en droit interne, la jurisprudence donne à la condition d'extériorité de la force majeure, et non rigoureusement d'après ce que sa lettre implique. Elle signifie que la cause de l'inexécution doit ne pas être, fût-ce seulement partiellement, imputable au débiteur.* »

53 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 956 : « *[…] il suffit qu'elle ait les caractères d'irrésistibilité et d'imprévisibilité […].* »

B. Condition relative à la survenance de la force majeure

17. **Événement imprévisible.** En deuxième lieu, il ressort des trois systèmes juridiques que l'événement doit, en outre, être imprévisible lors de la conclusion du contrat [54]. Il est en effet exigé que l'événement constitutif de force majeure ne soit pas raisonnablement prévisible lors de la formation du contrat [55]. Par conséquent, est exclu de la force majeure, tout événement dont la survenance est prévisible au moment de la conclusion du contrat. Cependant, un événement imprévisible en soi paraît difficile à circonscrire [56]. L'être humain sait que son pouvoir est toujours limité par des faits tant naturels que de l'homme. Son incapacité devant ces phénomènes oriente constamment ses activités [57]. Un auteur l'a si bien fait observer lorsqu'il dit que « *rien n'est imprévisible, ni la guère, ni un vol à main armée, ni une inondation, ni la foudre, ni un incendie […] puisque des mots les désignent […].* » [58] Du point de vue de l'existence de l'événement, aucun cas de force majeure n'est imprévisible, puisque tout événement existe [59]. Aucun événement ne pourrait donc échapper aux prévisions

---

54 Commentaire de la CVIM, V. HEUZÉ, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 470 : « *La deuxième condition que pose l'article 79 à l'exonération du débiteur, est que l'événement invoqué par celui-ci ait été imprévisible.* » ; B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 182 ; K. H. NEUMAYER et C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 521.

55 H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, p. 779, n° 4 : « *[…], la condition rétrospective d'imprévisibilité (l'événement "ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat") demeure.* » ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 6e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 320, p. 271 : « *Deuxième condition : un événement qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat. On retrouve ici la condition d'imprévisibilité […].* » ; Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7e éd., LexisNexis, 2016, n° 455 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 955 ; S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2e année, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2016, n° 567, p. 280 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2016, Dalloz, n° 6120.

56 B. FAGES, *Droit des obligations*, 6e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 320, p. 271 : « *[…] la condition d'imprévisibilité […] n'est pas facile à définir et à apprécier.* »

57 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 955 : « *Comme pour l'irrésistibilité, l'absolu n'est pas de mise afin de savoir ce qui est imprévisible. Il est des individus inquiets et rongés par la crainte qui prévoient le pire : la grève, la tempête ou l'attentat criminel. La relativité s'impose.* »

58 L. SEGUR, *La notion de faute contractuelle en droit civil français*, thèse Bordeaux, 1954, p. 102.

59 M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1. — Contrat et engagement unilatéral*, 4e éd., « Thémis droit », Puf, 2016, n° 666, p. 713 : « *[…], tout dépend de la définition que l'on donne de l'imprévisibilité ; ainsi de la maladie : en un sens tout débiteur peut s'attendre à être malade un jour […].* » ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 6e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 320, p. 271 : « *Cette condition ne signifie pas qu'il n'y a de force majeure qu'en présence d'un événement que les parties ne pouvaient absolument pas imaginer (un esprit en alerte peut en effet toujours prévoir le pire : une attaque terroriste, une émeute urbaine, une catastrophe naturelle, etc.). Elle veut plutôt dire que la force majeure ne peut être constituée que par un événement dont les parties, au moment de la formation du contrat, n'avaient pas prévu que le débiteur assume les conséquences. Tout dépend donc ici du contrat qui a été conclu et des risques que celui-ci, dans l'intention exprimée ou présumée des parties, a pour effet de couvrir.* » Cette dernière analyse reflète une idée inexacte de la condition d'imprévisibilité. La force

… / …

contractuelles. Des phénomènes naturels ou des faits de l'homme sont toujours imaginables, qui sont susceptibles de compromettre la réalisation des stipulations contractuelles. Ils peuvent toujours être pris en considération dans le contrat. Envisagés ainsi, c'est-à-dire sous l'angle de leur existence, ces phénomènes sont prévisibles. Mais à un autre égard, leur imprévisibilité s'avère possible.

18. **L'imprévisibilité.** En effet, du côté de la probabilité de leur survenance, des événements peuvent être imprévisibles. La prévisibilité ou l'imprévisibilité de la survenance de l'empêchement découle des circonstances [60]. La prévisibilité de l'événement peut ainsi procéder de la fréquence de la survenance de celui-ci dans un domaine d'activité. Il en est ainsi des agressions dans les trains [61]. Dans cette hypothèse, l'événement constitue un risque connu. Par voie de conséquence, le débiteur est réputé être en mesure, lors de la conclusion du contrat, de prendre en considération cet événement [62]. Les phénomènes naturels se produisent plus fréquemment en certains lieux qu'en d'autres, ou en certaines périodes qu'en d'autres. Le tremblement de terre par exemple est plus inhabituel dans certains endroits que dans d'autres ; une tempête ou un cyclone est aussi plus fréquent en certaines périodes qu'en d'autres [63]. La survenance de ces faits naturels peut être imprévisible ou non suivant les périodes ou les endroits.

19. **Effet.** La condition d'imprévisibilité renferme un effet moralisant à l'égard du débiteur. Elle incite celui-ci, en cas de connaissance de l'éventualité de la survenance d'un événement susceptible de compromettre l'exécution du contrat, d'une part, à le déclarer à son partenaire lors de la conclusion du contrat et, d'autre part, à prévoir ses effets sur l'exécution du contrat [64]. L'exigence de l'imprévisibilité peut aussi conduire le débiteur à

---

majeure n'est pas forcément un événement dont les conséquences n'ont pas été prévues dans le contrat. La condition d'imprévisibilité permet d'apprécier la mauvaise foi du débiteur. En cas de fréquence de l'événement, la bonne foi impose au débiteur de prévoir sa survenance. S'il ne le fait pas, il sera réputé avoir pris la charge du risque de la survenance de l'événement.

60 M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1. — Contrat et engagement unilatéral*, 4e éd., « Thémis droit », Puf, 2016, n° 666, p. 713 : « *[…] ce qu'il faut sans doute comprendre ici, si l'on veut prendre sérieusement cette condition, consiste à savoir si le débiteur pouvait s'attendre, au moment où il a pris la commande, à être atteint d'un cancer foudroyant, et la réponse est alors négative.* »

61 P. JOURDAIN, obs. sur Civ. 1re, 23 juin 2011, *RTD civ.* 2011, p. 772 : « *Le pourvoi contestait naturellement l'un et l'autre de ces caractères. Il plaidait en substance que les agressions dans les trains sont prévisibles et que la SNCF n'avait pas pris les mesures exceptionnelles de précaution que justifiait la circonstance que le drame s'est produit sur le parcours ferroviaire vers une ville ou devait se dérouler un match de la coupe du monde de football de 1998, observant au surplus que l'agresseur, un Anglais monté dans le train sans titre de transport, n'avait pas été contrôlé.* »

62 H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, p. 779, n° 4.

63 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 13e éd., Sirey, 2012, n° 1724, p. 628.

64 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 952 : « *[…] l'imprévisibilité de l'événement doit s'apprécier non au moment où il survient, mais lors de la promesse faite par le débiteur. Car promettre en sachant que peut survenir tel événement rendant impossible l'exécution, c'est accepter de ne pas invoquer la force majeure à son égard.* »

renoncer à contracter une obligation dont il sait qu'elle encourt le risque d'être inexécutable [65]. Il est tout à fait normal qu'un événement dont le débiteur est en mesure de prendre la survenance ou les conséquences en considération dans le contrat, ne puisse être, par principe, considéré comme une cause légitime d'inexécution [66]. Le débiteur est réputé en ce cas préparé à éviter les conséquences de l'événement [67].

20. Le dédoublement de la condition d'imprévisibilité. L'imprévisibilité se double d'un autre caractère [68]. Il est en effet exigé que l'événement constitutif de la force majeure ou de l'empêchement soit « *raisonnablement imprévisible* » au débiteur [69]. Elle s'apprécie lors de la conclusion du contrat [70]. Ce dédoublement de caractère peut toutefois constituer une source de difficulté dans la recherche de l'imprévisibilité. L'appréciation de celle-ci est encadrée par l'exigence du « *raisonnable* », un standard de contours flous. Néanmoins, le caractère raisonnable de l'imprévisibilité démontre bien que celle-ci procède des circonstances tenant non seulement à la probabilité de la survenance de l'événement, mais aussi à la capacité du débiteur de prévoir l'empêchement. Cette capacité paraît constituer le critère fondamental dans l'appréciation du caractère imprévisible de l'événement. L'imprévisibilité raisonnable semble alors renvoyer aux moyens intellectuels ou techniques dont dispose le débiteur. Celui-ci doit agir de bonne foi ; il lui est ainsi attribué d'office la

---

65 P. JOURDAIN, obs. sur Civ. 1re, 30 octobre 2008, *RTD civ.* 2009, p. 126 ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 8e éd., Economica, 2016, n° 725 bis. : « *[…], il serait absurde pour un débiteur de s'engager alors qu'il peut prévoir qu'il ne sera pas en mesure d'exécuter son obligation.* »

66 Civ. 1re, 3 juillet 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 183.

67 P. JOURDAIN, obs. sur Civ. 1re, 30 octobre 2008, *RTD civ.* 2009, p. 126.

68 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 182, p. 174 : « *La référence au caractère raisonnable de l'imprévisibilité se justifie parce que les types d'événements susceptibles de rendre l'exécution du contrat impossible pour une partie sont connus (catastrophes naturelles, guerres, émeutes, grèves, réglementations nouvelles…) de sorte qu'aucun n'est jamais absolument imprévisible.* »

69 V. HEUZÉ, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 470 : « *L'appréciation de l'imprévisibilité doit […] se faire en se plaçant dans la situation d'un professionnel normalement diligent, qui évalue de façon raisonnable la probabilité de réalisations des obstacles à l'exécution qui risquent de se produire.* » ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, 4e éd., « Thémis droit », Puf, 2016, n° 666, p. 714 : « *La condition d'imprévisibilité doit […] être appréciée au regard d'un standard moyen d'appréciation : ce qui pouvait ou non être raisonnablement prévu.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 955 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2016, Dalloz, n° 620.

70 Cass. Ch. mixte, 4 février 1983, *Bull. civ.* 1983, n°s 1 et 2, p. 1 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1. — Contrat et engagement unilatéral*, 4e éd., « Thémis droit », Puf, 2016, n° 666, p. 714 : « *L'ordonnance confirme en outre que cette condition s'apprécie au moment de la conclusion du contrat. Le cas de force majeure sera ainsi plus strictement défini, car au moment de la conclusion du contrat, il est plus difficile de prévoir les événements à venir qu'ultérieurement.* » Pour la CVIM, V. HEUZÉ, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 470 : « *Quant au moment auquel cette condition doit être appréciée, l'article 79 précise utilement qu'il s'agit de celui de la conclusion du contrat.* »

maturité intellectuelle ou professionnelle caractéristique d'un « *bon père de famille* »[71]. La prévision de l'événement ne doit pas être reprochable à toute personne se trouvant dans la même situation que le débiteur : ainsi un professionnel de même branche d'activité. Un événement imprévisible ne constitue toutefois un cas de force majeure que lorsqu'il produit, d'une certaine façon, des effets sur le contrat.

C. Condition relative aux effets de la force majeure

21. Capacité de résistance du débiteur et sort du contrat. Il est interdit au débiteur de subir de façon passive la survenance d'un événement susceptible de compromettre l'exécution de son obligation. Ainsi, l'événement doit lui être irrésistible (1) ; c'est alors seulement que ses conséquences sur le sort du contrat (2) seront considérées.

1. L'irrésistibilité de l'événement

22. Événement insurmontable ou inévitable. La troisième et dernière condition exige que les conséquences de l'événement soient « *insurmontables ou inévitables* »[72]. Ces termes semblent l'équivalent de celui d'« *irrésistible* »[73] employé en droit français antérieurement à la réforme du 10 février 2016. Les conséquences, ou encore les effets de l'événement

---

71 V. HEUZÉ, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 470 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 955 : « *[…], on parle d'événement "normalement imprévisible" : appréciation par rapport à un bon père de famille ; soit dans le concret, on tient compte de la situation personnelle du débiteur : comme l'irrésistibilité, l'imprévisibilité doit être circonstanciée.* » ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2016, Dalloz, n° 620 : « *Le recours au standard du raisonnable […] indique qu'une analyse* in abstracto *doit être réalisée. Le juge devra se demander si des contractants raisonnables auraient pu prévoir que l'événement surviendrait et empêcherait l'exécution du contrat.* »

72 H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, p. 779, n° 5 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 6e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 320 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1. — Contrat et engagement unilatéral*, 4e éd., « Thémis droit », Puf, 2016, n° 666, p. 715 : « *L'irrésistibilité demeure comme condition autonome, mais elle devient plus précisément une condition d'inévitabilité. Les juges doivent en effet apprécier l'insurmontabilité de l'événement à la lumière des mesures appropriées que le débiteur aurait pu et donc aurait dû prendre pour l'éviter.* »

73 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 182, p. 174 ; V. HEUZÉ, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 471 : « *Le troisième caractère que doit présenter la cause d'exonération alléguée est l'irrésistibilité. L'article 79 requiert en effet, qu'elle résulte d'un événement dont "on ne pouvait raisonnablement attendre" de la partie en défaut "qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences".* » ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1. — Contrat et engagement unilatéral*, 4e éd., « Thémis droit », Puf, 2016, n° 666 ; Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7e éd., LexisNexis, 2016, n° 455 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 954 ; S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2e année, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2016, n° 566 ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 8e éd., Economica, 2016, n° 722 ; F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016, n° 28.22.

doivent présenter, pour le débiteur, un caractère insurmontable ou inévitable [74]. Il résulte de cette condition qu'il pèse sur le débiteur le devoir d'agir devant un événement susceptible de compromettre l'exécution de son obligation [75]. L'action du débiteur en vue de surmonter ou d'éviter les effets d'un tel événement doit être digne d'une personne raisonnable. Contrairement à la CVIM et au droit de l'OHADA, l'exigence d'une réaction raisonnable n'est pas tacite ; elle semble découler de celle « *des mesures appropriées* » [76] devant être prises par le débiteur en vue de tenter d'éviter les effets de l'événement.

23. Particularité du droit de l'OHADA. Cependant, la définition de la force majeure résultant de l'OHADA appelle ici davantage d'observations. En effet, à la différence du droit français et de la CVIM, l'exigence de l'imprévisibilité raisonnable concerne, en droit de l'OHADA, aussi bien la survenance de l'événement que ses conséquences. Le droit français et la CVIM exigent que les effets ou les conséquences de l'événement soient insurmontables ou inévitables, tandis qu'il ressort de l'OHADA que l'événement soit plutôt imprévisible dans ses conséquences. Par ailleurs, le droit de l'OHADA ne permet pas de savoir si la force majeure résulte du cumul de l'imprévisibilité à l'égard de la survenance de l'événement et de celle concernant les conséquences de celui-ci. La formule de l'OHAD impose sans doute de rechercher le critère d'imprévisibilité de façon alternative. La recherche de ce critère paraît devoir s'effectuer dans l'ordre suivant : la survenance de la force majeure n'est-elle pas prévisible ? Ses conséquences ne sont-elles pas non plus prévisibles ? L'imprévisibilité de l'événement doit ainsi être recherchée d'abord à l'égard de la survenance de l'événement, et ensuite, le cas échéant, à l'égard de ses conséquences directes sur le contrat.

---

74 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 8e éd., Economica, 2016, n° 725 : « *L'irrésistibilité implique que le débiteur ne soit pas en mesure d'exécuter son obligation en raison d'un événement contre lequel il ne peut rien faire. C'est l'irrésistibilité qui manifeste le plus l'impossibilité d'exécution que constitue la force majeure.* »

75 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 954 : « *Ce qui revient à apprécier l'attitude du débiteur : a-t-il pris les précautions qui auraient permis d'éviter la réalisation du dommage ? S'il existait des "mesures appropriées" à cet effet, il n'y aurait plus force majeure.* »

76 H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, p. 779, n° 5 : « *Le standard des mesures appropriées conservera au juge le pouvoir de la moduler à son gré.* » ; S. PORCHY — SIMON, *Droit civil 2e année, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2016, n° 566 : « *Ce caractère* (irrésistibilité) *est quoiqu'il en soit apprécié* in abstracto *par le juge, qui se place au jour de l'inexécution.* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 8e éd., Economica, 2016, n° 725 : « *L'irrésistibilité est appréciée* in abstracto*, c'est-à-dire par référence à ce qu'une personne normalement raisonnable est en mesure de faire pour éviter les conséquences d'un événement dont elle n'a pu empêcher la survenance.* »

2. Le sort du contrat

24. Les variétés de l'impact de l'événement sur l'obligation. L'événement qui remplit toutes ces trois conditions ci-dessus analysées aura la qualification de force majeure. Il aura alors en fait des conséquences sur le sort du contrat. D'abord, il arrive que l'événement de force majeure empêche l'exécution de l'obligation de façon temporaire. Ensuite, la force majeure peut aussi affecter de façon partielle l'exécution de l'obligation ; elle entraîne le débiteur dans l'impossibilité de fournir l'intégralité de la prestation prévue ; il en va ainsi lorsque la chose n'a subi qu'une détérioration ; en ce cas, il demeure encore la possibilité de délivrer la chose, mais dans un état toutefois détérioré. Enfin, la force majeure pourra conduire le débiteur dans l'impossibilité totale et définitive de fournir la prestation contractée. Il en sera ainsi lorsque la chose, en l'occurrence, objet de la délivrance aura disparu. L'obligation de délivrance devient alors sans objet, alors qu'il arrive que le prix soit déjà payé. En principe, le sort du contrat doit varier suivant ces différentes hypothèses. Autrement dit, le contrat est ou non résolu. Cependant, les trois systèmes juridiques concernés ne sont pas uniformes sur certaines de ces questions ; des zones d'ombre existent.

25. L'impossibilité temporaire. Ainsi, lorsque l'empêchement ne dure que temporairement, l'exécution de l'obligation est, aux termes de l'alinéa 2 du nouvel article 1218 du Code civil, par principe suspendue [77]. Cette disposition consacre une solution demeurée longtemps jurisprudentielle [78]. Il en résulte que le contrat est maintenu ; toutefois, il n'est pas indiqué le moment à compter duquel l'exécution de l'obligation doit reprendre. Mais il va de soi qu'elle reprenne ou commence à compter de la cessation de l'empêchement. Le législateur français prévoit, dans cette même disposition, que le contrat ne sera résolu que dans le cas exceptionnel. C'est par hypothèse lorsque le retard est trop grand, ou qu'il en résulte des préjudices que la résolution du contrat sera envisageable [79].

---

77 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9e éd., LGDJ, Lextenso, 2017, n° 898 ; F. GRÉAU, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, 2017, n° 102.

78 Req., 13 février 1872, *DP* 1872, I, p. 186 ; Civ., 15 février 1888, *DP* 1888, I, p. 203 : « *Attendu que la force majeure ne fait obstacle à l'exécution des obligations qu'autant qu'elle a empêché le débiteur de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ;— Qu'il suit de là que, si l'empêchement est momentané, le débiteur n'est pas libéré, que l'exécution de l'obligation est seulement suspendue jusqu'au moment où la force majeure vient à cesser ;* » ; Req., 15 novembre 1921, *DP* 1922, V, p. 14 ; Civ. 1re, 24 février 1981, *D*. 1982, p. 479, note D. MARTIN ; Req., 12 décembre 1922, *DP* 1924, I, p. 186 ; Req., 24 octobre 1922, *DP* 1924, I, p. 8 ; Civ. 3e, 22 février 2006, *D*. 2006, p. 2972, note S. BEAUGENDRE ; F. GRÉAU, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, 2017, n° 102 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 623.

79 F. GRÉAU, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, 2017, n° 103 : « *L'hypothèse visée est celle dans laquelle l'exécution à l'échéance initialement prévue est essentielle au bon déroulement de l'opération contractuelle et où une légère inexécution ne lui permet plus de survivre.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9e éd., LGDJ, Lextenso, 2017, n° 898.

Dans le sens similaire, l'article 79.3 de la CVIM dispose que : « *l'exonération prévue par le présent article produit effet pendant la durée de l'empêchement* ». La durée de l'inexécution est ainsi temporaire, elle est liée à celle de la survenance de la force majeure. À la différence du droit français, la CVIM n'offre pas expressément la possibilité de résoudre le contrat en cas d'un certain retard consécutif à l'empêchement. Le souci des rédacteurs de la CVIM de promouvoir le maintien du contrat est ainsi évident. Il incombe aux contractants de résoudre le contrat lorsque son exécution tardive entraîne de graves préjudices. Le droit de l'OHAD, quant à lui, n'envisage pas l'hypothèse d'un empêchement susceptible d'entraîner seulement la suspension de l'exécution de l'obligation. C'est un vide juridique regrettable ; il n'est pas en effet moins important de savoir si le contrat est maintenu, ou quelle est la nature de sa rupture.

26. L'impossibilité partielle et définitive. En outre, aucun de ces trois systèmes juridiques ne semble envisager explicitement le sort du contrat en cas de l'empêchement partiel [80]. Par exemple, l'interruption de la réalisation d'une chose, ou encore la détérioration [81] de la chose avant sa délivrance. La chose sera-t-elle délivrée malgré sa réalisation partielle ou son état détérioré ? La question consiste ainsi à savoir si le contrat sera maintenu partiellement, ou résolu. La doctrine s'intéresse à la question [82]. Le droit français n'a pas certes expressément envisagé l'hypothèse. Cependant, il semble favorable à l'exécution du contrat dans son état auquel l'empêchement l'a réduit, autrement dit, au maintien partiel du contrat. En effet, aux termes du nouvel article 1351 du Code civil, « *l'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive* […] » [83].

---

80 A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 342 : « *Si l'impossibilité n'affecte qu'une partie des obligations d'un contrat, le choix s'offre entre deux solutions : admettre la résolution du contrat tout entier ou au contraire diviser ce contrat pour en séparer la fraction inexécutable, seule résolue.* »

81 Pour une obligation à exécution successive : A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 342 : « *Pour le cas précis du bail, l'article 1722 permet au juge de diminuer le prix en cas de destruction partielle de la chose louée.* »

82 *Ibid*., n° 342 ; H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC*, 2015/3, p. 779, n° 7 : « *[…], l'article 1218 omet l'exclusion des dommages et intérêts prévue à l'article 1231-1. Il ne semble pas non plus envisager l'inexécution ne consistant plus en l'absence de prestation mais en une prestation défectueuse, et ne détermine donc pas si les remèdes, par exemple la réduction du prix, sont également fermés. Dès lors, le texte n'embrasse pas tous les effets de la force majeure.* »

83 F. GRÉAU, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, 2017, n° 104 : « *Au-delà de la seule suspension, un autre aménagement permettant d'assurer la pérennité du contrat est possible, même s'il n'est pas nécessairement simple à mettre en œuvre. Il n'est pas évoqué à l'article 1218 alinéa 2 du Code civil (signe d'une mauvaise organisation des nouveaux textes entre la définition et les effets de la force majeure), mais à l'article 1351 sur les conséquences de "l'impossibilité d'exécuter". Ce texte prévoit en effet que l'impossibilité définitive d'exécuter due à une force majeure libère le débiteur "à due concurrence", reconnaissant ainsi la possibilité d'une libération seulement partielle […].* » ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 15e éd., par V. LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, 2017, n° 1879.

Il paraît ici assez clair que l'engagement du débiteur n'est anéanti que dans la mesure de son empêchement. Celui du créancier sera réciproquement réduit. Le contrat ne sera par conséquent que partiellement résolu. L'application de cette disposition conduira le juge à réduire par exemple le prix, l'obligation réciproque ; la réduction du prix est d'ailleurs expressément prévue dans la résolution du contrat pour l'inexécution fautive [84]. La solution consistant dans le maintien partiel du contrat ne peut se rencontrer ni dans la CVIM ni dans le droit de l'OHADA. Il semble résulter de ceux-ci une solution contraire à celle du droit français. Aucune de leurs dispositions n'offre expressément la possibilité du maintien partiel du contrat. Ils renferment les dispositions qui mettent la détérioration de la chose à la charge de l'acheteur lorsqu'elle survient postérieurement à la mise à disposition [85]. Ainsi, *a contrario,* la détérioration de la chose antérieure à sa mise à disposition pèsera sur le vendeur. Elle emportera par conséquent la résolution du contrat lorsque le vendeur ne sera pas en mesure de remplacer la chose vendue.

27. L'impossibilité définitive et totale. En ce qui concerne l'empêchement définitif et total [86], celui-ci entraîne simplement la disparition de l'objet de la prestation stipulée. Celle-ci devient par conséquent définitivement et totalement impossible. Cette hypothèse donne lieu à trois questions que la loi doit résoudre de façon distincte. La première consiste à déterminer si le débiteur doit répondre ou non de l'inexécution de sa prestation ; il s'agit là d'envisager le sort des préjudices résultant de l'inexécution avérée [87]. La seconde portera le législateur à envisager le sort des obligations réciproques [88]. La dernière consiste à déterminer la nature de la rupture du contrat [89] ; en l'absence d'une disposition formelle, la jurisprudence [90] a hésité, dans le passé, à appliquer l'ancien article 1184 du Code civil [91] au contrat inexécuté en raison de la force majeure.

---

84 Art. 1223 du Code civil.

85 L'article 66 de la CVIM dispose que : « *La perte ou la détérioration des marchandises survenue après le transfert des risques à l'acheteur ne libère pas celui-ci de son obligation de payer le prix, à moins que ces événements ne soient dus à un fait du vendeur.* » De même, aux termes de l'article 277 de l'Acte uniforme de l'OHADA portant droit commercial général : « *Le transfert de propriété entraîne le transfert des risques à l'acheteur. La perte ou la détérioration des marchandises survenue après le transfert des risques ne libère l'acheteur de son obligation de payer le prix que si ces événements sont le fait du vendeur.* »

86 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 15e éd., par V. LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, 2017, n° 1879.

87 G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 624 : « *Avant d'être une cause de résolution, la force majeure est pourtant une cause d'exonération, ce que masque l'article 1218 du Code civil.* »

88 F. GRÉAU, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, 2017, n° 94 : « *Par hypothèse, l'un des contractants est empêché par la force majeure et libéré de son obligation. Mais qu'advient-il de l'obligation du créancier de l'obligation atteinte par la force majeure ?* »

89 *Ibid*., n° 94 : « *Lorsque la force majeure vient perturber l'exécution d'un contrat se pose également la question du sort du contrat synallagmatique à exécution successive ou différée.* »

90 L'arrêt cassé par la Cour de cassation : Civ. 14 avril 1891, *GAJC*, tome 2, 13e éd., Dalloz, 2015, n° 180.

28. Les conséquences de l'impossibilité définitive et totale dans les trois systèmes juridiques. Contrairement au droit français, les droits uniformes ne semblent avoir résolu que la première question. L'article 79.1 de la CVIM et l'article 294 de l'Acte uniforme de l'OHADA portant droit commercial général disposent que le débiteur n'est pas responsable de l'inexécution due à un empêchement indépendant de sa volonté. Celui-ci n'est pas tenu des préjudices susceptibles de résulter de cette inexécution. Les dommages et intérêts sont exclus. Le sort des prestations ainsi que la question de l'issue du contrat n'ont été résolus ni dans la CVIM ni dans le droit de l'OHADA. Il n'est pas déterminé si les obligations sont éteintes ; l'extinction des obligations emporterait une précision sur la nature juridique de l'issue du contrat [92]. Seul le droit français semble avoir envisagé toutes ces trois questions. En effet, l'alinéa 2 du nouvel article 1218 du Code civil dispose que les parties sont libérées de leurs obligations réciproques, et que le contrat est résolu de plein droit. Cette disposition renvoie aux articles 1351 et 1351-1 du Code civil en ce qui concerne la question de responsabilité. Le débiteur n'est pas tenu des conséquences dommageables de l'inexécution. Les dommages et intérêts sont exclus. L'obligation impossible à exécuter s'éteint. Par voie de conséquence, l'obligation réciproque s'éteint également. L'empêchement emporte ainsi l'extinction des obligations réciproques.

29. La résolution du contrat. Le droit français prévoit d'une manière générale [93], par le biais de la réforme du 10 février 2016, la résolution du contrat comme la conséquence de l'extinction des obligations réciproques. La résolution entraîne par principe la restitution des prestations déjà fournies. La réforme qualifie cette résolution « *de plein droit* » [94], consacrant ainsi l'opinion doctrinale qui estime qu'il s'agit là d'une rupture extrajudiciaire du contrat [95]. Antérieurement à la réforme de 2016, la doctrine est en effet partagée sur la

---

91 « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.* »

92 Les articles 81 à 84 de la CVIM n'ont prévu la résolution que dans l'hypothèse de l'inexécution imputable au débiteur. Il en va de même du droit de l'OHAD dans les articles 296 à 300 de l'Acte uniforme portant droit commercial général.

93 Antérieurement à la réforme, l'article 1722 du Code civil relatif au contrat de bail dispose que le contrat est résilié de plein droit en cas de force majeure. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 624.

94 F. GRÉAU, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, 2017, n° 97 : « *L'innovation introduite par la réforme réside dans la résolution "de plein droit" du contrat à la suite d'une force majeure créant un empêchement définitif.* » ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 15e éd., par V. LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, 2017, n° 1877.

95 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 15e éd., par V. LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, 2017, n° 1877 : « *Le texte est clair : la résolution opérait de plein droit. Il n'est donc pas nécessaire de saisir le juge, sauf bien sûr en cas de contestation de la force majeure. Rien n'empêche non plus de saisir le juge qui se contentera alors de constater la force majeure et la*

… / …

nature de la résolution du contrat due à la survenance de force majeure [96]. Certains auteurs soutiennent la jurisprudence [97] appliquant l'ancien article 1184 du Code civil [98], lequel dispose que la résolution du contrat pour l'inexécution fautive soit prononcée par le juge. L'opinion contraire critiquant cette jurisprudence est favorable plutôt à une résolution « *de plein droit* » [99] considérée comme extrajudiciaire [100], autrement dit, comme l'opposé de celle exigée dans l'hypothèse de l'ancien article 1184 du Code civil [101]. Le terme « *de plein droit* » figure dans cette disposition [102] ; et il est perçu en général comme caractéristique de la résolution extrajudiciaire [103]. Par conséquent, il disparaît des nouveaux articles 1224 à 1230 du Code civil consacrés par la réforme à la résolution pour l'inexécution fautive du contrat. L'exactitude de cette analyse de l'expression « *de plein droit* » paraît douteuse.

30. Le terme « de plein droit ». En effet, elle ne semble pas correspondre à celle devant résulter des termes de l'ancien article 1184. Le Code civil de 1804 n'emploie pas cette terminologie dans le sens de distinguer entre une résolution extrajudiciaire et une résolution judiciaire. Le caractère judiciaire de la résolution ne peut résulter de l'étendue du pouvoir

---

résolution […]. » L'opinion rappelée par ces auteurs : H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC*, 2015/3, p. 779, n° 8 ; F. GRÉAU, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, 2017, n° 97 : « *Auparavant, la doctrine était […] divisée […] : là où certains estimaient nécessaire d'exiger l'intervention du juge afin que celui-ci puisse vérifier l'existence de la force majeure et apprécier l'incidence d'une inexécution partielle […], beaucoup estimaient inutile d'avoir recours au juge […].* »

96 F. GRÉAU, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, 2017, n° 97.

97 Civ. 14 avril 1891, *GAJC*, tome 2, 13e éd., Dalloz, 2015, n° 180 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 624.

98 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 668.

99 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, 1er vol., *Obligations*, 9e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, n° 1097.

100 F. GRÉAU, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, 2017, n° 97 : « *Désormais, le contrat est résolu sans qu'il soit nécessaire de saisir le juge pour constater l'événement de force majeure, ce qui illustre la tendance contemporaine au "au retrait" […].* » ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 624.

101 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 651 : « *Le caractère judiciaire de la résolution est expressément posé par l'article 1184 : "le contrat n'est point résolu de plein droit". "La résolution doit être demandée en justice".* »

102 L'interrogation sur le sens de l'expression « *de plein droit* » : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 624 : « *[…], quelle portée doit-on donner à l'expression "de plein droit" ? Il est clair que l'article 1218 du Code civil dispense du recours au juge, mais est-ce à dire que la résolution se produit indépendamment de la volonté des parties ? L'hésitation est permise car la signification de l'expression "de plein droit" n'est pas nette.* »

103 S. PORCHY-SIMON, *Droit civil, 2e année, Les obligations 2018*, 10e éd., Dalloz, 2017, n° 532 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 340 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 624 : « *On pourrait […] fort bien considérer que l'effet de plein droit d'un mécanisme a pour seule conséquence de mettre le juge à l'écart de celui-ci, à l'exclusion de son ou ses bénéficiaires.* »

du juge. Aux termes de l'ancien article 1184, le terme « *de plein droit* » caractérise plutôt la résolution pure et simple parmi d'autres alternatives énumérées. La résolution pure et simple est prévue comme solution de principe, mais à côté d'autres alternatives consistant soit dans l'exécution forcée, soit dans la résolution avec des dommages et intérêts [104]. Elle est simplement posée comme ne constituant pas la seule solution envisageable. Elle constitue l'un des choix offerts aussi bien au créancier qu'au juge dans l'hypothèse de l'inexécution fautive [105].

Le terme « *de plein droit* » ne semble pas se rapporter à la nature extrajudiciaire de la résolution [106]. La résolution peut être judiciaire ou extrajudiciaire aussi bien dans l'hypothèse de force majeure que dans celle de l'inexécution fautive. La résolution judiciaire n'est pas particulière à l'une ou l'autre hypothèse. Le caractère judiciaire de la résolution découle toujours d'un désaccord spécial entre les contractants, autrement dit, même dans l'hypothèse prévue à l'ancien article 1184 du Code civil. Il apparaît lorsque ceux-ci ne s'accordent pas sur la rupture du contrat. Les contractants peuvent décider de commun accord de résoudre le contrat suite à son inexécution par l'un d'eux [107]. Cette résolution, la seule qui puisse être qualifiée d'extrajudiciaire, ne leur sera pas reprochée ; elle s'inscrit bien dans les termes de l'ancien article 1134 du Code civil, lequel leur confère la liberté de révoquer leur contrat. Il ne peut d'ailleurs résulter d'aucune logique contractuelle que la résolution décidée de commun accord soit absolument constatée ou prononcée plutôt par le juge.

31. Présentation d'une option, seul objet de l'ancien article 1184 du Code civil. L'ancien article 1184 présente simplement au créancier les différents chefs de demandes dont il peut saisir le juge en cas de l'inexécution fautive par son cocontractant [108]. Il peut opter entre la résolution pure et simple, l'exécution forcée et la résolution avec des dommages et intérêts. Dans tous ces cas, il doit saisir le juge, puisqu'il existe par hypothèse un désaccord sur l'issue du contrat ; celui-ci peut choisir, suivant les circonstances, l'exécution forcée en accordant un délai au défendeur [109]. C'est seule la présentation de ces choix qui fait l'objet

---

104 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 642.

105 *Ibid*., n° 642 : « *Mesure grave, puisqu'elle entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat, la résolution revêt en principe un caractère judiciaire : le juge vérifie que l'importance de l'inexécution justifie le prononcé d'une telle mesure.* »

106 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9e éd., LGDJ, Lextenso, 2017, n° 898 : « *Comme précédemment, cette forme de résolution n'interdit pas d'agir en résolution judiciaire afin d'obtenir un titre établissant de manière incontestable l'anéantissement du contrat.* »

107 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 476 : « *Ce que les parties ont fait par leur accord mutuel, par leur* mutuus consensus*, elles peuvent le défaire par leur volonté commune, par leur* mutuus dissensus*, encore nommé* distrat. »

108 *Ibid*., n° 651 : « *À s'en tenir à la lettre de l'article 1184, alinéa 2, seul le contractant insatisfait peut demander la résolution. Et de fait, le contractant défaillant ne saurait agir en résolution, sauf à reprocher lui-même à son partenaire une défaillance.* »

109 *Ibid*., n° 668.

de l'ancien article 1184 du Code civil, et qui paraît conduire à l'emploi du terme « *de plein droit* », indiquant que la résolution pure et simple ne constitue pas l'unique solution. Il n'est nullement distingué dans cette disposition entre la résolution judiciaire et la résolution extrajudiciaire.

32. Le terme « de plein droit » et le pouvoir du juge. L'emploi du terme « *de plein droit* » ne semble avoir vocation à affecter ni la forme de la résolution ni le pouvoir du juge [110] en cas de l'inexécution fortuite du contrat. Sa reprise par la réforme dans cette hypothèse ne confère à la résolution aucune implication particulière ; elle incarne seulement le dédoublement du principe de l'exclusion des dommages et intérêts. Il est en effet naturel que l'appréciation du juge, lorsqu'il s'agit de rupture due à la force majeure, ne puisse porter que sur les conditions d'existence de celle-ci [111] ; le juge vérifie seulement son existence dont découlera l'application de la solution consistant en la libération des parties. La difficulté à démontrer en quoi consiste la résolution extrajudiciaire prétendument caractérisée par le terme « *de plein droit* » conduit des auteurs à se livrer à un petit jeu de mots. Ils prétendent ainsi que le juge se borne à un constat dans l'hypothèse de résolution de plein droit, alors qu'il prononcerait la résolution en cas de résolution judiciaire [112].

Or, toute l'activité du juge consiste seulement dans le constat. Il tire les conséquences de son constat des faits et de la règle de droit préétablie ; les termes de son constat dépendent de la comparaison entre les faits et la règle de droit. En l'absence d'une règle formelle, son constat se fait en regard du principe de justice et d'équité. Ainsi, ce sont les termes du litige et la règle de droit, qui déterminent la mesure du pouvoir du juge ; le rôle de celui-ci ne l'autorise pas à sortir du cadre du litige, de la règle de droit, ou du bon sens. Ici, par hypothèse, le litige consiste dans le désaccord sur l'existence de la force majeure. Ce qui encadre le pouvoir d'appréciation du juge [113]. L'étendue de ce pouvoir découle ainsi de la nature même de la cause de l'inexécution. En revanche, le caractère fautif de l'inexécution donne lieu à plusieurs possibilités en faveur du créancier permettant, suivant les circonstances, de répondre aux besoins de celui-ci. L'objet de la décision du juge varie suivant la demande dont il est saisi ou les circonstances de l'inexécution. Les termes de son constat sont alors simplement susceptibles de varier suivant les directives énumérées.

---

110 H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC*, 2015/3, p. 779, n° 8 : « *De plein droit signifie que le juge saisi* a posteriori *est dénué de pouvoir d'appréciation, la résolution s'imposant à lui.* »

111 *Ibid.*, n° 8.

112 A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 340.

113 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 668 : « *D'une manière générale, si le tribunal est appelé à statuer sur le point de savoir si les obligations contractuelles sont anéanties, il a moins l'occasion d'user des pouvoirs dont disposent, en principe, les juges saisis d'une demande en résolution […].* »

33. Conclusion. L'événement remplissant les trois conditions précédemment présentées peut ainsi affecter de plusieurs manières le contrat. À cet événement, l'on assimile d'ordinaire le fait d'un tiers absolu et le fait du prince [114]. Il ne peut être contesté que le fait du prince puisse constituer un cas de force majeure. Ce fait consiste en effet dans une décision de la puissance publique, qui ne manquera pas d'affecter l'exécution du contrat. Il remplit toutes les conditions de la force majeure. Il survient indépendamment du débiteur, et relève de l'ordre public. D'ailleurs, il est de principe qu'un contrat qui viole un ordre public préexistant est simplement nul. Il est donc logique que l'apparition postérieure de l'ordre public produise les mêmes effets que la force majeure si elle remplit les conditions de celle-ci. Outre qu'elle est indépendante du débiteur, la survenance du fait du prince peut être imprévisible et irrésistible. Quant au fait d'un tiers absolu, son assimilation à la force majeure paraît artificielle. Il convient de s'attarder ici sur ce fait auquel l'on attribue à tort les mêmes effets juridiques que la force majeure.

§ 3. LA FORCE MAJEURE ET LE FAIT D'UN TIERS ABSOLU

34. Le tiers absolu et le tiers chargé de l'exécution du contrat. On a observé que, à côté de la force majeure, le droit de l'OHADA et la CVIM posent le fait d'un tiers chargé de l'exécution de l'obligation. Par la même occasion, ces droits uniformes assimilent de façon implicite le fait d'un tiers absolu à la force majeure. Le droit positif français semble constituer la source de cette vision assimilant souvent le fait d'un tiers absolu à la force majeure. En effet, ni le fait d'un tiers absolu [115], ni le fait du prince ne résultent du Code civil de 1804. L'apparition de ces faits dans le droit positif français constitue l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence. Le fait d'un tiers absolu (B) ne se confond pas à celui d'un tiers chargé de l'exécution de l'obligation (A).

A. Le tiers chargé de l'exécution de l'obligation

35. Tiers chargé de l'exécution de l'obligation et le préposé du débiteur. Il est de principe, en droit français, que la défaillance du tiers chargé de l'exécution de l'obligation ne constitue pas une cause d'exonération de responsabilité. De même, le fait du tiers chargé de l'exécution du contrat est de façon formelle exclu des faits exonératoires de responsabilité tant par le droit de l'OHADA que par la CVIM. Aux termes de l'article 295 de l'Acte uniforme portant droit commercial général, « *lorsque l'inexécution par l'une des parties résulte du fait d'un tiers chargé par elle d'exécuter tout ou partie du contrat, elle n'est pas exonérée de sa*

---

114 *Lexique des termes juridiques*, 21e éd., Dalloz, 2014, p. 424 : « *Cas de force majeure consistant dans une prescription de la puissance publique, par exemple une expropriation, une réquisition, le retrait d'un permis de construire.* »

115 L'expression empruntée à Mme. FAURE ABBAD : M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. RÉMY, diff. LGDJ, 2003, n° 359 et suiv.

responsabilité ». Dans le même sens, l'article 79.2 de la CVIM dispose que : « *si l'inexécution par une partie est due à l'inexécution par un tiers qu'elle a chargé d'exécuter tout ou partie du contrat, cette partie n'est exonérée de sa responsabilité que dans le cas : a) où elle l'est en vertu des dispositions du paragraphe précédent ; et b) où le tiers serait lui aussi exonéré si les dispositions de ce paragraphe lui étaient appliquées* » [116]. Il ne s'agit pas là du fait des préposés du débiteur. Ceux-ci n'ont pas en réalité la qualité de tiers [117] ; ils s'identifient au débiteur dans l'exécution du contrat [118]. Autrement dit, les préposés s'entendent des employés du débiteur [119] ; ils constituent une sorte de moyens par lesquels celui-ci s'acquitte de son obligation [120]. Par conséquent, leur défaillance est directement celle du débiteur ; c'est la défaillance des moyens employés par celui-ci.

36. Le fait d'un tiers chargé de l'exécution de l'obligation et la responsabilité du débiteur. À propos de l'effet du fait du tiers chargé de l'exécution de l'obligation [121], le droit de l'OHADA laisse planer encore une zone d'ombre. Il ne peut, en effet, être

---

116 K. H. NEUMAYER et C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, p. 523 : « *Le deuxième alinéa* (de l'article 79) *concerne l'exonération de la responsabilité lorsque la violation d'une obligation contractuelle résulte de l'inexécution ou d'une mauvaise exécution d'un tiers qui a assisté la partie obligée dans l'exécution de la vente. La responsabilité du débiteur est accrue, et son exonération est soumise à la réunion des conditions cumulatives suivantes : tant le tiers que lui-même doivent faire valoir pour chacun d'entre eux les motifs d'exonération du premier alinéa.* »

117 A. P. SANTOS et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant Bruxelles, 2002, n° 674, p. 419 : « *[…] le fait du tiers ne saurait être le fait d'un mandataire ou d'un préposé du débiteur.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 959 : « *Le fait d'un préposé n'est pas le fait d'un tiers et n'est donc pas exonératoire.* »

118 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 212, p. 200. L'analyse contraire : V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 474 ; B. FAGES, Droit des obligations, 6e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 320, p. 271 : « *Naturellement, il ne faut pas que le tiers fasse partie des personnes dont le débiteur doit répondre […]. On ne s'exonère pas de son propre fait.* » ; S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2e année, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2016, n° 571 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2016, Dalloz, n° 619.

119 Différence entre responsabilité contractuelle du fait d'autrui et la responsabilité délictuelle du fait d'autrui : M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 361 et suiv.

120 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 585, p. 634.

121 V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 473. B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 183 : « *Les parties sont susceptibles de s'adresser à un tiers pour l'exécution de leurs obligations : sous-traitant, transporteur, banquier… Un défaut d'exécution dû à la défaillance de ce tiers n'exonère en principe pas la partie qui s'est adressée à lui. Cela est cependant possible selon l'art. 79. 2 si les conditions précédentes sont remplies à l'égard de cette partie et à l'égard du tiers. La défaillance de celui-ci doit tout d'abord être en soi excusable au regard des conditions de l'art. 79. 1. Elle doit elle-même et en second lieu présenter pour le débiteur qui s'est adressé à lui les mêmes caractères : en particulier, elle doit avoir été raisonnablement imprévisible et le débiteur principal doit avoir été dans l'impossibilité de la pallier en s'adressant à une personne.* »

admissible que tout fait du tiers chargé de l'exécution de l'obligation entraîne de façon automatique la responsabilité du débiteur. Or, c'est le contraire que l'article 295 laisse entendre : toute inexécution résultant du fait de ce tiers entraîne la responsabilité du débiteur. Il semble ainsi que n'est pas là éclairé un aspect important de la question de l'inexécution résultant du fait d'un tiers. On ne comprend pas la raison de l'abréviation faite par le législateur de l'OHADA. Celui-ci paraît s'inspirer sur cette question de la CVIM [122] ; alors il aurait dû aller jusqu'au bout de l'inspiration. En effet, il semble qu'on doive aller aussi loin que la CVIM en distinguant encore entre la défaillance imputable au tiers et l'inexécution par celui-ci résultant d'une force majeure [123]. L'absence, à cet égard, d'une disposition formelle constitue évidemment une source d'ambiguïté. Ce que la CVIM paraît avoir évité en disposant de façon expresse que le débiteur est aussi libéré [124]. En ce qui concerne le droit de l'OHADA, l'interprétation *a contrario* de l'article 295 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général laisse entendre le contraire : le débiteur n'est pas libéré [125].

37. Définition d'un tiers. Or, de même que tout fait d'un tiers ne ressemble pas à la force majeure, toute survenance de celle-ci ne paraît pas libératoire. Un tiers est par définition une personne indépendante du débiteur [126]. Et il n'y a pas encore eu d'événement de force majeure de portée tant temporelle que spatiale illimitée. La vente réglementée par les droits uniformes est celle de marchandises ; il s'agit donc d'une vente portant en général sur les

---

122 A. P. SANTOS et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant Bruxelles, 2002, n° 573 : « *La lecture de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général tend à montrer que le législateur, tout en conservant les règles fondamentales du droit français de la vente, a fait de larges emprunts aux systèmes juridiques étrangers, essentiellement par le biais de la Convention de Vienne.* »

123 V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 473 : « *L'article 79.2 envisage spécifiquement l'hypothèse où l'empêchement invoqué par le débiteur résulte de la défaillance d'un tiers qu'il a "chargé d'exécuter tout ou partie du contrat". Et, très logiquement, il pose pour principe que le débiteur est responsable de la défaillance du tiers qu'il s'est substitué pour l'exécution de ses obligations. En effet, il décide que le débiteur ne peut utilement se prévaloir du manquement de ce tiers que si, d'une part, ce dernier s'est heurté à un empêchement présentant tous les caractères définis par l'article 79.1 et si, d'autre part, sa défaillance a, de son côté, rendu impossible, au sens du même texte, l'exécution de l'obligation litigieuse. Autrement dit, les conditions de l'article 79.1 doivent être satisfaites, à la fois par le débiteur et par le tiers.* »

124 Art. 79. 2.

125 Une telle solution paraît constituer une sanction à l'égard du débiteur ; celui-ci ne devrait pas être libéré parce qu'il a chargé une autre personne que lui d'exécuter l'obligation. Charger une autre personne d'exécuter l'obligation serait en soi une faute. Ce qui ne peut pas correspondre à la réalité de l'exercice des activités commerciales.

126 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 728 : « *Lorsqu'un débiteur exécute son obligation en ayant recours aux services d'autrui, celui qui exécute l'obligation à la place du débiteur ou pour le compte du débiteur n'est pas un tiers dont le fait serait susceptible de constituer une cause étrangère. Ainsi, lorsqu'un débiteur fait exécuter l'obligation par l'un de ses employés, celui-ci n'est pas un tiers.* »

choses de genre, lesquelles sont considérées en doctrine comme ne périssant point [127]. Il arrive aussi que la survenance de la force majeure soit précédée de l'exécution tardive imputable au débiteur ou au tiers ; la force majeure survenue postérieurement à une faute n'exonère pas [128]. On verra que le Code civil de 1804 écarte à juste titre, en ce cas, la survenance de la force majeure intervenue postérieurement ; celle-ci n'efface pas le caractère fautif de l'inexécution de l'obligation, car l'exécution dans le délai stipulé aurait pour effet d'éviter à l'obligation la survenance de l'empêchement. La quasi-totalité de ces circonstances n'est pas perdue de vue dans le Code civil de 1804 [129].

38. La portée spatiale de l'impact de la force majeure dans les droits uniformes. En outre, le créancier est par principe étranger au lien contractuel qui existe entre le débiteur et le tiers ; la CVIM exclut même de façon formelle la relation entre les contractants et le tiers de son champ d'application [130]. À l'instar du Code civil français de 1804 [131], les droits uniformes auraient dû alors prendre en considération notamment la portée spatiale de l'impact de l'événement de force majeure. Cette absence semble influencée par le droit positif français, dont on verra qu'il n'a pas bien suivi, sur la question, la conception des codificateurs de 1804. Or, la localisation de l'exécution de l'obligation paraît relever d'une question particulièrement pertinente dans le contexte de la CVIM caractérisé par la vente internationale. Si, par exemple, le débiteur se trouve en Europe et fait exécuter l'obligation par un tiers aux États-Unis, lieu où l'empêchement est survenu, son exonération de façon automatique ne paraît pas justifiable [132]. Il peut résulter du contrat ou de l'intention tacite des parties que le débiteur exécute son obligation à partir de l'Europe, ou de l'Afrique. Le fait du tiers exonératoire à l'égard du débiteur doit survenir par principe à l'endroit où l'exécution de l'obligation paraît explicitement ou tacitement localisée.

---

127 *Ibid.*, n° 726 : « *On sait […] que certaines obligations, en raison de leur nature même, ne sont pas susceptibles d'entraîner une exonération de responsabilité du débiteur en cas d'inexécution. Tel est le cas des obligations portant sur une chose de genre […].* » ; A. SÉRIAUX, « Res perit domino », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 387, spéc., p. 404 : « *[…]* genera non pereunt*, les choses de genre ne périssent pas. Quand une chose quelconque ne répond qu'à des qualités génériques, elle peut aisément être remplacée par une autre de même genre […].* »

128 F. GRÉAU, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, n° 13 : « *[…], si une faute a précédé, suivi ou provoqué l'événement invoqué comme force majeure, c'est qu'il ne mérite pas cette qualification et la responsabilité du défendeur demeure alors entière […].* »

129 Les dispositions de l'article 1302 du Code civil, reprises dans le nouvel article 1351-1, alinéa 1. Elles seront présentées de façon détaillée.

130 L'article 4 de la CVIM dispose que : « *La présente convention régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur.* »

131 Les dispositions de l'ancien article 1302 du Code civil, reprises dans l'alinéa 1 du nouvel article 1351-1.

132 K. H. NEUMAYER et C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, p. 524 : « *Le vendeur répond sur la base de l'article 74 de la mauvaise exécution du contrat par des tiers indépendants qu'il a chargés de l'assister (*subcontractors*) lorsqu'il a commis une faute lui-même en les choisissant, en leur donnant des instructions ou en les surveillant.* »

Ainsi, l'empêchement survenu postérieurement à l'exécution tardive n'enlève rien au caractère fautif de l'inexécution de l'obligation [133] ; de même, la force majeure survenue à un endroit autre que celui où, suivant les termes exprès du contrat ou l'intention des parties, l'obligation est censée s'exécuter, ne doit pas libérer le débiteur. Au cas contraire, c'est autoriser celui-ci à déplacer à sa guise le lieu de l'exécution de l'obligation dans la zone frappée par la force majeure ; c'est donner prise à la collusion entre le débiteur et le tiers au préjudice du créancier. De même que le fait d'un tiers chargé d'exécuter l'obligation n'est pas par principe exonératoire, celui d'un tiers absolu ne doit pas être assimilé à la force majeure.

B. Le tiers absolu

39. **Différence de conceptions.** La conception du Code civil de 1804 diffère de celle du droit positif français et des droits uniformes sur la question de l'immixtion d'un tiers absolu dans l'inexécution du contrat. En effet, le législateur français paraît choisir, contrairement à ceux de la CVIM et de l'OHADA, d'être silencieux sur l'implication du tiers absolu dans l'inexécution du contrat. Cette question, qui ne se rencontre nulle part dans une disposition particulière du Code civil de 1804 [134], est apparue dans la doctrine [135] ainsi que dans la jurisprudence [136]. Celles-ci s'intéressent à l'immixtion de ce tiers dans l'inexécution du contrat, qu'elles assimilent au cas de force majeure [137]. Même après la réforme du 10 février 2016 la question demeure doctrinale. Une doctrine prétend que les termes « *événement échappant au contrôle du débiteur* » comprennent le fait d'un tiers absolu [138].

---

133 F. GRÉAU, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, n° 13.

134 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 728 : « *Le fait d'un tiers n'était pas envisagé par le Code de 1804. Il ne l'est pas davantage dans la réforme de 2016, qui ne traite que de la notion et des conséquences de la force majeure.* »

135 B. FAGES, *Droit des obligations*, 6e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 320, p. 271 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 959 ; S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2e année, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2016, n° 573.

136 Civ. 1re, 17 novembre 1999, *Bull. civ.* 1999, I, n° 307 ; Civ. 1re, 23 juin 2011, *RTD civ.* 2011, p. 772, obs. P. JOURDAIN.

137 É. BECQUÉ, « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, Contribution du droit comparé des obligations », *RTD civ*. 1914, p. 251 : « *Le fait d'un tiers, qui rend impossible l'exécution d'une obligation dans les termes du contrat, constitue en principe un cas fortuit ou de force majeure dans les rapports du créancier et du débiteur, à moins toutefois qu'il ne s'agisse d'un tiers des actes duquel le débiteur ait à répondre : c'est ce qu'exprime l'article 1245 du Code civil, d'après lequel "*le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne proviennent pas de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure*".* »

138 B. FAGES, *Droit des obligations*, 6e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 320, p. 271 : « *Au titre des événements échappant au contrôle du débiteur, il convient en principe d'inclure le fait d'un tiers qui peut constituer une cause d'exonération, dès lors bien sûr qu'il remplit les autres conditions de la force majeure.* »

40. Justification de la conception du Code civil. Or, le rôle du tiers absolu dans l'inexécution de l'obligation n'a pas pu, à juste titre, susciter l'intervention particulière du législateur. Cette attitude du législateur français se justifie depuis 1804. La doctrine dominante confond en général l'effet relatif du contrat, ou son effet obligatoire à la question de son opposabilité. Elle voit alors à tort une différence dans l'opposabilité des droits personnel et réel, en opposant les termes de l'ancien article 1165 à ceux de l'article 544 du Code civil [139]. Le droit personnel ne serait pas opposable aux tiers. Il se pose alors la question de l'atteinte au droit contractuel par le tiers. Ainsi, suivant l'opinion classique, le fait d'un tiers absolu doit avoir pour effet d'exonérer le débiteur. L'autre opinion soutient que ce fait n'exonère le débiteur que lorsqu'il présente à l'égard de celui-ci les caractères de force majeure [140]. En réalité, cette question ne se serait pas posée si l'on n'avait pas prétendu voir une différence dans l'opposabilité aux tiers des droits personnel et réel. La question de l'immixtion d'un tiers dans l'inexécution de l'obligation contractuelle est en effet implicitement résolue par les principes généraux de droit ; elle ne nécessite pas une intervention particulière du législateur.

41. Conception reçue dans les droits uniformes. Cependant, la conception du droit positif français reçoit un écho dans le droit de l'OHADA et dans la CVIM. Il se déduit *a contrario* des dispositions de ceux-ci, consacrées au fait d'un tiers chargé de l'exécution du contrat, que le fait d'un tiers absolu est assimilable au cas de force majeure ; il revêt un effet exonératoire de responsabilité à l'égard du débiteur. En effet, s'étant inspiré de façon incomplète de la CVIM [141], le droit de l'OHADA [142] s'est contenté d'exclure, des cas d'exonération de responsabilité, le fait des personnes chargées par le débiteur de l'exécution de l'obligation ; il demeure silencieux sur l'effet du fait d'un tiers absolu. On peut alors être tenté de déduire *a contrario* de cette exclusion que le fait d'un tiers absolu constitue aussi un cas exonératoire de responsabilité [143]. De même, l'article 79.2 de la CVIM exclut, sous certaines conditions, le fait d'un tiers chargé par le débiteur de l'exécution de

---

139 Un développement est consacré à cette question dans le corps de cette étude.

140 S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2e année, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2016, n° 573 : « *Si le fait du tiers a les caractères de la force majeure (irrésistibilité, imprévisibilité, et extériorité), le débiteur est exonéré de sa responsabilité contractuelle.* » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 215 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 6e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 320, p. 271 ; F. GRÉAU, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, n° 7.

141 Art. 79. 2.

142 A. P. SANTOS et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant Bruxelles, 2002, n° 674 : « *Ayant repris le texte de l'article 79 de la Convention de Vienne, le législateur n'a pas cru devoir reproduire tous les éléments caractérisant l'impossibilité d'exécution, à savoir l'imprévision et l'irrésistibilité traduite par la formule "*que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle, qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences*".* »

143 *Ibid.*, n° 674 : « *[…], le fait du tiers n'exonère le débiteur que s'il présente les caractères de la force majeure. Il constitue l'un des aspects de la force majeure "*lato sensu*".* »

l'obligation [144], des cas d'exonération de responsabilité. Il résulte aussi *a contrario* de cette exclusion sélective que le fait d'un tiers absolu éteint de façon automatique les obligations contractuelles [145]. Bien que le rapport des parties contractantes et des tiers soit exclu du domaine d'application de la CVIM [146], il peut évidemment être déduit *a contrario* des dispositions de l'article 79.2 de celle-ci que le fait de ce tiers est exonératoire de responsabilité [147]. Ainsi, cette exonération tiendrait au seul fait que le tiers n'a aucun lien contractuel avec le débiteur.

42. Le fait d'un tiers causé par la force majeure et le fait d'un tiers absolu. Cette analyse de l'effet du fait d'un tiers absolu, bien que correspondant à l'opinion répandue [148], paraît discutable. Il peut en effet être distingué entre le comportement de ce tiers résultant d'un cas de force majeure, et son fait à proprement parler. Dans le premier cas, le tiers n'est pas responsable de son comportement ; par voie de conséquence, il n'en répondra pas, et le débiteur en sera lui aussi exonéré ; ce fait n'est imputable à personne. Dans le second cas, en revanche, le fait d'un tiers absolu ne mérite pas d'être analysé en un cas de force majeure [149]. Il existe, à proprement parler, deux sortes de fait d'un tiers absolu.

43. Le fait légitime et le fait illégitime d'un tiers absolu. Soit le fait d'un tiers absolu est légitime, ou encore favorisé par le débiteur [150] ou le créancier, et il est alors imputable au

---

144 On doute que cette disposition exclue les salariés du débiteur : V. HEUZÉ, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 474, p. 428 : « *Plus incertain encore est le point de savoir si l'article 79.2 concerne également les salariés du débiteur ou, autrement dit, s'il est applicable à l'hypothèse où, pour expliquer l'inexécution, le débiteur se prévaudra du fait de ses employés.* »

145 Ce qui semble contredire les dispositions de l'article 4 de la CVIM, excluant du domaine de celle-ci les relations entre les parties contractantes et les tiers.

146 V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 87 : « *L'article 4 de la CVIM prévoit que celle-ci "*régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur*". Elle ne gouverne donc que les seules relations nées* inter partes*, et à la condition, bien entendu que ces relations dérivent elles-mêmes, et directement, du contrat de vente, et non d'accords accessoires ou connexes.* »

147 C'est ce que conçoit cet auteur, B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 181.

148 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 959 : « *Seul le fait d'un tiers qui se serait immiscé dans l'exécution du contrat contre la volonté du débiteur peut exonérer celui-ci : c'est à cette seule condition qu'il échappe à son contrôle.* »

149 De même que le débiteur ne doit en répondre, ce fait ne doit l'exonérer, F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 585 : « *[…], il convient d'éliminer le tiers qui, par une intervention spontanée, met obstacle à l'exécution des engagements souscrits par un contractant.* »

150 Un bel exemple fourni par cet auteur, É. BECQUÉ, « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, Contribution du droit comparé des obligations », *RTD civ*. 1914, p. 251, spéc., p. 252 : « *Primus loue un cheval, puis il le prête à un ami ; celui-ci, à la suite d'une imprudence, blesse ou tue le cheval : Primus est-il responsable et doit-il indemniser le propriétaire, ou celui-ci en est-il réduit à n'agir que contre l'auteur du dommage ?* »

débiteur [151], ou au créancier [152]. En ce cas, le fait d'un tiers est dû à celui du débiteur lui-même ou du créancier ; il constitue une réaction légitime au comportement du débiteur [153] ou du créancier [154]. Il peut viser par exemple la protection de son droit à l'égard du débiteur ; il en va ainsi de l'exercice de l'action paulienne. Soit le fait de ce tiers est fautif [155]. Il semble approprié que ce fait se voit attribuer, comme conséquence, un double changement au niveau des mécanismes de responsabilité.

D'une part, au débiteur originaire, se substituera l'auteur de ce fait nuisible au contrat. Il n'incombe pas à celui-là de répondre de l'inexécution de l'obligation due au fait fautif d'un tiers. Il y a évidemment là changement de débiteur. D'autre part, la responsabilité devient délictuelle. L'hypothèse suppose absolument un fait fautif du tiers, car un fait légitime de celui-ci demeure imputable au débiteur ou au créancier. Il sera opposé au tiers sa faute, c'est-à-dire son manquement au devoir général d'abstention à l'égard du droit d'autrui. Ainsi, par le biais de la responsabilité délictuelle, l'avantage attendu de l'obligation contractuelle devenue inexécutable sous sa forme initiale, sera réalisé, bien que d'une autre façon. Il s'ensuit que c'est inapproprié de concevoir en ce cas une exonération à proprement parler de responsabilité. On est en présence d'une substitution de débiteur et d'un changement de nature de la responsabilité.

---

151 C'est le cas lorsque le tiers bloque l'exécution de l'obligation qu'il estime préjudiciable à sa créance à l'égard du débiteur. Le tiers peut à cet égard exercer l'action paulienne. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 1154 : « *À la fois voisine et parente de l'action oblique, en ce qu'elle constitue également un moyen de sauvegarde du droit de gage général des créanciers, l'action paulienne en diffère en ce qu'elle protège ceux-ci contre un danger d'une autre nature : la fraude du débiteur et non plus sa négligence, c'est-à-dire une action abusive et non plus une omission. Il se peut en effet que, loin de négliger d'exercer ses droits et actions, le débiteur s'emploie à soustraire aux poursuites de ses créanciers tels biens ou valeurs compris dans l'actif qui lui reste, soit à son propre profit, en liquidant ses biens de manière à rendre le produit aisément dissimulable, soit au profit de tiers, en les avantageant, réellement ou fictivement, au détriment de ses créanciers. L'action paulienne permet à ces derniers de déjouer de tels stratagèmes.* »

152 Il en va ainsi lorsque le tiers pratique, en vertu de sa créance à l'égard du créancier, la saisie mobilière, entre les mains du débiteur, sur les marchandises vendues.

153 Par exemple, l'exercice de l'action paulienne. J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, tome 4, *Les obligations, Régime général,* (Sous la dir. Ch. LARROUMET), 2e éd., Economica, 2011, n° 297 : « *On considère classiquement que cette action, encore dite révocatoire, a pour but d'éviter que le débiteur ne puisse impunément porter atteinte au droit de gage général de ses créanciers en diminuant frauduleusement, par des actes juridiques, la consistance de son patrimoine. Elle pare à ce danger en permettant aux créanciers d'attaquer de tels actes afin d'en obtenir la révocation […].* »

154 Tel est le cas lorsque le tiers pratique une saisie-attribution de créance entre les mains du débiteur.

155 É. BECQUÉ, « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, Contribution du droit comparé des obligations », *RTD civ*. 1914, p. 251, spéc., p. 252 : « *La question qui se pose […] : il s'agit de décider si le débiteur qui est empêché, par le fait d'un tiers, d'exécuter son obligation dans les termes du contrat, peut invoquer ce fait vis-à-vis de son créancier comme constituant une cause de libération, ou si au contraire il est responsable du dommage que l'inexécution ou l'exécution défectueuse cause au créancier.* »

44. **Illustration.** Il en est ainsi d'un cas d'agression d'un passager par un tiers dans un train [156]. En l'espèce, un individu a mortellement blessé un passager dans un train. La mère de la victime demande la condamnation solidaire de la SNCF et de l'auteur de cet acte à réparer son préjudice moral. Les juridictions déclarent ce fait exonératoire à l'égard de la SNCF. Il s'agit là, à proprement parler, de substitution de la responsabilité délictuelle à celle initialement contractuelle incombant à la SNCF à l'égard de la victime directe. La responsabilité n'est pas éteinte, mais elle se transporte, par changement de nature, à la tête du tiers, auteur du fait dommageable. À l'opposé de ce que soutient une opinion [157], on n'a pas à faire supporter les conséquences dommageables du fait d'un tiers par le débiteur [158], lequel devrait ensuite seulement se retourner contre le tiers [159]. La solution acceptable et équitable consiste plutôt à substituer directement celui-ci au débiteur par la voie de la responsabilité délictuelle en vue de réaliser les avantages attendus du contrat ; il doit indemniser les parties contractantes dont chacune peut l'attraire devant le juge. Le devoir général de respect du droit d'autrui, quel qu'en soit la nature, pèse sur le tiers. La violation de ce devoir constitue une faute.

45. **Question délaissée par la CVIM aux droits internes.** L'assimilation implicite du fait d'un tiers absolu par la CVIM au cas de force majeure résulte d'une maladresse. D'une part, elle exclut de son domaine d'application le rapport entre les contractants et les tiers ; d'autre part, elle dispose que le fait d'un tiers chargé de l'exécution du contrat n'est pas libératoire à l'égard du débiteur. Ce qui donne lieu à une solution contradictoire. Il en résulte en effet l'idée contraire non souhaitée par les rédacteurs de la CVIM : le fait d'un tiers absolu est assimilé à la force majeure. Or, la CVIM entendrait sans doute délaisser

---

156 Civ. 1re, 23 juin 2011, *RTD civ.* 2011, p. 772, obs. P. JOURDAIN.

157 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 215 : « *[…], le débiteur peut […] obtenir, indirectement, l'équivalent d'une exonération en ce sens que la charge définitive de la réparation doit se partager entre lui et le tiers dont le fait a contribué à la production du dommage. Les solutions sont les mêmes qu'en responsabilité délictuelle ; il suffira de les rappeler brièvement. Pour ce qui est de la victime — le créancier — la circonstance que l'inexécution du débiteur se soit conjuguée avec le fait d'un tiers — fait qui doit nécessairement être générateur de responsabilité pour pouvoir être pris en considération — non seulement ne peut lui nuire mais, tout au contraire, lui profite. En effet, chacun des deux coauteurs est tenu* in solidum *à l'égard de la victime qui peut réclamer l'entière réparation de son préjudice à l'un ou à l'autre d'entre eux, à son gré — en pratique, au plus solvable des deux. Quant aux rapports des coauteurs entre eux, ils se règlent par l'exercice d'un recours de celui qui a indemnisé la victime contre l'autre dans la mesure — fixée par le juge — de la part incombant à chacun d'eux.* »

158 L'opinion qui propose une condamnation solidaire : S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2e année, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2016, n° 573 : « *Si le fait du tiers n'a pas les caractères de la force majeure, le débiteur n'est pas exonéré dans ses rapports avec le créancier victime. Le tiers et le débiteur sont tenus à son égard d'une responsabilité* in solidum. »

159 Alors qu'en matière délictuelle, on soutient la condamnation directe solidaire : F. GRÉAU, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, n° 7 : « *[…], s'il est un fait générateur de responsabilité, il n'empêche pas la condamnation complète du défendeur via le mécanisme de l'obligation* in solidum *qui autorise seulement ce défendeur à exercer éventuellement un recours en contribution contre le tiers co-responsable.* »

cette question aux droits internes [160], d'autant qu'elle conduit sur le terrain délictuel. Certains systèmes juridiques prévoient, à la différence du droit français, une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ou de tiers [161]. Cette divergence qui n'a qu'une portée technique serait d'ailleurs à l'origine de l'exclusion du rapport entre les contractants et le tiers du domaine d'application de la CVIM.

46. Conclusion. Le fait fautif, imprévisible et irrésistible, d'un tiers absolu n'a rien de force majeure. Il donne lieu à l'indemnisation des contractants sur le terrain délictuel. Le changement de mécanisme de responsabilité n'est pas synonyme de l'exonération. Le tiers se substitue au débiteur initial pour réaliser l'avantage attendu du contrat. La force majeure peut être la cause d'un acte dommageable d'un tiers. En ce cas, personne ne sera tenue des préjudices qui en résultent. Ni le tiers, ni le débiteur ne se verra rien reproché. C'est donc la force majeure qui entraîne une chaine d'exonération. Le fait d'un tiers ne peut ainsi être assimilé à la force majeure, l'événement causal du risque.

SECTION II.
TRAITEMENT DU RISQUE

47. Le contenu de la théorie des risques. Il a été rappelé que la force majeure a pour conséquence d'affecter de diverses manières l'exécution de l'obligation contractuelle. Elle peut soit suspendre l'exécution de l'obligation [162], lorsqu'elle ne dure que de façon temporaire, soit entraîner la réduction du contenu du contrat, soit enfin rendre définitivement et totalement inexécutable l'obligation. Dans ces différentes hypothèses, la force majeure entraîne des préjudices. Les avantages attendus du contrat disparaîtront soit totalement ou partiellement, soit temporairement. Le litige susceptible de résulter de l'évanouissement de ces avantages doit être réglé. Ainsi, le droit positif donne lieu à la théorie dite des risques ; celle-ci renferme plusieurs solutions juridiques (§ 1), dont

---

160 H. ERCÜMENT ERDEM, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne, Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980*, « Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg Suisse », Éditons universitaire Fribourg Suisse, 1990, n° 1222 : « *Cet article (art. 79.2) ne règle pas les relations entre le vendeur et le tiers, qui sont soumises aux droits internes (art. 7 par. 2). C'est selon ces droits que l'on décidera en particulier si le vendeur tenu de réparer le dommage peut se retourner contre lui.* »

161 É. BECQUÉ, « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, Contribution du droit comparé des obligations », *RTD civ*. 1914, p. 251, spéc., p. 253 : « *[…] si notre Code ne formule pas le principe général de la responsabilité contractuelle pour autrui comme l'ont fait les codes étrangers récents […], l'application du droit commun de la responsabilité contractuelle, en dehors de tout recours à l'article 1384, suffit à donner du problème une solution conforme et aux nécessités de la pratique et aux exigences de la science.* »

162 Art. 79.3 de la CVIM dispose : « *L'exonération prévue par le présent article produit effet pendant la durée de l'empêchement.* » Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 1218 du Code civil, « *si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. […].* »

l'application semble très critiquable (§ 2). La théorie des risques est constituée des maximes reprises du droit romain, à savoir les règles *res perit domino*, *res perit debitori*, et *res perit creditori*. Elles expriment respectivement que les risques pèsent sur le propriétaire de la chose perdue ou détériorée, sur le débiteur de l'obligation inexécutée et sur le créancier de celle-ci.

§ 1. SOLUTIONS DES RISQUES

48. **Diversité.** Il résulte du droit positif français, de l'OHADA et du commerce international, notamment de la CVIM, une diversité de solutions à la question de la charge des risques. Le droit français est le plus ancien de ces trois systèmes juridiques [163]. Il a alors constitué une source d'inspiration certaine du droit de l'OHADA et de la CVIM, droit matériel en matière de vente internationale [164]. Étant en effet le plus ancien, le droit français a fait ses preuves. L'application de certaines de ses règles a donné lieu à des critiques. Ainsi, son inspiration à l'égard des deux autres systèmes juridiques peut se manifester de deux manières ; il peut inspirer ceux-ci de façon aussi bien positive que négative. Dans le premier cas, un système juridique postérieur peut se contenter de reprendre une règle issue du droit positif français dont l'application ne s'est pas heurtée à des difficultés pratiques. En revanche dans le second cas, les règles présentant trop d'inconvénients pratiques, ou produisant des effets perçus comme injustes, complexes ou non équitables, seront simplement évitées par les nouveaux systèmes juridiques. Ce qui peut être mis en évidence par le passage en revue des solutions données à la question des risques dans les droits français (A), de l'OHADA (B) et dans la CVIM (C).

A. Le droit positif français

49. **La solution considérée comme de principe.** Le cas de l'influence du droit français sur les systèmes juridiques postérieurs paraît particulièrement remarquable en ce qui concerne la question du rapport entre la charge des risques et le transfert du droit de propriété.

---

163 Pour la notion de système juridique, R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, 3e éd., LexisNexis, 2016, n° 2 : « *L'expression de "système juridique" est retenue par la plupart des auteurs pour désigner "un ensemble" juridique, regroupant des règles assurant la solution des problèmes que peut connaître une société. Un système juridique, c'est le plus souvent le droit qui s'applique dans un État déterminé. Mais la notion de système de droit et la notion de droit étatique ne sont pas identiques, puisque, dans un État, plusieurs systèmes de droit peuvent coexister, tandis qu'un système de droit peut s'appliquer dans différents États.* »

164 *Ibid.*, n° 589, note de bas de page n° 67 : « *Les intérêts pour le droit comparé sont importants : la préparation de la convention* (de Vienne du 11 avril 1980) *a été une occasion privilégiée de mettre en parallèle différents droits nationaux de la vente et la méthode comparative qui a beaucoup aidé à la mise au point du texte peut faciliter maintenant considérablement la mise en œuvre et l'interprétation. La Convention peut être aussi une incitation à des modifications des droits internes contribuant à leurs rapprochements : le nouveau Code civil des Pays-Bas s'en est inspiré ; la modification du BGB pour ce qui touche aux obligations et aux contrats en a tenu compte. Il faut se rappeler que les représentants de soixante-deux États ont participé à la conférence qui a conduit à son adoption.* »

L'effet de l'événement de force majeure, conçu en des termes généraux par les codificateurs français depuis 1804 à l'ancien article 1148 du Code civil [165], consiste par principe en la libération du débiteur de l'obligation inexécutée [166] et, par contrecoup, de l'autre partie de l'obligation réciproque. Ainsi, sauf convention contraire [167], le cas de force majeure libère les deux parties de leurs obligations réciproques lorsqu'il s'agit de contrat synallagmatique, et le débiteur de l'obligation impossible à exécuter en cas de contrat unilatéral. Cette règle est reprise au nouvel article 1218, alinéa 2, du Code civil, aux termes duquel, « […]. *Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1* » [168].

À l'unanimité, la doctrine discerne sans gêne cette solution dans les dispositions du Code civil relatives notamment au contrat de bail [169], contrat à exécution successive. En cas de destruction de la chose louée, sans la faute du preneur, celui-ci ainsi que le bailleur sont libérés de leurs obligations réciproques. Le preneur n'est plus tenu de verser le loyer au bailleur. Inversement, celui-ci est libéré de l'obligation d'assurer la jouissance de son

---

165 Art. 1148 : « *Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.* »

166 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 718 : « *La responsabilité du débiteur envers le créancier suppose que l'inexécution ou l'exécution défectueuse de l'obligation engendrée par le contrat soit imputable au premier. Même si l'inexécution cause un préjudice au créancier, il n'est pas possible de condamner le débiteur à la réparation si son activité n'est pas à l'origine de cette inexécution. De la même façon, le créancier d'une obligation inexécutée ne peut ni demander la résolution en justice contre le débiteur, ni invoquer une clause résolutoire ou la résolution unilatérale si l'inexécution n'est pas imputable au débiteur. Les sanctions de l'inexécution d'une obligation contractuelle que sont la responsabilité du débiteur et la résolution n'ont pas leur place en cas d'impossibilité d'exécution et plus généralement chaque fois que l'activité du débiteur n'est pas la cause de l'inexécution.* »

167 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 899 : « *La répartition du risque relève essentiellement de la volonté des parties : les contractants peuvent comme il leur convient attribuer les risques à l'un ou à l'autre. Eux-mêmes fixent l'équilibre économique de leur contrat. Mais souvent ils n'y ont pas songé : il faut des règles qui s'appliquent à défaut de stipulation particulièrement sur ce point.* »

168 M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 — Contrat et engagement unilatéral*, « Thémis droit », 4e éd., Puf, 2016, n° 669 ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 734. L'article 1351 dispose que : « *L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure.* » Aux termes de l'article 1351-1 : « *Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose.* »

169 Art. 1722. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 15e éd., par V. LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, 2017, n° 1873 : « *Les solutions antérieures données à la question par la jurisprudence s'appuyaient uniquement sur des textes spéciaux : l'article 1722 se réfère à l'hypothèse de la destruction de la chose louée, […].* » M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 — Contrat et engagement unilatéral*, « Thémis droit », 4e éd., Puf, 2016, n° 669.

cocontractant [170]. La règle doit évidemment être analysée comme libératoire des deux parties [171]. Ainsi, aucune des maximes d'origine romaine ne peut en réalité traduire cette solution : il n'y a évidemment ici ni la règle *res perit debitori* [172], ni la règle *res perit creditori* [173], ni la règle *res perit domino*. L'inexécution fortuite d'une obligation libère simplement les

---

170 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 734 : « *Supposons que l'immeuble donné à bail périsse dans un incendie fortuit qui n'est imputable ni au bailleur ni au preneur. En ce cas, le bailleur est libéré de son obligation de procurer la jouissance au preneur, mais le preneur doit-il continuer à payer le prix du bail ? La réponse doit être négative. Dans un contrat synallagmatique, lorsque l'obligation d'une partie fait l'objet d'une impossibilité d'exécution par suite d'un cas de force majeure non imputable au débiteur, l'autre partie est aussi libérée de son obligation. En d'autres termes, le contrat est anéanti et les risques sont, par conséquent, pour le débiteur de l'obligation dont l'exécution est impossible (*res perit debitori*).* » ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 — Contrat et engagement unilatéral*, « Thémis droit », 4e éd., Puf, 2016, n° 669.

171 F. GRÉAU, « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, n° 95 : « *Il serait peut-être plus juste de considérer que la disparition du contrat permet de partager les risques entre les contractants : si aucun d'eux ne peut recevoir la prestation promise, aucun des deux n'est également contraint de verser la prestation promise.* »

172 Une analyse contraire répandue : Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 733 : « *Si […] on admet que le créancier de l'obligation impossible à exécuter ne doit pas lui-même, en raison de cette impossibilité, exécuter sa propre obligation, on met les risques du contrat à la charge du débiteur de l'obligation qui fait l'objet de l'impossibilité d'exécution (*res perit debitori*), puisque la prestation qu'il attendait et qui pouvait lui être fournie ne le sera pas.* », *Ibid.*, n° 734 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 899 : « *D'une manière générale, l'impossibilité d'exécuter une des obligations entraîne la disparition de l'autre ; ce qui est souvent dit en latin :* res perit debitori. » ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 15e éd., par V. LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, 2017, n° 1873 : « *La jurisprudence en avait tiré une règle générale, celle de la résolution du contrat, libérant le créancier de l'obligation inexécutée de sa propre prestation et traduite par l'adage "*res perit debitori*" […].* » ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 — Contrat et engagement unilatéral*, « Thémis droit », 4e éd., Puf, 2016, n° 669 : « *Auparavant, le cas de force majeure donnait lieu à l'application de ce qu'on appelait la "théorie des risques". Le principe était résumé dans l'adage* res perit domino *: lorsqu'une obligation ne peut être exécutée par suite d'un cas de force majeure, la chose périt aux risques du débiteur de l'obligation inexécutée.* » ; Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7e éd., LexisNexis, 2016, n° 485 ; S. PORCHY-SIMON, *Droit civil, 2e année, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2016, n° 452 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 263 : « *Il ne fait pas de doute que les risques doivent peser sur le débiteur. La force majeure, qui éteint directement son obligation, éteint l'autre par contrecoup. Elle fait ainsi tomber le contrat tout entier : le bailleur est libéré par la force majeure ; le locataire aussi.* »

173 O. DESHAYES, « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, 2009, n° 14 : « *[…], il est trompeur d'affirmer que les risques du contrat sont soit pour le débiteur, soit pour le créancier, car la symétrie qui paraît s'établir n'existe pas en réalité. Décider que le débiteur de l'obligation empêché de s'exécuter par force majeure peut percevoir de son cocontractant l'avantage attendu reviendrait effectivement à faire peser les risques du contrat sur le créancier de l'obligation impossible. En revanche, décider — comme cela est la règle — que le contrat est anéanti pour le tout en cas d'impossibilité d'exécuter pour le débiteur, n'est pas faire supporter les risques du contrat par le débiteur de l'obligation impossible. Il est plus convaincant d'affirmer que les risques du contrat sont alors partagés : aucune des parties ne peut percevoir l'avantage stipulé à son profit, en contrepartie, aucune n'a à exécuter la prestation mise à sa charge […].* »

contractants de leurs obligations réciproques [174]. Chacun de ceux-ci éprouve, proportionnellement à l'étendue de son engagement, les dommages consécutifs à la survenance de force majeure : les risques sont partagés.

50. Règle considérée comme exceptionnelle. À l'exception du droit de la consommation, constitué de règles de sources régionales, le droit positif français a du mal à s'accommoder de cette règle générale dans les dispositions du Code civil de 1804, considérées comme relatives aux contrats translatifs de propriété, dont le contrat de vente [175]. Les articles L. 216-1 à L. 216-5 du Code de la consommation lient la charge des risques à l'obligation de délivrance [176]. En dehors de ce droit spécial du contrat de vente, l'analyse dominante de certaines dispositions du Code civil de 1804 notamment de son ancien article 1138 rattache assez tôt la charge des risques à l'appartenance du droit de propriété [177]. Aux termes de

---

174 P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, « Bibliothèque de droit privé tome 220 », préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 1992, n° 228 : « *En réalité, il n'est pas certain que parler de charge du risque de force majeure soit toujours judicieux. Radouant avait, jadis, relevé l'inanité de la formule selon laquelle, dans les contrats synallagmatiques, les risques sont pour le débiteur. En ne recevant pas la prestation promise, le créancier ne souffre-t-il pas également de l'inexécution fortuite ? Pour peu qu'il ait "fait des préparatifs et des aménagements couteux, en vue de la réception de certaines marchandises" ou qu'il ait été "obligé, pour se procurer les sommes nécessaires au paiement du prix, de liquider des marchandises ou des valeurs mobilières", son préjudice est largement avéré. Aussi convient-il de ne pas trop s'attacher à la formule* res perit debitori. » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 900 : « Res perit debitori. — *Cette maxime, selon laquelle les risques pèsent sur le débiteur, en soi ne signifie rien, puisque dans un contrat synallagmatique chaque partie est à la fois créancier et débiteur. Il faut préciser que les risques pèsent sur le débiteur de l'obligation qui ne peut plus être exécutée en raison de la force majeure : celle-ci le libère mais l'empêche d'obtenir la prestation qu'il espérait.* »

175 Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7e éd., LexisNexis, 2016, n° 486 : « *L'hypothèse particulière concerne les contrats translatifs de propriété, spécialement le contrat de vente, dans lequel le transfert s'opère* solo consensu *et immédiatement. Aussi l'acquéreur est-il propriétaire dès l'échange des consentements, même si la chose n'est pas encore livrée. Compte tenu de cette solution, on considère que le transfert de propriété entraîne en même temps un transfert des risques* res perit domino *ce qui oblige le propriétaire — l'acquéreur, après l'échange des consentements — à assumer tous les risques, c'est-à-dire en pratique à payer le prix convenu même si la chose n'a pas été livrée.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 901 : « *Dans les contrats translatifs de propriété, les risques pèsent sur le propriétaire :* res perit domino. *Le droit français, à la différence de certaines législations étrangères telles que le droit allemand, associe le transfert de propriété et la charge des risques (art. 1196, al. 3).* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 736 : « *Le principe du transfert immédiat de la propriété et des risques de la chose vient modifier la façon dont se présente la théorie des risques du contrat dans les contrats synallagmatiques translatifs de propriété.* » ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 — Contrat et engagement unilatéral*, « Thémis droit », 4e éd., Puf, 2016, n° 669.

176 G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 536 : « *En cette matière, les risques pèsent […] sur le professionnel, tant que la chose n'a pas été livrée au consommateur […].* »

177 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, Litec, 1995, n° 1399 : « *En vertu de l'article 1138 du Code civil, les conséquences de la force majeure sont pour le propriétaire de la chose, ce qui veut dire que l'acquéreur, devenu propriétaire à l'instant même du contrat, doit payer le prix de la chose détruite quand bien même elle ne lui aurait pas été livrée. On exprime cette règle par l'adage* Res

… / …

cette disposition, « *l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.* » La doctrine majoritaire, suivie par la jurisprudence [178], déduit de ce texte un lien de cause et effet entre le transfert de la propriété et la charge des risques : *res perit domino* [179], considérée par un auteur plutôt comme règle de principe dans le système du Code civil [180].

51. Règle consacrée par la réforme. Par conséquent, tous les avant-projets de réforme du droit des obligations proposent une reformulation de cette disposition en mettant en évidence cette relation de cause et effet entre le droit de propriété et la charge des risques [181]. L'ordonnance du 10 février 2016 consacre la nouvelle formulation proposée par

---

perit domino *[…]*. » ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, Droit civil, Les obligations, 15e éd., par V. LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, 2017, n° 1873 : « *[…], il existait une exception à cette règle dans le cas d'un contrat translatif de droit portant sur un corps certain, en vertu de l'adage* res perit domino *: la chose est aux risques du propriétaire. En effet, l'article 1138 rendait le créancier propriétaire et mettait la chose aux risques de ce dernier […]*. » ; O. BARRET, « Vente », *Rép. civ. Dalloz,* 2012, n° 15 : « *Le transfert immédiat de la propriété à l'acheteur emporte pour celui-ci l'obligation simultanée de supporter les risques de la perte ou de la détérioration du bien vendu ; cela, même si le bien ne lui a pas encore été livré et s'il ne peut donc exercer sur lui sa surveillance : la solution résulte de la combinaison des articles 1624 et 1138, alinéa 2, du Code civil.* »

178 Civ. 1re, 19 novembre 1991, *Bull. civ.* 1991, I, n° 325. Com., 7 décembre 1993, *Bull. civ.* 1993, IV, n° 466. Civ. 1re, 10 octobre 1995, *Bull. civ.* 1995, I, n° 361.

179 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, Litec, 1995, n° 1743 : « *L'explication à laquelle toute la doctrine se rallie aujourd'hui, rattache les risques à la propriété. Dans le système du Code civil (art. 1138), la vente est translative de propriété par le simple échange des consentements, avant toute tradition. C'est parce qu'il est propriétaire dès l'accord des volontés que l'acheteur supporte les risques, ce que l'on exprime par l'adage* res perit domino. » ; S. PORCHY-SIMON, *Droit civil, 2e année, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2016, n° 452 : « *Lorsque le contrat est translatif de propriété, c'est la règle* res perit domino *(la perte est pour le propriétaire), aujourd'hui mentionnée à l'article 1196, al. 3 nouv. C. civ., qui reçoit […] application.* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 736 : « *Le principe du transfert immédiat de la propriété au moment de la conclusion du contrat emporte une conséquence essentielle quant à la charge des risques de perte fortuite de la chose. En effet, il est une règle selon laquelle la perte fortuite d'une chose doit être supportée par son propriétaire. Ce principe est* res perit domino. » ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 — Contrat et engagement unilatéral*, « Thémis droit », 4e éd., Puf, 2016, n° 669 ; A. SÉRIAUX, « Res perit domino », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 387.

180 A. SÉRIAUX, « Res perit domino », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 387, spéc., p. 393 : « *Quoi qu'on dise,* res perit domino *exprime au contraire le principe.* »

181 Art. 93 de l'avant-projet élaboré sous la direction de F. TERRÉ : « *Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, le transfert s'opère en principe dès la conclusion du contrat. Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, une disposition de la loi ou par la nature des choses. Le transfert de propriété emporte en principe transfert des risques de la chose, encore que la délivrance n'en ait pas été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la délivrer ; la chose reste alors aux risques de ce dernier.* » Art. 1152 de l'avant-projet CATALA : « *L'obligation de donner s'exécute en principe par le seul échange des consentements. Toutefois son exécution peut être différée par la volonté des parties, une disposition de la loi ou par la nature des choses. Elle s'exécute en nature*

… / …

ces avant-projets. Aux termes du nouvel article 1196 du Code civil, « *dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi. Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de livrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1* » [182].

52. Prétendue source de la règle considérée comme dérogatoire. Il est incontestable que dans l'ancien article 1138, les codificateurs ont traité deux questions, à savoir celle du moment du transfert de la propriété et celle de la charge des risques. Il s'agit de l'hypothèse de l'acquisition de corps certains. La propriété d'une telle chose se trouve transférée, à moins de volonté contraire des parties, dès la formation du contrat : le principe du transfert immédiat ou *solo consensu* du droit de propriété [183]. En raison sans doute de la présence des deux questions dans cette même disposition, l'attribution de la charge des risques à l'acquéreur est considérée comme la conséquence principale de l'appartenance du droit de

---

quel que soit son objet, corporel ou incorporel. Son exécution rend le créancier titulaire du droit transmis et met à ses risques et périls la chose, objet de ce droit, encore que la tradition n'en ait pas été faite. » Art. 105 de l'avant-projet élaboré par la Chancellerie : « *Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, le transfert s'opère dès la conclusion du contrat. Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou une disposition de la loi. Le transfert de propriété emporte [en principe] transfert des risques de la chose, encore que la délivrance n'en ait pas été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la délivrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 736 : « *Le lien établi entre le transfert de la propriété et celui des risques de la chose est parfaitement justifié, puisque c'est au propriétaire de supporter la perte de la chose.* »

182 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations,* 15e éd., par V. LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, 2017, n° 1874 : « *La question des risques attachés au transfert de la propriété est […] résolue […].* » ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 536 : « *L'article 1196, alinéa 3, du Code civil maintient également la concomitance du transfert de propriété et du transfert des risques que posait déjà l'ancien 1138, alinéa 2. Autrement dit, la réforme a repris le principe "*res perit domino*" qui faisait reposer la perte ou la dégradation de la chose sur le propriétaire. La formulation retenue, à savoir "*le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose*" est plus juste et plus simple que celle de l'ancien article 1138, alinéa 2 du Code civil. Ce dernier faisait en effet référence à la "tradition de la chose", pour finalement préciser qu'elle n'avait pas d'impact sur le transfert des risques.* »

183 Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7e éd., LexisNexis, 2016, n° 486 ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 736 : « *Dans les contrats translatifs de propriété, tels que la vente ou l'échange, le principe admis par le droit français, lorsqu'il s'agit du moins d'un corps certain, est que la propriété est transférée du patrimoine de l'aliénateur dans celui de l'acquéreur dès que les consentements des parties ont été régulièrement échangés. Lorsque le contrat est consensuel, le transfert de propriété est opéré* solo consensu *dès l'échanges des consentements dépouillés de toute forme. Cette solution traditionnelle a été conservée par l'article 1196 nouveau du Code civil. Lorsque le contrat n'est pas consensuel, le transfert de propriété a lieu immédiatement dès l'échange des consentements intervenu en la forme requise par la loi.* »

propriété [184]. La maxime *res perit domino*, d'origine romaine, est alors aisément transposée dans le système du Code civil de 1804 en vue de traduire ce lien de cause et effet entre l'appartenance du droit de propriété et la charge des risques [185]. Ainsi, le nouvel article 1196 dispose que le transfert de la propriété attribue les risques à l'acquéreur dès la formation du contrat.

Ce rapport est tel que l'imputation de la charge des risques à l'acquéreur est en général perçue de façon inappropriée comme une opération de transfert [186]. Contrairement aux dispositions du Code civil de 1804, la réforme de 2016 ainsi que les systèmes juridiques modernes conçoivent l'imputation des risques à l'acquéreur comme un transfert. À titre d'illustration, l'article L. 216-4 du Code de la consommation dispose que : « *tout risque de perte ou d'endommagement des biens est transféré au consommateur au moment où ce dernier ou un tiers désigné par lui, et autre que le transporteur proposé par le professionnel, prend physiquement possession de ces biens* ». L'acquisition du droit de propriété devient ainsi synonyme de l'acquisition des risques [187] ; elle sous-entend que l'acquisition d'une chose vaut l'acquisition des risques. Or, la survenance de ceux-ci n'a en réalité qu'un caractère éventuel. Le rattachement de la charge des risques au transfert de la propriété a pour conséquence que l'acquéreur supporte

---

184 Entre autres : J.-S. BORGHÉTTI, « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* 2013/4, p. 1684 : « *Avant la conclusion de la vente […] les choses sont claires : la chose appartient au futur vendeur ; ou, du moins, elle n'appartient pas à l'acheteur, qui n'a en principe sur elle aucun droit. Une fois que la vente a été conclue, la chose livrée et le prix payé, la situation juridique est normalement de nouveau limpide : l'acheteur est devenu seul propriétaire de la chose, et le vendeur n'a plus sur elle aucun droit. Mais quid entre ces deux moments ? À qui appartient la chose qui fait l'objet de la vente ? Cette question n'est évidemment pas seulement théorique. Elle recouvre des enjeux pratiques, dont les plus évidents peuvent être rappelés sous forme d'interrogations : — sur qui pèsent les risques de la chose, durant cette phase intermédiaire, étant entendu que le principe de base est posé par la règle "*res perit domino*" ? — si l'une des parties devient ou est reconnue insolvable durant cette période intermédiaire, de quel droit dispose l'autre partie ? S'agit-il d'un droit réel sur la chose (*jus in re*), ou d'un droit de créance contre l'autre partie (*jus ad rem*) ? — quel doit être le sort de la chose en cas de revente de celle-ci, soit par le vendeur, soit par l'acheteur, au cours de cette période ? — qui a durant cette phase le droit d'user de la chose et d'en retirer les fruits ?* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 736 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, Litec, 1995, n° 1399 ; A. SÉRIAUX, « Res perit domino », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 387, spéc., p. 390 et suiv.

185 A. SÉRIAUX, « Res perit domino », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 387.

186 W. DROSS, « Le transfert de propriété en droit français », *RDC* 2013/4, p. 1694, spéc. 1695 : « *Étymologiquement, le transfert est un déplacement.* » ; Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7e éd., LexisNexis, 2016, n° 486.

187 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 736 : « *[…] les risques du contrat sont ici liés aux risques de la chose, c'est-à-dire que lorsque le débiteur de l'obligation de livraison de la chose ne peut plus exécuter son obligation parce que la chose a péri en raison d'un cas fortuit, il s'agit de savoir qui est le propriétaire de la chose. […], le contrat ayant pour objet de transférer la propriété, la charge des risques du contrat est déplacée vers celle des risques de la chose, c'est-à-dire qu'il convient de déterminer qui était propriétaire au moment de la perte de la chose, puisque la perte d'une chose doit être supportée par son propriétaire.* »

par principe la perte ou la détérioration fortuite de la chose dès la formation du contrat [188]. Car, le transfert de la propriété s'effectue de façon immédiate ou *solo contractu* [189], c'est-à-dire par le consentement qui se trouve à la base de la formation du contrat. La chose demeure encore matériellement sous la détention de l'aliénateur [190], mais sa perte pèse déjà sur le patrimoine de l'acquéreur. La règle n'étant pas d'ordre public, il appartient aux parties contractantes de dissocier la charge des risques de l'appartenance du droit de propriété [191], ou encore le transfert de la propriété de la formation du contrat [192].

53. Une dérogation au transfert immédiat de propriété. La doctrine dominante voit une dérogation au transfert immédiat de propriété dans les hypothèses où les codificateurs ont envisagé exclusivement la question de la charge des risques. Il en est ainsi de l'acquisition de choses de genre [193]. C'est ce qui semble annoncé à l'alinéa 2 du nouvel article 1196 du Code civil, aux termes duquel, « *ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses* […] ». Les rédacteurs du Code civil ont en effet consacré l'article 1585 à l'hypothèse

---

188 Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7e éd., LexisNexis, 2016, n° 486.

189 Préférant cette qualification, J.-S. BORGHÉTTI, « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* 2013/4, p. 1684.

190 *Ibid*., spéc. 1688 : « *[…] le système de transfert* solo contractu *a évidemment pour effet de dissocier la propriété et la possession (ou plus exactement la détention) de la chose, pour une période plus ou moins longue, mais qui va de la conclusion du contrat à la remise de la chose.* » ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, Litec, 1995, n° 1399.

191 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 738 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 536 : « *Les parties peuvent-elles dissocier le transfert des risques du transfert de propriété ? Le texte ne le précise pas, mais la pratique était en ce sens, notamment en cas de clauses de réserve de propriété. Il est ainsi peu probable que la Cour de cassation donne au lien entre risque et propriété un caractère d'ordre public, et ce d'autant que le rapport de présentation de l'ordonnance précise que les règles du droit commun des contrats sont, sauf mention expresse contraire, supplétives de volonté.* »

192 C'est ce qui ressort de l'alinéa 2 du nouvel article 1196 du Code civil.

193 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, Litec, 1995, n° 1743 : « *Ce qui confirme ce rattachement des risques à la propriété, ce sont les solutions du droit positif dans les cas où, par exception, la vente n'opère pas translation immédiate de ce droit. On citera comme ventes non translatives de propriété les ventes de choses de genre. Tant que les denrées vendues n'ont pas été individualisées (par exemple mises dans des caisses au nom de l'acheteur), le transfert de propriété n'a pas pu se faire. L'acheteur n'aura donc pas à en payer le prix en cas de destruction.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 901 : « *[…], dans les ventes de choses de genre, c'est-à-dire les choses qui ne sont déterminées que par leur nombre, leur poids et leur mesure (ex. : 100 hl de blé), le transfert de propriété n'a pas lieu au jour du contrat, mais ultérieurement, lors de l'individualisation de la marchandise : c'est seulement à cette date que les risques passent à la charge de l'acheteur, avec la propriété de la chose. On retrouve* res perit domino. » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 737 : « *Lorsqu'il n'y a pas de transfert immédiat de la propriété, ce qui est le cas, en particulier, pour les choses de genre, les solutions sont différentes.* » ; Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7e éd., LexisNexis, 2016, n° 486 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 203.

de l'acquisition de choses de genre. Cependant, ils n'ont résolu dans cette disposition, contrairement à l'ancien article 1138, que la question de la charge des risques. L'article 1585 déclare en substance que « *les choses sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées* ».

54. Transfert de propriété identifié à la délivrance. Le droit positif français identifie alors le transfert de la propriété à l'individualisation de la chose, moment jusqu'auquel l'acquéreur ne supporte pas la perte ou la détérioration de la chose vendue [194]. À moins de volonté contraire des parties [195], la chose demeurerait la propriété du vendeur jusqu'à ce qu'elle soit déterminée dans sa quotité, autrement dit, individualisée. Ainsi, la règle *res perit domino* apparaît encore dans l'hypothèse de l'acquisition de choses de genre [196]. Sa particularité ici, c'est qu'elle est dissociée de la formation du contrat. Si le droit positif arrive à laisser entendre l'existence de la *res perit domino* dans l'acquisition de choses de genre, on verra qu'il n'a pas pu, en revanche, transposer cette règle dans l'hypothèse d'un contrat sous condition suspensive. Autrement dit, le droit positif français est amené à reconnaître que la solution posée dans cette hypothèse ne correspond pas à la règle *res perit domino* : dissociation de la charge des risques du transfert de la propriété [197].

55. Le droit positif français à l'égard des deux autres systèmes juridiques. Surtout les critiques abondantes à l'égard de la règle consistant dans le rattachement de la règle *res perit domino* à la formation [198] du contrat sont sans doute à l'origine des solutions plus ou moins

---

194 Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7e éd., LexisNexis, 2016, n° 486 : « *S'il s'agit d'une chose de genre, l'individualisation de celle-ci conditionne le transfert de propriété […].* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 737 : « *[…], en ce qui concerne la vente d'une chose de genre, la propriété ne sera transférée que lorsque la chose aura été individualisée, c'est-à-dire au plus tard au moment de la livraison. Par conséquent, la perte fortuite de la chose avant la livraison sera pour le vendeur, demeuré propriétaire, et l'acheteur ne sera pas tenu de payer le prix.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 901.

195 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 737 : « *Tel est le cas lorsque les parties au contrat de vente ont stipulé une clause de réserve de propriété en vertu de laquelle l'acheteur ne deviendra propriétaire qu'après avoir payé intégralement le prix.* »

196 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 901.

197 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 739 : « *[…], lorsqu'il s'agit d'un contrat translatif de propriété sous condition suspensive, il est fait, dans certains cas exception à la règle* res perit domino. » ; Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7e éd., LexisNexis, 2016, n° 486.

198 P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, « Bibliothèque de droit privé tome 220 », préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 1992, n° 231 : « *La critique la plus fondamentale de la théorie des risques concerne […] le jeu de la maxime* res perit domino *consacré par l'article 1138 du Code civil* » ; O. BARRET, « Vente », *Rép. civ. Dalloz*, 2012, n° 24 : « *[…], la règle du transfert immédiat des risques à l'acheteur peut avoir des répercutions fâcheuses pour celui-ci, puisqu'il s'ensuit qu'au cas de perte fortuite de la chose avant la livraison, le même acheteur demeure tenu de payer le prix alors le vendeur est déchargé de la délivrance. Il serait sans doute préférable d'associer le transfert des risques à la*

… / …

différentes dans les droits uniformes. Ainsi, le droit de l'OHADA et la CVIM écartent, dans la plupart de cas, la solution consistant à attribuer la charge des risques à l'acquéreur dès la formation du contrat. Ces droits uniformes présentent plusieurs hypothèses similaires dans lesquelles, contrairement au droit français, les risques ne sont pas à la charge de l'acquéreur dès la formation du contrat. Évitant en effet la solution de principe résultant du droit positif français, par son adhésion à celles issues des dispositions de la CVIM, le législateur de l'OHADA conçoit, dans la quasi-totalité d'hypothèses, l'exécution de l'obligation de délivrance, ou de prise de livraison, comme critère d'imputation des risques à l'acquéreur.

B. Le droit de l'OHADA

56. **Règle considérée comme générale.** Il convient ici aussi de rappeler au préalable la solution générale résultant de la définition même du cas de force majeure. Il ressort en effet du développement ci-dessus qu'à l'instar du droit français et de la CVIM, le droit de l'OHADA définit la force majeure à l'article 294 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général comme libératoire du débiteur de l'obligation inexécutée. Certes, à la différence du droit français [199], le droit de l'OHADA ne dispose pas de façon expresse que la force majeure libère les deux parties de leurs obligations réciproques. Mais il va de soi que l'autre partie soit aussi libérée de son obligation réciproque. On peut ainsi affirmer que le droit de l'OHADA prévoit, à l'image du droit français, que la conséquence de la force majeure consiste dans la libération des parties contractantes de leurs obligations

---

livraison. Dans la mesure où les textes qui lient le transfert des risques au transfert de la propriété ne sont pas d'ordre public, rien n'interdit aux parties de prévoir, dans le contrat, une stipulation en ce sens […]. Telle est, d'ailleurs, la solution de principe retenue par les articles 66 à 70 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 relative à la vente internationale de marchandises […]. » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 901 : « *La règle est souvent écartée. D'abord, les risques restent à la charge du vendeur lorsque le transfert de propriété n'a pas lieu par le seul effet du contrat. […]. Ensuite, il arrive que, même pour un corps certain, la convention retarde le transfert de propriété jusqu'à un événement : par exemple la rédaction d'un acte authentique ou surtout le paiement du prix.* » ; S. PORCHY-SIMON, *Droit civil, 2e année, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2016, n° 453 : « *La règle semble logique mais cependant d'une grande sévérité si on la combine avec le principe posé par les articles 1138 anc. et 1196, al. 1er nouv. du Code civil prévoyant le transfert immédiat de propriété dès la rencontre des consentements […]. Ainsi, dans un contrat de vente, le transfert de propriété s'opérant en principe au jour du contrat, même si la chose n'a pas été livrée ou le prix payé, l'acheteur en devient donc immédiatement propriétaire. Il doit en supporter les risques, même si la chose est détruite alors qu'elle se trouve encore entre les mains du vendeur. Il doit alors quand même en payer le prix au vendeur si la chose est détruite, puisque c'est lui qui, en qualité de propriétaire, en supporte la perte.* » À propos de son rejet par le droit de l'OHADA : A. P. SANTOS et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 698 : « *Ce principe, unanimement admis dans la jurisprudence des États parties, se heurte en pratique à des écueils inhérents à la nature de certains biens et aux difficultés tenant à la mise en œuvre du principe de transfert des risques qui est intimement lié à celui du transfert de propriété.* »

199 Art. 1218, alinéa 2, du Code civil dispose que : « *[…]. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1* ».

réciproques. À côté de ce principe déductible de ses dispositions, l'OHADA renferme des solutions particulières considérées comme libératoires seulement de l'une des parties. Parmi ces solutions, existe encore une règle, à l'image de la CVIM [200], paraissant constitutive d'un principe au sein des autres.

57. **La solution de principe.** En effet, la solution particulière conçue comme règle de principe en droit de l'OHADA, c'est que les risques pèsent sur l'acquéreur lorsque celui-ci prend livraison de la marchandise vendue [201]. Aux termes de l'article 277, alinéa 1, de l'Acte uniforme portant droit commercial général, « *le transfert de propriété entraîne le transfert des risques à l'acheteur* » : la règle *res perit domino* [202]. Or, l'article 275 du même Acte uniforme dispose que « *la prise de livraison opère transfert à l'acheteur de la propriété des marchandises vendues* » [203]. La conception du droit positif français suivant laquelle la charge des risques est liée à l'appartenance du droit de propriété, passe ainsi de façon formelle dans le droit de l'OHADA [204]. Il est alors de principe, dans les deux systèmes juridiques, que l'attribution

---

200 Art. 69.1

201 « *Les effets de la vente commerciale, tels qu'appréhendés par l'AUDCG, sont en rupture avec l'acception classique qu'en ont la plupart des législations des États parties. Le transfert de propriété s'opère à la livraison : tel est le principe. Le législateur abandonne le principe du transfert* solo consensu *et érige la prise de livraison en critère déterminant du transfert de propriété. Les parties ont cependant la faculté de différer le transfert de propriété par le jeu de la clause de réserve de propriété ou d'autres aménagements conventionnels. Quant au transfert des risques, il s'opère lors du transfert de propriété. La gestion des risques inhérents à la marchandise est intimement liée à la possession matérielle de celle-ci. Il s'agit d'une approche plutôt pragmatique.* », Commentaire sous le Titre IV de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016. Dans le même sens, A. P. SANTOS et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 708.

202 On ne peut pas comprendre cette opinion selon laquelle, le législateur de l'OHADA dissocie entre le transfert de la propriété et la charge des risques : A. P. SANTOS et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 708 : « *En posant comme principe que le transfert des risques s'opère lors du transfert de propriété, le législateur de l'O.H.A.D.A. a lié le transfert des risques à la prise de livraison des marchandises. Il opère ainsi une dissociation entre le transfert de propriété et le transfert des risques. Ce faisant, l'AU. DCG opère dans les effets qu'il assigne au contrat de vente commerciale, une véritable innovation. La gestion des risques inhérents à la marchandise est en effet intimement liée à la possession matérielle de celle-ci ou, à tout le moins, à sa garde. Il s'inscrit en cela dans une optique privilégiée par d'autres législations à portée plus universelle.* » Ces auteurs semblent laisser entendre à tort qu'il n'y a *res perit domino* que lorsque celle-ci est attachée à la formation du contrat.

203 B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS et S. THOUVOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, préf. K. MBAYE, 2e éd., Litec, LexisNexis, 2009, n° 301 : « *Le transfert de propriété des marchandises s'opère dès la prise de livraison par l'acheteur […].* » ; A. P. SANTOS et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 700 : « *La prise de livraison ayant effectivement eu lieu par le retirement de la marchandise, la propriété est, dès le retirement, transférée du vendeur à l'acquéreur.* » ; Ph. TIGER, *Le droit des affaires en Afrique*, « Que sais-je ? », 3e éd., Puf, 2001, p. 59.

204 Ph. TIGER, *Le droit des affaires en Afrique*, « Que sais-je ? », 3e éd., Puf, 2001, p. 60 : « *Le transfert de propriété entraîne le transfert des risques.* » ; B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS et S. THOUVOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, préf. K. MBAYE, 2e éd., Litec, LexisNexis, 2009, n° 302 : « *Le transfert de propriété entraîne normalement le transfert simultané des risques.* »

de la charge des risques à l'acquéreur est la conséquence du transfert de la propriété. Une relation de cause et effet demeure à titre de principe entre le transfert de la propriété et la charge des risques. La seule différence est qu'en droit de l'OHADA, le transfert de la propriété ainsi que l'attribution des risques à l'acquéreur dépendent par principe de la prise de livraison. Dans cette solution, on peut aussi observer une inspiration évidente de la part de la CVIM. La prise de livraison comme critère d'attribution des risques à l'acheteur constitue en effet une reprise de la règle de principe issue de la CVIM [205].

58. L'imprécision concernant le moment de la prise de livraison. Il demeure néanmoins déplorable, contrairement à ce qui ressort de certaine opinion [206], que le moment de la prise de livraison ne paraisse pas suffisamment déterminé. Suivant, en effet, l'article 269 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, « *l'acheteur doit prendre livraison en accomplissant les actes permettant au vendeur d'effectuer la livraison, puis il doit retirer les marchandises* » [207]. L'exécution de l'obligation de prise de livraison commence ainsi par l'accomplissement de certains actes, qui précèdent la livraison [208], et se termine par le retirement de la chose livrée. La prise de livraison commence avant la livraison ; elle ne se prolonge que jusqu'au retirement. Il y a doute sur le moment précis du transfert de propriété. On peut se demander si celui-ci s'opère par l'accomplissement des actes permettant la livraison ou par le retirement. Le transfert de propriété ne s'effectue que de façon instantanée. Or, la prise de livraison issue de l'OHADA semble constituer une opération s'inscrivant dans la durée, autrement dit, une obligation à exécution successive. L'OHADA ne détermine pas à quel moment précis du déroulement de la prise de livraison les risques sont à la charge de l'acheteur. Celui-ci supporte-il les risques dès le commencement de l'accomplissement des actes de prise de livraison, ou après le retirement des marchandises livrées [209] ?

---

205 Art. 69.1 : « *Dans les cas non visés par les art. 67 et 68, les risques sont transférés à l'acheteur lorsqu'il retire les marchandises ou, s'il ne le fait pas en temps voulu, à partir du moment où les marchandises sont mises à sa disposition et où il commet une contravention au contrat en n'en prenant pas livraison* ».

206 A. P. SANTOS et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 700 : « *Cette hypothèse qui réunit les conditions essentielles au transfert de propriété peut se rencontrer quel que soit le mode de prise de livraison envisagé. Il en sera ainsi notamment en cas de retirement de marchandises consécutif à une mise à disposition par le vendeur suivant les conditions et délais légaux ou conventionnels ou encore en cas de retirement par l'acheteur de marchandises transportées dès lors que chacune des parties au contrat de vente aura correctement accompli ses obligations relatives au transport […].* »

207 Ce texte est inspiré de l'Art. 60 de la CVIM : « *L'obligation de l'acheteur de prendre livraison consiste : a) à accomplir tout acte qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison ; et b) à retirer les marchandises* ». Ici, l'accomplissement des actes par l'acheteur apparaît clairement circonstanciel. Celui-ci le fait lorsqu'il est nécessaire pour la livraison des marchandises.

208 A. P. SANTOS et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 656 : « *Ces diligences sont placées sous le signe de la collaboration entre les parties en vue de faciliter la livraison. L'acheteur doit accomplir "tout acte" : l'absence de précision quant à la nature des actes visés signifie qu'il peut s'agir d'actes matériels ou d'actes juridiques.* »

209 C'est à compter du retirement selon ces auteurs : *Ibid*., n° 700.

59. Le statut symbolique de la règle res perit domino rattachée à la prise de livraison. Il reste toutefois que le caractère de principe de cette règle *res perit domino* rattachée à la prise de livraison n'est que symbolique ; elle ne semble constituer qu'une simple déclaration sans domaine d'application concret. En effet, les solutions conçues comme des règles d'exception semblent couvrir toutes les hypothèses pratiques [210]. Dans plusieurs hypothèses, comme annoncé ci-dessus, la prise de livraison ne constitue pas un critère d'attribution de la charge des risques. En premier lieu, l'article 278 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général dispose que : « *lorsque le contrat de vente prévoit la remise des marchandises à un transporteur, les risques sont transférés à l'acheteur par la remise des marchandises au premier transporteur.* […]. » [211].

60. Ambiguïté. Cette disposition, inspirée de façon maladroite de la CVIM [212], présente une certaine ambiguïté qu'il convient au préalable de souligner. En effet, il s'agit ici de l'hypothèse particulière dans laquelle les parties contractantes se sont convenues, dans le contrat de vente, de la remise des marchandises vendues à un transporteur pour être acheminées à destination de l'acquéreur. D'une part, ce transporteur est sans doute une personne indépendante du vendeur ; est aussi exclu de cette disposition, le transport assuré par le vendeur lui-même en vue de la remise des marchandises à ce transporteur. D'autre part, il semble qu'il ne s'agisse pas de tout transporteur indépendant du vendeur, mais de celui désigné dans le contrat. Or, il ressort de cette même disposition que les risques pèsent sur l'acheteur dès la remise des marchandises au premier transporteur ; ce qui sous-entend une chaine de transports, autrement dit, plusieurs transporteurs impliqués dans l'acheminement des marchandises à destination de l'acheteur.

---

210 *Ibid.*, n° 709 : « *Ces aménagements concernent entre autres la charge des risques lorsque la vente implique le transport des marchandises, lorsque les marchandises sont vendues en cours de transport ou lorsque les marchandises objets du contrat de vente n'ont été individualisées lors de la conclusion du contrat. Il ressort de l'économie des aménagements apportés au régime du transfert des risques que l'AU dans les différentes hypothèses envisagées tente, dans la mesure du possible, de rattacher la possession matérielle de la marchandise ou la garde de cette dernière, au transfert des risques.* »

211 B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS et S. THOUVOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, préf. K. MBAYE, 2e éd., Litec, LexisNexis, 2009, n° 303 : « *Lorsque le contrat implique un transport des marchandises, les risques sont transférés à l'acheteur à partir de la remise des marchandises au premier transporteur […].* » ; A. P. SANTOS et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 709 : « *[…], en cas de transport des marchandises, le transfert des risques s'opère aux termes de l'article 286* (ancien)*, alinéa 1er, AU. DCG à partir de la remise des marchandises au premier transporteur.* » ; Ph. TIGER, *Le droit des affaires en Afrique*, « Que sais-je ? », 3e éd., Puf, 2001, p. 60.

212 Art. 67. A. P. SANTOS et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 709, p. 440, note de bas de page n° 1.

61. La délivrance. Ainsi, la remise des marchandises au premier transporteur, lequel, par hypothèse, n'est pas celui indiqué dans le contrat, ne peut valoir livraison [213]. D'ailleurs, la délivrance ou la livraison semble conçue, dans la même hypothèse, comme résultant de la remise des marchandises au transporteur convenu. À cet égard, l'article 252 du même Acte uniforme dispose que : « *lorsque le contrat de vente prévoit la remise des marchandises à un transporteur, le vendeur satisfait à son obligation de livraison envers l'acheteur du seul fait de cette remise* ». Contrairement à l'article 278, la livraison résulte ici d'une remise déterminée. Par conséquent, l'attribution des risques à l'acheteur n'est pas liée, aux termes de l'article 278, à la livraison, à moins de concevoir deux formes de l'exécution de l'obligation de livraison dans la même hypothèse.

62. Illustration. Comme on peut l'observer dans l'arrêt de la cour d'appel d'Abidjan du 1er juin 2001 [214], la solution portée par l'article 278 semble dangereuse à l'égard de l'acheteur. En l'espèce, une société avait fait une commande de marchandises ; longtemps plus tard, la société prétendue venderesse lui signifie une ordonnance lui enjoignant de payer le prix de la commande. La société défenderesse argue alors n'avoir jamais reçu les marchandises ; la demanderesse prétend, quant à elle, avoir remis les marchandises commandées à un transporteur pour leur acheminement à destination de l'auteure de la commande. Celle-ci est condamnée par les juridictions d'Abidjan sur la base de la solution prévue à l'article 278 au motif que les risques sont à sa charge. Les faits ne permettent pas de déterminer si la remise des marchandises au transporteur est notifiée à l'acheteur. Mais l'application de cette solution peut avoir ainsi des conséquences injustes. La solution peut permettre au vendeur de frauder au préjudice de son cocontractant. Il peut prétendre, en se prévalant de cette disposition, avoir remis les marchandises à un transporteur [215]. Il est donc souhaitable de résoudre la charge des risques, dans cette hypothèse, par référence plutôt aux termes de l'article 252, lequel permet de savoir dans quelle mesure la délivrance est effective.

63. Marchandises vendues en cours de transport. En deuxième lieu, les risques pèsent sur l'acheteur dès la conclusion du contrat lorsque les marchandises sont vendues en cours de transport [216]. L'article 279 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général dispose que : « *les risques des marchandises vendues en cours de transport sont transférés à l'acheteur dès la*

---

213 Des juges considèrent qu'il y a eu délivrance : CA Abidjan, 1er juin 2001, arrêt n° 677, *www.ohada.com/jurisprudence/ ohadata-J-02-174.* Voir aussi TPI d'Abidjan, 25 avril 2001, jugement n° 327 CIV 7*, www. Ohada.com/jurisprudence/ohadata-J-02-111,* obs. J. ISSA-SAYEGH.

214 CA Abidjan, 1er juin 2001, arrêt n° 677, *www.ohada.com/jurisprudence/ ohadata-J-02-174.*

215 Alors que l'acheteur est étranger au contrat de transport qui serait conclu entre le vendeur et le transporteur.

216 Ph. TIGER, *Le droit des affaires en Afrique*, « Que sais-je ? », 3e éd., Puf, 2001, p. 60 ; A. P. SANTOS et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 709 : « *En ce qui concerne le transfert des risques lors de la vente des marchandises en cours de transport, les risques sont transférés à l'acheteur dès la conclusion du contrat.* »

conclusion du contrat de vente. Néanmoins si le vendeur avait alors connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la perte ou détérioration de ces marchandises, il supporte seul la charge de ces risques s'il n'en a pas informé l'acheteur ». La seule conclusion du contrat met les risques à la tête de l'acheteur. La solution semble ainsi similaire à la règle de principe issue du droit positif français ; la seule différence est que l'OHADA, s'étant contenté de reprendre la règle résultant de la CVIM [217], ne détermine pas ici si le droit de propriété est en même temps transféré [218]. On ne peut être sûr que la livraison ou la prise de livraison soit effective dans cette hypothèse.

Cette solution constitue donc une dérogation à celle dite de principe, ci-dessus rappelée, qui rattache la règle *res perit domino* à la prise de livraison. La conclusion du contrat est ici le seul critère attributif des risques à l'acquéreur. Le législateur ne se préoccupe pas de déterminer si la délivrance est effective. Cette solution déroge aussi, mais de façon assez patente à celle précédemment rappelée, qui procède immédiatement de la force majeure. On a en effet vu que c'est l'inexécution de l'obligation consécutive à la force majeure, qui libère le débiteur et, par voie de conséquence, toutes les parties de leurs obligations réciproques. Or, dans l'hypothèse prévue à l'article 279, c'est la seule conclusion du contrat qui libère le vendeur. La solution paraît dissuasive ou constitutive d'une sanction à l'égard de l'acheteur. On lui reproche de façon implicite d'accepter de conclure le contrat de vente sur les marchandises en cours de transport. Par hypothèse, le contrat de transport est conclu par le vendeur pour une destination déterminée. L'acheteur n'intervenant qu'en cours de transport, ne peut être en mesure de vérifier l'état des marchandises avant de conclure la vente. Le souci du législateur semble alors plus de libérer le vendeur que d'équilibrer le contrat ; celui-ci ne supporte la perte ou la détérioration de ces marchandises que s'il en a eu connaissance lors de la conclusion de la vente, et s'il n'en pas informé l'acheteur.

64. Marchandises non individualisées. En troisième lieu, l'article 280 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général dispose que : « *si les marchandises vendues ne sont pas individualisées, le transfert des risques s'effectue au moment de leur identification qui emporte mise à disposition* » [219]. Cette disposition, encore inspirée de la CVIM [220], n'est pas ici assez claire. Certes, il en ressort que les risques sont à la tête de l'acquéreur à compter de l'individualisation. Mais, elle se borne à déclarer que l'indentification des marchandises

---

217 Art. 68.

218 La CVIM exclut de son champ d'application la question de l'aspect abstrait du droit propriété (art. 4). Or, telle n'est pas la logique du droit de l'OHADA.

219 B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS et S. THOUVOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, préf. K. MBAYE, 2e éd., Litec, LexisNexis, 2009, n° 304 ; A. P. SANTOS et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 709 : « *S'agissant des marchandises non individualisées au moment de la vente, le transfert des risques liés à ces marchandises est différé jusqu'à l'identification de celles-ci.* »

220 Art. 69.2.

marque leur mise à disposition, alors que la CVIM exige en outre que celle-ci soit portée à la connaissance de l'acheteur [221]. Ainsi, le texte de l'OHADA ne détermine pas la forme de l'individualisation : unilatérale ou contradictoire. Il suffit pourtant d'exiger l'individualisation contradictoire afin que la mise à disposition ainsi que la prise de livraison soient en même temps effectives. L'individualisation unilatérale ne diffère pas de l'absence d'individualisation ; elle ne peut valoir mise à disposition, car elle ne permet pas à l'acheteur de pouvoir mettre les marchandises à l'abri de la force majeure qui frappe les locaux du vendeur. L'acquéreur ignore la mise à disposition, laquelle signifie, par définition, qu'il n'appartient plus qu'à celui-ci de retirer les marchandises. L'hypothèse ne peut sous-entendre qu'une individualisation contradictoire. En effet, c'est en présence de l'acheteur qu'il est de bon sens que le vendeur se libère par la seule opération d'individualisation. En cas de contrat conclu à distance, ou de l'absence de l'acquéreur, les parties prévoient toujours le transport des marchandises. Ce qui relève de l'article 278 inspiré aussi de façon maladroite de la CVIM.

C. La CVIM

65. L'absence de clarté sur la question du droit de propriété. Sur la question du transfert de la propriété, la position de la CVIM ne paraît pas aussi claire que l'on laisse souvent entendre. Il convient donc de préciser au préalable son rapport avec le droit de propriété (1), avant de rappeler les différentes solutions de la charge des risques (2) qui résultent de ses dispositions.

1. La CVIM et la question du droit de propriété

66. Contradiction. Il résulte de la CVIM deux dispositions paraissant contradictoires sur la question du droit de propriété. D'une part, elle exclut de façon formelle, en son article 4, la question du transfert de la propriété de son domaine d'application [222]. D'autre part, on observe que, contrairement à cette déclaration, elle n'a pas ignoré complètement cette

---

221 Art. 69.2 : « *[…] si l'acheteur est tenu de retirer les marchandises en un lieu autre qu'un établissement du vendeur, les risques sont transférés lorsque la livraison est due et que l'acheteur sait que les marchandises sont mises à sa disposition en ce lieu.* » Art. 69.3 : « *Si la vente porte sur des marchandises non encore individualisées, les marchandises ne sont réputées avoir été mises à la disposition de l'acheteur que lorsqu'elles ont été clairement identifiées aux fins du contrat.* » L'exigence de porter la mise à disposition à la connaissance de l'acheteur demeure dans l'hypothèse où l'identification est effectuée par le vendeur seul.

222 L'article 4 de la CVIM dispose que : « *La présente Convention régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur. En particulier, sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, celle-ci ne concerne pas : a) la validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages ; b) les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues.* »

question qui relève d'ailleurs de l'essence même du contrat de vente [223], lequel constitue son objet [224]. Ainsi, la CVIM dispose de façon expresse que la question du transfert de la propriété relève de l'obligation du vendeur. En effet, aux termes de son article 30, le vendeur « *s'oblige* […] *à livrer les marchandises, à en transférer la propriété et, s'il y a lieu, à remettre les documents s'y rapportant* » [225] ; cette disposition semble reprise de l'article 18 de la LUVI [226]. Le transfert de propriété constitue ainsi une obligation du vendeur. L'exigence du transfert de la propriété a pour corolaire une autre obligation à la charge du vendeur de « *livrer les marchandises libres de tout droit ou prétention d'un tiers fondé sur la propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle* […] » [227]. Il est, à cet égard, jugé que la condition interdisant à l'acheteur de vendre du propane livré dans certains pays viole notamment l'article 41 de la CVIM [228]. C'est dans des termes similaires à ceux des articles 41 et 42 de la CVIM, que la LUVI définit l'obligation du vendeur de transférer la propriété [229].

---

223 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 38 : « *Par définition, la vente conduit au transfert de propriété ; l'art. 30 de la convention le rappelle.* » ; J.-S. BORGHÉTTI, « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* 2013/4, p. 1684, spéc. 1693 : « *S'agissant d'un instrument consacré spécifiquement aux contrats de vente, la question du transfert de propriété ne pouvait être évidemment ignorée […].* »

224 P. REMY-CORLAY, obs. sur Civ. 1re, 30 juin 2004 et Com., 11 février 2004, *RTD civ*. 2005, p. 354 : « *Que le transfert se fasse par le consentement des parties — comme dans le système français —, ou par la délivrance des biens — comme dans le système allemand qui, selon le principe d'abstraction, distingue l'acte créateur d'obligations de l'acte de disposition, le transfert de propriété ne s'effectuant que par ce dernier — c'est bien l'objet même du contrat de vente que d'obliger à transférer la propriété du bien. Il n'y a contrat de vente que s'il y a obligation pour le "vendeur" de transférer la propriété.* »

225 V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 89 : « *Le second type de problèmes expressément exclu du domaine de la CVIM est celui qui est relatif à la propriété des marchandises vendues. A priori, cette solution, qui résulte de l'article 4. b) de la CVIM, peut paraître en contradiction avec celles qui sont retenues par les articles 30 et 41, selon lesquels le vendeur a l'obligation de transférer la propriété de ces marchandises, et de les livrer libres de tout droit ou prétention des tiers.* »

226 La Convention de la Haye de 1964 portant Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels. Elle n'est jamais entrée en vigueur. Son article 18 dispose que : « *Le vendeur s'oblige à effectuer la délivrance, à remettre les documents, s'il y a lieu, et à transférer la propriété, dans les conditions prévues au contrat et à la présente loi* ».

227 Art. 42 de la CVIM. Dans le même sens, l'article 41 dispose que : « *Le vendeur doit livrer les marchandises libres de tout ou prétention d'un tiers, à moins que l'acheteur n'accepte de prendre les marchandises dans ces conditions. Toutefois, si ce droit ou cette prétention est fondé sur la propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle, l'obligation du vendeur est régie par l'art. 42.* » Pour la contradiction entre ces articles et l'article 4 de la CVIM, V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 89.

228 Autriche : Cour suprême ; 10 Ob 518/95, du 2 février 1995, *http://www.uncitral.org/A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/13, Décision 176 : CVIM 8-1 ; 9-1 ; 41 ; 54.*

229 L'article 52 de la LUVI définissant cette obligation dispose que : « *1. Lorsque la chose est l'objet d'un droit ou d'une prétention d'un tiers et que l'acheteur n'avait pas accepté de la prendre dans ces conditions, l'acheteur doit, à moins que le vendeur ne connaisse déjà la situation, dénoncer à ce dernier le droit ou la prétention du tiers et lui demander d'y remédier dans un délai raisonnable ou de lui délivrer des choses nouvelles libres de tout droit. 2. Si le vendeur fait droit à cette demande, l'acheteur qui a subi un préjudice peut exiger les dommages-intérêts prévus à l'article 81. 3. Faute par le vendeur de faire droit à cette demande, l'acheteur peut, s'il en résulte une contravention essentielle au contrat,*

… / …

67. Les modalités du transfert de propriété. Les modalités de l'exécution de l'obligation de transférer la propriété sont considérées comme abandonnées aux droits internes [230]. Cette technique qui consiste à délaisser la question du transfert de la propriété aux droits d'origine interne peut susciter une interrogation [231]. D'une part, en effet, le moment, ou les modalités du transfert de la propriété constituent une question relevant de la nature même du contrat de vente [232], celle-ci visant l'acquisition de ce droit. D'autre part, la CVIM s'est assigné l'objectif de fournir, aux contractants internationaux, un ensemble de directives uniformes à caractère supplétif [233] sur les questions essentielles, autrement dit, de règles devant régir la vente internationale de marchandises [234]. Or, la question du transfert de la

---

déclarer la résolution de celui-ci et demander les dommages-intérêts prévus aux articles 84 à 87. Si l'acheteur ne déclare pas la résolution ou s'il n'y a pas contravention essentielle au contrat, l'acheteur est en droit d'exiger les dommages-intérêts prévus à l'article 82. 4. L'acheteur est déchu du droit de déclarer la résolution du contrat s'il n'a pas adressé au vendeur la dénonciation prévue par l'alinéa 1 dans un délai raisonnable à partir du moment où il a constaté ou aurait dû constater le droit ou la prétention du tiers sur la chose. »

230 V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 89 : « *[...] il demeure que la CVIM ne règle à aucun moment les conditions et les modalités du transfert de propriété, non plus que son opposabilité aux tiers. Ces questions devront donc être résolues par application de la loi désignée par la règle de conflit du* for. *Le recours à la méthode des conflits de lois s'imposera ainsi, et en particulier, lorsqu'il s'agira d'apprécier l'efficacité des clauses de réserve de propriété éventuellement stipulées.* » ; B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 38.

231 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 38 : « *L'on pourrait [...] s'étonner qu'une convention ayant la vente pour objet exclue de son domaine les questions relatives à la propriété des marchandises vendues. Cela s'explique par les divergences que connaissent les droits nationaux sur cette question et toutes celles qui sont attenantes.* » Sur la tendance à l'exclusion de la question du transfert de propriété dans les Conventions internationales, J.-S. BORGHÉTTI, « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* 2013/4, p. 1684, spéc. 1692 : « *Tous les autres projets d'harmonisation sont, sauf, erreur, muets sur la question du transfert de propriété. Plus exactement, ils laissent explicitement ou implicitement cette question en dehors de leur champ d'application. C'est le cas de la convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises (CVIM). C'est le cas aussi des Principes européens de droit des contrats (PDEC) et des Principes UNIDROIT. C'est le cas enfin et surtout du DCEV. Le silence des PDEC et des Principes UNIDROIT peut se comprendre, dès lors que ces deux instruments traitent des contrats en général, et pas spécifiquement du contrat de vente ou des contrats translatifs de propriété. Cela étant, la vente étant considérée dans tous les pays ou presque comme le contrat par excellence, les rédacteurs de ces instruments l'avaient forcément en tête au cours de leurs travaux et il n'est pas interdit de penser que l'absence de toute disposition propre aux contrats translatifs de propriété dans ces instruments résulte moins d'une volonté de s'en tenir aux règles applicables à tous les contrats que du souci d'éluder un sujet délicat. Cela vaut également pour la CVIM.* »

232 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 38, précité.

233 Art. 6 de la CVIM dispose que : « *Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l'art. 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets.* »

234 Le préambule de la CVIM : « *Les États parties à la présente Convention [...] estimant que l'adoption de règles uniformes applicables aux contrats de vente internationale de marchandises et compatibles avec les différents systèmes sociaux, économiques et juridiques contribuera à l'élimination des obstacles*

… / …

propriété est résolue de façon diverse dans les droits internes [235] ; elle doit en toute logique faire l'objet d'une règle uniforme [236] ; elle est aussi essentielle que celle relative à l'obligation de délivrance et à la conformité de celle-ci, résolue de façon détaillée dans la CVIM [237].

68. Raison plausible. Une raison décisive doit donc se trouver à la base de la déclaration d'exclusion de la question du transfert de la propriété du domaine d'application de la CVIM. On laisse souvent entendre que cette exclusion résulte de la diversité de solutions dans les droits nationaux, auxquels la CVIM aurait choisi simplement d'abandonner la question [238]. Or, cette diversité devrait au contraire conduire à la création d'une solution uniforme dans la CVIM, puisque celle-ci vise l'harmonisation des règles essentielles en matière de vente [239]. Ce dont semble découler en réalité cette exclusion, c'est moins l'existence de la diversité de solutions en la matière que la double dimension du transfert de propriété : l'aspect abstrait, autrement dit, immatériel d'une part, et l'aspect matériel d'autre part [240]. Ainsi, ce qui paraît exclu de la CVIM, c'est plutôt la dimension abstraite du droit de

---

juridiques aux échanges internationaux et favorisera le développement du commerce international sont convenus de ce qui suit […]. »

235 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 38 : « *Dans certains systèmes juridiques, la vente est translative de propriété, dans d'autres, le transfert est lié à la livraison ou soumis à un acte juridique distinct.* » Dans l'espace européen, J.-S. BORGHÉTTI, « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* 2013/4, p. 1684.

236 J.-S. BORGHÉTTI, « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* 2013/4, p. 1684, spéc. 1693 : « *S'agissant d'un instrument consacré spécifiquement aux contrats de vente, la question du transfert de propriété ne pouvait évidemment être ignorée, mais la convention fait expressément le choix de ne pas en traiter, ce qui est certainement le reflet d'une impossibilité, ou en tout cas d'une grande difficulté, à mettre les signataires d'accord sur ce point.* »

237 Art. 35 et suiv.

238 J.-S. BORGHETTI, « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* 2013/4, p. 1684, spéc. 1693 : « *[…], ce choix n'est pas si choquant que cela, dès lors que la CVIM ne prétend de toute façon pas couvrir tous les aspects du contrat de vente et qu'elle a donc vocation à s'articuler avec les dispositions du droit national auquel les parties ont choisi de soumettre leur contrat ou désigné par les règles de conflit de lois.* » ; B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 38.

239 Opinion similaire à propos du DCEV : *Ibid*., spéc. 1693 : « *Le DCEV offre ainsi le spectacle paradoxal d'une harmonisation de la vente en Europe sans harmonisation du transfert de propriété. Ce paradoxe se comprend à vrai dire assez bien, car l'harmonisation du droit des obligations est* a priori *plus facile que celle du droit des biens et il est dès lors tentant de mettre en œuvre la première sans attendre d'hypothèques progrès de la seconde. Peut-être est-ce d'ailleurs la meilleure manière de procéder, si l'on juge utile ou nécessaire une harmonisation du droit des contrats en Europ. Il n'empêche que la question du transfert de propriété est là pour nous rappeler que le droit des obligations demande à être articulé avec le droit des biens, et qu'une réelle harmonisation des droits nationaux n'est possible que si elle n'oublie pas que le droit civil forme un système, dont les composantes ne peuvent être envisagées isolément*. »

240 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 163 : « *La propriété est le caractère de ce qui est propre et le droit par lequel ce caractère s'établit. Il y a donc deux manières d'entendre la propriété. Dans un premier sens, la propriété exprime le pouvoir exclusif d'une personne sur un bien. Hormis ce sens qui est le plus répandu, et qui traduit une vision subjective de la propriété, il existe un sens objectif de ce terme, désignant le bien lui-même, envisagé dans sa situation privative : la propriété*

… / …

propriété [241], laquelle apparait d'ailleurs dans certaine opinion comme simple fiction [242]. Il ne semble pas excessif de considérer que la déclaration d'abandon de la question du transfert de la propriété aux droits internes s'autorise du double aspect du droit de propriété [243]. Comme tout droit, le droit de propriété est un pouvoir se manifestant dans les prérogatives [244] exercées par son titulaire relativement à une chose [245], laquelle peut être corporelle ou incorporelle [246].

---

objective est la qualité qu'a un bien d'appartenir à une personne, comme l'utilité est sa qualité d'être utile. Sous ce rapport, la propriété ne peut pas être envisagée comme un droit subjectif, puisqu'elle ne se distingue pas de la chose elle-même. » ; W. DROSS, « Le transfert de propriété en droit français », *RDC* 2013/4, p. 1694, n° 2 : « *[…], si le transfert est un déplacement, a-t-il seulement un sens en matière d'immeuble, lesquels, Lapalisse ne l'aurait pas démenti, sont immobiles ? Il faut, pour en admettre la figure, considérer alors qu'il s'agit d'un déplacement du bien vendu non pas matériel mais juridique, l'immeuble passant de la puissance du vendeur en celle de l'acquéreur. Mais on peine encore à l'abstraction car, même affranchi de toute idée de déplacement, le transfert continue irrésistiblement d'évoquer celle de mainmise matérielle. C'est dire qu'il se pense d'abord sur l'image de la mise en possession d'une chose corporelle.* »

241 V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 374, p. 328 : « *[…] dans la mesure où la CVIM a entendu dissocier le transfert des risques de celui de la propriété, pour ne se fonder que sur la maîtrise physique des biens, il est indifférent de savoir quelle est celle des parties qui est en mesure de disposer juridiquement de ceux-ci.* »

242 V. WESTER-OUISSE, « Le transfert de propriété *solo consensu* : principe ou exception ? », *RTD civ*. 2013, p. 299, n° 2 : « *On a là une fiction teintée de magie : peu importe en quelles mains se trouve la chose, peu importe que le prix ait été payé ou non ; par un simple clignement de l'esprit, en un éclair, la propriété est transmise.* »

243 Une analyse illustrative par rapport au critère de l'attribution de la charge des risques : B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 88 : « *À titre général, le droit comparé révèle que trois solutions s'offrent : le moment de conclusion du contrat, celui du transfert de propriété et celui de la livraison. La seconde, qui est notamment celle du droit français (art. 1138 et 1583 C. civ.), était nécessairement à écarter puisque la convention ne règle pas le transfert de propriété […]. Des deux autres, la dernière est préférable parce qu'elle lie le transfert des risques au transfert physique des marchandises et non à un événement immatériel, qui est de plus particulièrement difficile à déterminer dans les contrats entre absents […].* »

244 J.-S. BORGHÉTTI, « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* 2013/4, p. 1684, spéc. 1685 : « *La plupart des droits européens s'accordent pour envisager le droit de propriété comme un ensemble de prérogatives sur la chose, et même l'ensemble le plus étendu de prérogatives que l'on puisse avoir sur une chose.* » ; S. PAVAGEAU, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, « Faculté de Droit et Sciences sociales de Poitiers », préf. S. BRACONNIER, LGDJ, 2006, n° 114 : « *Corbeille de prérogatives, le droit de propriété permet à son titulaire de tirer toutes les utilités économiques de sa chose, sous réserve de certaines limitations.* »

245 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 101 : « *[…], le droit de propriété est une relation privilégiée entre la personne et la chose.* » ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 46 : « *Tous les droits ne sont pas des biens. Le droit de propriété […] ne constitue pas un bien mais la relation qui existe entre chaque bien et la personne à laquelle il appartient.* » ; W. DROSS, « Le transfert de propriété en droit français », *RDC* 2013/4, p. 1694, n° 2 : « *Certes, en théorie, la propriété n'étant pas la possession, la question de son transfert devrait s'affranchir de ses évocations trompeuses. Mais ce serait ignorer les liens étroits qu'entretiennent possession et propriété, notamment parce que la seconde se prouve et s'acquiert par la première. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que, dans le transfert de la propriété, la mise en possession de la chose conserve une place de choix.* »

246 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 67 : « *[…] il y a le pouvoir de fait sur une chose et il y a le pouvoir de droit sur cette chose. Le pouvoir de fait sur la chose, laquelle peut*

… / …

69. Deux grandes manières de concevoir le transfert de propriété. M. Borghétti rappelle ainsi qu' :

> « Il existe deux grandes manières de concevoir le transfert de propriété dans le contrat de vente. La première manière consiste à considérer que la conclusion du contrat de vente opère à elle seule transfert de la propriété de la chose vendue, sans que l'accomplissement d'aucun acte matériel ne soit requis. Ce mode de transfert est souvent qualifié de "consensuel", dans la mesure où le transfert résulte alors du simple accord des parties ayant donné naissance au contrat de vente. Il paraît toutefois préférable de parler de "transfert solo contractu", auquel s'oppose le "transfert par tradition". Dans cette seconde approche, le contrat de vente n'opère pas de lui-même transfert de propriété de la chose vendue ; mais il crée sur la tête du vendeur l'obligation de transférer la propriété de la chose vendue, l'exécution de cette obligation se faisant en principe par la remise matérielle de la chose par le vendeur à l'acheteur, c'est-à-dire par une tradition. » [247]

70. Indentification du droit de propriété à son objet. L'on sait que les sociétés primitives identifient le droit de propriété à la maîtrise matérielle sur son objet [248]. Cette identification semble se perpétuer dans certains systèmes juridiques modernes, tel le droit allemand : le transfert du droit de propriété ne s'opère que par le transfert matériel de la chose [249]. D'ailleurs pour certains auteurs français, c'est la propriété entendue comme la chose elle-même qui se transfère, mais pas le pouvoir, autrement dit, le droit, lequel ne fait que se

---

être corporelle ou incorporelle […], c'est la possession. Rechercher celui qui exerce un pouvoir de fait sur une chose avec l'intention de se comporter comme s'il en était propriétaire — ou titulaire du droit réel correspondant à son comportement — qu'il le soit ou non, c'est rechercher celui qui est possesseur. Rechercher à qui appartient en droit ce pouvoir sur la même chose, c'est déterminer qui est propriétaire de cette chose […]. »

247 J.-S. BORGHÉTTI, « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* 2013/4, p. 1684, spéc. 1686.

248 Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil*, tome 2, *Les biens, Droits réels principaux*, 5e éd., par Ch. LARROUMET, Economica, 2006, n° 158 : « *[…], il semble qu'à l'origine la propriété, se manifestant par une emprise matérielle et directe sur les biens tant mobiliers qu'immobiliers et se traduisant par un pouvoir direct sur ces biens, ait été une propriété collective.* »

249 R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, 3e éd., LexisNexis, 2016, n° 584 : « *La conception allemande de la vente, donnant donc normalement à celle-ci une certaine durée, comportant deux étapes, la solution de plusieurs questions importantes est directement en rapport avec cette scission. À la différence du droit français, la rencontre des consentements avec concordance sur l'objet de la vente et sur le prix n'a pas d'effet translatif. Le contrat qui se forme n'a d'autre portée que la création d'obligations, obligations pour le vendeur (transférer la propriété et livrer la chose notamment), obligations pour l'acquéreur (payer le prix notamment). Interviennent en second lieu les contrats de transfert (les contrats réels). Le contrat pour le transfert de la propriété (*dinglischer Erfüllungsgeschäft*) repose sur deux éléments constitutifs. D'abord un élément intentionnel : c'est l'accord du vendeur et de l'acquéreur relativement au transfert de la propriété. En second lieu un élément matériel qui consiste dans la "tradition" de la chose, c'est-à-dire dans la mise en possession de l'acquéreur. Cette "tradition" est indispensable, l'accord sur le transfert ne suffit pas à réaliser celui-ci.* » ; J.-S. BORGHÉTTI, « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* 2013/4, p. 1684, spéc. 1686 : « *On sait que, historiquement, aussi bien en droit romain que dans le* jus commune*, le transfert de propriété supposait une tradition. Beaucoup de pays restent aujourd'hui fidèles à cette approche du transfert de propriété. C'est le cas du droit allemand, mais aussi du droit suisse, du droit autrichien et de plusieurs autres encore.* » ; O. REMIEN, « Le transfert de propriété — une perspective allemande », *RDC* 2013/4, p. 1714.

reconstituer [250]. En outre, le droit positif français est considéré comme liant, dans plusieurs hypothèses, le transfert du droit propriété à la remise matérielle de la chose [251]. On peut donc concevoir que l'exclusion de la question du transfert de la propriété du domaine d'application de la CVIM ne constitue en réalité que l'expression d'un choix entre l'aspect immatériel et l'aspect matériel de celui-ci.

71. Nature de l'objet de la vente. La vente règlementée par la CVIM est celle portant sur des objets corporels. Aux termes de l'article 3.1 de cette convention, « *sont réputés ventes les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire* […] ». Le contrat de vente issu de la CVIM vise ainsi le transfert du droit de propriété dont le double aspect abstrait et physique semble indéniable. La diversité de solutions, dans les systèmes juridiques internes, à la question du transfert du droit de propriété paraît ne concerner que l'aspect abstrait de celui-ci. D'ailleurs, cette diversité résulte en général d'une part de l'unicité, dans certains systèmes juridiques, du moment des transferts de l'aspect abstrait et de l'aspect matériel du droit de propriété [252], et d'autre part de la séparation de ceux-ci, dans d'autres systèmes, dans les moments différents [253].

72. L'aspect immatériel du droit de propriété dans la conception des instruments juridiques internationaux. Le transfert de l'aspect abstrait du droit de propriété est

---

250 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 164 : « *Le droit de propriété n'est pas un droit incorporel ; la raison en est qu'il ne constitue pas un bien mais le rapport juridique grâce auquel les choses deviennent des biens. Ce rapport ne peut être envisagé de manière réifiée sous peine de perdre sa fonction ontologique : il est inapte à la transmission (le transfert de propriété porte sur la propriété objective) ; propre à un bien et à une personne donnés, il se reconstitue à chaque fois qu'un bien est transmis. Il est donc attaché à la personne.* »

251 J.-S. BORGHÉTTI, « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* 2013/4, p. 1684, spéc. 1689 : « *[…] les différences entre les deux grands systèmes de transfert de propriété se trouvent en pratique estompées par les exceptions que la loi peut poser et par la liberté dont disposent les parties d'aménager les modalités de ce transfert. Dans les pays qui pratiquent le transfert par tradition, la loi admet ainsi qu'il puisse y avoir transfert sans tradition (ainsi le constitut possessoire et la cession du droit à la restitution des paragraphes 930 et 931 du BGB). Les parties peuvent par ailleurs dissocier le transfert de propriété de la tradition, notamment à des fins de garantie : le transfert de propriété est alors retardé jusqu'au complet paiement du prix, même si celui-ci a lieu après la tradition, grâce à une clause de réserve de propriété […]. Les pays qui connaissent le transfert* solo contractu *sont quant à eux obligé de prévoir, le cas échéant dans la loi, des exceptions pour les cas où le transfert de propriété ne peut se réaliser au moment de la conclusion du contrat de vente, par exemple en cas de vente d'une chose future ou d'une chose de genre non encore individualisée […]. Toujours dans ces pays, les parties insèrent souvent dans le contrat des clauses de réserves de propriété, mais également des clauses permettant de dissocier les risques et la propriété, afin d'éviter que les risques de la chose ne pèsent sur celui qui n'en a pas encore la maîtrise physique. Au final, donc, l'écart qui peut exister d'un pays à l'autre sur le chapitre du transfert de propriété est certainement beaucoup moins important du point de vue des modalités concrètes de ce transfert qu'il ne l'est sur le plan conceptuel.* »

252 Les systèmes juridiques dont incarne la représentation, le droit allemand, O. REMIEN, « Le transfert de propriété — une perspective allemande », *RDC* 2013/4, p. 1714.

253 C'est le cas dans les systèmes juridiques dont le droit français constitue une figure représentative. Le Code civil de 1804 constitue un modèle pour d'autres codifications.

souvent perçu dans les instruments juridiques internationaux ou régionaux comme une question moins importante. Si la CVIM est implicite à cet égard, la proposition de règlement de la Commission de l'Union européenne du 11 octobre 2011 pour le droit commun européen de la vente [254], est assez formelle. Celle-ci dévoile l'idée qui amène les rédacteurs des textes internationaux à ne guère se soucier de la question de l'aspect immatériel du transfert de la propriété. La proposition du droit commun européen de la vente se veut en effet un « *ensemble de règles, autonome et uniforme,* […] *en mesure d'offrir aux parties une solution aux problèmes les plus courants susceptibles de survenir dans les relations contractuelles ayant une dimension transfrontière* » [255]. Elle s'est fixé, en particulier, l'objectif de « *couvrir tout le cycle de vie du contrat* » [256] et d' « *englober donc la plupart des aspects qui sont concernés lors de la conclusion de contrats transfrontières* » [257]. Il en résultera notamment que « *les recherches des professionnels sur le droit national d'autres États membres se limiteraient à quelques questions moins importantes, que le droit commun européen n'aborde pas* » [258]. Le droit de propriété ainsi que son transfert constituent l'une des questions exclues du champ d'application de ce texte [259].

73. Le choix opéré par la CVIM. Il ne semble donc pas exagéré d'affirmer que la CVIM a en réalité opté de façon ingénieuse pour le système qui consiste à lier le transfert de l'aspect abstrait du droit de propriété à celui de son aspect matériel [260]. C'est la solution apparue de

---

254 DCEV.

255 Exposé des motifs de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (DCEV), p. 12.

256 Exposé des motifs de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (DCEV), p. 4.

257 *Ibid.*

258 *Ibid.*

259 Le considérant n° 27 de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (DCEV) : « *Toutes les matières de nature contractuelle ou non qui ne relèvent pas du droit commun européen de la vente sont régies par les dispositions préexistantes du droit national (hors droit commun européen de la vente) applicable en vertu des règlements (CE) n° 593/2008 et (CE) n° 864/2007, ou de toute autre règle de conflits de lois pertinente. Il s'agit de la personnalité juridique, de la nullité du contrat consécutive à l'incapacité, à l'illégalité ou à l'immoralité, de la détermination de la langue du contrat, de la non-discrimination, de la représentation, de la pluralité de débiteurs ou de créanciers, du changement de parties en cas de cession, compensation ou fusion, du droit de la propriété y compris le transfert de propriété, du droit de la propriété intellectuelle, et du droit de la responsabilité délictuelle. En outre, le droit commun européen de la vente n'aborde pas la question de savoir si des actions concurrentes en responsabilité contractuelle et extracontractuelle peuvent être intentées parallèlement.* »

260 R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, 3e éd., LexisNexis, 2016, n° 589 : « *Les grands systèmes de droit ont pu être mis en parallèle, de nombreux droits nationaux ont leur particularisme considéré, le droit comparé explique certains partis retenus. On peut voir du pragmatisme dans la convention* (de Vienne du 11 avril 1980). *Compte tenu de la conception de base de la vente si différente dans les droits nationaux, pour aboutir les artisans de la convention ont dû s'en tenir à certains compromis. Le plus remarquable a conduit à mettre hors convention : "les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues" (art. 4 a). Il y a bien là du pragmatisme : on laisse aux parties, au juge, le choix pour déterminer quand et comment se fera le transfert de propriété.* »

façon naturelle [261]. D'ailleurs, la CVIM a repris les dispositions essentielles de la LUVI relatives au transfert de propriété [262]. La seule différence sur le transfert de propriété entre la LUVI et la CVIM, c'est que celle-ci déclare avoir exclu cette question de son domaine d'application. Ainsi, la seule différence entre les systèmes juridiques qui ont consacré cette solution naturelle, et la CVIM, réside dans la déclaration formelle de la liaison de l'aspect abstrait à l'aspect matériel du transfert de propriété. En dehors de cette formalité, il est évident que dans les deux cas l'acquéreur en possession de la chose peut légitimement se considérer comme propriétaire. C'est d'ailleurs dans cette même logique que le droit positif français voit, par simple analogie, la règle *res perit domino* dans certaines hypothèses [263] ou dispositions du Code civil de 1804 [264] dans lesquelles il n'est nulle part fait référence au droit de propriété, encore moins à son transfert. Ainsi, la solution qui consiste à déclarer que la perte de la marchandise pèse sur l'acquéreur lorsque celle-ci lui est remise, semble toujours influencée par la conception liant la charge des risques à l'appartenance du droit de propriété ; elle demeure l'impact de la règle *res perit domino* [265].

2. Les différentes solutions de la charge des risques

74. **La règle générale.** Les solutions à la question des risques [266] issues de la CVIM sont bien influencées par la conception du droit positif français concernant la relation entre le droit de propriété et la charge des risques. Ces solutions ne diffèrent pas de celles issues du droit positif français relatives à l'acquisition de choses de genre et de choses futures. La nature de l'objet du contrat est la même ; il s'agit, dans les deux cas, de choses de genre ou de choses futures. La seule différence tient au caractère international du contrat de vente réglementé

---

261 W. DROSS, « Le transfert de propriété en droit français », *RDC* 2013/4, p. 1694, n° 6 : « *Le réflexe le plus immédiat conduit à considérer que c'est la chose elle-même qui est transférée. C'est l'image de la vente d'un bien mobilier corporel qui, revenant à la charge, s'impose à l'esprit : ce que l'on voit, c'est une chose qui change de mains.* »

262 L'article 52 de la LUVI ci-dessus rapporté.

263 Par exemple celle de la vente de chose future

264 Tel est le cas à propos de l'article 1585 du Code civil.

265 Il semble que le droit anglais reprend aussi cette maxime d'origine romaine, R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, 3e éd., LexisNexis, 2016, n° 595 : « *En droit anglais, la transmission des risques se fera en même temps que le transfert de propriété, ce qui se comprend puisque ce transfert est lié à des données très concrètes.* Res perit domino*, les juristes anglais reprennent volontiers l'expression en latin. Le* Sale of Goods Act*, dans sa* section *20, précise le principe. Mais ce n'est qu'une* prima facie rule*. Dans beaucoup de cas les correctifs conduiront à prendre en compte la possession de la chose ou la faute de l'une des parties pour déterminer qui supportera les risques.* »

266 V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 371, note de bas de page n° 4 : « *Les risques peuvent en effet être définis comme tout événement, étranger aux parties, et postérieur à la conclusion du contrat, qui place l'acheteur dans l'impossibilité de prendre possession des biens vendus : risques matériels de perte ou de détérioration des marchandises ; risques juridiques de réquisition ou d'embargo, empêchant l'acheminement de celles-ci jusqu'à leur destination, etc.* »

par la CVIM. À l'instar des droits français et de l'OHADA, la CVIM pose d'abord une règle générale qui reflète les conséquences de la force majeure. Certes, à la différence du droit français, et à l'image du droit de l'OHADA, la CVIM n'a pas envisagé de façon formelle la nature de l'issue du contrat inexécutable ; elle ne dispose pas que les contractants sont libérés de leurs obligations réciproques. Cependant, il est naturel que l'empêchement donne lieu à la rupture du contrat et, par conséquent, à la libération des parties. L'effet principal de l'événement constitutif de force majeure consiste ainsi dans la libération des parties de leurs obligations réciproques ; aucune de celles-ci n'est tenue de dommages et intérêts. Aux termes de l'article 79.5 de la CVIM, « *les dispositions du présent article n'interdisent pas à une partie d'exercer tous ses droits autres que celui d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la présente Convention* ».

75. Les prétendues solutions dérogatoires. À côté de cette règle de principe, la CVIM en pose d'autres, aux termes desquelles une seule partie contractante est déclarée libérée de son obligation. L'article 66 de la CVIM énonce en effet que « *la perte ou la détérioration des marchandises survenue après le transfert des risques à l'acheteur ne libère pas celui-ci de son obligation de payer le prix, à moins que ces événements ne soient dus à un fait du vendeur* » [267]. Certains auteurs prétendent qu'il ne s'agit pas ici de risques consécutifs à l'impossibilité d'exécuter le contrat, mais de la contre-prestation [268], autrement dit de la chose. On verra que cette analyse n'est pas admissible. L'article 66 annonce l'effet commun des solutions particulières prévues aux articles suivants [269]. Celles-ci prévoient dans quelle mesure le vendeur est libéré de la perte ou de la détérioration des marchandises [270].

---

267 Cette disposition s'inspire de l'article 96 de la LUVI aux termes duquel, « *lorsque les risques sont transférés à l'acheteur, celui-ci est tenu de payer le prix nonobstant la perte ou la détérioration de la chose, à moins que ces événements ne soient dus au fait du vendeur ou d'une personne dont il est responsable.* »

268 K. H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 417 : « *L'article 66 définit le risque de la chose, plus précisément le "risque du prix", dans le sens où l'acheteur doit payer la marchandise même si elle a péri ou qu'elle a été détériorée après le moment auquel ce risque lui a été transféré.* », *Idem*., note de bas de page n° 1 : « *Il s'agit des risques de la contre-prestation ; les art. 66 ss ne concernent pas les risques de la prestation dans le sens du risque de l'impossibilité d'exécution […].* »

269 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 88 : « *L'art. 66 rappelle en quoi consiste le transfert des risques : la perte ou la détérioration des marchandises après ce transfert ne dispense pas l'acheteur de payer le prix convenu, sauf le cas où ces événements seraient dus à un fait du vendeur. Les dispositions suivantes (art. 67 à 69), fixent le moment du transfert des risques.* »

270 K. H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 419 : « *Ce sont les principes contenus aux articles 67 ss qui déterminent la partie qui assume les désavantages économiques d'une perte, d'une détérioration ou de toute autre dégradation de la marchandise survenues entre la conclusion du contrat et la prise de livraison : l'acheteur assume les risques dès que le vendeur a exécuté ses obligations en vue de la livraison des biens.* »

76. Dans la vente impliquant un transport de marchandises. Ainsi, il en est tout d'abord prévu une dans l'hypothèse où le contrat de vente implique un transport des marchandises. Ce transport, assuré logiquement par un tiers, sépare le dessaisissement des marchandises par le vendeur de leur prise de livraison par l'acheteur [271]. L'article 67.1 de la CVIM dispose que : « *lorsque le contrat de vente implique un transport des marchandises et que le vendeur n'est pas tenu de les remettre en un lieu déterminé, les risques sont transférés à l'acheteur à partir de la remise des marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur conformément au contrat de vente. Lorsque le vendeur est tenu de remettre les marchandises à un transporteur en un lieu déterminé, les risques ne sont pas transférés à l'acheteur tant que les marchandises n'ont pas été remises au transporteur en ce lieu. Le fait que le vendeur soit autorisé à conserver les documents représentatifs des marchandises n'affecte pas le transfert des risques* » [272].

77. La remise au transporteur. Le législateur de l'OHADA s'est inspiré de cette disposition [273]. Cependant, ce texte semble plus clair que celui issu de l'OHADA. En effet, contrairement à la formulation ci-dessus rappelée présentée par l'OHADA, il ressort sans ambiguïté des termes de cet article que c'est lorsque le vendeur n'est pas tenu de remettre les marchandises en un lieu particulier [274], qu'il peut se libérer de la perte ou de la détérioration de celles-ci par leur remise au premier transporteur [275]. Ce qui correspond de

---

271 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 89 : « *Une vente internationale implique le plus souvent un transport confié à un tiers, de sorte que la remise des marchandises à l'acheteur est indirecte […].* »

272 K. H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 426 : « *L'article 67 règle le passage des risques dans les ventes à expédition, ce type de transaction étant généralement la règle en matière de commerce international. Les risques sont transférés à l'acheteur par la remise au transporteur […].* » ; V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 374.

273 Art. 278 précédemment rapporté.

274 Voir cependant ces interrogations : K. H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 426 : « *Cette disposition soulève de nombreuses questions : il n'est tout d'abord pas précisé ce que la Convention entend par "remise au transporteur" […]. Il n'est pas non plus aisé de déterminer si la remise à un commissionnaire-expéditeur (commissionnaire de transport […]) vaut remise au premier transporteur […] ; si le transport par les employés du vendeur opère le transfert des risques […] et enfin si le passage des risques a déjà lieu en cas de transport préalable, c'est-à-dire lors d'un premier transport à la gare, au port d'embarquement […].* »

275 Le transporteur est une personne indépendante du vendeur. B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 90 ; K. H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 430 : « *Pour que le transfert des risques puisse avoir lieu, la conclusion d'un contrat de transport, ainsi que la remise de la marchandise à un tiers transporteur indépendant sont nécessaires. Il ne suffit pas que le vendeur fasse transporter la marchandise par ses propres gens : elle n'est en effet pas livrée aussi longtemps que le vendeur ou ses auxiliaires en ont la maîtrise. De plus, elle n'est pas "remise" juridiquement lorsqu'elle est transférée à des employés du vendeur, ni tant qu'une partie du transport est effectuée par des personnes dépendant de ce dernier.* »

façon exacte à l'effectivité de la délivrance conçue dans la même hypothèse [276]. Il n'incombe pas au vendeur de remettre les marchandises à un transporteur déterminé [277]. Par conséquent, celui-ci est libéré par la remise effective des marchandises à tout transporteur chargé de les transmettre à l'acheteur [278]. En revanche, lorsque le vendeur contracte l'obligation de remettre les marchandises à un transporteur en un lieu particulier, autrement dit, à un transporteur déterminé, il n'est libéré que par leur remise effective à celui-ci en ce lieu. Dans les deux cas, toutefois, l'acheteur ne supporte les risques qu'à condition que les marchandises remises soient identifiées [279].

78. **L'illustration de l'application inexacte de l'article 67.** On peut déplorer de façon particulière l'application incorrecte de l'article 67 dans une sentence arbitrale [280]. En l'espèce, une entreprise yougoslave a vendu du caviar à une entreprise hongroise. La prise de livraison s'est effectuée à l'adresse du vendeur par l'acheteur lui-même, lequel a transporté la marchandise dans son installation à Hongrie. Les parties ont convenu que le prix devrait être payé deux semaines plus tard après la remise de la marchandise à l'acheteur. Or, la date du payement du prix a coïncidé avec la prise d'effet en Hongrie de l'embargo des Organisations des Nations Unies à l'encontre de la Yougoslavie. Cependant, le vendeur a cédé sa créance qui correspond au prix de la marchandise à une entreprise à Chypre. L'acheteur ne voulant pas payer le prix prétend que cet embargo constitue un cas de force majeure qui l'exonérait de son obligation. Le tribunal arbitral le condamne sur la

---

276 Art. 31 de la CVIM dispose que : « *Si le vendeur n'est pas tenu de livrer les marchandises en un autre lieu particulier, son obligation de livraison consiste : a) lorsque le contrat de vente implique un transport des marchandises, à remettre les marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur ;* ». Son application combinée avec celle de l'article 67 : Espagne : Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3a du 31er octobre 1997, *http://www.uncitral.org/A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/24*, Décision 247 : CVIM 31 ; 67 ; V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 374 : « *[…] ce qui correspond à l'hypothèse où l'acheteur prend en charge l'organisation de tout ou partie du transport des biens vendus jusqu'au lieu de leur destination […].* »

277 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 90 : « *L'art. 67 distingue selon que la marchandise doit être acheminée par le transporteur chez l'acheteur, sans autre précision, ou selon qu'elle doit être remise à un transporteur en un point déterminé. Dans le premier cas, les risques sont transférés à l'acheteur au moment de la remise au premier transporteur pour transmission à l'acheteur.* »

278 Argentine : Cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial, Sala C du 31 octobre 1995, *http://www.uncitral.org/A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/14, Décision 191 : CVIM 66 ; 67*. Espagne : Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3a du 31 octobre 1997, *http://www.uncitral.org/A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/24, Décision 247 : CVIM 31 ; 67*.

279 Art. 67.2 : « *Cependant, les risques ne sont pas transférés à l'acheteur tant que les marchandises n'ont pas été clairement identifiées aux fins du contrat, que ce soit par l'apposition d'un signe distinctif sur les marchandises, par les documents de transport, par un avis donné à l'acheteur ou par tout autre moyen* » ; V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 376.

280 Hongrie : Tribunal arbitral relevant de la Chambre hongroise de commerce et d'industrie, Sentence arbitrale dans l'affaire n° VB/96074 du 10 décembre 1996, http://www.uncitral.org/A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/12, *Décision 163 : CVIM 66 ; 67.*

base de l'article 67 à payer le prix au motif que ce risque est transféré lors de la remise de la marchandise. Or, cette disposition ne trouve pas à s'appliquer ici. En premier lieu, en effet, le transport de la marchandise n'est nullement en cause ; en second lieu, l'embargo a semblé au départ empêcher plutôt l'exécution de l'obligation de payer le prix [281], mais pas celle de la mise à disposition ; en troisième lieu, enfin, le vendeur a cédé sa créance à une autre entreprise se situant en dehors de la zone sous l'embargo. Il s'ensuit que le paiement du prix n'est pas en réalité empêché. Ainsi, le tribunal arbitral aurait dû plutôt considérer simplement que l'embargo ne constitue pas en l'espèce un cas de force majeure.

79. Marchandises vendues en cours de transport. Ensuite, les risques sont à la charge de l'acheteur dès la conclusion du contrat de vente, lorsque les marchandises sont vendues en cours de transport. L'article 68 de la CVIM dispose, en effet, que :

> « En ce qui concerne les marchandises vendues en cours de transport, les risques sont transférés à l'acheteur à partir du moment où le contrat est conclu. Toutefois, si les circonstances l'impliquent, les risques sont à la charge de l'acheteur à compter du moment où les marchandises ont été remises au transporteur qui a émis les documents constatant le transport. Néanmoins, si, au moment de la conclusion du contrat de vente, le vendeur avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance du fait que les marchandises avaient péri ou avaient été détériorées et qu'il n'en a pas informé l'acheteur, la perte ou la détérioration est à la charge du vendeur. » [282]

Le droit de l'OHADA s'est inspiré de cette solution, laquelle paraît similaire à la règle de principe en droit positif français. La seule conclusion du contrat attribue les risques à l'acheteur. À la différence du droit français, on ne peut ici savoir si la propriété se trouve transférée au même moment à l'acquéreur. En outre, aucun égard n'est ici accordé à l'obligation de délivrance ; on ne détermine pas si elle est effective.

80. Dérogations. Cette solution connaît deux dérogations. La première consiste à mettre les risques, si les circonstances s'y prêtent [283], à la tête de l'acheteur dès la remise des marchandises au transporteur qui a émis un titre de transport [284]. Le sort de l'acheteur est sans doute aggravé. Le moment à compter duquel il supporte les risques, est ramené à celui

---

281 Si le paiement du prix était définitivement empêché, c'est plutôt l'article 79 qui devrait être invoqué.

282 Commentaire, K. H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 437 : « *Lorsque la vente est conclue alors que la marchandise se trouve déjà en cours de transport, sur route, sur rail ou sur mer, les risques passent en principe à l'acheteur au moment de la formation du contrat, à condition que les biens aient été clairement identifiés.* » ; V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 377. Dans la même hypothèse mais concernant le transport par mer, la LUVI pose, quant à elle, comme principe, que les risques sont à la tête de l'acheteur depuis la remise de la chose au transporteur. Son article 99.1 dispose, en effet, que : « *Si la vente a pour objet une chose en cours de voyage par mer, les risques sont assumés par l'acheteur à partir du moment de la remise de la chose au transporteur.* »

283 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 94 : « *Tel est notamment le cas lorsque la vente a donné lieu au transfert d'un ensemble de documents, comprenant notamment une police d'assurance à l'ordre de l'acheteur.* »

284 Le droit de l'OHADA n'a pas repris cette dérogation.

où les marchandises sont remises au transporteur [285]. Ainsi, la perte des marchandises ou leur détérioration antérieure à la conclusion du contrat de vente peut être mise à sa charge [286]. Le reproche derrière cette solution à l'endroit de l'acheteur apparaît ici de façon non ambiguë ; il lui est reproché implicitement d'avoir conclu le contrat de vente sur les marchandises en cours de transport. La solution laisse en effet entendre que le législateur considère l'acheteur comme ayant pris le risque d'acquérir les marchandises dont il n'est pas en mesure de vérifier l'état [287]. La deuxième dérogation, reprise par le droit de l'OHADA [288], consiste à mettre la perte ou la détérioration dont le vendeur a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance à la charge de celui-ci [289]. Il s'agit là, apparemment, de sanctionner la mauvaise foi du vendeur [290] ; cependant, il sera difficile à l'acheteur de rapporter la preuve de cette connaissance [291].

81. Prise de livraison comme critère. Enfin, la CVIM prévoit, à titre de règle de principe [292], que les risques pèsent sur l'acheteur lorsqu'il prend livraison des marchandises. L'article 69.1 énonce, en effet, que : « *dans les cas non visés par les art. 67 et 68, les risques sont*

---

285 C'est aussi ce qui ressort de l'article 99.1 de la LUVI.

286 Un exemple de cette éventualité : K. H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 423 : « *[…] lorsque le défaut existait à l'état embryonnaire lors du passage des risques et qu'il s'est développé ultérieurement, la dégradation poursuivant son cours.* »

287 *Ibid*., p. 439 : « *[…] dans de telles circonstances et à défaut de clauses contractuelles à ce sujet, il paraît raisonnable d'admettre que l'acheteur a voulu prendre à sa charge les risques rétroactivement au moment de la remise des biens au premier transporteur.* »

288 Art. 279 précédemment rapporté.

289 La solution paraît proche de celle prévue à l'article 99.2 de la LUVI : « *Si, au moment de la conclusion du contrat, le vendeur savait ou aurait dû savoir que la chose avait péri ou avait été détériorée, les risques continuent à lui incomber jusqu'au moment de la conclusion du contrat.* » L'article 100 de la LUVI est dans le même sens.

290 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 94 : « *L'art. 68* in fine *réserve le cas où le vendeur, qui serait alors de mauvaise foi, aurait eu, au moment de la conclusion du contrat, connaissance d'un sinistre survenu à la marchandise et aurait omis d'en informer l'acheteur.* »

291 *Ibid*., n° 94 : « *Ce parti pris suscite […] une difficulté de preuve chaque fois que le dommage ne peut être attribué à un événement précis tel qu'une tempête, un accident de la route ou un déraillement […]. Il est donc souhaitable que les parties fixent expressément le transfert des risques soit au commencement soit à la fin du transport, sauf à tenir compte de la charge assumée par l'une ou par l'autre.* » ; K. H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 438 : « *Le moment de la réalisation du dommage est souvent difficile à déterminer avec certitude, en particulier lorsqu'il s'agit d'atteinte évolutive comme l'infiltration lente et progressive de l'eau dans les soutes du navire, ou lors d'un transport par containers […].* »

292 K. H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 442 : « *L'article 69 contient la règle principale applicable lorsque la marchandise ne doit pas être transportée et qu'elle ne se trouve pas déjà en cours d'acheminement : les risques passent à l'acheteur au moment de son retrait des biens, ou quand il ne les retire pas lorsqu'il est en demeure d'en prendre livraison (al. 1), ou dès que la marchandise a été mise à disposition (al. 2).* »

transférés à l'acheteur lorsqu'il retire les marchandises ou, s'il ne le fait pas en temps voulu, à partir du moment où les marchandises sont mises à sa disposition et où il commet une contravention au contrat en n'en prenant pas livraison ». La solution ne semble pas concrètement différente de la règle de principe qui résulte du droit de l'OHADA [293]. Les risques sont déclarés dans les deux cas à la charge de l'acquéreur lorsque celui-ci prend livraison des marchandises. La seule différence concerne le droit de propriété. Alors que la CVIM exclut de son domaine d'application la question de l'aspect immatériel du droit de propriété, le droit de l'OHADA déclare, quant à lui, que la prise de livraison opère en même temps transfert de propriété à l'acheteur.

82. Mise à disposition comme critère. Suivant l'article 69.1 de la CVIM, le vendeur n'est libéré par la mise à disposition qu'en cas de prise de livraison tardive, ou que lorsque l'absence de prise de livraison constitue une faute contractuelle [294], autrement dit, une contravention au contrat [295]. En outre, l'article 69.2 de la CVIM dispose que la mise à disposition des marchandises en un lieu particulier stipulé dans le contrat, libère le vendeur, mais sous certaines conditions [296]. Aux termes de cette disposition, « […] *si l'acheteur est tenu de retirer les marchandises en un lieu autre qu'un établissement du vendeur, les risques sont transférés lorsque la livraison est due et que l'acheteur sait que les marchandises sont mises à sa disposition en ce lieu* ». Le vendeur est libéré à condition non seulement que l'acheteur sache que les marchandises sont mises à sa disposition en ce lieu, mais en outre que la livraison soit due [297].

---

293 La combinaison des articles 275 et 277 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, lesquels disposent respectivement que : « *La prise de livraison opère transfert à l'acheteur de la propriété des marchandises vendues.* », « *Le transfert de propriété entraîne le transfert des risques à l'acheteur. La perte ou la détérioration des marchandises survenues après le transfert des risques ne libère l'acheteur de son obligation de payer le prix que si ces événements sont le fait du vendeur.* »

294 C'est également la solution résultant de l'article 98 de la LUVI.

295 K. H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 442 : « *Il s'agit des cas de dette quérable, vente sur place, ex usine etc. (al. 1), ainsi que la vente à destination,* ex ship*, par navire désigné, à quai, rendu frontière etc. (al. 2).* »

296 V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 380 : « *Trois conditions sont […] cumulativement exigées pour que le transfert des risques s'opère : il faut tout d'abord que la livraison que soit due, et qu'elle n'ait donc pas été effectuée de façon anticipée ; il faut ensuite qu'elle ait été effectivement exécutée, c'est-à-dire que les marchandises aient été conduites par le vendeur au lieu convenu et qu'elles y aient été mises à la disposition de l'acheteur ; il faut enfin que l'acheteur ait connaissance de cette ponctuelle exécution des obligations du vendeur, ce qui suppose, non seulement que celui-ci lui ait adressé un avis à cet effet, mais encore que cet avis lui soit réellement parvenu. Tant que ces trois conditions ne sont pas remplies, les risques de perte demeurent à la charge du vendeur.* »

297 K. H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 443 : « *[…], si la livraison s'effectue en un autre lieu, les risques sont transférés dès qu'elle est due et que l'acheteur est informé de la mise à disposition de la marchandise.* » ; B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 93 ; V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 380.

Autrement dit, la livraison anticipée ne libère pas le vendeur de la perte ou de la détérioration des marchandises mises en ce lieu à la disposition de l'acheteur [298]. Cette dernière condition protège l'acheteur qui n'a pas encore préparé un local où stocker les marchandises. De même, l'exigence que l'acheteur soit informé de la mise à disposition des marchandises démontrera qu'il n'incombe plus qu'à celui-ci de les mettre à l'abri de la force majeure qui les a frappées au lieu où elles sont mises à sa disposition [299]. En cas de choses de genre, la mise à disposition résulte de l'identification des marchandises aux fins du contrat. L'article 69.3 de la CVIM dispose, à cet égard, que : « *si la vente porte sur des marchandises non encore individualisées, les marchandises ne sont réputées avoir été mises à la disposition de l'acheteur que lorsqu'elles ont été clairement identifiées aux fins du contrat* » [300].

83. Conclusion. Au terme de cette analyse des droits français, de l'OHADA et de la CVIM, relative à la résolution de la question des risques, on peut affirmer qu'il existe en général deux typologies de solutions, malgré la diversité de celles-ci, de la charge des risques, très critiquables ; il convient de rappeler encore ces typologies mais de façon synthétique en vue de les faire observer davantage.

§ 2. CRITIQUE DES SOLUTIONS RETENUES EN DROITS POSITIFS FRANÇAIS ET UNIFORMES

84. L'origine de la typologie. Il est remarquable que les deux typologies de solutions de la charge des risques résultant du droit de l'OHADA et de la CVIM tirent leur source de la conception du droit positif français. Il a été en effet rappelé ci-dessus que l'analyse dominante du système du Code civil de 1804, se trouve à l'origine de la coexistence de deux

---

298 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 92 ; K. H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 434 : « *[…], les risques sont censés restés à la charge du vendeur jusqu'au moment prévu pour la livraison, et ceci vaut si le vendeur procède à une nouvelle présentation de la marchandise : l'article 69 s'applique dans cette hypothèse.* »

299 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 93 : « *La double condition est destinée à ce que l'acheteur soit en mesure de retirer les marchandises.* »

300 K. H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 435 : « *Dans la vente de choses de genre, les risques ne sont transférés à l'acheteur que lorsque la marchandise a été clairement identifiée à son attention : il doit en effet pouvoir être assuré de ce que la perte ou la détérioration a atteint justement les biens* in solutione*, soit ceux affectés à l'exécution du contrat. On ne peut pas laisser à la libre appréciation du vendeur le soin de déterminer l'acquéreur auquel il souhaite livrer des biens qui ont déjà péri ou qui se sont détériorés ; de même, il n'a pas la possibilité d'attribuer malicieusement et dolosivement à un acheteur précis des marchandises dans lesquelles le risque s'est réalisé.* » ; V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, (Sous dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 381.

types de règles relatives aux conséquences de l'événement de force majeure [301] : la règle *res perit domino* considérée comme exceptionnelle [302], d'une part, et, d'autre part, celle libératoire des parties contractantes de leurs obligations réciproques [303], exprimée de façon impropre par l'adage *res perit debitori* [304]. Cette conception de la résolution de la charge des risques, issue du droit positif français se retrouve dans la CVIM qui a constitué aussi de manière large une source d'inspiration pour le législateur de l'OHADA. L'article 79 de la CVIM [305] pose que l'événement de force majeure libère le débiteur de l'obligation inexécutable [306] et, par voie de conséquence, le créancier de son obligation réciproque. Les articles 66 à 69 de la CVIM sont consacrés aux hypothèses dans lesquelles le vendeur seul est déclaré libéré, l'acheteur devant payer le prix de la marchandise vendue. De même, l'article 294 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général pose le principe qui libère les contractants de leurs obligations réciproques. En outre, cet Acte uniforme envisage, aux articles 277 à 280, les hypothèses dont il ressort que le vendeur seul est libéré de son obligation en cas de perte de la marchandise, l'acheteur étant tenu d'exécuter son obligation de payer le prix.

85. Justification des deux typologies de solutions en droit positif français. Une justification de la coexistence de ces deux types de règles en droit positif français est avancée par la doctrine [307]. Ceux-ci sont en effet répartis dans deux domaines d'application

---

301 E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS, présentation de D. MAZEAUD, Dalloz, 2004, p. 371 : « *Planiol a montré que cette question reçoit dans notre droit deux solutions : l'une, qui est la règle générale, n'est formulée nulle part ; l'autre, la règle exceptionnelle, se trouve dans l'article 1138. Cette dernière s'applique à des cas très fréquents et de grande importance pratique, tels que la vente. Aussi a-t-on pris l'exception pour la règle générale et cela a obscurci la théorie.* » ; P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, « Bibliothèque de droit privé tome 220 », préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 1992, n° 227.

302 O. DESHAYES, « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, 2009, n° 11 : « *Une majorité d'auteurs considère que l'application d'adage* res perit domino *en matière de contrats translatifs de propriété constitue une exception à la règle générale* res perit debitori *[...].* »

303 E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS, présentation de D. MAZEAUD, Dalloz, 2004, p. 371 : « *L'extinction de l'obligation d'une des parties par impossibilité fortuite d'exécuter entraîne extinction de l'obligation de l'autre partie.* »

304 P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, « Bibliothèque de droit privé tome 220 », préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 1992, n° 229 : « *A s'en tenir seulement à sa lettre, il ne vise que la perte de la chose. Or, c'est l'impossibilité fortuite d'exécuter qu'il convient de traiter. N'est-il pas paradoxal de fonder la règle de la libération corrélative des obligations du créancier sur cet adage ? Au mieux constitue-t-il le point de départ d'un raisonnement inductif, mais certainement pas l'expression de la règle qui en découle* » ; O. DESHAYES, « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, 2009, n° 14.

305 Constitue son équivalent, l'article 74 de la LUVI.

306 La Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce international a ainsi estimé dans une espèce : Sentence arbitrale publiée en 1989, affaire n° 62881, *http://uncitral.org/A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/8, Décision 102 : CVIM 75-1 ; 79-1 ; 100-2.*

307 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, Litec, 1995, n° 1735 : « *Comment concilier ces diverses dispositions ? Peut-on trouver une idée générale indiquant dans quel sens, dans les cas non visés par la loi, ce problème des risques doit être résolu ? La réponse consiste en une distinction : en*

… / …

différents. La règle exprimée improprement par la maxime *res perit debitori,* ayant en réalité pour effet de libérer les deux contractants, est considérée en général comme de droit commun [308] ; elle aurait vocation à régir les conséquences de la force majeure dans tous les contrats autres que ceux visant le transfert de propriété. Antérieurement à la réforme du 10 février 2016, elle aurait pour domaine les obligations « *de faire* » et « *de ne pas faire* » ; en revanche, les contrats translatifs de propriété constitueraient le domaine exclusif de la règle *res perit domino* [309] ; l'ancienne obligation de « *donner* » constituait le domaine de cette règle ; cette dernière obligation disparaîtra à l'issue de la réforme du 10 février 2016. Cette justification de la coexistence de deux types de règles dans la résolution de la charge des risques, ne peut être transposée ni dans la CVIM ni dans l'état actuel de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit commercial général. En effet, tous les deux types de règles sont ici prévus et consacrés au contrat de vente [310] ; contrairement à la justification donnée dans le droit positif français, ils ne correspondent pas ici à deux domaines contractuels différents : les deux types de règles régissent le contrat de vente.

86. Justification générale des deux typologies de solutions. En outre, le droit positif français constitue la source de l'idée répandue dans les trois systèmes juridiques étudiés, consistant à distinguer entre les risques du contrat et les risques dits de la chose [311]. Cette

---

règle générale, les risques sont pour débiteur, mais les contrats translatifs de propriété obéissent à un régime spécial. »

308 *Ibid*., n° 1736.

309 *Ibid*., n° 313 : « *S'agissant d'une vente, par exemple, l'acheteur devient propriétaire de la chose achetée dès que le contrat est formé, et avant même qu'il en ait pris livraison (C. civ., art. 1583). Si la chose vient à être détruite par un cas de force majeure, c'est le propriétaire qui en subit la perte : il doit en payer le prix au vendeur qui avait cessé d'en être propriétaire lors de sa destruction.* »

310 Un rappel pour la CVIM, B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 181 : « *Conformément à la méthode suivie dans cette partie de la convention, l'art. 79 s'applique indifféremment au vendeur et à l'acheteur. Ce texte sera par exemple invoqué par le premier lorsqu'il est empêché de livrer par suite d'événements naturels ou politiques […] ; par le second lorsqu'il est empêché de payer ou de prendre livraison par suite de circonstances du même ordre, telles qu'une interruption des communications ou l'imposition d'une réglementation des changes nouvelles. Qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre, le texte est applicable en cas d'inexécution de l'"une quelconque" de ses obligations.* »

311 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 265 : « *[…], le problème qui se pose ici n'est plus le même que celui qui a été vu au paragraphe précédent : là, il s'agissait de régler la question des risques du contrat (charge du risque d'une inexécution fortuite) au lieu qu'ici ce sont les risques de la chose (charge du risque de disparition fortuite de la chose) qui sont en cause. En d'autres termes, à côté du principe que le risque de l'inexécution fortuite de l'obligation est à la charge du débiteur, il existe une autre règle selon laquelle le risque de perte fortuite de la chose pèse sur le propriétaire.* » ; O. DESHAYES, « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, 2009, n° 3 : « *Distinction entre les risques du contrat et les risques de la chose. — Attribuer les risques de la chose revient à déterminer qui doit supporter la perte ou la dégradation fortuite de cette chose. La solution de principe n'est pas douteuse : "*Il est d'élémentaire bon sens en effet que, lorsqu'une chose vient à être détruite par cas fortuit, la perte soit pour celui qui en est propriétaire*" […]. C'est ce que traduit l'adage* res perit domino *[…]. Lorsque la chose est confiée par contrat à un tiers au moment où le dommage se produit, l'assomption des risques par le propriétaire se traduit d'une manière essentiellement négative : par l'impossibilité pour le propriétaire d'agir en*

… / …

idée apparaît aussi dans la justification de la coexistence de deux types de solutions relatives à la charge des risques. En effet, suivant toutes les définitions de la force majeure, celle-ci libère les parties de leurs obligations réciproques. L'opinion doctrinale répandue traduit l'effet de ce principe par la maxime romaine *res perit debitori* [312]. Celle-ci est considérée en général comme visant à résoudre les risques du contrat [313]. Elle tient son appellation de l'idée suivant laquelle les risques sont maintenus à la charge du débiteur de l'obligation impossible à exécuter [314] ; c'est ici que la charge des risques est perçue comme liée à l'obligation résultant du contrat. En revanche, la règle *res perit domino* aurait vocation à résoudre les risques de la chose [315]. Ceux-ci n'auraient pas de rapport direct avec le contrat ; ils seraient inhérents à la chose [316] ; par voie de conséquence, ils devraient être regardés comme supportés par le propriétaire de celle-ci.

---

indemnisation contre le détenteur. Cette règle est consacrée par le Code civil pour le dépôt (C. civ., art. 1929 […]), le transport (C. civ., art. 1784 […]), le prêt à usage ([…], C. civ., art. 1881 à 1883 […]) et le louage d'ouvrage ([…], C. Civ., art. 1789 […]. » ; M. MIGNOT, « L'impossibilité d'exécuter », in V. FORTI et L. ANDREU (Sous la dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz, 2016, p. 173 : « *La doctrine classique distingue le risque de la chose et le risque du contrat.* »

312 Illustration : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, Litec, 1995, n° 1733 : « *La question se résume […] à l'incidence de l'impossibilité d'exécuter d'une des obligations sur l'exécution de l'autre. De deux choses l'une. Ou bien les touristes restent liés ; ils doivent payer la croisière tombée à l'eau et l'on dira que les risques de la force majeure sont pour eux, car ils supportent les conséquences de sa survenance : la perte est pour le créancier de l'obligation impossible ; on dit en raccourci* res perit creditori. *Ou bien les voyageurs, qui se heurtent à l'inexécution fortuite, sont libérés à leur tour par voie de réciprocité ; les risques de la force majeure pèsent sur l'agence de voyages qui perd tout droit au paiement de la croisière, en gardant à sa charge les frais exposés pour son organisation ; on exprime ce résultat en disant* res perit debitori*, le débiteur étant le contractant frappé par la force majeure.* »

313 O. DESHAYES, « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, 2009, n° 4 : « *Attribuer les risques du contrat : celle de savoir, au cas où une obligation contractuelle devient impossible à exécuter, qui du débiteur de cette obligation ou du créancier doit souffrir de l'inexécution.* » ; M. MIGNOT, « L'impossibilité d'exécuter », in V. FORTI et L. ANDREU (Sous la dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz, 2016, p. 173 : « *Les risques du contrat sont relatifs à l'incidence des risques de la chose sur l'économie du contrat.* »

314 O. DESHAYES, « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, 2009, n° 4 : « *[…], le débiteur qui ne peut exécuter son obligation pour cause de force majeure ne doit aucuns dommages et intérêts au créancier (C. civ., art. 1148). […], l'impossibilité d'exécuter libère le débiteur […]. L'application de ces deux règles est aisée en présence d'un contrat unilatéral : la survenance d'un cas de force majeure met fin au contrat sans possibilité pour le créancier de réclamer une quelconque compensation.* »

315 *Ibid.*, n° 11 : « *[…], la règle de principe consistant en l'extinction des contrats synallagmatiques en cas d'impossibilité fortuite d'exécution pour l'une des parties est aménagée en présence de contrats translatifs de propriété, en conséquence du transfert des risques de la chose. Une fois le transfert des risques de la chose opérée, l'impossibilité fortuite pour le cédant de livrer la chose ne permet en effet plus au cessionnaire d'obtenir l'anéantissement du contrat […]. Le cessionnaire doit dans ce cas exécuter la prestation mise à sa charge, plus souvent payer le prix, sans recevoir la chose promise. En raison du lien opéré en droit français entre le transfert des risques de la chose et celui de la propriété, la solution est résumée sous la forme de l'adage* res perit domino *: la perte de la chose est pour son propriétaire […].* » ; M. MIGNOT, « L'impossibilité d'exécuter », in V. FORTI et L. ANDREU (Sous la dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz, 2016, p. 173 : « *Les risques de la chose sont ceux relatifs à sa perte. Ils sont naturellement supportés par le propriétaire de celle-ci.* »

316 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, Litec, 1995, n° 1742 : « *Selon une doctrine, en matière de propriété, la charge des risques dérive d'une interprétation de la volonté*

… / …

Ainsi, dans le droit positif français, en vue de déterminer la partie qui doit supporter les risques dans les contrats translatifs de propriété, l'on a moins égard à l'obligation de délivrance ; l'on recherche en effet plutôt lequel des contractants revêt la qualité de propriétaire lors de la survenance de force majeure [317]. De même, dans la CVIM, source d'inspiration principale du législateur de l'OHADA, l'on détermine en général si la marchandise est livrée ou mise à disposition lors de la survenance de l'événement de force majeure ; ce qui correspond sans doute à la solution du droit positif français relative à la vente de choses de genre. Les commentateurs de la CVIM considèrent qu'il s'agit ici aussi de risques de la chose [318] : on a vu que ceux-ci pèsent sur l'acheteur qui a pris livraison ou qui tarde à le faire.

87. Fausse distinction. Comme l'ont fait observer certains auteurs [319], la distinction entre risques du contrat et risques de la chose n'est pas pertinente. Elle découle de l'analyse qui soutient l'existence de la règle *res perit domino* dans le système du Code civil de 1804. Elle ne traduit aucune réalité. Cette distinction donne lieu à l'impression trompeuse qu'acquérir la propriété d'une chose, c'est encourir les risques. Il n'est pas en effet vrai de considérer que

---

présumée des parties. En procédant à une aliénation, le vendeur veut échanger une chose périssable, un bien, contre une chose impérissable, de l'argent. L'acheteur, quant à lui, n'entend pas se prémunir contre l'éventualité d'une perte, il s'y expose, au contraire, en acquérant une chose sujette à disparition. Qu'il supporte seul les risques est conforme aux prévisions contractuelles. »

317 M. MIGNOT, « L'impossibilité d'exécuter », in V. FORTI et L. ANDREU (Sous la dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz, 2016, p. 173 : « *Dans un contrat translatif de propriété, la propriété et les risques de la chose sont immédiatement transmis à l'acheteur. Les risques du contrat pèsent également sur lui, en ce sens qu'il devra payer le prix même si le vendeur est libéré de l'obligation de délivrer la chose.* »

318 B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 87 : « *En droit, poser la question des risques de la chose, objet du contrat, consiste à se demander qui devra supporter les conséquences de leur réalisation : est-ce le vendeur, qui devra par exemple expédier de nouvelles marchandises si les premières se sont perdues ou indemniser l'acheteur s'il est empêché de les faire parvenir ? Ou est-ce l'acheteur, qui devra régler le prix des marchandises quand bien même elles ne lui sont pas parvenues ? L'importance pratique de ces questions est telle qu'elles font depuis longtemps l'objet d'usages divers, s'exprimant dans des termes ou clauses-types.* » ; V. HEUZÉ, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 385 : « *Selon l'article 66 de la CVIM "*la perte ou la détérioration des marchandises survenue après le transfert des risques à l'acheteur ne libère pas celui-ci de son obligation de payer le prix, à moins que ces événements ne soient dus à un fait du vendeur*". Si l'on fait abstraction de cette dernière proposition, qui a seulement pour objet de rappeler que les risques de la chose sont uniquement ceux qui sont dus à un événement fortuit, indépendant de la volonté des parties ou des conditions dans lesquelles elles exécutent leurs obligations, l'article 66 pose ainsi pour principe que les sinistres, qui se produisent après le moment qu'il vise, n'affectent pas le sort du contrat : l'acheteur demeure tenu de payer le prix convenu.* » ; K. H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 417 : « *L'article 66 définit le risque de la chose, plus précisément le "risque du prix", dans le sens où l'acheteur doit payer la marchandise même si elle a péri ou qu'elle a été détériorée après le moment auquel ce risque lui a été transféré.* »

319 O. DESHAYES, « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, 2009, n° 5 : « *[…], la distinction entre les risques de la chose et les risques du contrat est […] difficile en présence de contrats translatifs de propriété […]* ». Voir aussi les références citées par cet auteur.

c'est risqué d'être propriétaire d'une chose. Le seul risque que pourrait craindre le propriétaire d'une chose, c'est de nuire à autrui par son usage ou par une défaillance relative à sa garde. Car l'atteinte aux intérêts d'autrui entraînera une diminution du patrimoine du propriétaire par sa condamnation à dommages et intérêts. En dehors de ce cas, on ne voit pas le risque susceptible d'être encouru par le propriétaire du seul fait de cette qualité. La perte fortuite d'une chose ne peut être perçue comme un risque inhérent à la qualité de propriétaire. Il est vrai que la perte fortuite d'une chose affecte le patrimoine de son propriétaire. Mais, le seul fait de se refuser à acquérir une chose vaut aussi sa perte [320]. Autrement dit, se refuser à acquérir une chose par peur de la perdre n'est pas meilleur que sa perte.

En outre, il semble artificiel que la règle *res perit domino*, analysée comme résolvant les risques non contractuels, autrement dit, de la chose, n'apparaît qu'à l'occasion de l'exécution du contrat [321]. En effet, elle n'est évoquée nulle part ailleurs que dans le domaine de l'exécution des contrats translatifs de propriété. La perte extracontractuelle d'une chose n'appelle jamais la question de savoir qui est le propriétaire [322]. D'ailleurs, même en dehors du contrat, la perte fortuite d'une chose ne pèse pas forcément sur son propriétaire ; la survenance de la force majeure seule ne suffit pas à faire supporter au propriétaire la perte de la chose. D'une part, il relève du bon sens que cette perte sera supportée par la personne qui détient la chose par suite de violence ou de vol ; aucune loi ne permet en ce cas que l'auteur du vol ou de la violence soit exonéré à l'égard du propriétaire. La charge de la perte est ainsi liée à la détention de la chose, mais non au droit de propriété. D'autre part, dans l'hypothèse où la perte est consécutive à l'atteinte fautive à l'intégrité physique de la chose, elle donnera lieu à l'indemnisation du propriétaire ; l'auteur de la perte sera condamné à réparation. Ainsi, c'est lorsqu'elle est non seulement fortuite, mais, en outre, que la chose se trouve sous la possession réelle ou civile du propriétaire, que celui-ci a spontanément conscience qu'un élément de son patrimoine vient de se perdre. Le propriétaire ne supporte la perte fortuite de sa chose que lorsqu'il en est lui-même détenteur lors de la survenance de l'événement de force majeure. On voit alors que, même dans le domaine extracontractuel, la détention de la chose joue un rôle déterminant s'agissant de la charge des risques.

---

320 Acquisition par le travail ou par occupation. On considère ici l'hypothèse générale où le propriétaire doit s'approprier des biens.

321 V. HEUZÉ, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 372 : « *Le problème du transfert des risques n'est généralement évoqué qu'à propos de l'exécution même du contrat.* »

322 Une idée proche, E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS, présentation de D. MAZEAUD, Dalloz, 2004, p. 370 : « *Lorsque l'on considère une chose exclusivement comme objet de droit réel, sans aucune obligation y relative, l'attribution des risques de perte ou de détérioration est facile : la perte est pour le titulaire du droit,* res perit domino. »

88. La nature prêtée au transfert de propriété. L'opinion majoritaire favorable la règle *res perit domino* considère que l'effet essentiel du contrat translatif de propriété [323] se trouve exécuté dès la formation du contrat en cas de corps certains, et au moment de l'individualisation lorsqu'il s'agit de choses de genre. L'aliénateur aurait déjà exécuté son obligation essentielle lors de la survenance de force majeure [324]. La perte ou la détérioration de la chose serait survenue postérieurement à l'exécution de l'obligation principale, qui consisterait dans le transfert de la propriété [325]. Il s'ensuit que l'attribution de la charge des risques à l'acquéreur est aussi perçue comme une opération de transfert [326]. On observe l'influence de cette analyse sur les solutions des risques, résultant de la CVIM et du droit de l'OHADA précédemment examinées. Elle constitue la source d'une redondance dans la résolution de la question des risques. Si cette redondance est moins perceptible dans le droit positif français en raison du rattachement de la charge des risques au transfert de propriété, elle est en revanche assez flagrante dans la CVIM et dans l'OHADA.

89. Coexistence inutile de deux types solutions. Il est, en effet, précédemment rappelé qu'il coexiste deux types de solutions dans ces systèmes juridiques [327]. Cette coexistence semble

---

323 *Ibid*., p. 373 : « *La règle ainsi entendue s'applique à tous les contrats synallagmatiques qui transfèrent la propriété d'un corps certain, vente, échange, auxquels il faut assimiler la donation avec charges, où le donataire devenu propriétaire de la chose donnée, reste tenu de l'exécution des charges malgré la perte fortuite de la chose.* »

324 *Ibid*., p. 372 : « *L'objet de la prestation a passé dans le patrimoine du créancier, qui désormais doit subir les risques, non plus comme créancier mais comme propriétaire, par application de la maxime* res perit domino. *Si donc le créancier n'a pas exécuté de son côté son obligation envers le débiteur, il demeurera tenu vis-à-vis de ce dernier. Il devra payer, quoiqu'il ait perdu le bénéfice de la prestation qui lui a été faite. Ainsi, l'exécution déplace la charge des risques en la transportant du débiteur au créancier.* »

325 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 265 : « *La solution* (res perit domino) *semble […] contraire au principe […] qui veut que les risques soient à la charge du débiteur de l'obligation inexécutable, ici, le vendeur. Mais il ne s'agit que d'une apparence. Il faut, en effet, tenir compte de l'incidence décisive du principe du transfert de la propriété par le seul consentement des parties au contrat (transfert* solo consensu*) : l'acheteur devient propriétaire dès l'instant de la vente, sans égard pour la livraison de la chose. Cela signifie que, dans ce cas, l'obligation principale du vendeur — le transfert de la propriété — est immédiatement exécutée par le seul accord de volontés qui détermine la conclusion du contrat.* » ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 203.

326 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, Litec, 1995, n° 1740 : « *Quand le contrat transfère la propriété, notamment dans la vente, les risques passent immédiatement sur la tête de l'acquéreur, créancier de la livraison de la chose.* » ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS, présentation de D. MAZEAUD, Dalloz, 2004, p. 373 : « *La règle relative aux risques est un corollaire de la règle relative au transfert de la propriété. Le créancier subit les risques dès le contrat parce qu'il devient propriétaire dès le contrat.* »

327 E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS, présentation de D. MAZEAUD, Dalloz, 2004, p. 372 : « *L'article 1138 se présente comme une dérogation à la règle générale. En vertu de celle-ci, par exemple, lorsque l'obligation de livrer une maison ne peut être exécutée par suite de destruction de la maison, l'obligation du vendeur étant éteinte, celle de l'acheteur devrait l'être également. Celui-ci ne paierait pas le prix et la perte serait pour le vendeur. L'article 1138 renverse cette solution ; les risques sont pour le créancier de la chose, donc pour l'acheteur, depuis le contrat, qui sera obligé de payer le prix sans rien recevoir. Cette solution présente une grande importance pratique, parce qu'elle s'applique aux contrats synallagmatiques les plus usuels, à tous ceux qui ont pour objet le*

… / …

inutile. D'une part, l'article 79 de la CVIM et l'article 294 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit commercial général, disposent que la force majeure libère le débiteur de son obligation dont l'exécution est devenue impossible ; par voie de conséquence, le créancier est aussi libéré de l'obligation réciproque. L'inexécution fortuite d'une obligation libère les parties contractantes. D'autre part, on a vu que les articles 66 à 69 de la CVIM et les articles 277 à 280 de l'Acte uniforme posent en général que les risques sont transférés à l'acheteur lorsque celui-ci prend livraison des marchandises. Or, la prise de livraison suppose l'exécution de l'obligation de mise à disposition [328]. Il apparaît alors que cette dernière catégorie de solutions fait figure d'une simple redondance par rapport à la règle de principe déjà posée à l'article 79 de la CVIM et à l'article 294 de l'Acte uniforme de l'OHADA portant droit commercial général.

Le principe dispose que le vendeur est libéré de la mise à disposition devenue fortuitement impossible à exécuter. Et les solutions considérées comme dérogatoires au principe énoncent substantiellement que le vendeur est libéré lorsqu'il met les marchandises à la disposition de l'acheteur [329], ou lorsque celui-ci a pris livraison. À titre illustratif, l'article 97.1 de la LUVI [330] énonce que : « *les risques sont transférés à l'acheteur à compter de la délivrance de la chose effectuée dans les conditions prévues au contrat et à la présente loi* » . Dans la solution de principe, le vendeur est libéré lorsque l'inexécution de la délivrance est due à un cas de force majeure [331] ; de même, dans celles dites dérogatoires, il est libéré lorsque le cas de force majeure survient après l'exécution de son obligation de mise à disposition [332].

---

transfert de propriété d'un corps certain ou d'un droit réel. Aussi a-t-elle généralement voilé aux yeux des interprètes l'existence de la règle de principe […]. »

328 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 206 : « *Plutôt qu'au transfert de propriété dont elle ne traite pas, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 […] lie le transfert des risques à la délivrance des marchandises. Si celles-ci sont perdues ou détériorées après ce moment, l'acheteur reste donc tenu au paiement du prix […].* »

329 C'est ce qui ressort clairement de cette décision lorsque le vendeur est tenu de livrer les marchandises chez l'acheteur : Allemagne : Oberlandesgericht Karlsruhe 15 U 29/92 du 20 novembre 1992, *http://www.uncitral.org/A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/30, Décision 317 : CVIM 1-1 b) ; 6 ; 8-2 ; 31 a) ; 66 ; 67*. On observe la même analyse dans la décision qui suit : Allemagne : Oberlandesgericht Köln ; 2 U 175/95 du 9 juillet 1997, *http://www.uncitral.org/A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/26, Décision 283 : CVIM 1-1 ; 58-1 ; 61-1 ; 62 ; 67-1*. Par principe, la prise de livraison doit suivre immédiatement la mise à disposition. V. HEUZÉ, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 371 : « *[…], selon que le transfert des risques est antérieur, ou au contraire postérieur à la survenance de ces éventuels sinistres, le vendeur doit ou non être regardé comme ayant satisfait aux obligations que le contrat mettait à sa charge.* »

330 La Convention de la Haye de 1964 portant Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels.

331 C'est ce qui est entendu dans cette sentence arbitrale : La Chambre de commerce international, Cour internationale d'arbitrage : Sentence arbitrale publiée en 1989, affaire n° 62881, *http://uncitral.org/A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/8, Décision 102 : CVIM 75-1 ; 79-1 ; 100-2*. L'acheteur sera aussi libéré de l'obligation de payer le prix.

332 V. HEUZÉ, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 385 : « *[…], la perte ou la détérioration des marchandises n'affecte pas, par elle-même, la pérennité du lien contractuel. Mais, tandis qu'elle peut justifier la remise en cause de celui-ci, lorsqu'elle*

… / …

Ainsi, les règles considérées comme dérogatoires se bornent en réalité à reprendre *a contrario* le principe. Celui-ci seul laisse déjà entendre que la perte de la marchandise survenue après sa mise à disposition ne remet pas en cause l'effectivité de l'exécution de l'obligation du vendeur [333]. Il permet, à lui seul, suffisamment de savoir que l'acheteur est tenu de payer le prix. Après que la définition de la force majeure soit posée, il suffit aux législateurs de se borner, comme dans la pratique [334] ou à l'image des *Incoterms* [335], à déterminer de façon précise et rigoureuse l'étendue de la mise à disposition notamment dans l'hypothèse impliquant le transport de marchandises, du moins du contrat entre absents.

90. Source précise des règles dites dérogatoires. Les solutions dites dérogatoires découlent de la fausse idée de risques de chose. Il est prétendu que la transmission matérielle de la chose emporterait celle des risques ; par conséquent, l'on ne cesse de voir les risques identifiés à la chose remise à l'acheteur. On dit ainsi que la perte de la chose survenue entre les mains de celui-ci lui incombe. Ne correspondant là à aucune réalité, l'idée n'a aucun intérêt, elle ne permet de résoudre aucune difficulté. Ce que l'on appelle « *risques de chose* » représente simplement l'impasse à laquelle conduit l'analyse inexacte des dispositions du Code civil de 1804 relatives à la charge des risques ; en d'autres termes, c'est là une tentative de soutenir l'injustifiable. Aucun acheteur raisonnable, en possession matérielle de la chose détruite par force majeure, ne prétendra que la délivrance n'a pas encore été exécutée [336]. On ne voit, ainsi, pas le problème que législateur pourrait envisager de résoudre en déclarant qu'il existerait un risque qui serait à la charge de l'acheteur.

91. Le seul domaine de la question des risques. Les risques consistent seulement dans l'inexécution de l'obligation due à la perte fortuite de la chose ; en l'occurrence, ils ne résultent que de la destruction fortuite de l'objet de l'obligation de délivrance. Dès lors, il est inexact d'imaginer un transfert de risques par l'exécution de l'obligation. Ou bien

---

intervient antérieurement au transfert des risques, elle oblige, dans le cas contraire, à considérer que les obligations du vendeur ont été dûment exécutées. »

333 E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS, présentation de D. MAZEAUD, Dalloz, 2004, p. 372 : « *Nous avons dit que l'extinction de l'obligation d'une des parties par suite d'une impossibilité résultant d'un cas fortuit ou de la force majeure entraîne l'extinction de l'obligation de l'autre. Il va de soi que cette règle cessera de s'appliquer lorsque le cas fortuit se produit après exécution de l'obligation. Dans ce cas le débiteur a fait la prestation promise.* »

334 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 207 : « *En pratique, le transfert des risques est très fréquemment aménagé par une clause contractuelle qui déroge à la Convention de Vienne ou la complète. En effet, la question du transfert des risques est liée à la fois à la charge du transport et à celle de l'assurance. Le contrat doit ainsi déterminer qui du vendeur ou de l'acheteur organise le transport et en supporte le coût d'exécution et d'assurance. Il apparaît en effet cohérent que les risques pèsent sur celui qui est ainsi désigné […].* »

335 *Ibid*., n° 207 : « *L'aménagement du contrat est tout à fait libre. Les contractants ont cependant souvent recours aux* Incoterms *(*International Commercial Terms*) qui définissent, sous des appellations concises et standardisées, les obligations caractéristiques des types de vente les plus répandus […].* »

336 C'est la question de conformité de la chose qui peut surgir après la prise de livraison de celle-ci.

l'obligation est exécutée et, alors, il n'existe pas de risque ; ou bien, elle est inexécutable par suite d'un événement de force majeure, et, en ce cas, il y a risque. Les risques ne sont envisageables que dans la période où l'obligation n'est pas encore exécutée. La question des risques ne se pose plus dès lors que la mise à disposition est effective, sauf dans l'hypothèse où le débiteur devient conservateur de la chose [337]. L'on prétend souvent, à titre d'un fondement de prétendues solutions dérogatoires, que les risques sont à la charge de l'acheteur à compter de la mise à disposition ou de prise de livraison, à raison de ce qu'il serait en mesure de contrôler les marchandises [338] ou des les protéger contre la force majeure. Une telle justification est incompatible même avec l'exigence de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité de la force majeure ; elle paraît ainsi souvent constituer une source de confusion entre la conformité de la mise à disposition et la question de la charge des risques.

92. Illustration par une décision judiciaire. Dans une espèce, les marchandises remises au transporteur sont abîmées ; l'acheteur invoque alors le défaut de conformité, mais un tribunal argentin a rejeté cette prétention sur la base de l'article 67 en considérant qu'il s'agit là des risques au sens de cette disposition, lesquels seraient transférés par la remise des marchandises au premier transporteur [339]. En réalité, comme l'a invoqué l'acheteur, il s'agit bien là de défaut de conformité qui aurait résulté d'une mauvaise conservation des marchandises, imputable au vendeur ou au transporteur [340]. On n'est pas en effet en

---

[337] C'est l'hypothèse où l'acquéreur tarde à prendre livraison. En ce cas, l'obligation de conservation apparaît à la charge du vendeur.

[338] V. HEUZÉ, *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, 2000, n° 373 : « *Les auteurs ont […] estimé, non sans raison, qu'il convenait de faire peser les risques sur celui des contractants qui est le mieux placé pour prévenir les sinistres, et, en cas de réalisation de ceux-ci, de les constater et de prendre les mesures conservatoires destinées à en limiter les conséquences dommageables. C'est donc, en principe lors de la livraison que la charge des risques passe du vendeur à l'acheteur.* » C'est ce qui ressort aussi *a contrario* de cette opinion, B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 92 : « *La règle s'explique parce que le vendeur est le mieux à même de surveiller les marchandises qui sont entreposées sous son contrôle, en particulier dans ses magasins, et de contracter une assurance les couvrant ou d'agir contre un tiers responsable d'un dommage qu'elles subissent. De plus, la règle inverse amènerait l'acheteur à intenter une action pour démontrer la négligence du vendeur : or la convention s'efforce d'éliminer les sources de contentieux.* » Commentaire sur l'OHADA, A. P. SANTOS et J. Y. TOÉ, *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 709 : « *Il ressort de l'économie des aménagements apportés au régime du transfert des risques que l'AU dans les différentes hypothèses envisagées tente, dans la mesure du possible, de rattacher la possession matérielle de la marchandise ou de la garde de cette dernière, au transfert des risques.* » ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 206 : « *La règle se justifie par le fait que la livraison fait perdre au vendeur tout pouvoir sur les marchandises. Il n'est plus à même d'en assurer la surveillance ou la conservation.* »

[339] Argentine : Cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial, Sala C du 31 octobre 1995, *http://www.uncitral.org/A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/14, Décision 191 : CVIM 66 ; 67*.

[340] Le transporteur ne doit pas se contenter du transport, il doit aussi être tenu de l'obligation de bien conserver, dans la mesure du possible, les marchandises transportées. À cet égard, l'article 12.1 de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué

… / …

présence de risques, autrement dit, de force majeure lorsque le détenteur des marchandises est en mesure d'épargner celles-ci d'une destruction ou d'une détérioration [341]. La possibilité de contrôle ne peut donc justifier les solutions dites exceptionnelles de la charge des risques [342]. En outre, l'acheteur détient la chose à titre de propriétaire ; il est par conséquent du non sens d'imaginer l'obligation de conservation à sa charge. Il a le droit de disposer de sa propriété de la manière qu'il souhaite, pourvu qu'il n'en résulte pas de nuisance à l'égard d'autrui.

93. Le Code Napoléon de 1804. Tous ces errements conduisent ici à présenter une analyse renouvelée et incomprise du système du Code Napoléon de 1804, source d'inspiration incontestable notamment des trois systèmes juridiques concernés. En matière de la résolution de la question des risques, le droit positif français va, en emportant dans son sillage plusieurs systèmes juridiques, dans une direction qui n'est absolument pas celle héritée des rédacteurs du Code civil de 1804. L'examen minutieux des dispositions de ce Code révèle que les codificateurs n'ont pas envisagé, dans la résolution de la charge des risques, deux catégories de règles, à savoir un principe et des solutions dérogatoires [343]. Le Code civil n'a prévu, dans toutes les hypothèses, qu'un seul type de solution, lequel est considéré de nos jours comme la règle de principe. Il convient donc d'analyser ce principe dans les dispositions mêmes du Code civil dont le droit positif prétend dégager les solutions dites dérogatoires.

---

entièrement ou partiellement par mer, dispose que : « *Le transporteur est responsable des marchandises en vertu de la présente Convention depuis leur réception par une partie exécutante ou lui-même en vue de leur transport jusqu'à leur livraison* ». Dans une espèce similaire, le capitaine du navire avait signé un document remis au vendeur attestant l'état parfait des marchandises : Espagne : Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3a du 31 octobre 1997, *http://www.uncitral.org/A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/24, Décision 247 : CVIM 31 ; 67*. De même, en droit français, le transporteur peut être tenu, aux termes de l'article L. 132-7 du Code de commerce, de la perte ou de la détérioration de la marchandise transportée.

341 K. H. NEUMAYER, C. MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, édité par F. DESSEMONTET, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993, p. 417 : « *Pour que la question du risque se pose, il faut que la perte ou la détérioration des biens ne soit imputable ni au vendeur ni à l'acheteur : elle peut être due à un cas fortuit, à la force majeure, ou avoir été causée par le fait d'un tiers.* »

342 L'opinion contraire : B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, n° 87 : « *[…] il est naturel de faire peser le risque sur celle des parties qui est le mieux en mesure de prévenir une avarie ou un incident, de les constater s'ils surviennent et d'accomplir les formalités nécessaires auprès d'un expert et d'un assureur. La convention, comme déjà les* Incoterms*, lie donc plutôt le transfert des risques à la livraison par le vendeur. Toutefois elle ne le fait pas sous la forme d'un principe général et abstrait, mais en tenant compte de différentes situations (art. 67 et 69) […].* »

343 Les rédacteurs des Principes d'Unidroit ainsi que ceux des Principes du droit européen du contrat, se sont limités à une seule solution qui libère les parties de leurs obligations réciproques (art. 7.1.7 des Principes d'Unidroit) et (art. 8 : 108 des Principes du droit européen du contrat). Et pourtant le commerce international est largement constitué du contrat de vente.

94. L'obligation de délivrance comme seul critère. Contrairement à ce qui résulte du droit positif, l'attribution de la charge des risques dans les contrats translatifs de propriété dépend, dans le Code civil de 1804, étroitement de l'obligation de délivrance. Ce Code sépare assez bien la charge des risques du transfert du droit de propriété. Autrement dit, la règle *res perit domino* est en réalité ignorée dans le système du Code civil de 1804. Ce Code fait souvent référence à la règle *res perit debitori*, mais dans les circonstances où, à proprement parler, les risques sont partagés, autrement dit, les contractants sont libérés de leurs obligations réciproques. Ainsi dans le système du Code civil, soit les risques pèsent sur le créancier de l'obligation de conservation, et c'est là l'hypothèse pouvant être traduite par la règle *res perit creditori*, soit ils sont partagés entre les parties contractantes proportionnellement à l'étendue de leurs engagements lorsqu'il s'agit de l'inexécution de l'obligation de délivrance.

Dans le système du Code civil de 1804, outre qu'elle est toujours consensuelle, l'exécution de l'obligation de délivrance est soit concomitante de la formation du contrat, soit différée de celle-ci. La séparation de la charge des risques du transfert de la propriété semble simplement occultée dans l'hypothèse de la délivrance instantanée ou immédiate (Partie I). On verra que dans cette hypothèse, réglementée à l'ancien article 1138 du Code civil [344], la délivrance s'effectue par principe au même moment que le transfert de propriété ainsi que la formation du contrat. Il est certes résolu dans cette disposition, la question du transfert de la propriété et celle des risques, mais de façon séparée. Il est rappelé précédemment que c'est l'analyse dominante de cette disposition qui a donné lieu à la reprise de la règle romaine *res perit domino*. Le Code civil a prévu aussi des hypothèses dans lesquelles la délivrance est différée. Ici, le caractère différé de la délivrance révèle de manière flagrante la séparation de la charge des risques du droit de propriété (Partie II). La règle *res perit domino* est ici particulièrement difficile à démontrer ; car, la délivrance est dissociée de la formation du contrat.

---

344 E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS, présentation de D. MAZEAUD, Dalloz, 2004, p. 373 : « *La rédaction même de l'article dans son ensemble le montre assez. Le texte fait une application de la maxime évidente* res perit domino. *L'acheteur subit les risques, parce qu'il est propriétaire de la chose.* »

PARTIE I.

LA SÉPARATION SIMPLEMENT OCCULTÉE PAR LA DÉLIVRANCE INSTANTANÉE

95. Source de la res perit domino dans le droit positif. L'association, comme règle de principe, de la charge des risques au transfert de propriété, a été tirée notamment des termes de l'ancien article 1138 du Code civil, qu'il convient de reprendre ici. Cet ancien article dispose que :

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

Ce texte considéré comme portant la règle générale en matière des contrats visant le transfert de propriété, était l'un de ceux qui, dans le Code civil de 1804, ont agité le plus de controverses ou de critiques doctrinales [345]. Une opposition doctrinale s'est instaurée sur la question de savoir si le transfert de propriété emporte ici la charge des risques à l'acquéreur. Des auteurs sont nombreux à répondre par l'affirmative. Ils soutiennent leur opinion, en général, par la règle connue sous la locution latine « *Res perit domino* » [346], laquelle serait

---

[345] J.-P. CHAZAL et S. VINCENT, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ.* 2000, p. 477, n° 9 : « *Lorsque l'on étudie la question du transfert de propriété, on ne peut qu'être frappé par les reproches récurrents des auteurs à l'encontre des articles du code, prétendument mal rédigés. C'est le cas de l'article 1138, qui est le siège de la règle générale. Sa rédaction a été qualifiée de maladroite, obscure, vicieuse et déplorable, presque énigmatique. Compte tenu de ces sévères appréciations, certains auteurs n'ont pas reculé devant la nécessité de réécrire le texte qui leur semblait défectueux, afin de pouvoir l'interpréter dans le sens d'une consécration du principe du transfert immédiat de la propriété.* »

[346] M. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, tome 1, A. Durand, Libraire, 1857, art. 1138, n° 23 ; C. BEUDANT, *Cours de droit civil français,* 2e éd., publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, tome 11, *La vente, le louage des choses*, Librairie Arthur Rousseau, 1938, n° 158 : « *L'article 1138 […] décide en effet que la chose est aux risques du créancier dès la signature du contrat parce qu'il en est immédiatement propriétaire :* Res perit domino*, les risques sont pour l'acheteur dès la conclusion du contrat parce qu'il est propriétaire. Dans la pensée des rédacteurs du Code civil, le transfert des risques est lié à celui de la propriété. Le contrat de vente opère par lui-même à la fois le transfert de la propriété et celui des risques de la chose.* » ; M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code civil, De la vente*, tome 1, Charles Hingray, Libraire-éditeur, 1834, n° 358 et 359 ; A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, tome 2, Librairie Dalloz, 1959, n° 878 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2e éd., tome 2, Recueil Sirey, 1933, n° 371 : « *Que tel soit bien le point de vue de notre législateur, c'est ce qui ressort jusqu'à l'évidence de la teneur du second alinéa de l'article 1138 : ce texte lie indissolublement les deux questions du transfert de la propriété et de l'attribution des risques, en soulignant ainsi que la deuxième est sous la dépendance de la première : les risques passent à l'acheteur parce que propriétaire.* » ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, tome 2, vol. 1er, Sirey, 1965, n° 289, p. 258 : « *En posant le principe […] du transfert de la propriété par le seul échange des consentements, du moins dans les rapports des parties entre elles, le Code civil modifiait les données du problème et apportait une justification nouvelle de la règle traditionnelle. Désormais l'acquéreur étant propriétaire dès la conclusion du contrat, la règle* res perit domino *lui impose les risques. C'est à titre de propriétaire et non de créancier de la livraison que l'acheteur supporte la perte de la chose.* » ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, 3e éd., Éditions Montchrestien, 1966, n° 1116 et suiv. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 6, 2e éd., LGDJ, 1930, n° 414 ; C.-B.-M. TOULLIER et J-B. DUVERGER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 4, 6e éd., F. Cotillon et Jules Renouard, 1843, n° 442 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11215 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd.,

… / …

consacrée par le Code civil dans les termes de cette disposition. L'acheteur supporte les risques dès la formation du contrat, en raison de sa qualité de propriétaire acquise dès ce moment ; le vendeur se serait ainsi acquitté de son obligation principale [347] : transférer la propriété de la chose.

Une autre partie de la doctrine ne voit dans ce texte aucune relation de cause et effet entre le transfert de propriété et l'attribution des risques à l'acquéreur. Celui-ci supporte les risques en tant que créancier de l'obligation de livraison ou de délivrance, *res perit creditori* [348]. Les risques seraient transférés, à l'image du droit de propriété, par le seul effet du contrat [349], transfert *solo consensu* ; autrement dit, ils ne passent pas ainsi à l'acquéreur comme conséquence du transfert de la propriété. C'est là que leur opinion semble différente de celle des partisans de la règle *res perit domino*. L'acquéreur supporte les risques en tant que créancier de la délivrance, inexécutable du fait de la force majeure. Le Code civil aurait consacré ainsi l'ancien principe, c'est-à-dire celui en vigueur en droit romain et dans l'Ancien droit français, suivant lequel, en matière de corps certain, le débiteur est libéré [350]. Dès la formation du contrat, le vendeur n'est tenu que de l'obligation de

---

LexisNexis, 2013, n° 165 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 14e éd., Sirey, 2014, n° 1263 ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 11e éd., LexisNexis, Litec, 2010, n° 519 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 5e éd., LGDJ, 2015, n° 316 ; Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 6e éd., LexisNexis, 2013, n° 483 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., LGDJ, 2013, n° 899 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 5e éd., Defrénois, Lextenso éditions, 2011, n° 253 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, 2014, 345 ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 140 ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 11e éd., Dalloz, 2014, n° 155 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 203 ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, 7e éd., Economica, 2014, n° 737 ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n° 4.

347 E. GAUDEMET, H. DESBOIS et J. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1965, p. 372 : « *Nous avons dit que l'extinction de l'obligation d'une des parties par suite d'une impossibilité résultant d'un cas fortuit ou de la force majeure entraine l'extinction de l'obligation de l'autre. Il va de soi que cette règle cessera de s'appliquer lorsque le cas fortuit se produira après l'exécution de l'obligation. Dans ce cas le débiteur a fait la prestation promise. L'objet de la prestation a passé dans le patrimoine du créancier, qui désormais doit subir les risques, non plus comme créancier mais comme propriétaire, par application de la maxime* res perit domino. » ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 2, *Les Biens et les Obligations*, 5e éd., « Thémis », Puf, 1967, n° 165, p. 562 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, n° 669 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., 2013, n° 265.

348 M. DURANTON, *Traité des obligations conventionnelles en général suivant le Code civil*, tome 1, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 418 : « *Ce n'est pas, […], parce que le créancier, dans les ventes ou promesses pures et simples, est propriétaire de la chose par le seul fait de consentement, que cette chose est à ses risques dès que le contrat est parfait, et tant que le débiteur n'est pas en demeure de la livrer. Si elle périt pour lui, c'est parce que tout débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la perte de ce corps, pourvu qu'elle soit arrivée sans sa faute et avant d'être en demeure d'en faire la délivrance.* »

349 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., tome 5, par P. ESMEIN, Éditons techniques, 1952, p. 21.

350 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des conventions en général*, tome 1, vol. 24, éd., Durand, Pedone et L. Hachette, 1877, n° 419 et suiv. ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, tome 5, Paris, Henri Plon,

… / …

conservation, laquelle impose à celui-ci d'apporter à la chose « *tous les soins raisonnables* » [351], et qui serait remplie en cas de force majeure.

96. La logique des codificateurs. La dernière opinion semble un peu proche de la pensée des rédacteurs de la règle de l'ancien article 1138 du Code civil. Il paraît en effet évident que ceux-ci n'entendent établir aucune relation de cause et effet entre le transfert de la propriété et la charge des risques. Cependant, leur règle *res perit creditori* n'est pas identique à celle du droit romain, elle n'a pas le même fondement. La vente du droit romain, comme il sera démontré, ne crée pas d'obligation ; l'acheteur doit attendre que le vendeur confirme son engagement en délivrant en toute latitude la chose ; il ne peut forcer son cocontractant à exécuter la transmission de la chose. On enseigne en général que les risques pèsent sur l'acquéreur, dans toutes les hypothèses où la chose se trouve entre les mains du vendeur, c'est-à-dire en cas de simple détention ou de l'exécution tardive de la délivrance.

Or, le Code civil distingue entre ces hypothèses. Ici, la règle *res perit creditori* ne s'applique que lorsque le vendeur n'est plus qu'un conservateur, autrement dit, s'il n'appartient plus qu'à l'acquéreur de retirer la chose. Celui-ci ne supporte pas les risques en tant que créancier de la délivrance, mais parce que la prise de livraison tardive met à la charge de son cocontractant l'obligation de conservation. En revanche, le Code civil considère le vendeur comme celui qui supporte la perte de la chose, lorsque la délivrance ne paraît pas effective. Ce qui semble proche de la règle *res perit debitori* à laquelle font souvent référence les codificateurs. Dans le système du Code civil, l'inexécution de la délivrance libère toujours l'acquéreur. Les rédacteurs de ce Code ont tiré leur règle d'un jurisconsulte de l'Ancien droit français, en l'occurrence Domat. Il convient donc d'analyser la façon dont les formules de cet ancien jurisconsulte sont reprises dans l'ancien article 1138 du Code civil.

97. But du transfert *solo consensu* de propriété. Cependant, la démonstration de cette règle semble devoir être nécessairement précédée de celle de l'absence de relation de cause et effet entre le transfert de la propriété et la charge des risques. Le transfert de la propriété dès la formation du contrat renferme un but, qui paraît méconnu dans le droit positif français. Les codificateurs ont assigné en effet un objectif au mécanisme du transfert *solo consensu* de propriété (Titre I), lequel est autre que l'attribution des risques à l'acquéreur dès la formation du contrat. Le rappel préalable de cet objectif du transfert *solo consensu* de

---

imprimeur-éditeur, 1865, n° 58 bis ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 16, 3e éd., Bruylant-Christophe, 1878, n° 205 et suiv. ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome 1, 1re éd., Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais, 1897, n° 419 et suiv.

351 Les termes par lesquels la loi modificative n° 2014-873 du 4 août 2014 remplace ceux de « *bon père de famille* » introduits dans le Code civil en 1804.

propriété s'avère nécessaire à plusieurs égards ; d'ailleurs, des auteurs sont portés à mettre en doute l'opportunité de ce mécanisme de transfert de la propriété [352].

Tout d'abord, on sait que la méprise sur le but assigné au transfert *solo consensu* de propriété, a conduit le législateur de l'OHADA à prévoir une règle étrange consistant à lier le transfert de propriété à la prise de livraison [353] ; l'attribution de la charge des risques est apparue à ce législateur comme l'unique conséquence du transfert de la propriété. Il a été rappelé que la solution consistant à associer la charge des risques à la prise de livraison fait figure d'une simple redondance. L'esprit de cette règle de l'OHADA est certainement contraire à celui de l'ancien article 1138 du Code civil ; or, cette disposition demeure le droit commun de la majorité des États Parties à l'OHADA. Alors que les rédacteurs du Code civil entendent faciliter la remise de la chose par le mécanisme du transfert *solo consensu* ou immédiat de la propriété, le législateur de l'OHADA, quant à lui, prétend protéger l'acquéreur de la perte fortuite de la chose, par la l'association du transfert de la propriété à la prise de livraison. Il s'ensuit que l'acheteur est privé de l'exercice de l'action en revendication jusqu'à la prise de livraison.

Ensuite, le transfert *solo consensu* de propriété semble beaucoup critiqué par des auteurs [354] qui semblent avoir dans leur pensée que ce mécanisme n'a pour but que d'attribuer les risques à l'acquéreur dès la formation du contrat. Ils ont proposé sa réforme [355]. On a même vu la tendance générale des systèmes juridiques postérieurs au Code civil de 1804 à éviter la règle du transfert *solo consensu* de propriété. Cette critique ou ce sentiment de rejet n'aurait pas eu lieu si ses auteurs s'étaient rendu compte du véritable but assigné à ce mécanisme de transfert de la propriété. Et, sur la question du transfert de la propriété, le système du Code civil de 1804 n'aurait rien à reprendre de ses homologues

---

352 J.-P. CHAZAL et S. VINCENT, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ.* 2000, p. 477, n° 2 : « *L'ensemble de ces considérations permet de mettre en doute l'opportunité du principe du transfert immédiat de la propriété dès l'échange des consentements.* »

353 Art. 275 de l'Acte uniforme portant droit commercial général.

354 V. WESTER-OUISSE, « Le transfert solo consensu : principe ou exception ? », *RTD civ.* 2013, p. 299, n° 24 ; J.-P. CHAZAL et S. VINCENT, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ.* 2000, p. 477 : « *La règle du transfert de la propriété par le seul effet du consentement présente d'indéniables inconvénients pratiques. D'un point de vue théorique, il est douteux que les rédacteurs du Code civil aient voulu la consacrer. Les textes, inchangés en la matière depuis 1804, ne sont qu'un sincrétisme du droit romain, de l'ancien droit et de la pensée jusnaturaliste.* » ; Avant-projet de reforme du droit des contrats spéciaux élaboré par Association Henri Capitant : exposé des motifs : « *[…], bien que le groupe de travail ait estimé que le principe du transfert* solo consensu *pouvait être discuté en termes de réalité pratique et d'opportunité, il n'a pas souhaité revenir sur celui-ci […].* »

355 J.-P. CHAZAL et S. VINCENT, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ.* 2000, p. 477 : « *Une proposition de loi du 28 avril 1993 […], visant à subordonner la perfection du contrat au paiement du prix, a donné l'occasion aux juristes d'engager une réflexion qui, malheureusement, a été trop longtemps stérilisée. Un colloque remarquable, tant par la qualité de ses intervenants que par la disparité de leurs opinions, a été organisé à Montpellier autour de la question : faut-il retarder le transfert de propriété ?* »

européens [356], ou d'ailleurs. Enfin, le rappel de ce but permettra de percevoir l'association ingénieuse, qui sera démontrée, de la charge des risques à l'obligation de délivrance (Titre II). À cet égard, non seulement ce rappel constitue un gage de clarté, mais découle aussi de l'idée répandue suivant laquelle l'attribution des risques à l'acquéreur est la conséquence du transfert *solo consensu* de propriété [357] ; il sera ainsi dégagé de façon générale l'intention qui est celle des codificateurs, et par conséquent un démenti à la présence de la règle *res perit domino* dans le système du Code civil de 1804.

---

356 *Ibid*., spéc., p. 478 : « *Le droit comparé montre que la France est, en Europe, un cas à part. La plupart des droits étrangers écartent le principe du transfert immédiat de la propriété en conférant à la tradition de la chose vendue un rôle déterminant. En ce faisant, ils suivent la règle romaine de la* traditio cum justa causa *(D. 41, 1, 31) qui commande de distinguer le* titulus*, c'est-à-dire la cause légitime du transfert de propriété, et le* modus*, l'acte extérieur par lequel la propriété est acquise.* »

357 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n° 16.

TITRE I.

LA FINALITÉ
DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ
SOLO CONSENSU

98. Définition du transfert *solo consensu* de propriété. Dans le système du Code civil de 1804, suivant le principe, le même accord de volontés qui a noué les relations opère le déplacement du droit de propriété. Ce que l'on dénomme le transfert *solo consensu* ou immédiat de la propriété ; contrairement aux systèmes juridiques antérieurs au Code civil, ce transfert ne nécessite aucun autre acte, autrement dit, aucun consentement supplémentaire. Sur ce principe au moins presque tous les auteurs s'accordent [358]. Mais l'on semble s'intéresser très peu à rechercher son véritable but ; on lui attribue de façon très discutable la fonction translative de la charge des risques [359]. Or, en réalité, cette règle ne répond pas seulement à un souci d'ordre technique ; elle porte un objectif bien déterminé, lequel est absolument différent de celui de déplacer une charge des risques à la tête de l'acquéreur. Le mécanisme de transfert *solo consensu* de propriété vise ainsi à transférer toutes les actions tant réelles que personnelles, qui découlent du contrat, à l'acquéreur en vue de pouvoir forcer la remise matérielle de la chose.

99. Le transfert de propriété à la veille du Code civil. À la veille du Code civil, en effet, la règle en vigueur conduisait, dans la dernière étape de son évolution, les parties à insérer une clause spécifique dans le contrat de vente. Les clauses de « *dessaisine-saisine* » et de « *constitut possessoire* » avaient ainsi remplacé les formalités lourdes de délivrance, et donc de transfert de la propriété. À titre d'illustration, il résultait de la clause de « *constitut possessoire* » que la propriété était transférée, autrement dit, que la délivrance avait eu lieu, mais que le vendeur assurait la détention de la chose pour le compte de l'acheteur [360]. Ce n'est pas seulement ce formalisme qui se trouve simplifié par le mécanisme du transfert *solo consensu* de la propriété. La nouvelle règle résout aussi un problème de fond, lequel est apparu essentiel lors de l'élaboration du Code civil.

La question de fond a été tirée évidemment de l'iniquité, sinon de l'injustice décriée dans les systèmes juridiques antérieurs au Code civil de 1804. Le contrat de vente issu des droits précédant le Code civil ne créait pas d'obligation, alors que l'on sait qu'il mettait par

---

358 Certains doutent encore de la consécration de ce principe par le Code civil : W. DROSS, « Le transfert de propriété en droit français », *RDC*, octobre 2013, p. 1694, n° 4.

359 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n°16 : « *Certains auteurs, s'interrogeant sur la raison pour laquelle les rédacteurs du Code civil avaient opté pour le transfert de la propriété* solo consensu*, ont affirmé que le principe découlait du problème du transfert des risques.* »

360 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 397 : « *La règle selon laquelle la tradition était nécessaire pour rendre l'acquéreur propriétaire a été acceptée dans notre ancienne France, non seulement en pays de droit écrit, mais aussi dans les pays de coutumes. En ce qui concerne les immeubles, les praticiens avaient pris l'habitude d'insérer dans les statuts qu'ils rédigeaient une clause dite de dessaisine-saisine ou de tradition feinte, destinée à remplacer l'acte matériel de la tradition : " le vendeur, écrivait-on dans l'acte, fait dès à présent remise de la chose à l'acheteur qui s'en trouve saisi par le fait même de ce ". La simple insertion d'une clause dans l'écrit valait tradition.* » ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 1998, n° 178.

principe les risques à la charge de l'acquéreur dès la formation du contrat [361] ; l'exécution de la délivrance ne pouvait pas être forcée par l'acquéreur. La résolution voulue différente de cette question de fond domine le traitement de la charge des risques. La règle a été posée si ingénieusement que son explication a toujours pris une autre direction. Les termes du discours de Bigot DE PRÉAMENEU souvent rapportés à l'appui de l'opinion favorable à la consécration de la règle *res perit domino,* semblent discutables. À l'examiner de près, on le verra, ce discours explique au contraire la liaison de la charge des risques à la délivrance.

La restauration tant souhaitée ici de la règle de l'ancien article 1138 du Code civil conduit à rappeler les solutions issues des systèmes juridiques antérieurs. Il s'avère en effet nécessaire de remonter aux précédents historiques du Code civil de 1804 (Chapitre I). L'examen de ceux-ci donnera lieu à une meilleure perception du véritable objectif assigné à la règle du transfert *solo consensu* de la propriété. Il sera ensuite rappelé les principaux arguments (Chapitre II) par lesquels la règle *res perit domino* est soutenue dans le droit positif. Ces arguments avancés dans la méprise du but du mécanisme de transfert *solo consensu* de la propriété, sont d'une grande incompatibilité avec le système du Code civil de 1804. Il résultera de leur examen que la relation de cause et effet entre le transfert de propriété et l'attribution de la charge des risques à l'acquéreur, ne peut recevoir aucune justification satisfaisante.

---

361 Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 9, Livre IV, Titre XLVIII, p. 140 : les empereurs Dioclétien et Maximien écrivent ceci à Léontius : « *Exposant que la chose vendue a été consumée par la violence du feu, si la vente n'était supendue par aucune condition, le péril de la chose vendue, et qui a été consumée par le feu, n'est pas à votre charge.* »

CHAPITRE I.

LES ORIGINES DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ *SOLO CONSENSU*

100. L'approche interprétative dominante de l'ancien article 1138 du Code civil. Tout essai d'explication de la règle de l'ancien article 1138 du Code civil s'appuie sur la période antérieure à son élaboration ; les termes de cette disposition sont d'emblée réputés confus [362]. Ainsi, la liaison établie de cause et effet entre le transfert de propriété et l'attribution de la charge des risques, tire sa source aussi bien du droit romain que de la doctrine promouvant que la règle juridique reflète ce qui paraît naturel pour l'être humain. La critique justement virulente de cette doctrine à l'égard du droit romain, conjuguée avec le texte de l'ancien article 1138, se trouve à la base de l'admission de la règle *res perit domino* dans le droit positif français. Celle-ci étant déjà apparue dans le droit romain, semble déduite fondamentalement, s'agissant du système du Code civil, de la réunion de la question du transfert de la propriété et de celle de la charge des risques dans les termes de l'ancien article 1138.

L'on fait ainsi parler au Code civil de 1804 d'une autre chose que celle qu'il a voulu laisser entendre. Les précédents historiques de la règle du transfert *solo consensu* de propriété révèlent bien que celle-ci vise plutôt à conférer à l'acquéreur les actions, notamment réelles, au lieu d'attribuer les risques à l'acquéreur. Les codificateurs entendent permettre ainsi à l'acquéreur d'obtenir, d'entre les mains de tout détenteur, la transmission de la chose aliénée. On verra que c'est là le contrepied des systèmes juridiques antérieurs. Il existe donc une incompatibilité certaine entre, d'une part, cette vision qui a conduit à la consécration du mécanisme de transfert *solo consensu* de propriété et, d'autre part, l'application de la règle *res perit domino*. Celle-ci sous-entend en réalité une certaine sanction à l'égard de l'acquéreur, rien ne pouvant établir une corrélation entre les risques et l'aspect abstrait du droit de propriété. Or, les codificateurs entendent plutôt protéger efficacement l'acquéreur par le transfert *solo consensu* de propriété. Le but de ce mécanisme se trouve dénaturé, lorsque l'on considère qu'il consiste à déterminer le moment auquel les risques pèsent sur l'acquéreur. On ne peut que déplorer qu'il soit de style de nos jours que la conception de l'attribution des risques établit une relation étroite entre les risques et le transfert soit de l'aspect abstrait soit de l'aspect matériel du droit de propriété [363].

---

362 J.-P. CHAZAL et S. VINCENT, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ.* 2000, p. 477, n° 9.

363 Entre autres, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 266 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les*

… / …

Dans le cadre d'une analyse à même de restaurer la séparation de la question des risques de celle du transfert de la propriété, et par conséquent de réinvestir l'obligation de délivrance de sa fonction régulatrice de la charge des risques, il convient de rappeler de façon détaillée la provenance du mécanisme du transfert consensuel de la propriété. Autrement dit, les précédents historiques (Section I), ainsi que les travaux préparatoires du Code civil (Section II) sont également porteurs de l'objectif assigné, en 1804, au transfert *solo consensu* de la propriété.

---

obligations, 4e éd., Defrénois, Lextenso éditions, 2009, n° 899 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 202.

SECTION I.
PRÉCÉDENTS HISTORIQUES DU CODE CIVIL

101. Droit romain et Ancien droit français. Le Code civil de 1804 est précédé de plusieurs systèmes juridiques complexes dont il peut hériter des notions techniques [364]. Les plus influents de ceux-ci sont de façon habituelle repartis entre deux grandes périodes correspondant à celles du changement de régime politique. Ainsi, le droit romain est en général considéré comme la première étape dans l'évolution du droit français qui a abouti au Code civil de 1804 ; le droit romain coexiste, sur le territoire qui deviendra français, avec le droit coutumier [365], le droit germanique [366], ainsi que le droit canonique [367], parmi lesquels il semble toutefois le plus influent [368]. La période de l'Ancien droit français correspond à la chute de l'empire romain [369] ; elle se caractérise fondamentalement par une large diversité de droits [370], chaque région disposant d'un corps règles propres consistant essentiellement dans les pratiques coutumières [371]. Le processus d'unification du droit dont

---

364 R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, 3e éd., LexisNexis, 2016, n° 43 et suiv.

365 *Ibid*., n° 43 : « *Le droit romain fournira beaucoup de notions techniques, s'appliquant longtemps comme droit positif dans les pays du sud de la France, mais exerçant aussi plus généralement son influence, y compris dans le Nord, comme "raison écrite".* »

366 *Ibid*., n° 43 : « *Le droit germanique fera passer dans les coutumes des solutions concrètes, mais aussi une certaine manière de comprendre quelques grands problèmes sociaux (puissance paternelle, conception…).* »

367 *Ibid*., n° 43 : « *Le droit canonique, appliqué par les juridictions ecclésiastiques, enseigné dans les universités, marquera plus particulièrement certains domaines (droit de la famille, droit des contrats, procédure pénale).* »

368 *Ibid*., n° 43.

369 J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, « Domat droit privé », 2e éd., Montchrestien, Lextenso éditions, 2009, p. 7 : « *La connaissance des pratiques juridiques suivies pendant le demi-millénaire qui suit la chute de l'Empire romain d'Occident est encore aujourd'hui obscurcie par des zones d'ombres et des incertitudes. Elle éclaire cependant la formation, lente et chaotique, de ce qui deviendra le droit "français".* »

370 Fr. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, CNRS Éditions, Paris, 1995, n° 78 : « *Chaque groupe social est donc régi, dès le haut moyen âge, par sa coutume propre et cela est vrai pour la France du Midi comme pour celle du Nord.* » ; J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, « Domat droit privé », 2e éd., Montchrestien, Lextenso éditions, 2009, p. 9 : « *À la territorialité du droit, s'est substitué […], du moins en ce qui concerne le droit privé, la personnalité des lois, chaque groupe ethnique conservant sa propre tradition juridique en quelque lieu que ce soit.* »

371 P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, « L'Évolution de l'Humanité », Albin Michel, 1985, p. 38 : « *Les Gallo-Romains conservaient la loi romaine, tandis que chaque peuple germanique continuait à suivre la loi de sa nation.* »

l'élaboration du Code civil de 1804 constitue l'aboutissement semble avoir commencé beaucoup plus tard [372].

Ainsi, toute démonstration du sens des termes de l'ancien article 1138 du Code civil se fait en général par référence à ces deux grandes périodes marquées respectivement par le droit romain et l'Ancien droit français, lesquels sont considérés comme les précédents historiques influents dans l'élaboration de ce Code. Le droit romain constitue certes le précédent historique non immédiat du Code civil de 1804, mais il avait imprimé des comportements sociaux que l'Ancien droit français ne pouvait effacer instantanément [373] ; il continue d'ailleurs d'être observé dans certaines régions du sud à titre de droit coutumier [374]. La diversité qui caractérise l'Ancien droit français pourrait favoriser la perpétuation des principes du droit romain. La règle du droit romain du transfert de la propriété (§ 1), s'est ainsi prolongée mais d'une certaine façon dans l'Ancien droit français (§ 2) ; elle constitue une source d'inspiration négative dans l'élaboration de l'actuel principe du transfert *solo consensu* de propriété. À l'occasion de l'élaboration du Code civil de 1804, les juristes de l'Ancien droit, influencés par les idées à la base de la Révolution de 1789, vont mettre définitivement terme au mode de transfert de la propriété imaginé depuis l'empire romain.

§ 1. LE DROIT ROMAIN

102. Deux étapes dans le mécanisme de transfert de propriété. On observe une dissemblance significative entre le processus du droit romain de transfert de propriété et celui du Code civil de 1804. Le transfert de propriété s'effectue aussi en droit romain automatiquement, mais sa particularité fondamentale réside dans son opération connaissant deux étapes (A), dont la première, c'est-à-dire le contrat, ne semble pas produire d'effet obligatoire (B).

---

372 R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, 3e éd., LexisNexis, 2016, n° 46 : « *Le droit public de la France s'était développé à la fin du XVIIe siècle, et — notamment avec les lois fondamentales du Royaume, la Grande ordonnance civile, la Grande ordonnance criminelle — il assurait déjà une part d'unité importante dans l'ensemble du droit. Même dans le domaine du droit privé, la jurisprudence des parlements et l'application des ordonnances royales avaient tout de même changé progressivement la physionomie du droit, un rapprochement s'opérant ainsi peu à peu entre les solutions juridiques des régions de la France.* »

373 P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, « L'Évolution de l'Humanité », Albin Michel, 1985, p. 39 : « *Le fait majeur est […] que l'éclipse du Droit romain ne fut jamais totale.* »

374 R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, 3e éd., LexisNexis, 2016, n° 46 : « *[…] le droit romain ne s'applique pas comme s'il y avait une survie du régime impérial, plutôt comme une coutume propre aux pays du Sud, leur coutume générale, qui n'exclut pas que, ça ou là, perdurent des coutumes particulières.* »

A. Opérations de transfert de la propriété

103. Deux étapes. La réalisation du transfert de la propriété paraît plus complexe en droit romain qu'en droit français. D'une part, elle dépend de deux accords successifs de volontés (1), dont le dernier, autrement dit, l'exécution de l'obligation de délivrance doit par principe présenter certaines formes (2) . L'effectivité du transfert de la propriété n'en demeure pas moins hypothétique (3).

1. Deux accords successifs de volontés

104. Long mécanisme. La différence entre le droit français et le droit romain, dans ce mécanisme, découle du rôle attribué au consentement dans le processus contractuel visant l'acquisition de propriété. Il résulte de ce rôle que le mécanisme de transfert de propriété est plus long en droit romain qu'en droit français [375]. En droit romain, en effet, le consentement en lui-même ne suffit pas à opérer le déplacement de propriété du patrimoine de l'aliénateur à celui de l'acquéreur [376]. Les auteurs s'accordent à dire qu'un seul consentement exprimé peut former le contrat, mais ne suffit pas à opérer le transfert de la propriété [377]. L'acquisition du droit de propriété implique ainsi deux étapes dont chacune requiert un consentement. À la base de chacune de ces étapes, se trouve nécessairement un consentement bien distinct. Autrement dit, l'opération ultime de transfert de propriété requiert un consentement indépendant de celui qui a contribué à la formation du contrat [378]. Le contrat, *emptio-venditio* par exemple, constitue la première étape [379]. La

---

375 C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », LGDJ, 2005, p. 37, « *[…] ; la formule moderne signifie que pour transférer la propriété, il ne faut pas deux actes, ni même deux contrats, et que la convention qui fonde l'obligation au transfert a déjà suffi à réaliser ce transfert.* »

376 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. LÉVY, Dalloz, 2003, p. 319 ; R. ROBAYE, *Une histoire du droit civil*, 3e éd., Bruylant-academia, 2004, p. 114 ; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., LexisNexis, 2011, p. 77 ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 367 : « *La propriété s'acquiert, de manière volontaire, en vertu d'un accord entre l'ancien propriétaire et le nouveau. À lui seul, cet accord apparaît, cependant, en droit romain, impuissant à transférer la chose qui en est l'objet du patrimoine de l'aliénateur au patrimoine de l'acquéreur.* »

377 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. LÉVY, Dalloz, 2003, p. 319 : « *La* justa causa *ne suffit pas à transférer la propriété. Ce qui transfère la propriété, ce n'est pas la convention, c'est la tradition.* » ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1614 : « *En droit romain, la volonté des parties est impuissante à réaliser à elle seule le transfert de propriété. Sans doute est-elle une condition de ce transfert : sa* justa causa *; mais le transfert n'est réalisé que par la remise de la chose, remise entourée de solennités spéciales* — mancipatio *et* in jure cessio — *pour les choses de valeur, simple* traditio *pour les autres choses.* » ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 8e éd., Dalloz, 2010, n° 396 ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 367.

378 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. LÉVY, Dalloz, 2003, p. 319 : « *[…], pour qu'il y ait tradition, il faut outre la juste cause, la remise de la chose, acte qui exige, sinon peut-être absolument l'accord des volontés, au moins l'intervention de la volonté des deux parties,*

… / …

seconde consiste dans la délivrance de la chose. L'exécution de la délivrance devant intervenir à la suite de l'*emptio-venditio* prend à son tour l'allure d'un contrat au point où elle paraît l'étape décisive de la formation du contrat [380], sinon la plus déterminante dans le processus de l'acquisition des choses. La délivrance prend plusieurs formes et vise de façon principale le transfert de la possession paisible de la chose.

2. Les formes de la délivrance

105. Dominance de la solennité. La délivrance s'effectue par principe de façon solennelle. En effet, on enseigne que l'exécution de l'obligation de délivrance se remplit à l'époque romaine soit par des actes solennels, soit par la *traditio* [381]. Celle-ci ne revêt pas de forme particulière. En revanche, la *mancipatio* et l'*in jure cessio*, relevant du *jus civile* [382], constituent des actes solennels de délivrance [383], nécessaires en cas de transfert de propriété

---

qui ne pourra par conséquent avoir lieu ni par la seule volonté de l'aliénateur, si l'acquéreur est en état de démence ou commet une erreur sur la chose, va par exemple prendre possession d'un fonds à la place d'un autre, ni encore moins par la seule volonté de l'acquéreur, quand celle de l'aliénateur manquera, quand par exemple, l'acheteur ira prendre possession de la chose vendue de sa seule initiative. » ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 293, p. 483.

379 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 293, p. 483.

380 J.-F. BRÉGI, *Droit romain, Les obligations*, « Universités-Droit », ellipses, 2006, p. 185 : « *Le contrat de vente, ou* emptio-venditio*, est le contrat synallagmatique parfait, par lequel l'une des parties, appelée le* venditor*, s'oblige à forunir à l'autre, l'*emptor*, la possession paisible et durable d'une chose, moyennant le paiement d'un prix en argent. Ainsi définie, la vente-contrat, à la différence de la vente-transfert qui, pour les biens de valeur économique majeure, ne pouvait se réaliser que par la mancipation, ne rend pas nécessairement l'acheteur propriétaire.* »

381 M.-J. CORNIL, *Droit romain, Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, Éditeurs, 1885, p. 76 ; M. BUSSMANN, *L'obligation de délivrance du vendeur en droit romain classique*, thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne Imprimerie C. Ristold & Fils, 1933, p. 26 ; J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3e éd., Montchrestien, Lextenso éditions, 2009, p. 236 : « *Ils* (les modes dérivés volontaires d'acquisitions) *sont au nombre de trois : deux du droit quiritaire, la mancipation et l'*in iure cessio *; un du droit des gens, la tradition.* » ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-Ph. LÉVY, Dalloz, 2003, p. 307 : « *La mancipation, l'*in jure cessio *et la tradition sont les trois procédés ouverts au propriétaire pour transférer volontairement sa propriété à autrui.* » ; R. ROBAYE, *Une histoire du droit civil*, 3e éd., Bruylant-academia, 2004, p. 114 ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 112 : « *Le transfert s'opérera selon des procédés différents suivant qu'il s'agira de transférer la possession ou une propriété secondaire (pérégrine, provinciale ou prétorienne), ou bien la propriété quiritaire. Dans les premiers cas, la tradition suffira toujours. Dans le dernier cas, il faut distinguer suivant que l'objet de la vente est une res* mancipii *ou non. Si c'est une* res mancipii*, il faudra recourir en droit classique, à la mancipation ou à l'*in jure cessio. »

382 J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 367.

383 M.-J. CORNIL, *Droit romain, Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, Éditeurs, 1885, p. 76 ; J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3e éd., Montchrestien, Lextenso éditions, 2009, p. 236 : « *Ce transfert peut être opéré à la suite d'une vente (avec laquelle il se ne confond pas), mais aussi après un autre acte : donation, constitution de dot, etc.* » ;

… / …

quiritaire [384], autrement dit, entre personnes auxquelles est reconnue la qualité de citoyen romain [385].

106. La mancipatio. Au départ de la mancipation, il s'agit, du moins en ce qui concerne le contrat de vente [386], de l'exécution simultanée des engagements réciproques des contractants [387], qui doit s'effectuer dans le cadre d'un cérémonial. En effet, la *mancipatio* réunit, outre les parties contractantes, au moins cinq témoins citoyens romains [388], et une personne chargée de tenir une balance [389], le peseur [390] ; en plus il faut un lingot de cuivre ou d'airain [391], lequel constitue le prix [392], et la présence de la chose vendue [393], du moins en

---

R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 293, p. 483.

384 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. LÉVY, Dalloz, 2003, p. 308 et 316 ; M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Dalloz, Sirey, n° 153 ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 112.

385 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. LÉVY, Dalloz, 2003, p. 313, note de bas de page n° 4 : « *Citoyens, Latins ou pérégrins ayant le* commercium (Ulpien, 19, 4). » ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 293, p. 483 ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 368 : « *Acte à la fois solennel et exclusivement masculin, appartenant au* jus *civile, issu du vieux fond des institutions ethniques romaines, la mancipation n'est accessible qu'aux citoyens romains, et par extension aux Latins, bénéficiaires du* jus italium*. Les pérégrins en sont, par conséquent, exclus.* »

386 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 296, p. 489 : « *La mancipation intervient également pour réaliser un transfert à titre gratuit (*donationis causa*) ou pour donner une forte garantie à un créancier (*fiduciae causa*), ou enfin, pour réaliser une constitution de dot (*dotis causa*). Dans toutes ces hypothèses, on indique dans le cérémonial de la mancipation, un prix fictif d'acquisition d'un sesterce (*sestertio nummo uno*).* »

387 *Ibid.*, n° 296, p. 489 : « *La mancipation peut toujours avoir lieu à la suite d'une vente, mais, désormais, le cérémonial de la mancipation est indépendant du contrat de vente qui l'a précédée et du payement effectif du prix : elle sert seulement à exécuter le transfert de la chose vendue.* »

388 J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 369 ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 295, p. 486 : « *[…], cinq témoins et pubères.* » ; P. VASSART, *Manuel de droit romain*, Bruylant, 2015, p. 246.

389 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 295, p. 486 ; P. VASSART, *Manuel de droit romain*, Bruylant, 2015, p. 246 ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 369 : « *Cette balance est une balance en bronze.* »

390 B. SCHMIDLIN, *Droit privé romain*, tome 1, *Origines et sources, Famille, biens, successions*, « Faculté de droit de l'Université de Genève », Bruylant, 2008, p. 222.

391 P. VASSART, *Manuel de droit romain*, Bruylant, 2015, p. 246 ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 295, p. 486.

392 B. SCHMIDLIN, *Droit privé romain*, tome 1, *Origines et sources, Famille, biens, successions*, « Faculté de droit de l'Université de Genève », Bruylant, 2008, p. 222 : « *[…], puis il frappe le lingot contre la balance et donne ce bronze en guise de prix à celui duquel il reçoit l'objet.* »

393 J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 369 : « *À ces personnages et à cet instrument s'ajoute la présence, tout aussi obligatoire, du ou des biens cédés.* »

cas de meuble [394]. L'acquéreur tient la chose en prononçant certaines paroles rituelles [395], et frappe la balance avec le lingot [396], et ensuite remet celui-ci au vendeur. Ce mode d'aliénation ordinaire de la propriété quiritaire [397], est aussi limité quant aux biens auxquels il s'applique ; ainsi, suivant l'opinion majoritaire, la mancipation est réservée aux *res mancipi* [398], certaines choses susceptibles de propriété quiritaire [399].

---

394 D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., Economica, 2012, p. 19 : « *[…] : un acte d'aliénation formaliste qui nécessite devant cinq témoins, l'aliénateur et le* libripens *(celui qui tient une balance), le prononcé d'une formule rituelle par l'acquéreur (* "hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra" *) et l'accomplissement d'un geste (mettre la main sur la chose).* » ; P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 309 ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 22 ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 295, p. 486.

395 P. VASSART, *Manuel de droit romain*, Bruylant, 2015, p. 246 ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 295, p. 486 : « *L'aliénateur joue un rôle purement passif : c'est l'acquéreur qui, tenant la chose, prononce des paroles rituelles requises. S'il s'agit d'un esclave, il déclare :* "hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio *(je dis que cet homme est ma propriété en vertu du droit des Quirites)* isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra *(et qu'il me soit acquis par cet airain et cette balance d'airain)" : l'acquéreur précise ainsi la cause de son acquisition […].* »

396 M.-J. CORNIL, *Droit romain, Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, Éditeurs, 1885, p. 76 : « *La* mancipatio *était l'échange matériel d'une chose, contre une somme d'argent. Elle s'effectuait primitivement devant le peuple assemblé ; l'une des parties donnait la chose ; l'autre donnait le prix, qui était pesé au moyen d'une balance ; de là, le nom de* mancipatio per æs et libram. » ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 295, p. 486 : « *[…], il heurtait la balance avec le lingot d'airain qui lui était sans doute tendu par le* libripens *et qu'il remettait à l'aliénateur en guise de prix.* » ; N. PRYBIS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse Montpellier, 1997, n° 175 et suiv. ; J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *op. cit.*, p. 236 *;* P. VASSART, *Manuel de droit romain*, Bruylant, 2015, p. 246.

397 J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 368 : « *La mancipation constitue le mode d'aliénation ordinaire des* res mancipi*, dont elle transfère la propriété quiritaire.* »

398 R. ROBAYE, *op. cit.*, p. 115 ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 122 ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 368.

399 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 297, p. 490 : « *Bien que le contraire ait été parfois soutenu, il paraît certain qu'à l'époque classique, la mancipation pouvait uniquement porter sur des* res mancipi *: elle ne produisait aucun effet juridique, lorsqu'elle était utilisée pour des* res nec mancipi*, qu'il s'agisse ou non de choses susceptibles de propriété quiritaire.* » ; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 22 : « *Elles regroupaient les fonds de terre sur le territoire romain en Italie — au fur et à mesure de son expansion — les servitudes prédiales rustiques (c'est-à-dire portant sur des fonds de terre comme les servitudes de passage ou d'aqueduc), les esclaves et les quadrupèdes domestiqués par le dos ou le cou (bêtes de somme et de trait comme les bœufs, les chevaux, les ânes, ou les mulets). Toutes les choses étaient des* res nec mancipi*, notamment le petit bétail (moutons, chèvres, porcs), les ustensiles, les semences, les divers meubles et la monnaie […].* » ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 112.

107. La cession judiciaire. L'*in jure cessio*, ou la cession judiciaire [400], est considérée non seulement comme ayant un domaine d'application très vaste [401], mais aussi comme le mode le plus ancien d'acquisition de la propriété [402]. Elle est une décision judiciaire donnant acte de la délivrance de la chose vendue. En effet, les parties s'accordent d'abord sur l'acquisition de la chose, puis se rendent devant le magistrat pour en effectuer la délivrance [403]. L'acquéreur prononce la formule de revendication, et, interrogé par le magistrat, l'aliénateur acquiesce [404]. Le magistrat prend alors acte de cet accord en confirmant la prise de livraison [405]. La livraison et, par conséquent, le transfert de propriété sont ainsi considérés comme accomplis [406].

---

400 B. SCHMIDLIN, *Droit privé romain*, tome 1, *Origines et sources, Famille, biens, successions*, « Faculté de droit de l'Université de Genève », Bruylant, 2008, p. 223 ; P. VASSART, *Manuel de droit romain*, Bruylant, 2015, p. 247 : « *[…] le formalisme par simulacre supposait l'utilisation d'une institution à des fins différentes de celles pour lesquelles elle avait été conçue : l'*in iure cessio *est un procès fictif.* »

401 J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 368 : « *La mancipation, qui joue également un rôle important dans le droit des personnes, peut aussi être employée, à titre exceptionnel ou surabondant, pour transférer la propriété quiritaire des* res nec mancipi. »

402 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 294 : « *L'*in jure cessio *nous paraît le plus ancien mode d'acquisition immédiate de la propriété d'une chose soumise auparavant à la maîtrise d'un autre citoyen romain.* » L'opinion selon laquelle la *mancipatio* serait aussi ancienne que l'*in jure cessio* : J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 384 : « *L'*in jure cessio *constitue également un procédé très ancien d'acquisition immédiate de la propriété, dont les formes démontrent qu'elle a été imaginée à une époque où seule l'autorité publique pouvait ratifier l'abandon d'une chose au profit d'un nouveau propriétaire.* » Voir aussi, *Ibid.*, n° 387. L'opinion considérant que l'*in jure cessio* est plutôt plus récente que la *mancipatio* : B. SCHMIDLIN, *Droit privé romain*, tome 1, *Origines et sources, Famille, biens, successions*, « Faculté de droit de l'Université de Genève », Bruylant, 2008, p. 223 : « *Parallèlement à la* mancipatio *s'est développé un autre mode de transfert de la propriété qui, bien plus récent que celle-ci, était déjà connu au temps des Douze Tables.* »

403 P. VASSART, *Manuel de droit romain*, Bruylant, 2015, p. 247 : « *Celui qui se prétendait titulaire d'un droit à l'encontre d'autrui se rendait devant le magistrat* — in iure — *avec son adversaire et prononçait la formule adéquate ; l'adversaire, au lieu de se défendre en prononçant la formule opposée, ne se défendait pas, acquiesçait* — in iure cedit — *à telle enseigne qu'il ne restait au magistrat qu'à constater le droit du premier.* » ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 385 : « *Son nom l'indique assez, l'*in jure cessio *se déroule,* in jure*, devant un magistrat, c'est-à-dire, à l'époque classique, aussi bien le tribunal du préteur que celui du gouverneur de la province. Comme la mancipation, l'*in jure cessio *exige la présence des parties et celle de la chose dont la propriété doit être transférée, ou de l'objet destiné à la représenter.* » ; B. SCHMIDLIN, *Droit privé romain*, tome 1, *Origines et sources, Famille, biens, successions*, « Faculté de droit de l'Université de Genève », Bruylant, 2008, p. 223 : « *Les parties comparaissent devant le préteur avec l'objet même que l'un veut céder à l'autre comme toute action en revendication.* »

404 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 294, p. 485 : « *L'acquéreur, tenant la chose, la revendique comme étant sa propriété, et l'aliénateur interrogé par le magistrat, au lieu de faire une* contravindicatio*, comme dans le* sacramentum in rem*, reconnaît la légitimité de la prétention du revendiquant ou ne la conteste pas : il abandonne la chose devant le magistrat (*cedit in jure*). Le préteur attribue alors la chose à l'acquéreur.* »

405 J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 385 : « *Celui qui désire acquérir prend la chose en main et prononce la formule de* rei vindicatio *:* "hunc ego hominem (rem) ex jure quiritium meum esse aio." *Le magistrat intervient à son tour pour demander à celui qui souhaite aliéner s'il s'oppose à cette revendication, en manifestant une* contra vindicatio*, c'est-à-dire une*

… / …

108. La tradition. Enfin, la *traditio* [407], appartenant au départ au *jus gentium* [408], et appliquée aux citoyens romains relativement à certaines choses, ou, en général, aux relations entre ceux-ci et les pérégrins [409], survivra à ces modes très formalistes tombés en désuétude [410], voire supprimés [411]. Son utilisation entre les citoyens romains est restreinte au transfert de la possession des *res nec mancipi* [412], choses qui ne sont pas *mancipi* [413], autrement dit, de

---

prétention contraire. En l'absence de contestation, soit que le cédant réponde de manière négative, soit qu'il se taise, le magistrat prononce le mot sacramentel addico*, j'adjuge. Par cette* addictio*, celui qui a revendiqué la chose en devient propriétaire.* »

406 J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3e éd., Montchrestien, Lextenso éditions, 2009, p. 237 *;* R. ROBAYE, *op. cit.*, p. 115 : « *La cession judiciaire était un procès fictif durant lequel l'acquéreur prétendait que la chose était à lui tandis que l'aliénateur ne s'opposait pas à cette demande.* » ; P. F. GIRARD, *op. cit*., p. 315 : « *Les deux personnes d'accord pour le transfert vont devant le magistrat : celui qui veut acquéreur, tenant la chose, si c'est un meuble, prononce la formule de revendication ; l'aliénateur, au lieu de lier le procès en prononçant la formule contraire, acquiesce, s'efface,* in jure cedit *; le magistrat en donne acte, et l'effet se trouve produit.* »

407 E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., LexisNexis, 2011, n° 42, p. 77 : « *La tradition a un sens précis : la remise matérielle d'un bien justifiée par une juste cause, en l'occurrence la vente […].* » ; J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 47.

408 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 293, p. 483 : « *[…], la tradition est un acte non solennel du* jus gentium*, qui exige cependant une remise matérielle de la chose.* » ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 389.

409 J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 389 : « *À la différence de la mancipation et de l'*in jure cessio*, qui sont des procédés formalistes, appartenant au* jus *civile, la tradition, dont les effets sont, en principe, immédiats, appartient au* jus gentium*. Son emploi n'est donc pas réservé aux seuls citoyens romains, mais partagé entre Romains et pérégrins.* »

410 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 294, p. 485.

411 R. ROBAYE, *op. cit.*, p. 115 : « *La tradition est le mode le plus intéressant pour l'histoire du droit. C'est elle qui va seule subsister en droit romain postclassique. La cession judiciaire disparaît avant l'époque de Dioclétien (fin du IIIème siècle PC) et la mancipation, qui était déjà tombée en désuétude, sera officiellement supprimée par Justinien.* » ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 298 : « *La tradition qui consiste essentiellement dans la remise à l'acquéreur de la chose aliénée, est devenue, à l'époque classique, le principal mode d'acquisition de la propriété, et elle sera, sous Justinien, l'unique procédé de transfert conventionnel de la propriété.* » ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 112 : « *[…] c'est la tradition qui est seule employée, dans tous les cas, dans le droit de Justinien.* » ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 388 : « *Comme la mancipation, l'*in jure cessio *disparaît […] au Bas-Empire, au profit de la simple tradition, beaucoup plus facile à mettre en œuvre.* »

412 J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3e éd., Montchrestien, Lextenso éditions, 2009, p. 228 : « *L'emploi de la* traditio *pour le transfert de* res mancipi *ne permet pas de faire acquérir la propriété quiritaire et risque donc de laisser le maître de la chose sans protection juridique et cela même si une telle protection est parfaitement équitable (par exemple à la suite d'un achat accompagné du paiement du prix). Le préteur accorde dans de telles circonstances une protection juridique, calquée sur l'action en revendication.* » ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 389 : « *La tradition constitue également un mode très ancien de transfert de la propriété, puisqu'elle est, avant même l'époque des XII Tables, couramment employée pour transférer la propriété quiritaire des* res nec mancipi*. La tradition sert, ensuite, à transférer la propriété des biens provinciaux et celle des biens pérégrins, qui ne sont pas soumis aux procédés formalistes du droit civil.* »

moindre valeur [414]. Cependant elle connaît déjà plusieurs formes [415]. Très pratique, elle supplantera les formes solennelles de délivrance, et se trouvera donc étendue à toutes les choses corporelles [416]. Elle consiste en principe dans la remise de la chose aliénée [417]. Que ce soit la *traditio*, la *mancipatio* ou l'*in jure cessio*, toutes ces formalités visent cependant le transfert de la possession matérielle de la chose, le transfert de la propriété demeurant jusque-là hypothétique.

3. Le caractère hypothétique du transfert de la propriété

109. L'insuffisance de la délivrance à opérer le transfert de la propriété. Suivant les cas, par l'accomplissement de la mancipation, de l'*in jure cessio* ou de la *traditio*, l'aliénateur s'acquitte de la délivrance, la deuxième étape du mécanisme s'est ainsi accomplie. En réalité, la délivrance ne suffit pas non plus à opérer le transfert de la propriété [418] ; il en est ainsi de

---

413 E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *op. cit.*, n° 34, p. 60 : « *Les* res nec mancipi *se définissent négativement. Ce sont toutes les choses qui ne sont pas* mancipi. »

414 M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Dalloz, Sirey, n° 153.

415 Elle ne requiert pas forcement le déplacement matériel de la chose. Des hypothèses existent où elle implique simplement un acte symbolique : tradition appelée virtuelle (une chose remise à la place d'une autre pour symboliser la tradition de la chose aliénée), tradition de longue main ou *longa manu* (les parties se tiennent au sommet d'une tour ou d'une colline pour indiquer la maison ou le champ aliéné), tradition de brève main ou *brevi manu* (l'acquéreur détient la chose, ou en est en possession matérielle avant que la tradition doive s'effectuer : locataire, dépositaire, etc.), le constitut possessoire (l'aliénateur demeure détenteur de la chose, mais pour le compte de l'acquéreur). Voir : J.-Ph. LEVY, et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 1re éd., Dalloz, 2002, n° 387 ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 391.

416 G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 122 : « *[...] c'est la tradition qui est seule employée, dans tous les cas, dans le droit de Justinien.* » ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. LÉVY, Dalloz, 2003, p. 316 : « *[...], elle sert à aliéner les choses* nec mancipi *dont elle ne faisait sans doute pas anciennement acquérir la propriété quiritaire dès avant la disparition des Actions de la loi. En outre, depuis une époque plus récente, postérieure à la loi Aebutia, elle transfère la propriété prétorienne des choses* mancipi. *Enfin, dans le droit Justinien, elle fait acquérir sur toutes les choses la propriété civile d'alors. Mais ce qu'il faut remarquer, c'est que, dans toutes ces fonctions, à toutes les époques, elle a toujours le même caractère, le même caractère de fait.* » ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 398 : « *La disparition de la mancipation et de l'*in jure cessio *au Bas-Empire a d'abord pour effet d'accroitre le champ d'application de la tradition, qui permet désormais de transférer la propriété de tous les biens corporels, sans aucune distinction, aussi bien celle des* res mancipi *que des* res nec mancipi*, celle des fonds romains comme celle des fonds provinciaux. Sous la seule réserve du prix payé dans la vente, une chose apparaît valablement aliénée dès lors que son propriétaire la remet dans ce but à celui qui la reçoit.* »

417 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. LÉVY, Dalloz, 2003, p. 317 : « *La tradition est la remise d'une chose ; mais ce fait matériel, la remise d'un immeuble, d'un esclave, d'un animal, est, à lui seul, un fait équivoque susceptible de destination diverses : il peut résulter d'un louage, d'un dépôt, et alors celui qui reçoit la chose acquiert la possession, mais celui qui la livre reste propriétaire ; enfin il peut résulter d'une vente, d'une constitution de dot, et alors la propriété est transférée.* »

418 M. BUSSMANN, *L'obligation de délivrance du vendeur en droit romain classique*, thèse de doctorat présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne imprimerie C. Risold & Fils, 1933,

… / …

façon évidente de la mancipation [419]. En effet, la réponse à la question de savoir si l'acquéreur mis en possession devient propriétaire, dépend en général, outre le rapport de l'aliénateur avec la chose [420], non seulement de la qualité de citoyen des parties contractantes, mais aussi dans certains cas du payement du prix [421]. Car, ne sont susceptibles d'être titulaires de propriété quiritaire que les citoyens romains ou les personnes bénéficiant d'un statut qui les assimile à ceux-ci. En général, les pérégrins peuvent être acquéreurs et possesseurs à l'égard des *res nec mancipi* [422]. Ils ont l'usage, par suite de la tradition, de ces biens. Mais ils n'ont pas la qualité d'en être propriétaires. Les actes solennels de délivrance, c'est-à-dire ceux appelant l'intervention des institutions romaines, ne s'emploient que dans les rapports entre les personnes susceptibles de jouir de la propriété quiritaire et pour les biens pouvant être l'objet de cette propriété [423].

110. En cas d'éviction de l'acquéreur. En ce qui concerne le rapport du vendeur avec la chose, s'il s'avère que la propriété de celle-ci ne lui appartient pas, il lui incombe de

---

p. 7 : « *Il semblerait donc naturel que, si l'obligation de délivrance du vendeur n'est pas une obligation à transférer la propriété, elle soit, au moins, une obligation à faire un acte de transfert de propriété. Elle serait, ainsi, en harmonie avec la mancipation primitive qui reste valable, même si la propriété n'est pas transférée.* »

419 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 296 : « *L'existence de cette obligation de garantie qui ne se trouve ni dans l'*in jure cessio*, ni dans la tradition, s'explique, à notre avis, par le fait que la mancipation n'a pas toujours été un mode d'acquisition immédiate de la propriété quiritaire : l'aliénateur restait primitivement propriétaire jusqu'à l'achèvement des délais requis pour l'usucapion (un an ou deux ans suivant les cas). Vraisemblablement, on désignait sous le nom d'*auctor*, celui qui gardait un pouvoir juridique sur la chose dont il s'était, en fait, dépouillé : il devait fournir l'appui de cette maîtrise juridique (*auctoritas*) à l'acheteur qui n'avait qu'un pouvoir de fait sur la chose (*usus*) […].* »

420 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. LÉVY, Dalloz, 2003, p. 311 : « *La mancipation est un mode de transférer la propriété. Elle avait pour effet essentiel et direct de transférer la propriété quiritaire de l'aliénateur à l'acquéreur, si l'aliénateur était propriétaire.* »

421 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 1935, n° 119 : « *Dans le droit de Justinien, le lien de dépendance entre les obligations des parties apparaît également dans le fait que le vendeur qui a exécuté son obligation de livrer, ne perd la propriété de la chose vendue, que lorsque l'acheteur a payé le prix ou fourni une garantie du paiement, consistant, par exemple, dans l'engagement d'un fidéjusseur ou la remise d'un gage.* » ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. LÉVY, Dalloz, 2003, p. 316 : « *L'*in jure cessio *transfère la propriété quiritaire comme la mancipation […]. Mais, à la différence de la mancipation, elle ne fait naître ni l'action* auctoritatis*, ni l'action* de modo agri *basées sur une idée de transfert de propriété dont ses formes mêmes sont la négation. Pour la même raison, elle n'a pas, à la différence de la mancipation et de la tradition, son effet translatif de propriété subordonné au paiement du prix en cas de vente.* » ; R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, thèse Paris, LGDJ, 1935, n° 165 : « *[…] il faut se souvenir qu'en droit romain le vendeur demeure propriétaire tant qu'il n'a pas été payé.* »

422 E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *op. cit.*, n° 42, p. 77 *: « Pour les romains, le consentement n'est pas suffisant à transférer la propriété de la chose vendue à l'acquéreur. Il transmettait juste la possession paisible et durable de la chose vendue. Ce simple transfert de possession revêtait un double avantage. […] il permettait de commercer efficacement avec les pérégrins, privés de la possibilité d'acquérir la propriété quiritaire réservée aux seuls citoyens romains. »*

423 P. F. GIRARD, *op. cit*., p. 313 et 316.

procéder à son acquisition, en vue de garantir à l'acquéreur sa jouissance paisible et durable [424]. Cette obligation de garantie d'éviction ne dure qu'un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles. À l'expiration de ce délai, l'acquéreur de bonne foi devient propriétaire par *usucapio*, bien que la vente ait porté sur la chose qui n'appartient pas à l'aliénateur [425]. Dans l'hypothèse où l'aliénateur est propriétaire de la chose aliénée, la délivrance emporte transfert de cette qualité sur la tête de l'acquéreur [426]. Le transfert de propriété s'opère ainsi de façon automatique ; il résulte de la délivrance, laquelle vise la transmission matérielle de la chose.

111. Le but de la délivrance : transfert de possession libre et durable. Ainsi, en théorie, ni l'acte d'aliénation, *titulus* [427], et contrairement à certains auteurs [428], ni son exécution, le *modus*, ne déplacent le droit de propriété ; pas plus dans la vente au comptant où l'on voit habituellement un transfert immédiat de propriété, en raison de la simultanéité entre la formation du contrat et la livraison [429]. Le transfert de propriété n'est pas lié à l'obligation du vendeur, mais dépend de la qualité de propriétaire de celui-ci [430]. La délivrance ne peut emporter le transfert de propriété dans la mesure où la chose vendue n'appartient pas à l'aliénateur. En cas de défaut de propriété de celui-ci, le moment du transfert de propriété sera celui de l'effectivité de l'*usucapio*. Dans certains cas, le transfert de propriété est

---

424 M. BUSSMAN, *op. cit.,* p. 26 : « *Si la chose promise n'est pas la propriété du* promissor*, celui-ci doit la racheter pour pouvoir accomplir son obligation à transférer la propriété.* »

425 *Ibid.,* p. 78 *: « […], l'acquéreur de bonne foi doté d'un juste titre usucape le bien pendant le délai légal d'un an pour les meubles, deux ans pour les immeubles. L'usucapion accomplie, il devient propriétaire quiritaire. L'*usucapio *romaine sert à purger les vices de forme et les vices de fond. Le vice de forme est celui qui affecte le transfert. Le mode idoine pour opérer le transfert de propriété n'a pas été employé. On a tradé une* res mancipi *ou un immeuble alors que le transfert de propriété aurait requis l'emploi de la mancipation ou de la cession judiciaire devant le magistrat. Le vice de fond concerne le défaut de droit de l'aliénateur. L'acheteur a acquis une chose d'une personne qui n'était pas le véritable propriétaire. »*

426 Ci-dessus cité, en ce qui concerne la mancipation : P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. LÉVY, Dalloz, 2003, p. 311.

427 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 293, p. 483 : « *Nos anciens auteurs avaient déjà fait remarquer qu'en droit romain, il fallait distinguer le* titulus*, du* modus adquirendi*, c'est-à-dire le titre en vertu duquel on deviendra propriétaire, du procédé employé pour réaliser le transfert de propriété.* » ; B. SCHMIDLIN, *Droit privé romain*, tome 1, Université de Genève, Bruylant, 2008, p. 230 ; N. PRYBIS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse Montpellier, 1997, n° 172.

428 R. ROBAYE, *op. cit.*, p. 114 : « *Les trois modes de transfert du droit romain classique sont la mancipation (*mancipatio*), la cession judiciaire (*in iure cessio*) et la traditon (*traditio*).* » ; P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 307.

429 D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 224 : « *Cette séparation entre l'aspect obligation et l'aspect réel ne doit […] pas être exagérée. Dans la pratique, la vente au comptant se maintient à côté de la vente à terme, d'où l'adage* emptione dominium transfertur *(la propriété est transmise par la vente), surtout dans les provinces.* »

430 J.-F. BRÉGI, *Droit romain, Les obligations*, « Universités-Droit », ellipses, 2006, p. 193 : « *En réalité, parce qu'elle se double d'une obligation de garantie, l'obligation de délivrance, bien qu'elle ne conduise pas à transférer la propriété au sens faussement romain du Code civil, atteint pratiquement ce but.* »

subordonné au payement du prix [431]. Le droit de propriété ainsi que son transfert relèvent constamment de l'effet légal du contrat. Ce transfert s'opère de façon automatique dans toutes les hypothèses. Le droit romain dissipe le doute sur le caractère automatique du transfert de propriété. Le défaut de propriété de l'aliénateur n'entraîne pas la nullité de la vente ; celle-ci demeure valable et justifie le transfert de la possession de la chose à l'acheteur [432].

112. La fonction de la délivrance. À l'égard du transfert de propriété, la délivrance s'apparente à la *causa* [433], autrement dit, au contrat. Le transfert de propriété peut s'en déduire dans la mesure où la chose appartient à l'aliénateur. Le droit de propriété a peu d'incidence sur la vente du droit romain. La validité de celle-ci s'apprécie indépendamment de la qualité de propriétaire ou non de l'aliénateur. La vente ainsi que la délivrance ont pour effet de permettre à l'acquéreur la jouissance de la chose. La possession paraît plus essentielle que le droit de propriété dans la vente romaine [434]. Cependant, l'*emptio-venditio* ne confère aucune action à l'acquéreur permettant de réclamer le transfert de la possession. Autrement dit, la délivrance résultant de la vente romaine n'a pas de caractère obligatoire.

B. Doute sur l'effet obligatoire de l'*emptio-venditio*

113. Vente romaine et vente issue du Code civil Napoléon. La vente romaine présente la même structure que celle réglementée par le Code civil de 1804. Ce qui peut constituer un risque de confusion entre les effets de ces deux ventes (1). Toutefois, les romains ont leurs conceptions de l'obligation (2), qui ne peuvent se rencontrer dans les prestations caractéristiques qui découlent de leur vente (3).

---

431 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 319.

432 D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 223 : « *Dans la tradition romaine, l'obligation du vendeur consiste à faire jouir le créancier de la possession de la chose […]. Le vendeur a donc seulement l'obligation de mettre l'acheteur en possession libre de la chose :* vacuam possessionem tradere*, ce qui implique pour lui d'en assurer la conservation en veillant sur elle comme un bon père de famille […].* » ; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., LexisNexis, 2011, n° 42, p. 77 : « *Il doit juste livrer par tradition la chose (meuble ou immeuble), mais il n'est pas tenu d'en transférer la propriété.* »

433 J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 48 : « *[…], la tradition suppose une "juste cause" ("*justa causa*") pour transmettre la propriété […]. À travers cette juste cause, les juristes romains retrouvent le lien entre contrat et transfert de propriété sans confondre les deux opérations : un contrat de vente est ainsi la juste cause d'une tradition.* » ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain, Les obligations*, « Universités-Droit », ellipses, 2006, p. 191 : « *La vente s'analyse comme une* justa causa traditionis*, et la tradition* justa causa *apparaît, en elle-même, translative de propriété.* »

434 Bien que l'acquéreur ne puisse invoquer la vente ou la livraison en vue de se prévaloir d'un droit de propriété, celui-ci jouit de tous les attributs de ce droit. Il peut revendre la chose, puisque ce qu'il transfère par la vente ou par la délivrance, c'est l'usage et non la propriété, droit abstrait, lequel se manifeste d'ailleurs par l'usage de la chose. Le droit de propriété sans l'usage de la chose est une coquille vide.

1. Risque de confusion entre la vente romaine et celle du Code civil

114. Conception répandue de la vente romaine. Le droit romain connaît aussi plusieurs types d'opérations conventionnelles [435] de transfert de la propriété ou du droit réel en général, dont l'*emptio-venditio,* c'est-à-dire le contrat de vente [436]. Cependant celle-ci constitue depuis son apparition, comme de nos jours, le mode le plus usuel et représentatif. Elle est présentée en général comme non translative de propriété [437]. Elle semble en revanche considérée comme créatrice d'obligations [438]. Elle est, en cela, habituellement opposée aux

---

435 P. F. GIRARD, *op. cit.*, p. 317 : « *La tradition est une opération à triple face qui transfère tantôt la détention, tantôt la possession, tantôt la propriété. Cela dépend du fait juridique qui la motive et qui est appelé, quand il doit justifier un transfert de propriété, la* justa causa. *Il semblerait même, en partant de là, que la* justa causa *exigée devrait être rigoureusement ce fait concret lui-même, vente, donation, convention d'échange, de prêt, etc.* » ; J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *op. cit.*, p. 238 *;* R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 293.

436 G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 112 et suiv.

437 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 293, p. 483 : « *Le principe qui domine notre matière, c'est qu'à Rome, la volonté des parties est impuissante, à elle seule, à faire passer une chose du patrimoine de l'aliénateur dans le patrimoine de l'acquéreur : il faut nécessairement que cette volonté se manifeste extérieurement par un acte solennel ou matériel qui consiste dans l'emploi de l'un des trois procédés mis à la disposition des intéressés.* » ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 367 et suiv.

438 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 578 et suiv. ; M. BUSSMANN, *L'obligation de délivrance du vendeur en droit romain classique*, thèse de doctorat présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne imprimerie C. Risold & Fils, 1933, p. 7 : « *[...], il paraît certain qu'il y a une obligation du vendeur à faire un acte de transfert de propriété, notamment, à faire mancipation de la* res mancipi *vendue.* » ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 112 et suiv. ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon,* Continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, tome 5, Parsi Henri Plon, 1865, n° 55 bis ; P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, tome 1, *Les obligations*, « Thémis », Puf, 1961, n° 243 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 3, *Les biens*, avec le concours de M. PICARD, LGDJ, 1926, n° 618 : « *Le droit français a abandoné l'antique principe qui rendait la tradition nécessaire pour le transfert. Le contrat est, dans nos lois, non seulement productif d'obligations, comme il l'était déjà en droit romain, mais translatif de propriété.* » ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n°8 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 7e éd., Dalloz, 2004, n° 186 ; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *op. cit.*, n° 42, p. 77 ; R. ROBAYE, *op. cit.*, p. 114 : « *Le droit romain a dès le départ établi et toujours maintenu le principe selon lequel la vente, étant un contrat, donc un simple accord de volontés, ne peut transférer de droits réels. Tout au plus crée-t-elle des obligations dans le chef des parties. Le vendeur a l'obligation de livrer la chose, l'acheteur celle de payer le prix. Par contre, le transfert de propriété s'effectue par un acte distinct, par un mode approprié.* » ; B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2e éd., Puf, 2002, n°254 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrat spéciaux,* 7e éd., par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 155 : « *Dans le droit romain, le contrat d'achat vente (*emptio-vendito*) faisait naître des obligations mais n'emportait aucun effet translatif. Le transfert de propriété supposait la réalisation d'un acte autonome, différent selon les choses et les époques : la* mancipatio *(solennités), l'*injure cessio *(procès factice), la* traditio *(remise de la chose) ; cette dernière supplantant les précédentes dès l'époque classique. L'exigence de la tradition contrariait cependant le développement du commerce qui appelait rapidité.* » ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 125 ; Ph. SIMLER, *Les biens*, 3e éd., PUG, 2006, n° 102 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les*

… / …

contrats innommés seuls reconnus comme inaptes à produire des effets obligatoires [439]. Toutefois, cette dernière vertu prétendument perçue dans la vente romaine ne paraît pas vérifiable.

115. La subtilité pouvant camoufler l'effet non obligatoire de la vente romaine. En effet, un regard moins attentif peut considérer que la vente romaine diffère de celle issue du Code civil de 1804 seulement en ce qu'elle n'est pas apte à transférer la propriété [440]. Car cette différence ne peut être camouflée, elle est nettement perceptible. En revanche, l'autre différence consistant dans son inaptitude à créer des obligations semble revêtir une grande subtilité [441]. Les prestations caractéristiques sont les mêmes dans les deux ventes depuis le droit romain : délivrer la chose vendue et payer le prix de celle-ci. D'autre part, la vente romaine est réputée consensuelle [442] au même titre que celle du Code civil français. Certains

---

biens, 8e éd., Dalloz, 2010, n° 396 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, 2016, n° 61 : « *Puisqu'elle donnait naissance à des actions en justice, la vente était obligatoire ; mais le transfert de propriété n'était pas réalisé par le contrat, car il supposait l'accomplissement d'un acte distinct, la* mancipatio *(un acte rituel), l'*in jure cessio *(un procès fictif) ou, surtout, la* traditio *(la remise de la chose à l'acheteur).* » ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 367.

439 M. DURANTON, *Traité des obligations conventionnelles en général suivant le Code civil*, tome 1, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 418, note de bas de page n° 1 : « *Et nous pouvons ajouter, dans les échanges, en droit français. En d'autres termes, la convention d'échange est obligatoire comme la convention de vente, quoiqu'il n'y ait eu encore aucune tradition de part ni d'autre ; à la différence du droit romain, où la convention d'échange,* dabo rem meam, ut des mihi rem tuam*, n'eût été qu'un simple pacte, non obligatoire tant qu'il n'y aurait pas eu d'exécution de la part de l'une des parties.* » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 31 : « *[…], le droit romain avait une vision très concrète du contrat. Droit essentiellement procédural, il considérait qu'un contrat n'était pleinement obligatoire que s'il faisait partie d'une catégorie à laquelle une action avait été accordée. Seuls les contrats nommés étaient efficaces. Toute différente est la conception du Code civil.* » ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 624 ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 8 : « *[…], peu à peu, on s'était efforcé de sanctionner d'abord en droit prétorien, puis en droit civil, les conventions bilatérales lorsqu'elles avaient été exécutées par l'un des participants : ces conventions formeront au Bas-Empire la nouvelle catégorie des contrats dits "innommés".* »

440 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 112 : « *La vente étant un contrat et les contrats étant, en droit romain, distincts des modes d'acquisition de la propriété, la conclusion définitive de la vente n'aura pour effet que de faire naître des obligations à la charge des deux parties : c'est là une importante différence avec notre droit moderne qui admet que dans la vente, la simple convention a normalement pour effet de transférer immédiatement à l'acheteur la propriété de la chose vendue.* » ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 112 : « *La vente romaine est uniquement génératrice d'obligations, de droits personnels, et non pas translative de droits réels. Elle s'oppose en cela à la vente française, qui, lorsqu'elle porte sur un objet déterminé, est automatiquement translative de propriété (art. 1138 et 1583, C. civ.).* »

441 En outre, il semble que la notion d'obligation est relativement plus récente que celle de la propriété : G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 4 : « *L'obligation est une notion plus récente que la propriété ; elle suppose en effet le crédit, c'est-à-dire une certaine confiance en l'avenir.* »

442 Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 12, Les Institutes, Livre III, Titre XXIV, p. 180 : « *Les obligations se contractent par le seul consentement dans les ventes, les loyers, les sociétés, les*

… / …

termes employés dans la description de la vente romaine sont de nature à entraîner une confusion entre celle-ci et la vente issue du Code civil français. Les jurisconsultes romains emploient ainsi souvent des termes tels que « *l'action de la vente* » ou « *l'action de l'achat* » [443] en vue de les distinguer de l'action qui résulte d'une stipulation expresse en faveur d'une partie contractante. L'on peut alors être porté à jeter le même regard sur les prestations caractéristiques identiques de ces deux ventes [444], autrement dit, à prêter à la vente romaine la vertu de la vente réglementée par le Code civil de 1804.

116. Les observations de Portalis. Cependant, l'examen minutieux des caractères de ces prestations principales confirme les observations de PORTALIS, qui semblent contraires à l'affirmation répandue selon laquelle la vente romaine engendre des obligations. Dans les travaux préparatoires du Code civil, celui-ci fait en effet observer très justement, à propos de la vente romaine, qu'il s'agit d'un acte non-créateur d'obligations [445]. Cette opinion se rencontre aussi dans certains commentaires consacrés dans des termes généraux au droit

---

mandats. » ; P. VASSART, *Manuel de droit romain*, Bruylant, 2015, p. 249 ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain, Les obligations*, « Universités-Droit », ellipses, 2006, p. 186 : « *Contrat purement consensuel, la vente n'a besoin d'aucune formalité pour se former.* » ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 112.

443 Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 12, Les Institutes, Livre III, Titre XXIV, p. 181 : « *[…] nous avons décidé dans notre constitution, que lorsqu'une vente serait faite de cette manière, au prix que fixera un tel, la vente sera censée conditionnelle : en sorte que si celui qui a été nommé fixe un prix, l'acheteur sera obligé à payer ce prix sans rien rabattre, et le vendeur à livrer la chose ; de manière que la vente aura un plein effet, et donnera à l'acheteur l'action de l'achat, et au vendeur l'action de la vente.* » ; Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 3, Digeste, Livre XIX, Titre I, p. 25 : Gaïus écrit ceci sur l'Edit du préteur : « *Les anciens, en parlant de l'action qui naît de la vente et de l'achat, l'appelaient indifféremment action en conséquence d'une vente, action en conséquence d'un achat.* »

444 J.-F. BRÉGI, *Droit romain, Les obligations*, « Universités-Droit », ellipses, 2006, p. 185 : « *La vente-contrat, en tant que contrat consensuel, ne met à la charge des parties que des obligations, dont l'exécution n'est plus obligatoirement instantanée, et qui, au contraire, peuvent être différées dans le temps, payer le prix pour l'acheteur, livrer la chose pour le vendeur.* »

445 M. PORTALIS, « Présentation au corps législatif et exposé des motifs », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* t. 14, p. 113 : « *Dans la vente, la délivrance de la chose vendue et le paiement du prix sont des actes qui viennent en exécution du contrat, qui en sont une conséquence nécessaire, qui en dérivent comme l'effet dérive de sa cause, et qui ne doivent pas être confondus avec le contrat. L'engagement est consommé dès que la foi est donnée. Il serait absurde que l'on fût autorisé à éluder ses obligations en ne les exécutant pas. Le système du droit français est donc plus raisonnable que celui du romain ; il a sa base dans les rapports de moralité qui doivent exister entre les hommes.* » ; Voir en général à propos des contrats des peuples primitifs : P. VIOLLET, *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, L. Larose et Forcel, Libraires-Éditeurs, 1886, p. 505 : « *Nous définissons aujourd'hui un contrat l'accord de deux ou plusieurs volontés pour produire un effet juridique. Chez les peuples primitifs l'accord de deux volontés ou, si l'on veut, le simple consentement ne suffit pas pour constituer un contrat ; aussi ai-je défini le contrat des peuples primitifs l'accord sensible des volontés. Dans le vieux droit romain comme dans le droit germanique, l'accord de deux volontés ne produit un effet juridique qu'autant qu'il s'y joint une forme déterminée ou une prestation (*res*). En d'autres termes, il n'existe en droit germanique que des contrats formels (on dit aussi formalistes) ou réels ; pas de contrats consensuels. Aussi bien, c'est là un fait général : les contrats formalistes ou réels ont précédé partout les contrats purement consensuels.* »

romain [446] ; néanmoins, l'on semble ici restreindre la période de la vente non obligatoire à l'ancien droit romain [447]. Or, il paraît constant que la vente romaine, à la différence de celle issue du système du Code civil Napoléon, n'engendre que des promesses non obligatoires.

2. Les conceptions romaines de l'obligation

117. Deux conceptions. Il semble que les romains ont deux conceptions de l'obligation. La première qui paraît relever du droit civil identifie l'obligation à l'action en justice (a) ; la seconde se dégageant du droit des gens sépare l'obligation de l'action en justice (b).

a. Identification de l'obligation à l'action en justice

118. Obligation civile. La première conception de l'obligation en droit romain fait dépendre celle-ci de l'existence d'une action en justice [448]. Il paraît s'agir là de ce qu'on appelle « *obligation civile* » sanctionnée par une action civile [449] ; l'obligation suppose une action en justice préexistante dans les lois civiles pour sa sanction. L'action décrit l'acte pour la

---

446 G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 66 : « *[…], le Droit romain exige, en principe tout au moins, pour la formation d'une obligation contractuelle normale, une certaine formalité ou un certain élément extérieur. Le consentement ne constitue en effet qu'un pacte nu et, comme le précise Ulpien dans un passage célèbre : le pacte n'engendre pas d'obligation :* "Nuda pactio obligationem non parit" *(D. 2. 14. 7. 4.). N'engendrant pas d'obligation, il n'est, bien entendu, pas sanctionné par une action* "Ex nudo pacto actio non nascitur" *(Sent. de Paul, 2. 14. 1). Les actes extérieurs destinés à transformer le pacte nu en contrat muni d'action varient selon les cas.* » ; P. VASSART, *Manuel de droit romain*, Bruylant, 2015, p. 226 : « *[…] la simple convention est, pour les Romains, un accord qui ne les engage juridiquement — donc n'est sanctionné par la possibilité d'une mise en œuvre judiciaire — qu'à la condition d'être revêtu des formes exigées par le droit civil, ou d'être assorti de la tradition de la chose qui en fait l'objet, ou encore d'avoir été reconnu, dans l'édit du préteur, comme ayant force obligatoire : ainsi contrat et convention ne sont-ils donc pas synonymes pour les Romains et un défendeur ne peut-il être attrait en justice que s'il y a* contractus *et non simple* conventio *ou* pactum *;* ».

447 P. VASSART, *Manuel de droit romain*, Bruylant, 2015, p. 227 : « *[…] à l'origine, les seuls actes juridiques portant sur des biens consistent sans doute en transferts de propriété au comptant (ventes ou donations par* mancipatio *ou* in iure cessio*) tandis que seuls des faits juridiques (délits) peuvent générer des obligations (peine, réparation du dommage) dont l'exécution est, par la force des choses, différée dans le temps.* » ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 104 : « *La vente est, à la fin de la République et sous l'Empire, un contrat faisant naître des obligations à la charge de chacune des parties : mais cette vente génératrice d'obligations qui doivent être ensuite exécutées, n'a toujours pas existé à Rome.* » En ce qui concerne la période de l'ancien droit romain : E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., LexisNexis, 2011, p. 3 : « *Il s'agit de la période qui va de la fondation légendaire de Rome (753 av. J.-C.) jusqu'au milieu du IIe siècle avant notre ère.* »

448 G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 13 : « *[…] en droit romain c'est la sanction qui conditionne l'existence et l'ampleur même du droit.* »

449 *Ibid*., p. 13 : « *Les obligations civiles sont sanctionnées par une action, fondée sur une loi, un plébiscite, un sénatus-consulte, une constitution impériale ou même simplement sur la coutume romaine.* »

sanction duquel elle est prévue [450]. Les jurisconsultes romains expriment en général l'obligation par les termes d'action en justice. Ainsi, un acte ne revêt un caractère obligatoire que lorsqu'il offre à son bénéficiaire le moyen préexistant d'obtenir par force sa réalisation [451]. La force obligatoire du contrat se manifeste alors par ses effets permettant au créancier d'une obligation d'exiger son exécution d'une façon ou d'une autre, contre le gré du débiteur [452]. Au départ, les romains ne conçoivent pas d'obligation, sans action préexistante en justice à la base [453]. L'action permet de contraindre à la réalisation de la prestation convenue. Une dépendance étroite existait entre l'action en justice et l'obligation, si bien que celle-ci était considérée comme résultant de celle-là. De ce point de vue, le contrat ne crée d'obligation que lorsqu'une action en justice en résulte pour l'exécution forcée de ses prévisions [454]. En d'autres termes, l'obligation ainsi que l'action pour sa concrétisation sont nées du contrat au même moment, c'est-à-dire du consentement qui se trouve à la base de la formation du contrat. Tel ne semble pas le cas, même dans l'autre conception où l'obligation est séparée de l'action.

---

450 D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 14 : « *[…] ce qui est au cœur du procès romain, au moins à l'époque classique, c'est la formule de l'action plus que le droit matériel auquel elle se réfère.* »

451 G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 4 : « *Normalement, il n'ya d'obligation que là où il y a une action astreignant à l'exécution. […]. En l'absence de toute sanction juridique, il n'y a pas d'obligation […].* » ; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 14 : « *Si l'obligation est un lien, c'est qu'elle s'accompagne au profit de son bénéficiaire d'un moyen de pression visant à contraindre : l'exercice d'une action en justice, parfaitement mis en valeur […]. S'obliger, c'est offrir à un autre un moyen juridique de nous contraindre en vue de quelque chose.* » ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 415 : « *Le droit personnel,* obligatio*, appelé créance du côté actif, dette du côté passif, l'obligation est, dit-on en résumant deux définitions données par Justinien et par Paul, le droit d'une personne (créancier,* creditor*,* reus credendi*) en face d'une autre (débiteur,* debitor*,* reus debendi*) à un acte ou à une abstention, sanctionné par une action […].* », *Ibid*., p. 679 : « *Celui qui a une créance peut en général contraindre judiciairement son débiteur à l'exécuter. Il peut pour cela lui faire un procès, obtenir un jugement en vertu duquel il procédera à une exécution, dont le caractère a d'ailleurs beaucoup varié.* »

452 C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, tome 4, 6e éd., par E. BARTIN, éditons techniques, 1920, p. 8 : « *On entend par obligations civiles, toutes celles qui se trouvent sanctionnées, d'une manière complète, par le Droit positif, au moyen d'une action, c'est-à-dire du droit accordé au créancier d'en poursuivre l'accomplissement à son profit, par les voies légales et sous la protection de l'État.* »

453 G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 4 : « *Comme le droit se caractérise surtout chez les romains par sa sanction, toute obligation au sens juridique de ce mot aura une sanction. Normalement ce sera une sanction directe, c'est-à-dire une action.* » ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, « Nouvelles bibliothèque de Thèses, vol. 116 », préf. F. LEDUC, Dalloz, 2012, n° 184.

454 E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., LexisNexis, 2011, p. 10, n° 6 ; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 14 : « *Dans la conception romaine, le droit (*ius*) est […] inséparable de l'action en justice. L'action est le moyen de la sanction du droit et il n'y a de droit que s'il y a une action permettant de faire émerger, sur le plan du droit une situation. Ce qui est au cœur du procès romain, au moins à l'époque classique, c'est la formule de l'action plus que le droit matériel auquel elle se réfère.* »

b. Séparation de l'obligation de l'action en justice

119. Obligation prétorienne. La deuxième conception romaine de l'obligation sépare l'obligation, droit substantiel, de l'action en justice. L'obligation constitue la *causa* de l'action [455], autrement dit, elle fonde l'existence ou l'exercice de l'action en justice. Cette conception semble se trouver à la base de l'hypothèse des « *obligations prétoriennes ou honoraires* » [456], dont la sanction résulte de l'édit ou du bon vouloir du magistrat [457]. La sanction d'un acte, autrement dit, le caractère obligatoire de celui-ci dépend de l'appréciation du magistrat : l'action qui permet de sanctionner un acte, est édictale ou décrétale selon qu'elle est promise d'avance dans l'édit ou décrétée par un préteur [458] pour un cas particulier [459]. À cette hypothèse, on peut assimiler les actes sanctionnés par les actions découlant des stipulations particulières des contractants ; l'action est stipulée par ceux-ci en vue de sanctionner un comportement bien prévu et déterminé. Ainsi, le caractère contraignant de l'obligation n'est nullement modifié. L'action en justice découle de la prestation contractée. C'est dire que cette action ne naît pas directement du contrat, mais constitue la conséquence spécifique de la prestation créée par le contrat, en vue de l'exécution forcée de celle-ci.

120. Conclusion. Aucune de ces deux conceptions ne se retrouve dans la vente romaine, en ce qui concerne les prestations consistant dans la délivrance de la chose vendue et dans le payement du prix. Certains jurisconsultes romains laissent entendre de façon vague que leur vente crée d'obligations [460]. Certes, quelques actions existent, cependant on verra que

---

455 D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 15 : « *Le droit savant commence à séparer le droit et l'action. Il identifie le* ius *au droit matériel et voit simplement dans l'action le droit au procès. S'agissant du droit des obligations, cette évolution se manifeste par l'insistance avec laquelle, dès les commentaires pré-accursiens […], l'obligation est présentée comme la causa de l'action. La primauté est désormais donnée à l'obligation, au droit matériel, l'action étant censée découler de ce droit.* »

456 G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 13 : « *[…] on oppose […] les obligations civiles aux obligations prétoriennes ou honoraires.* »

457 *Ibid*., p. 13.

458 E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., LexisNexis, 2011, p. 5 : « *Il s'agit d'un magistrat chargé de régler les litiges entre Romains et pérégrins (les étrangers qui n'ont pas la citoyenneté romaine), et entre pérégrins résidant à Rome.* »

459 G. HUBRECHT, *op. cit*., p. 13 : « *Les obligations prétoriennes ou honoraires sont sanctionnées par une formule fondée sur l'initiative du magistrat : l'action qui la sanctionne peut être édictale, c'est-à-dire promise d'avance dans l'édit, ou décrétale, c'est-à-dire accordée pour un cas particulier, par un décret du préteur, rendu après examen de la cause.* »

460 Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 3, Digeste, Livre XIX, Titre I, p. 5 : « *Si le vendeur refuse de faire la délivrance de la chose, l'acheteur a action contre lui pour se faire payer de l'intérêt qu'il avait qu'elle lui fût livrée. Et cet intérêt peut quelquefois en excéder la valeur réelle, si celui qu'a l'acheteur surpasse la valeur ou le prix qu'il a donné de la chose.* », *Ibid.*, p. 11 : Ulpien écrit ceci : « *[…], le vendeur doit faire à l'acheteur la délivrance de la chose elle-même : d'où il s'ensuit que la propriété de la chose passe à l'acheteur, si le vendeur en est le maître. Si le vendeur n'en est pas le maître, il est obligé envers l'acheteur, dans le cas où la chose lui sera évincée, pourvu toutefois que le*

… / …

celles-ci découlent plutôt de l'exécution de la prestation, soit de la délivrance, soit du payement du prix. Une telle action ne peut viser que la suite de la prestation fournie. Ce sont ces actions qui sont appelées en général « *actions de la vente* », dont il convient de vérifier l'exercice à l'égard des prestations caractéristiques.

3. Vérification à l'égard des prestations caractéristiques

À deux égards. On est conduit à vérifier successivement dans quelle mesure l'*emptio-venditio* serait créatrice d'obligations à l'égard de l'acheteur (a) ou du vendeur (b).

a. À l'égard de l'acheteur

121. L'engagement de payer le prix. La question se pose de savoir si l'*emptio-venditio* crée en réalité des obligations, et dans quelle mesure. La réponse procède de la vérification de tout ce qui est susceptible de constituer un effet personnel caractéristique de cette vente [461] ; il va donc falloir examiner le caractère des prestations, tels que le payement du prix et la délivrance de la chose. Ainsi, comme ci-dessus rappelé, à l'égard de l'acheteur, l'esprit familiarisé avec le système du Code civil de 1804 peut être porté à considérer qu'une obligation résulte de la vente romaine, la démonstration de l'absence du caractère obligatoire du payement du prix paraissant particulièrement subtile. À l'image de ce Code, l'acheteur s'engage par définition certes à payer le prix de la vente [462]. Ce que l'on ne peut pas cependant être en mesure de savoir dans le droit romain, c'est le payement obligatoire ou forcé du prix en cas de résistance abusive de l'acheteur, ou de sa rétractation unilatérale de la vente.

Il doit en effet résulter *ipso facto* de la vente des moyens qui permettent à l'aliénateur d'obtenir la réalisation de celle-ci, du moins le payement du prix : une action en justice. Or, contrairement à l'opinion répandue, l'existence d'un tel moyen s'avère douteuse [463]. Selon la

---

prix ait été payé par l'acheteur, ou que le vendeur ait été satisfait de toute autre manière. À l'égard de l'acheteur, il doit faire passer au vendeur la propriété du prix qu'il lui paye. » On peut s'apercevoir que l'exercice par l'acheteur de l'action à laquelle l'allusion est ici faite, est subordonné au paiement du prix : l'acheteur doit avoir exécuté sa prestation consistant à payer le prix. Le but du payement du prix consiste à établir que les parties se sont véritablement engagées.

461 J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 1re éd., Dalloz, 2002, n° 491 : « *On distinguait, au Moyen âge, trois sortes d'effets de la vente : des effets essentiels, des effets naturels, des effets accidentels. Les effets essentiels sont ceux sans lesquels une vente n'est pas une vente ; telle est l'obligation, pour le vendeur, de délivrer la chose vendue et, pour l'acheteur, celle de payer le prix.* »

462 E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *op. cit.*, p. 77 : « *L'acheteur s'est engagé à verser au vendeur la propriété d'une somme d'argent appelée prix. Il n'est pas tenu de l'acquitter au moment de la conclusion du contrat. Les parties peuvent convenir d'un paiement différé.* » ; D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 229 ; G. HUBRECHT,*op. cit*., p. 117.

463 J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.,* n° 483 : « *[…], il faut d'ores et déjà indiquer que le Haut moyen âge marque dans ce domaine — comme en bien d'autres — un retour en arrière, et presque un retour au point de départ. Dans une civilisation désormais beaucoup moins ouverte au commerce, la vente*

… / …

logique suivie ici, le vendeur qui offre de délivrer la chose, doit, à l'instar du système du Code civil de 1804, tenir de la vente, c'est-à-dire de la *causa*, le pouvoir de forcer l'acheteur à l'exécution de l'obligation en cas de refus de celui-ci : la réalisation simultanée des prestations réciproques, caractéristique de la vente pure et simple. Même l'acheteur qui n'a pas encore obtenu la délivrance de la chose vendue ne doit pas se voir réserver la faculté de rétractation unilatérale. C'est en cela que l'engagement de l'acheteur pourrait constituer une obligation. D'ailleurs, en général, le payement du prix s'effectue avant l'exécution de l'obligation de délivrance. Il n'est pas établi avec certitude que l'*emptio-venditio* permette au vendeur de se satisfaire de cette façon [464].

122. Condition d'un payement obligatoire du prix. Il paraît certain en revanche que le vendeur peut forcer le payement du prix après l'exécution de l'obligation de délivrance [465]. Celle-ci suppose la volonté de l'acheteur [466], par conséquent sa mise en possession. À cet égard, PAUL écrit ceci dans les Institutes : « *l'obligation qui se contracte par paroles exige aussi dans les parties l'intention de s'obliger : car si je vous dis en badinant, ou pour vous donner un exemple de la stipulation, me promettez-vous telle chose, et que vous me répondiez je vous la promets, il ne s'ensuivra pas d'obligation* » [467]. En général, soit la délivrance s'exécute après le payement du prix [468], soit ces prestations caractéristiques se réalisent de façon simultanée [469]. Le prix peut augmenter

---

redevient une opération qui se fait normalement au comptant : une promesse de livrer ou de payer ne semble obligatoire par elle-même. »

464 C'est même l'opinion exprimée par Labéon, rapportée et, à tort, critiquée par R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Domat-Montchrestien, 1935, n° 118 : « *Labéon, visant sans doute certaines lois de la fin de la République dont le but était d'abolir les dettes, suppose qu'avant l'exécution par le vendeur de son obligation de livrer, l'acheteur avait été légalement libéré de son obligation de payer le prix : se fondant sur le caractère de bonne foi de la vente, il décide que le vendeur ne pourra être contraint à livrer la chose. Il admet, au contraire, que si le vendeur avait déjà mis l'acheteur en possession de la chose vendue, il perdrait à la fois la chose et la créance du prix, car l'acheteur pourrait repousser son action en revendication par l'*exceptio rei venditae et traditae. »

465 Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 9, Livre IV, Titre XLVIII, p. 141 : l'empereur Antonin écrit à Déliana : « *Assignez par l'action* venditi *celui à qui vous avez vendu un champ : car vous n'avez pas contre l'acheteur, qui ne vous est pas obligé personnellement, l'action* in rem. » La propriété est considérée comme transférée par la délivrance. Par conséquent, le vendeur ne dispose plus de l'action *in rem*.

466 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 319.

467 Corps de droit civil romain, tome 2, Digeste, Livre XLIV, Titre VII, p. 600.

468 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n°8 : « *La* mancipacio*, postérieure au contrat de vente n'intervenait qu'après le paiement du prix. La* traditio *n'était pas, en principe, translative de propriété tant que l'acheteur n'avait pas payé le prix. Cette règle constituait une garantie sans pareille pour le vendeur impayé.* »

469 J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *op. cit.*, p. 239 *: « Lorsque le transfert de propriété a lieu à la suite d'une vente, sa réalisation est subordonnée à une exigence supplémentaire : celle du paiement du prix. Cette solution est certaine pour le droit de Justinien […]. » ;* R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n°8 : « *[…], l'acheteur peut s'abstenir de payer tant que le vendeur ne l'a pas livré, toujours en vertu du principe de simultanéité.* »

d'intérêts après l'exécution de l'obligation de délivrance [470]. Cependant, il n'est pas exclu que la chose soit délivrée avant le paiement du prix. Un terme par exemple peut être accordé à l'acheteur [471]. En ce cas, si celui-ci ne s'exécute pas à l'échéance convenue ou résiste sans justification à payer le prix, le vendeur peut l'y contraindre. Il peut le faire par le biais de l'*actio venditi* [472], l'une des actions appelées « *actions de la vente* » . La situation s'apparente ainsi assez fort à celle caractéristique de contrats réels [473], l'action procédant de la remise de la chose vendue en vue de forcer l'exécution de la contre-prestation. L'on considère à tort que l'*actio venditi* est issue directement de la vente [474]. On peut en effet observer qu'elle découle plutôt de l'exécution de la délivrance, autrement dit, de la prestation [475], mais pas de la vente. L'hypothèse correspond à ce titre à la seconde conception de l'obligation, suivant laquelle l'action procède de l'obligation, avec cette nuance cependant que l'action résulte ici de la réalisation de la prestation du créancier, mais non de l'existence en soi de l'obligation du débiteur. Autrement dit, le vendeur ne peut

---

470 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 113 : « *L'acheteur est, avant tout, tenu de remettre au vendeur le prix convenu, et même, il est tenu de le rendre propriétaire de la somme d'argent qu'il lui verse […]. De plus, il doit, même sans mise en demeure, payer les intérêts du prix, à dater du moment où la chose vendue lui a été livrée […].* »

471 Telle une vente à crédit : R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 104, p. 157 : « *[…], une règle des Douze Tables, rapportée par Gaius, montre que la vente à crédit n'était pas inconnue : la loi, en effet, accordait, à titre exceptionnel, la prise de gage (*pignoris capio*) contre celui qui avait acheté une bête destinée à un sacrifice et n'avait pas payé le prix : on peut en conclure, d'une part, que le prix n'était pas toujours payé comptant, et, d'autre part, que dans de telles hypothèses, l'acheteur avait l'habitude de remettre un gage (*pignus*) au vendeur, en garantie du paiement […].* » ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain, Les obligations*, « Universités-Droit », ellipses, 2006, p. 185 : « *Déjà la loi des XII Tables avait organisé une sorte de vente à crédit pour les animaux qui étaient destinés à servir dans les sacrifices offerts en l'honneur des dieux immortels. L'acheteur qui était immédiatement mis en possession de l'animal à sacrifier, était autorisé à n'en payer le prix qu'ultérieurement, le vendeur étant protégé, jusqu'à complet paiement, par un gage sur les biens de son débiteur.* »

472 Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 9, Livre IV, Titre XLIX, p. 142 : les empereurs Dioclétien et Maximien écrivent à Néractus : « *L'action* venditi*, à moins qu'il n'ait été convenu autrement, ne peut servir facilement à faire rescinder une vente déjà parfaite ; son objet propre est l'exaction du prix.* » ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 117 : « *Les obligations de l'acheteur sont les suivantes : I. — Prendre livraison de la chose. II. — Payer le prix. […]. III. — Payer les intérêts du prix à partir de la livraison de la chose, s'il n'y a pas simultanéité entre le paiement et la livraison. IV. — Payer les frais de garde de la chose à partir du moment où on est en retard pour en prendre livraison. Ces obligations de l'acheteur sont sanctionnées par l'*actio venditi *donnée au vendeur.* »

473 G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 66 : « *Dans les contrats réels, c'est la remise d'une chose par le futur créancier au futur débiteur qui fait naître l'obligation.* »

474 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat — Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 112 : « *L'obligation essentielle de l'acheteur, sanctionnée par l'action* venditi*, accordée à l'aliénateur, est l'obligation de payer le prix […].* »

475 P. VIOLLET, *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, L. Larose et Forcel, Libraires-Éditeurs, 1886, p. 505 : « *Dans le vieux droit romain comme dans le droit germanique, l'accord de deux volontés ne produit un effet juridique qu'autant qu'il s'y joint une forme ou une prestation (*res*).* »

exercer l'*actio venditi* tant que la délivrance n'a pas pu être exécutée de façon réelle ou fictive [476]. La réception de la délivrance par l'acheteur démontre le véritable engagement de celui-ci. C'est ce qui permet l'exercice de l'*actio venditi* à son égard.

123. Solution de principe. Cette solution ressort, d'ailleurs, des écrits des jurisconsultes romains à titre de principe. Il en est ainsi dans un cas pratique présenté par le jurisconsulte PAUL. En effet, aux termes de l'un de ses écrits, « *la vente se contracte par un mutuel consentement ; elle peut se résoudre de même tant que la convention n'a encore été remplie d'aucun côté.* » [477] De même, le jurisconsulte JULIEN écrit : « *la vente est résolue par le simple consentement des parties, si la convention n'est encore exécutée d'aucun côté* » [478]. Il résulte de ces écrits que le principe de la révocation du contrat de vente par consentement mutuel connaît une limite. Le contrat de vente ne peut ainsi être révoqué par les parties que lorsqu'aucune de celles-ci n'a exécuté la prestation qui lui incombe. Dès lors que l'une des parties a pu réaliser l'objet de son engagement, la révocation du contrat n'est plus possible. Ce principe est sans doute contraire à celui du Code civil français suivant lequel il est loisible aux contractants de révoquer de commun accord leur convention même si elle est exécutée [479]. One ne voit pas la raison pour laquelle il doit être refusé aux contractants de révoquer leur contrat. Les contractants seront-ils obligés par l'autorité publique à exécuter leurs obligations ?

Il semble alors qu'on doive comprendre par là qu'il s'agit de la traduction, mais de façon impropre, de l'effet non obligatoire de la vente romaine. Un contractant peut se retirer de façon unilatérale de la vente, mais il ne peut au contraire le faire lorsqu'il a reçu payement de la prestation réciproque [480]. Cette analyse semble confirmée par la suite du même écrit

---

476 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 104, p. 157 : « *Avec le développement du commerce, qui est intimement lié à l'idée de crédit, il arriva de plus en plus fréquemment que des personnes qui ne voulaient pas ou ne pouvaient pas procéder à une opération au comptant, aient le désir de s'assurer pour l'avenir, l'acquisition ou l'aliénation d'une chose pour un prix déterminé. D'autre part, dans la vente-mancipation des fonds de terre, du jour où la pesée de l'airain est devenue fictive, les parties qui pouvaient procéder à l'acte d'acquisition de la propriété, à très grande distance du fonds vendu, ont pu convenir que la remise de la possession et le paiement du prix seraient reportés à une date ultérieure.* »

477 PAUL au livre 33 sur l'Edit. Digeste II, Livre XVIII, Titre V, p. 588.

478 JULIEN au liv. 15 du Digeste. Digeste II, Livre XVIII, Titre V, p. 589.

479 L'ancien article 1134 du Code civil.

480 C'est ce qu'on doit aussi comprendre à travers ces écrits : Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 9, Livre IV, Titre XLV, p. 136 : l'empereur Gordien écrit à Rufinus : « *Si l'exécution de la vente n'a pas encore été commencée, les parties peuvent l'annuler par leur consentement commun : car ce qui a été contracté par le consentement commun, peut être détruit de même, mais le simple consentement n'est pas suffisant pour résilier la vente, lorsque la tradition a eu lieu, à moins qu'il n'intervienne un acte semblable au premier, qui, agissant en sens contraire, le détruise.* » Mieux, *Ibid.*, les empereurs Dioclétien et Maximien écrivent à Félix ceci : « *Il est certain qu'une vente quoique parfaite, si elle n'a pas commencé à être exécutée, peut être annulée par un pacte et le consentement commun. C'est pourquoi s'il a été donné quelque chose à titre d'arrhes, vous pouvez le récupérer en vertu du pacte. Mais si vous avez payé une partie du prix, vous avez plutôt une action pour exiger les choses que le vendeur d'après le contrat de vente est tenu de vous fournir, que pour exiger la restitution du prix que vous dites avoir été payé.* »

du jurisconsulte PAUL. En effet, celui-ci se demande, comme conséquence du principe visé, « *si la vente pourrait être résolue par la seule volonté des contractants, dans le cas où l'acheteur aurait reçu un répondant pour s'assurer de la délivrance qui devait lui être faite de la chose, ou dans le cas où le vendeur aurait fait obliger l'acheteur envers lui par stipulation, à lui payer le prix.* » [481] L'on s'interroge ici sur le sort des clauses stipulant des garanties réciproques, par rapport au principe de la libre révocation du contrat par le consentement mutuel des parties. PAUL rapporte la réponse de JULIEN, lequel estime qu'il n'y a pas d'action au titre de ces garanties en raison de la révocation des prestations principales [482]. Dans le même sens, PAUL répond que « *le principal obligé étant libéré, le répondant doit l'être* » [483].

Ainsi, sans qu'il ait au préalable exécuté son obligation, le vendeur ne peut exercer l'*actio venditi*. Il s'ensuit que le contrat constitue une situation précaire ; la réalisation de la prestation qui en résulte, est sans doute teintée d'un caractère potestatif. Il a été rappelé que l'exécution de la délivrance suppose la volonté de l'acheteur, celui-ci devant accepter de recevoir la chose. Ce qui peut constituer un obstacle à l'exercice de cette action par le vendeur en cas de rétractation unilatérale de l'acheteur. La vente romaine établit suffisamment son caractère non obligatoire à l'égard du vendeur.

b. À l'égard du vendeur

124. Délivrer la chose vendue. À l'égard du vendeur, aucun doute ne plane sur l'inexistence de l'effet obligatoire de l'*emptio-venditio*. Suivant la structure de cette vente, celui-ci s'engage à transférer la possession paisible et durable de la chose [484]. Ce transfert s'effectue par l'exécution de la délivrance caractérisée suivant les cas par la *mancipatio*, l'*in jure cessio* ou la *traditio*. L'effet obligatoire de la vente implique donc en faveur de l'acheteur un pouvoir de forcer la réalisation de la *mancipatio*, de l'*in jure cessio* ou de la *traditio*. Il ne semble pas en être ainsi dans la vente romaine. L'on sait que l'obligation, en droit romain, s'accompagne d'une action en justice, et que les actions en justice sont bien nommées, avec description de leurs conditions d'exercice. Mais l'existence d'une telle action en faveur de l'acheteur s'avère incertaine dans la *causa* de la délivrance.

125. Les actions. Il est certes fait état d'un certain nombre d'actions dont dispose l'acheteur ; cependant, à les examiner de près, celles-ci ne lui sont conférées nulle part *ipso facto* par l'*emptio-venditio*. Les plus vraisemblables semblent découler plutôt de la délivrance,

---

481 Le texte est rendu encore ambigu par le terme : « *résolue par la seule volonté des contractants* ». L'ambiguïté serait évitée si ce terme était remplacé par celui : « *la volonté d'une seule partie* ».

482 PAUL au liv. 33 sur l'Edit. Digeste II, Livre XVIII, Titre V, p. 588 : « *Julien a répondu qu'après ce désistement, il n'y aurait plus lieu aux actions de la vente ; parce que les conventions des parties font corps avec l'obligation principale dans les contrats de bonne foi.* »

483 PAUL au liv. 33 sur l'Edit. Digeste II, Livre XVIII, Titre V, p. 588.

484 P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, tome 1, *Les obligations*, « Thémis », Puf, 1961, n° 243 ; HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 112.

autrement dit, de l'exécution de la prestation du vendeur. Aussi longtemps que celle-ci demeure inexécutée, l'acheteur ne peut les exercer. Leur cause étant la délivrance, ces actions visent à assurer la protection de la possession de la chose, c'est-à-dire à garantir celle-ci. La délivrance engendre aussi à la charge du vendeur l'obligation de garantie, d'éviction et de vices cachés [485]. L'*emptor* disposerait ainsi, tout d'abord, de l'*actio empti* [486], ou *actio emti* [487], qui aurait, de l'avis de certains auteurs, vu le jour beaucoup plus tard [488]. Des auteurs estiment que le vendeur s'oblige à livrer la chose [489] ; ils présentent par voie de conséquence l'*actio empti* comme permettant à l'acheteur de forcer la délivrance [490], mais

---

485 E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *op. cit.*, p. 78 : « *Objectivement, il s'agit bien de deux troubles de la* vacua possessio *dont l'acquéreur est censé jouir. Mais ils ne découlent pourtant pas au début de l'obligation de* vacuam possessionem tradere *incombant au vendeur. En effet, les garanties contre l'éviction et les vices cachés découlaient de la mancipation, c'est-à-dire de l'acte solennel de transfert de la propriété des* res mancipi *et non du contrat de vente.* »

486 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Domat-Montchrestien, 1935, n° 122 ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 583 ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 112.

487 M.-J. CORNIL, *Droit romain, Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, Éditeurs, 1885, p. 267.

488 J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 482, p. 717 : « *On a avancé que les actions* empti *et* venditi *auraient été créées par le préteur pérégrin. Devant l'afflux des étrangers à Rome, aux fins de commerce, il aurait fallu trouver une sanction sûre et régulière, calquée sur l'ancien* arbitrium*, c'est-à-dire forcement une action de bonne foi. Comme on sait que le préteur pérégrin a été institué en 242 avant J.-C., ce serait donc après cette date que les actions du contrat de vente auraient été offertes.* » Dans le même sens, M.-J. CORNIL, *Droit romain, Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, Éditeurs, 1885, p. 266 : « *Le vendeur n'était tenu qu'à* tradere*, et son obligation était remplie dès qu'il avait livré la chose à l'acheteur ; peu importe ce qui arrivait ensuite ; peu importe que la chose fût enlevée à l'acheteur, même pour une cause inhérente au droit du vendeur ; celui-ci avait effectué la délivrance,* tradiderat *; il était libéré entièrement, irrévocablement. Si donc la volonté commune des parties était d'assurer, autant que possible, et pour toujours, à l'acheteur la possession de la chose vendue, quel moyen avaient-elles pour atteindre ce but ? Le même moyen qui était employé, dans les premiers temps, en vue du dol, c'est-à-dire la stipulation d'une peine. On y eu recours : une peine était stipulée d'avance, pour le cas où l'acheteur serait dépossédé par suite d'un vice affectant le droit du vendeur ; d'ordinaire, cette peine était le double du prix de vente, d'où le nom de* stipulatio duplæ *; et, le cas échéant, l'acheteur obtenait, par l'*actio ex stipulatu*, le payement de la peine convenue. Or, comme l'acheteur tient presque toujours à s'assurer indéfiniment la possession de la chose, l'usage de pareille stipulation devint très fréquent ; bientôt on ne procéda plus autrement ; et s'il se présentait une vente où la* stipulatio duplæ *fît défaut, cette absence fut présumée avoir pour cause, soit un oubli, soit la difficulté de remplir les formalités de la stipulation ; et le préteur donna à l'acheteur l'*actio emti*, à l'effet de réclamer du vendeur la* stipulatio duplæ*. Arrivée à ce point, la législation n'avait plus qu'un pas à faire : dispenser l'acheteur de la nécessité de passer par la* stipulatio duplæ*, et lui accorder l'*actio emti *dans le but d'obtenir directement la réparation du préjudice qui lui a été causé. C'est ce qui a eu lieu ; et ainsi, à côté de l'obligation de délivrer, est venue insensiblement se placer une seconde obligation qui incombe naturellement au vendeur : celle de garantir, autant qu'il est en lui, la possession de la chose à l'acheteur ; en d'autres termes, de garantir du chef d'éviction.* »

489 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 583 ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 112.

490 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 112 : « *[...] l'obligation essentielle du vendeur, sanctionnée par l'action* empti *délivrée à l'acheteur, est l'obligation de livrer la chose, après l'avoir conservée jusqu'à la livraison.* » ;

… / …

sans aucune précision sur la possibilité de l'exercice de cette action à ce stade. M. GERARD ainsi que M. HUBRECHT présentent ensuite l'*actio empti* comme résultant plutôt de l'exécution de la délivrance [491]. Il y a évidemment là une incohérence dans la présentation de la cause de cette action. En réalité, l'*actio empti* ne peut, à double titre, constituer l'effet direct de la vente.

126. Conditions d'exercice de l'actio empti. D'une part, en effet, les conditions de l'exercice de cette action confirment que celle-ci ne découle que de la délivrance. Les jurisconsultes romains assimilent l'éviction de l'acheteur par le *verus dominus* à l'absence de délivrance [492] ; d'où ils laissent souvent entendre confusément que l'acheteur dispose de l'*actio empti*, une action dite de la vente, pour forcer la délivrance. On s'aperçoit que cette action vise

---

G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 112 : « *[...], que le vendeur soit ou non propriétaire, il est toujours obligé selon les cas, de faire mancipation ou tradition de la chose vendue pour en transférer soit la propriété soit tout au moins la possession. C'est ce qu'indique un texte des Sentences de Paul, I, 13 a, 4* "Si id, quod emptum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest ut tradat aut mancipet". *Si la chose vendue n'a pas été mancipée ni tradée, le vendeur peut être contraint à la livrer ou à en faire mancipation. Ces diverses obligations du vendeur sont sanctionnées par l'*actio empti *donnée à l'acheteur.* » ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau et Cie, 1924, p. 577 : « *Le vendeur est obligé à livrer la chose (*rem praestare, possessionem tradere, vacuam possessionem tradere*), l'acheteur a le droit de demander la délivrance par l'action* empti. » ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain, Les obligations*, « Universités-Droit », ellipses, 2006, p. 191 : « *Les obligations du vendeur, qui se trouvent sanctionnées au moyen de l'*actio empti*, l'action donnée à l'acheteur, sont au nombre deux. Le vendeur, en effet, doit non seulement procurer à l'acheteur la possession de la chose vendue, mais également faire en sorte que cette possession demeure aussi durable et paisible que possible, quasi éternelle, ce pourquoi il doit garantie à l'acheteur.* »

491 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 588 : « *L'obligation de garantie d'éviction est, dit-on en droit moderne, un prolongement de l'obligation de délivrance. Le vendeur est obligé de maintenir l'acheteur en possession de la chose qu'il a remise, il est tenue à l'indemniser au cas de dépouillement venant de ce qu'il ne lui a pas donné un droit supérieur à celui du tiers auteur de l'éviction. Cette idée est déjà jusqu'à un certain point celle du droit de Justinien où l'acheteur évincé peut avoir contre le vendeur deux actions principales : l'action* empti *fondée sur le contrat et l'action [*ex stipulatu*]* duplae *résultant d'un contrat verbal.* » ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 125 : « *Dans tous les cas, l'acheteur évincé peut réclamer l'indemnité du préjudice par l'action qui sanctionne le contrat de vente, l'action* empti*, puisque la vente entraîne désormais la garantie d'éviction.* »

492 Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 3, Digeste, Livre XIX, Titre I, p. 14 : Ulpien rapporte ceci : « *Nératius écrit encore que le vendeur doit mettre l'acheteur en état d'être préféré dans le cas où la possession de la chose vendue viendrait à être contestée. Mais Julien écrit au livre quinze du digeste, que la délivrance de la chose ne sera pas censée faite, si l'acheteur n'est point en état de l'emporter contre tous ceux qui demanderaient la possession. Ainsi, il y aura lieu à cet égard à l'action de la vente en faveur de l'acheteur.* », *Ibid.*, p. 15 : Ulpien écrit encore ceci : « *Lorsque le vendeur promet de mettre l'acheteur en possession d'une chose, à quoi est-il obligé envers lui ? Je pense qu'il faut bien distinguer si le vendeur promet que la possession de l'acheteur en sera troublée ni par lui ni par ses ayants-cause, ou s'il promet qu'elle ne sera troublée par personne : car, dans le premier cas, il ne paraît pas s'obliger à faire que la chose ne soit point évincée. Si elle vient à l'être, l'acheteur n'aura contre lui ni l'action de la stipulation, s'il y en a une, ni celle de la vente s'il n'y a point de stipulation.* »

strictement à garantir plutôt la possession de la chose [493], ou à réparer le préjudice subi par l'acheteur du fait de la dépossession [494]. Ce qui s'explique aussi par son exercice requérant que l'acheteur rapporte la difficile preuve du dol du vendeur [495]. Tous les auteurs semblent s'accorder à dire que l'*actio empti* est fondée sur la bonne foi du vendeur [496]. Or, le principe de bonne foi ne constitue qu'une obligation accessoire ; il ne constitue pas une obligation indépendante, mais impose une sorte de forme à l'exécution d'une obligation, autrement dit, d'un acte matériel ; il ne caractérise à ce titre que la façon dont le débiteur a fourni sa prestation [497]. En l'occurrence, l'acheteur évincé par le *verus dominus* doit établir que le vendeur n'a pas effectué la délivrance de bonne foi ; il doit alors prouver que son cocontractant savait qu'il aliénait la chose d'autrui et qu'il ne l'avait pas déclaré. Car cette vente est admise [498]. De même, en cas de vices cachés, l'acheteur doit prouver que le vendeur les connaissait lors de la formation du contrat et qu'il ne les avait pas déclarés. Il doit établir aussi dans les deux cas l'intention du vendeur de le tromper, en cachant l'information [499].

---

493 D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 49 : « *[…] la formule de l'*actio empti *[…] sanctionne l'obligation du vendeur consistant non pas à transférer la propriété de la chose mais à assurer la* vacua possessio *au profit de l'acheteur […].* »

494 M.-J. CORNIL, *Droit romain, Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, Éditeurs, 1885, p. 266 et 267 ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 114, p. 176 : « *[…], quand le vendeur a vendu sciemment la chose d'autrui à un acheteur qui l'ignorait, l'acheteur peut agir, dès qu'il s'en aperçoit, par l'*actio empti*, en vue d'obtenir des dommages et intérêts […] : il y a là une exception à la règle suivant laquelle l'acheteur mis en possession ne peut se plaindre de ce que la chose appartient à autrui ou est hypothéquée, tant qu'il n'a pas été évincé […].* »

495 E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *op. cit.*, p. 79 : « *Dans le régime commun de la vente, le vendeur ne répondait que de son dol.* » ; J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.,* n° 494, p. 734.

496 G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 125 : « *[…] l'action empti est de bonne foi […].* » ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau et Cie, 1924, p. 588 : « *[…], la créance de bonne foi prend naissance par le seul fait de la vente, sans convention expresse, en vertu de l'idée que l'acheteur doit, en retour de son prix, obtenir un pouvoir durable sur la chose, être indemnisé, si elle lui est enlevée par la faute du vendeur.* » Une comparaison qui s'avère pertinente à cet égard : J.-F. BRÉGI, *Droit romain, Les obligations*, « Universités-Droit », ellipses, 2006, p. 186 : « *L'hypothèse n'explique […] pas comment, alors que les contrats* re*, qui sont des actes unilatéraux, trouvent toujours leur sanction dans une* condictio *de droit strict, les obligations qui naissent de la vente, contrat synallagmatique parfait, se trouvent au contraire sanctionnées par des actions de bonne foi.* »

497 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau et Cie, 1924, p. 589 : « *[…] la créance de bonne foi a une base purement réaliste. Elle existe du moment que l'acheteur ne garde pas la chose en vertu de la vente, par exemple quand la chose lui reste en vertu d'un legs, après que son défaut de droit a été reconnu judiciairement, par exemple quand il n'y a pas eu de procès, mais qu'elle lui reste à un autre titre, par exemple même quand il n'y a pas éviction de la chose ou d'une de ses parties, mais simplement d'un de ses accessoires.* »

498 P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit français de l'An mil au Code civil*, « l'Évolution de l'Humanité », Albin Michel, 1985, p. 232.

499 E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *op. cit.*, p. 79.

127. But des formalités constitutives de délivrance. D'autre part, il semble incohérent qu'il existe une action destinée à forcer la réalisation de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio* [500]. En effet, ces formalités ont pour seul but de protéger l'expression de la volonté du vendeur et de constituer par conséquent une preuve en faveur de l'acheteur [501]. Elles visent à établir la réalité de l'engagement des parties ; contrairement à certaine opinion [502], elles ne constituent absolument pas un formalisme de publicité [503]. Car, il est de principe, en droit romain, que la chose d'autrui peut être valablement vendue. Le droit romain ne se soucie guère de l'intérêt d'un tiers dans une opération d'acquisition. On sait, d'ailleurs, que ces formalités caractéristiques de délivrance ne visent pas non plus le transfert de la propriété, mais de la possession de la chose aliénée [504]. Il est rappelé précédemment qu'elles ne peuvent emporter le transfert de la propriété que de façon hypothétique. Au regard de tout cela, on ne voit pas la logique qui exigerait de publier les actes constitutifs de délivrance. Il est donc contradictoire que, d'un côté, des formalités soient exigées en vue de protéger l'expression de la volonté du vendeur, alors que, d'un autre côté, on permet à l'acheteur de forcer la réalisation de ces formalités. Il est du non sens que le législateur impose, en aval, la libre expression du consentement, et permet, en amont, de forcer cette expression.

128. L'incertitude sur l'existence de l'actio empti. Il paraît toutefois que l'existence de l'*actio empti* demeure incertaine. Ayant en effet regardé cette action comme résultant *ipso facto* de la vente, les romanistes ne renseignent pas sur la forme de la délivrance qui la génère. Ils

---

500 J.-F. BRÉGI, *Droit romain, Les obligations*, « Universités-Droit », ellipses, 2006, p. 192 : « *[…], le vendeur doit normalement procéder par mancipation, et cette mancipation seule transfère la propriété à l'acheteur. L'acheteur, au début de l'époque classique, se trouve même en droit d'exiger que le vendeur procède au transfert de propriété par mancipation, et le vendeur qui refuse d'accomplir cette formalité commet un dol. Tant que la chose vendue n'a pas fait l'objet d'une mancipation régulière, le vendeur en reste certes propriétaire, mais sa propriété n'est plus qu'une propriété théorique, dont il ne peut ni user ni abuser sans faute de sa part. Le vendeur ne peut plus profiter de la chose vendue. Il ne doit pas se servir de la chose ou s'en approprier les fruits. Il ne doit ni la détruire, ni la revendre, et demeure tenu de toutes les pertes qui peuvent survenir, même sans son dol ou faute de sa part. Rien n'interdit, cependant, que la vente-contrat, qui n'est que créatrice d'obligation, se passe du rituel de la mancipation. Le vendeur peut vendre sans transférer la propriété, notamment parce que la chose vendue ne lui appartient pas au sens plein du droit civil.* »

501 G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 67 : « *[…], l'avantage de ce procédé apparaît nettement en cas de contestation ultérieure, seul ce qui aura été nettement promis sera dû.* »

502 B. SCHMIDLIN, *Droit privé romain*, tome 1, *Origines et sources, Famille, biens, successions*, « Faculté de droit de l'Université de Genève », Bruylant, 2008, p. 221.

503 P. VASSART, *Manuel de droit romain*, bruylant, 2015, p. 248 : « *[…] le formalisme de publicité : la formalité imposée poursuit l'objectif de rendre l'acte opposable aux tiers, de les informer du titre du titulaire du droit : lors de la constitution d'un droit d'hypothèque, il faut nécessairement inscrire cette hypothèque dans le registre de conservation des hypothèques. Si la formalité n'est pas respectée, le contrat n'est pas invalidé, mais il ne sera pas opposable aux tiers. Le non — respect de la formalité n'entraîne donc pas la nullité du contrat, mais l'inopposabilité de celui-ci […].* »

504 J.-F. BRÉGI, *Droit romain, Les obligations*, « Universités-Droit », ellipses, 2006, p. 191 : « *Le vendeur doit délivrer la chose vendue. Cette obligation de délivrance constitue l'essence de la vente. Le vendeur doit mettre l'acheteur en possession du bien vendu,* tradere vacuam possessionem. »

semblent s'accorder à laisser entendre que la *traditio* ainsi que l'*in jure cessio* ne donnent lieu à aucune action [505] ; seule la *mancipatio* ferait naître des actions, mais néanmoins limitativement énumérées [506]. Ce qui ne peut manquer de susciter la question de savoir de quelle délivrance résulte l'*actio empti*, celle-ci visant à garantir la possession paisible ou à réparer le préjudice consécutif à l'éviction de l'acheteur par le *verus dominus*. La possession ou l'éviction suppose la prise de livraison, qui dépend, à son tour, de la délivrance. Or, on sait que celle-ci s'effectue soit par la mancipation, soit par l'*in jure cessio*, ou par la *traditio*. Étant d'origine prétorienne et calquée sur l'*ex stipulatu duplae* [507], l'*actio empti* découlerait peut-être de la *traditio*.

129. Une autre action : ex empto. Ensuite, il est affirmé, mais avec encore moins de certitude, que l'acheteur peut aussi agir *ex empto* en vue de se faire mettre en possession de la chose [508]. « *L'acheteur a le droit d'agir* ex empto *même contre un vendeur de bonne foi, en disant que la délivrance est insuffisante, qu'il n'a pas la* vacua possessio*, s'il apprend qu'un tiers a contre lui un interdit* » [509]. Au-delà des observations précédentes, faites à propos de l'*actio empti*, qui sont transposables ici, on peut observer dans cette affirmation que l'action *ex empto* vise fondamentalement à garantir la possession paisible [510]. En outre, son exercice destiné à garantir la possession de la chose est subordonné au payement du prix [511]. Le vendeur doit alors avoir encaissé le prix [512]. L'action *ex empto* résulte ainsi de l'exécution des prestations

---

505 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 294, p. 485, pour la tradition, *Ibid.*, n° 299, p. 497.

506 L'*actio auctoritatis* et l'action *de modo agri*.

507 M.-J. CORNIL, *Droit romain, Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, Éditeurs, 1885, p. 266. Ci-dessus cité.

508 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 117 : « *Une constitution de Dioclétien de l'an 293 (C. IV, 49, Cost.) affirme [...] que l'acheteur ne peut intenter l'action* ex empto*, afin d'être mis en possession du fonds vendu, que s'il a payé le prix.* »

509 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau et Cie, 1924, p. 580.

510 Elle aboutit à l'indemnisation de celui qui l'a exercée, lorsque le second acquéreur de l'hérédité est mis en possession par le vendeur : Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 9, Livre IV, Titre XL, p. 128 : l'empereur Alexandre a écrit à Pomponius : « *Celui qui vous a vendu l'hérédité ne cesse d'être le maître des choses héréditaires que lorsque la tradition est faite ; c'est pourquoi en les vendant à d'autres il a pu en transférer le domaine. Mais comme il a manqué à la foi du contrat, cité par l'action* ex empto*, il sera forcé de vous indemniser du dommage que vous pouvez avoir essuyé à cette occasion.* »

511 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 117.

512 Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 9, Livre IV, Titre XLIX, p. 142 : les empereurs Dioclétien et Maximien écrivent ceci à Eusèbe : « *Si votre père ayant vendu sa portion d'un fonds, n'a pas mis son acheteur en possession, il est certain qu'il s'est conservé à lui-même tout le droit de propriété, et cela quand même l'acheteur aurait payé l'impôt imposé sur le champ en question ; parce qu'un fait simulé ne peut porter aucune atteinte à la vérité. C'est pourquoi ayant été trouvé le président de la province, si ce magistrat se convainc que ni votre père ni ses héritiers n'ont mis en possession ni*

… / …

réciproques ; elle n'est pas issue *ipso facto* de la vente. Le vendeur qui ne conteste pas avoir reçu le payement du prix doit garantir la libre possession de la chose livrée. La preuve qu'il a reçu le prix confirme son engagement.

130. Les actions spéciales résultant de la mancipatio. Enfin, outre l'*actio empti*, ou l'action *ex empto*, la *mancipatio* [513] offre, à l'acquéreur, deux actions spéciales supplémentaires permettant de faire jouer l'obligation de garantie [514]. À titre de garantie d'éviction, l'exercice de l'*actio auctoritatis* [515] peut aboutir à la condamnation de l'*auctor*, c'est-à-dire du vendeur, à payer le double du prix [516]. Cette action paraît ainsi constituer d'une certaine manière un double emploi avec l'*actio empti* ou l'action *ex empto* précédemment examinées. En matière immobilière particulièrement, lorsque la contenance du fonds déclarée s'avère fausse, l'acquéreur peut obtenir, à titre d'indemnité, le double de celle-ci par l'exercice de l'action *de modo agri* [517]. Contrairement à la *macipatio*, l'*in jure cessio* ainsi que la *traditio* sont considérées

---

l'acheteur ni ses héritiers, quel que soit leur degré, il n'hésitera pas à prononcer que le domaine du champ en question n'a pas été transféré. Mais s'il s'aperçoit que vous soyez poursuivi par l'acheteur en vertu de l'action ex empto*, à l'effet de se faire envoyer en possession, il examinera si le prix a été payé ; et s'il découvre qu'il ne l'ait pas été, il pourvoira à ce qu'il vous soit restitué.* »

513 L'*in jure cessio* ne confère pas ces actions : P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 316.

514 H. BOUCARD*, L'agréation de la livraison dans la vente : Essai de théorie générale,* « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2005, n° 317, p. 302 : « *D'ailleurs, c'est précisément dans la* mancipatio *que naquit la garantie d'éviction, avec l'*actio auctoritaris. »

515 M. BUSSMANN, *op. cit.*, p. 98 : « *[…] la mancipation faite en exécution du contrat de vente n'a pas seulement pour effet de transférer la propriété de la chose vendue, mais produit d'autre part l'*actio auctoritatis, *[…]. » ;* G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 125 ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 379 : « *[…] l'acheteur évincé dispose d'une action, l'*actio auctoritatis*, qui présente les caractéristiques d'une action pénale […].* »

516 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 297, p. 490 : « *Dès l'ancien droit romain, la mancipation fait naître de plein droit, à la charge de l'aliénateur, une obligation de garantie contre l'éviction. Le fait de manciper une chose dont on n'est pas propriétaire, fait courir le risque d'être poursuivi, à l'aide d'une action au double, appelée par les auteurs modernes, l'action* auctoritatis *: l'acquéreur, menacé d'être dépouillé par l'action en revendication exercée par le véritable propriétaire, appelle à son secours l'aliénateur, et si celui-ci refuse son assistance ou ne peut le protéger efficacement, il est passible d'une peine égale au double du prix déclaré dans la mancipation.* » ; J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2e éd., Dalloz, 2010, n° 383 ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 311 : « *Si l'aliénateur n'était pas propriétaire et ne pouvait défendre l'acquéreur contre la revendication du verus dominus, il était obligé à titre de peine de lui restituer le double du prix déclaré au moment de la mancipation par l'acquéreur. C'est l'objet de l'*actio auctoritatis *donnée à l'acquéreur contre l'aliénateur infidèle considéré comme coupable d'un délit dont il a touché le prix et qu'il n'a pas défendu contre l'éviction.* » ; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *op. cit.*, p. 78 ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 379.

517 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 297, p. 491 : « *[…] l'aliénateur qui avait attribué une contenance inexacte au fonds de terre mancipé, était passible de l'action* de modo agri *[…].* » ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 311 ; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *op. cit.*, p. 78 ; J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2e éd.,

… / …

comme ne faisant naître aucune action en faveur de l'acheteur [518]. Celui-ci n'est protégé ni d'une éventuelle éviction d'un *verus dominus*, ni des vices cachés.

131. Observations similaires de Picard. Ainsi, toutes les actions présentées par les romanistes comme étant l'effet de la vente romaine ne sont pas nées de celle-ci ; elles constituent l'effet plutôt de l'exécution des prestations, notamment de la délivrance. La *mancipatio*, l'*in jure cessio* et la *traditio* sont présentées comme les manifestations de la délivrance [519]. C'est en général de la délivrance que résultent les actions [520], si bien que c'est son exécution, sous

---

Dalloz, 2010, n° 383 ; H. BOUCARD, *L'agréation de la livraison dans la vente : Essai de théorie générale,* « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2005, n° 369 : « *Les codificateurs auraient mieux fait de s'inspirer de la tradition romaniste : le déficit de contenance de l'immeuble, donnant à l'*actio de modo agri *dans la* mancipatio*, à représenté la première forme de garantie des défauts.* » *;* G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 125 ; J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 379 : « *Le vendeur indélicat s'expose aussi à subir les effets de l'action* de modo agri*, que peut exercer l'acquéreur lorsqu'un fonds vendu par mancipation se trouve être d'une superficie inférieure à celle qui avait été déclarée lors de la vente. L'action* de modo agri*, qui présente également les aspects d'une action pénale, aboutit à la condamnation du vendeur au double de la valeur de la superficie manquante.* »

518 R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Paris, Les Éditions Domat-Montchrestien, F. Loviton & Cie, 1935, n° 294, p. 485 : « *À la différence de la mancipation, l'*in jure cessio *ne fait naître aucune obligation à la charge de l'aliénateur et, en particulier, celui-ci n'encourt aucune responsabilité, si la chose ne lui appartient pas : l'acquéreur n'est pas garanti contre l'éviction, car aucun lien juridique n'a été créé entre lui et l'aliénateur qui s'est borné à abandonner tout droit sur la chose.* » Pour la tradition, *Ibid.*, n° 299, p. 497 : « *[…], en aucun cas, à l'époque classique, la tradition ne peut produire d'autre effet que de conférer à l'acquéreur un droit réel ; elle est impuissante à créer des obligations et celui qui a livré la chose d'autrui, ne doit pas garantir l'acquéreur contre l'éviction.* » Une opinion similaire mais nuancée en ce qu'elle paraît conférer plus de force à l'*in jure cessio* qu'à la mancipation : J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 388 : « *Analysée comme une sorte d'appropriation réalisée sous le contrôle de l'autorité judiciaire à la suite d'une renonciation, l'*in jure cessio *originaire possède vraisemblablement un effet translatif absolu, qui disparaît à l'époque classique, mais dont elle conserve néanmoins la trace. C'est ainsi que, même menacé d'éviction par un tiers, l'acheteur ne dispose d'aucun recours en garantie contre le vendeur, dont il ne peut pas invoquer l'*auctoritas*, et que, contrairement à la mancipation, l'*in jure cessio*, parce qu'elle s'effectue en justice, n'a pas seulement d'effet entre les parties, mais à l'égard de tous, conformément aux principes qui sont ceux de l'autorité de la chose jugée.* » Contrairement à cette opinion, il ne peut résulter de l'absence de recours un pouvoir absolu en faveur de l'acquéreur. Celui-ci est à la merci de la revendication d'un véritable propriétaire. L'*in jure cessio* vise donc à protéger plutôt l'aliénateur.

519 G. CORNIL, *Étude sur la publicité de la propriété dans le droit romain*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Compagnie, Éditeurs, 1890, p. 36 : « *La* mancipatio *porte l'empreinte de la conception matérialiste qui ne voit, dans le transfert du droit de propriété, que le transfert de la chose elle-même. Toute* mancipatio *contenait une tradition : l'acquéreur devenait propriétaire de la chose en l'appréhendant (*manu capere*) du consentement du mancipant et en sa présence.* »

520 Les observations indirectement similaires relatives à la mancipation : J.-F. BRÉGI, *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009, n° 375 : « *L'acquéreur qui, en apparence, s'empare toujours de la chose avec le consentement tacite du précédent propriétaire, invoque désormais le secours de la communauté, représentée par les témoins, qui donne force obligatoire à la transaction, parce qu'elle s'est réalisée dans les formes de la loi.* »

des formes variées, qui apparaît comme un contrat *verbis* au comptant [521], ou translatif de propriété, et donc un acte obligatoire [522]. C'est en ce sens que va ce constat général de PICARD :

> « Tenant compte de ce qu'elle (la Protection-Contrainte) est la coercition sociale, on dit parfois qu'elle représente la Garantie par l'État que tout droit sera respecté. C'était l'idée romaine primitive quand la mentalité humaine était encore incapable de concevoir les institutions autrement que sous la forme d'actes positifs et pratiques. Le Peuple, assemblé en ses comices, assistait aux conventions génératrices ou translatives de droits, y était en quelque sorte partie, s'obligeant ainsi à prêter son assistance, sa protection armée, en cas de violation par l'un des contractants. De même, à l'origine, les témoins appelés à un acte n'étaient que des auxiliaires futurs, des aides, des testes, destinés à prêter main-forte pour l'exécution, et c'est même à cette coutume qu'on peut rattacher la singulière, injuste et persistante exclusion des femmes comme témoins dans les actes authentiques, même de nos jours, après des siècles et des siècles écoulés : n'étant pas guerrières, elles n'avaient pas l'habitude à contraindre le récalcitrant. » [523]

132. Conclusion. En définitive, le moment du transfert de propriété, en droit romain, varie. Il ne peut être celui de la délivrance que dans l'hypothèse où l'aliénateur est propriétaire et le prix payé. Certes, il est ainsi l'effet légal tantôt de la délivrance, tantôt du payement du prix. Mais il procède en réalité du payement du prix [524]. Il se produit donc de façon automatique et dépend de la qualité de propriétaire du vendeur. Sa réalisation est largement tributaire de la volonté de celui-ci. Ne pouvant être forcé à transmettre la possession, l'aliénateur peut en retarder le processus ou s'en rétracter de façon unilatérale [525]. L'on estime que la *causa* impose aux parties l'obligation de bonne foi [526]. Mais celle-ci ne peut s'exécuter de façon indépendante ou matérielle. L'obligation de bonne foi, comme celle de garantie, est

---

521 G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 113 : « *Au point de vue juridique, la vente romaine paraît avoir été réalisée à l'origine exclusivement au comptant grâce à l'acte* per æs et libram *(mancipation).* » C'est aussi en ce sens que PORTALIS estime que, dans la vente romaine, l'exécution du contrat est confondue au contrat : M. PORTALIS, « Présentation au corps législatif », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 113.

522 G. HUBRECHT, *op. cit.*, p. 66 : « *Dans le contrat* verbis*, les demandes et les réponses précises qu'exige ce contrat n'apparaissent pas non plus comme de vaines formalités, mais comme des mesures utiles destinées à attirer l'attention des contractants sur l'importance de l'acte juridique qu'ils accomplissent ainsi que sur son contenu exact. Elles ont pour but aussi de bien montrer à eux-mêmes et aux tiers que le stade des pourparlers est clos et que le contrat est définitivement conclu ; enfin, l'avantage de ce procédé apparaît nettement en cas de contestation ultérieure, seul ce qui aura été nettement promis sera dû.* »

523 E. PICARD, *Le droit pur*, Bruxelles, Veuve Ferdinand Larcier, Éditeur, et Paris, Germer-Baillière et Cie Félix Alcan, Éditeur, 1899, § 48, p. 106.

524 G. HUBRECHT, *op. cit.*, p. 118 : « *Les choses vendues et livrées ne deviennent la propriété de l'acheteur que s'il a payé le prix (Inst. 2. I. 41). D'après Justinien, cette règle remonterait aux XII Tables et serait conforme tant au* jus gentium *qu'au droit naturel.* »

525 Selon un adage du Moyen âge « *Don ne vaut sans la saisine de la chose* ». Ainsi, une simple promesse de donation n'engendre aucune obligation à la charge du donateur de remettre la chose. Il faut que la tradition s'effectue. Voir J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 391, p. 600.

526 P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *op. cit.*, p. 241 : « *La saisine d'un objet ne peut être dévolue à l'acquéreur que par la remise matérielle de l'objet vendu. Pour le Droit romain classique, au contraire, la vente fait acquérir un droit à la chose vendue mais non forcément la chose elle-même : le vendeur est simplement tenu par une obligation de bonne foi de faire tradition de la chose vendue.* »

accessoire à la délivrance [527]. Elle n'est qu'une attitude dans l'accomplissement des prestations promises. C'est d'ailleurs à ce titre que l'*actio empti* s'exerce ; celle-ci requiert la preuve du dol [528]. La bonne foi ne suffit pas à expliquer l'effet obligatoire de la vente romaine, dont la règle sur le transfert de propriété se prolonge dans l'Ancien droit français.

§ 2. L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

133. Nuance avec le droit romain. L'on semble situer, à juste titre, dans l'Ancien droit français l'amorce de l'élaboration de la règle du transfert *solo consensu* ou immédiat de propriété [529]. En effet, la distance qui était grande entre la formation de la vente et l'exécution de l'obligation de délivrance, conséquence de la lourdeur de celle-ci, commence à se raccourcir. La simplification des formes solennelles de la délivrance rapproche celle-ci du consentement ayant formé le contrat. Toutefois, le mécanisme du transfert de la propriété semble conserver la même structure qu'en droit romain. Le contrat demeurant toujours dépourvu d'effet obligatoire (B), ce mécanisme renferme aussi deux étapes (A).

A. Actes de transfert de propriété

134. Deux étapes. À l'instar du romain, le transfert de la propriété s'opère en deux étapes (1), dont la dernière consiste dans l'exécution de la délivrance, laquelle semble ici en général simplifiée (2). En outre, de même qu'en droit romain, le transfert de la propriété ne constitue pas le but direct de la délivrance (3).

1. Les deux étapes dans l'acquisition de la propriété

135. La perpétuation du droit romain. L'Ancien droit français perpétue le principe du droit romain suivant lequel le consentement seul ne suffit pas à opérer le transfert de la

---

527 E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, *op. cit.*, n° 40, p. 73 : « *Le modèle romain de la bonne foi s'est construit autour de la figure du* bonus vir*, l'homme de bien — empreint d'équité et de justice — dont le comportement est fondé sur la loyauté et sur l'accomplissement nécessaire de ses devoirs. La bonne foi imprègne l'acte de sa formation à son extinction volontaire ou judiciaire.* »

528 D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 226 : « *Julien au début du IIe siècle de notre ère passe traditionnellement pour celui qui, le premier, accorde à l'acheteur évincé l'*actio empti *(action de l'acheteur) pour être indemnisé sans qu'il ait à faire la preuve du dol du vendeur […].* » ; G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 122 : « *Le vendeur est obligé de s'abstenir de tout dol, aussi bien dans l'exécution que dans la conclusion du contrat. Cette obligation d'un caractère général en droit classique, a une importance particulière dans les contrats consensuels, synallagmatiques et de bonne foi, et surtout dans la vente. Elle implique que le vendeur ne doit rien faire qui mette obstacle au but naturel et économique du contrat.* »

529 J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 396 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 178.

propriété [530]. Les régions de droit écrit conservent d'ailleurs les pratiques juridiques romaines [531]. Structurellement, la nécessité de deux actes distincts demeure dans le processus d'acquisition de la propriété des biens [532]. La formation du contrat, d'une part, et l'exécution de la prestation de délivrance de la chose, d'autre part, constituent deux étapes, dont il a été rappelé, à propos du droit romain, que chacune requiert un accord de volontés des contractants. Le processus d'acquisition de propriété demeure ainsi plus long que celui élaboré par les rédacteurs du Code civil de 1804.

136. La vente et la délivrance. Les parties s'accordent d'abord sur le principe de l'aliénation et de l'acquisition de la chose ; autrement dit, elles concluent le contrat de vente, qui paraît consensuel. À ce stade, l'acquéreur est encore loin d'être revêtu de la qualité de propriétaire de la chose ; l'opération consécutive qui consiste dans le transfert de la propriété n'est même pas encore certaine d'être réalisée. La vente constitue seulement, à l'image du droit romain, la juste cause dans ce processus. Le transfert du droit de propriété n'est concevable qu'ensuite, c'est-à-dire seulement lorsque la délivrance de la chose vendue sera effectuée. L'exécution de celle-ci prend des formes aussi variées qu'en droit romain. La différence est que la tendance, dans l'Ancien droit français, paraît être à la simplification de la forme de la tradition de la chose. La délivrance procède moins des formalités cérémoniales que du renouvellement du consentement des parties spécialement exprimé.

2. Les formes de la délivrance

137. Au départ de l'investiture seigneuriale. Les formes de la délivrance, solennelles et obligatoires, en droit romain, disparaissent, tandis que celles se trouvant déjà simplifiées sous le droit romain, sont reprises et privilégiées [533]. L'investiture seigneuriale en vigueur à l'époque féodale [534], l'équivalent de la mancipation et de la cession judiciaire, change de visage. Elle n'était pas, au départ, un acte qui a pour conséquence de transférer la propriété

---

530 M. DURANTON, *Traité des obligations conventionnelles en général suivant le Code civil*, tome 1, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 421 : « *Dans l'ancien droit, l'acheteur n'était pas propriétaire par le seul fait du contrat d'achat ; il eût fallu pour cela une tradition quelconque de la chose vendue (et que le vendeur en fût propriétaire et capable de l'aliéner ; [...].* » ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon,* Continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, tome 5, Parsi Henri Plon, 1865, n° 55 bis.

531 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil : Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 397.

532 *Ibid*., n° 397 : « *La règle selon laquelle la tradition était nécessaire pour rendre l'acquéreur propriétaire a été acceptée dans notre ancienne France, non seulement en pays de droit écrit, mais aussi dans les pays de coutumes.* »

533 J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 396, p. 577 : « *Deux sortes de clauses, introduites dans les actes, permettent de tourner la nécessité de la tradition. D'abord, on utilise les clauses de tradition feinte, qui sont habituelles depuis longtemps, notamment les clauses de tradition symbolique et, surtout de constitut possessoire. Elles deviennent de style, et sont insérées automatiquement dans les actes.* »

534 *Ibid*., n° 393.

d'un bien immobilier, mais d'accorder seulement la jouissance de celui-ci [535]. La terre est la propriété du seigneur [536]. Celui-ci permet à un individu, qualifié de vassal, de tenancier ou de censitaire, suivant les modes d'attribution, d'en jouir simplement, contre une redevance qu'il doit lui verser. Le vassal ou le tenancier, ou encore le censitaire n'a pas le pouvoir d'aliéner l'immeuble dont il a la jouissance ; il n'en est pas propriétaire. Il renonce à son droit de jouissance devant le seigneur qui peut en investir une autre personne [537].

138. L'aliénation du droit de jouissance. Ce droit de jouissance devient progressivement aliénable [538]. La présence du seigneur, autrement dit, du propriétaire de l'immeuble, est toujours requise pour la transmission de sa jouissance. La délivrance, du moins officielle, de ce droit de jouissance s'effectue devant le seigneur qui, s'il en accepte [539] le transfert, prélève son droit sur le prix, et regarde l'acquéreur comme celui devant désormais lui verser la redevance. L'aliénateur se dessaisit et l'acquéreur est saisi, d'où la formule dite de « *dessaisine-saisine* » ou de *devest-vest* [540].

139. Les formes de la délivrance. Sous l'effet de l'évolution, l'investiture perd de son utilité et devient facultative [541]. Le transfert du droit de jouissance ne s'opère plus qu'entre l'aliénateur et l'acquéreur. Mis en possession de la chose, l'acquéreur en jouit pleinement. Certes la délivrance, c'est-à-dire la *dessaisine-saisine* demeure nécessaire, mais elle n'est pas forcement matérielle. Il suffit qu'elle figure dans l'acte notarié de disposition. La *dessaisine-saisine* devient alors une *tradition feinte*, par opposition à la tradition réelle ; elle fait l'objet d'une clause insérée dans cet acte [542], dont il résulte que la tradition a été effective. Sa présence dans l'acte témoigne que l'aliénateur s'est dépouillé volontairement de la possession en faveur de l'acquéreur [543].

---

535 *Ibid*., n° 393.

536 *Ibid*., p. 77.

537 *Ibid*., n° 393 : « *On sait qu'au début les fiefs ou les censives n'étaient pas entrés véritablement dans le patrimoine de leurs possesseurs : ils donnaient lieu à une concession purement personnelle et, par conséquent, incessible. Le tenancier, vassal ou censitaire, avait seulement le droit de rendre le bien au seigneur, qui pouvait alors investir un autre tenancier, exactement comme le locataire d'un appartement le rend au propriétaire qui le loue à un nouveau locataire.* »

538 *Ibid*.., n° 393.

539 *Ibid*., n° 393 : « *[…], l'obligation est demeurée de passer par l'intermédiaire du seigneur, car celui-ci peut refuser le transfert. En pareil cas, il conserve le bien pour lui : c'est le retrait féodal et, parfois le retrait censuel […]. Il peut aussi accepter le transfert, moyennant le paiement de droits de mutation.* »

540 *Ibid*., n° 394.

541 J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 82 ; J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 396, p. 606 : « *[…], dès 1372, le parlement a reconnu à l'acheteur d'une censive — qui n'avait pas été investi — le droit de faire les fruits siens et d'exercer, au bout d'un an et un jour, la complainte. Ce nouvel état de chose va être consacré en 1510 par l'ancienne coutume de Paris (art. 56) : Il ne prend saisie qui ne veut. Ainsi, l'investiture seigneuriale, la dessaisine-saisine est devenue facultative.* »

542 C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, « Faculté de Droit et des Sciences sociales de l'Université de Poitiers », LGDJ, 2005, p. 38.

543 J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 82 ; J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 396, p. 606.

À côté de la *dessaisine-saisine*, forme de tradition, au départ, propre à la nature immobilière [544] du bien, la délivrance des objets mobiliers s'effectue, en principe, par la tradition matérielle de la chose. Cependant, se développent aussi d'autres formes de tradition feinte. Sont reprises les traditions symboliques connues du droit romain. Ainsi, les clauses, surtout de *constitut possessoire* [545] et de *tradition de brève main*, sont insérées dans l'acte de vente, en vue d'attester de l'effectivité de la tradition. Le *constitut possessoire* permet à l'aliénateur de demeurer détenteur de la chose, mais pour le compte de l'acquéreur devenant possesseur. La *tradition de brève main* résulte de l'hypothèse où l'acquéreur détient la chose, à titre de locataire par exemple, avant la conclusion du contrat de vente. Cette clause traduit l'effectivité de la délivrance dont le but ne consiste certainement pas dans le transfert de la propriété.

3. Le but de la délivrance

140. Transfert de la possession. À l'instar du droit romain, la tradition ne vise pas à titre principal à opérer le transfert du droit de propriété. Il en résulte le transfert de la possession de la chose vendue. Le déplacement de la propriété demeure l'effet légal de la délivrance ; il s'opère de façon automatique, et à la condition que l'aliénateur soit propriétaire. Car, il arrive, à l'image du droit romain, que le possesseur de la chose n'en soit jamais considéré propriétaire [546]. Il en est ainsi lorsque l'aliénateur n'en est pas lui-même propriétaire. Le véritable propriétaire peut faire valoir son droit sur la chose possédée par le non-propriétaire. La même raison qui conduit à dire que celui qui possède la chose n'en est pas forcement propriétaire, explique également que le transfert de possession n'entraîne pas forcement le transfert de la propriété. Celui-ci dépend toujours de la qualité de propriétaire du vendeur, et demeure par conséquent l'effet de la loi. La délivrance n'emporte le transfert de la propriété que de façon incidente ; ce n'est pas en effet son but. La possession est certes la meilleure incarnation de la jouissance du droit de propriété [547], mais elle ne traduit pas absolument la réalité de ce droit. La possession sans à la base un acte auquel est rattaché l'effet légal d'opérer le transfert de la propriété, ne peut seule induire la transmission de ce droit. Le droit de propriété est un lien juridique entre une personne et

---

544 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 397 : « *En ce qui concerne les immeubles, les praticiens avaient pris l'habitude d'insérer dans les statuts qu'ils rédigeaient une clause dite de dessaisine-saisine ou de tradition feinte, destinée à remplacer l'acte matériel de la tradition […]. La simple insertion d'une clause dans l'écrit valait tradition.* » ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 178.

545 D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 234.

546 Tel est le cas d'un possesseur d'un domaine public ou de mauvaise foi, qui ne peut prescrire. Il ne devient pas propriétaire par la possession. Seule la possession de bonne foi des choses aliénables peut justifier, à l'aide d'un écoulement de temps, son droit de propriété sur la chose : art. 2276 du Code civil.

547 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 451 : « *La possession n'est pas seulement l'apparence de la propriété, elle en est l'incarnation. Ceci explique les liens étroits qui unissent les deux institutions. La possession joue un rôle essentiel dans la preuve de la propriété, sans lequel cette preuve serait, comme le disaient les anciens auteurs, diabolique.* ».

une chose ; sa jouissance revêt plusieurs formes. Le déplacement de cette relation ne peut ressortir que de l'effet légal d'un acte.

141. Conclusion. Le processus du droit romain de transfert de propriété se retrouve en entier dans l'Ancien droit français. Aussi bien dans l'un que dans l'autre, la tradition ne vise pas à titre principal le transfert de propriété, ce droit n'étant d'ailleurs pas confondu à son objet. Le transfert de propriété ne peut ressortir que de l'effet que la loi confère à l'acte, dont l'inexécution aura pour conséquence de paralyser cette mutation. Suivant presque trait pour trait la vente romaine, celle issue de l'Ancien droit français ne paraît pas non plus produire d'effet obligatoire.

B. L'absence de l'effet obligatoire du contrat de vente

142. Palliatifs. La vente pratiquée sous le régime de l'Ancien droit français ne diffère absolument pas de celle du droit romain en ce qu'elle ne présente pas d'effet obligatoire (1). Le développement du système de la tradition feinte n'est pas fortuit. Il constitue de véritables palliatifs à l'égard ce défaut du contrat de vente (2), et correspond par conséquent au souhait de la doctrine du droit naturel (3).

1. L'effet de la vente pratiquée sous l'Ancien Droit français

143. L'inexistence d'action. La vente romaine s'est aussi prolongée dans l'Ancien droit français par son effet non obligatoire. Cependant, à la différence du droit romain, les actions en justices ne sont pas énumérées ou décrites. Ce qui ne permet pas de vérifier l'existence éventuelle d'une action en justice destinée à la réalisation des prestations caractéristiques de cette vente. Toutefois les techniques de simplification des formes de l'exécution de l'obligation de délivrance renseignent suffisamment sur l'inexistence d'une action pour forcer la délivrance ou le payement du prix. En effet, les modes de délivrance privilégiés sous l'Ancien régime visent à résoudre la question de l'inaptitude de la vente à produire des effets obligatoires. La dématérialisation de la délivrance a pour effet de rapprocher le consentement dont résulte celle-ci de celui qui se trouve à la base de la formation du contrat. La fonction des « *traditions feintes* » dissipe ici le doute sur l'effet non obligatoire des ventes issues des systèmes juridiques antérieurs au Code civil. Autrement dit, le caractère non obligatoire de la vente devient ici très flagrant. Un adage très éloquent en matière de donation permet, à cet égard, aux contractants de ne pas tenir leur parole. On disait ainsi souvent que le « *don ne vaut sans la saisine de la chose* » [548]. À l'instar du contrat de

[548] J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 396, p. 606 : « *Il fallait donc que le donateur se dessaisisse immédiatement, faute de quoi rien de définitif n'aurait été fait, et il aurait pu révoquer la donation. De la sorte, cela n'avait jusque-là aucune importance à l'encontre de l'investiture seigneuriale mais, au XIVe siècle, les clauses de dessaisine-saisine sont introduites dans les ventes et, peu à peu, elles remplacent l'investiture seigneuriale et sont considérées comme emportant le même effet.* »

donation, la vente n'est qu'une simple promesse sur laquelle l'on n'est pas obligé de revenir. Sous l'influence sans doute de la doctrine du droit naturel, l'inaptitude du contrat de vente donne lieu à des correctifs consistant dans la tradition feinte.

2. La fonction de la tradition feinte

144. Tradition feinte et tradition réelle. L'acheteur ne dispose d'aucun moyen qui lui permet de forcer la tradition. À l'inverse, le vendeur en est aussi privé à l'égard de l'acheteur pour le payement du prix. L'absence du caractère obligatoire des prestations stipulées conduit à l'insertion systématique des clauses de « *tradition feinte* » [549]. Les actions découlent aussi de l'exécution des prestations, notamment de la délivrance, mais pas *ipso facto* du contrat de vente. Ainsi, comme en droit romain, le paiement simultané du prix avec la « *tradition feinte* », justifiera l'exercice d'une contrainte à l'égard du vendeur en vue de la « *tradition réelle* ». Inversement, le vendeur pourra réclamer le versement du prix en se prévalant de la « *tradition feinte* » [550].

145. Le véritable rôle du constitut possessoire. L'opinion suivant laquelle la vente crée des obligations [551], n'examine pas assez en profondeur la cause de la pratique de la tradition feinte. Les anciennes modes de délivrance, par leur caractère solennel et public, sont de nature à camoufler leur véritable fonction [552]. On peut ainsi croire qu'elles n'assurent que la

---

549 D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 237 : « *La pratique quant à elle fait un pas vers le transfert purement consensuel par le recours aux fictions de tradition (clauses par lesquelles le vendeur conserve la chose par devers lui en la tenant au nom de l'acheteur.[…]. Très vite cette clause devient de style. Les parties se contentent de la mentionner sans nécessairement opérer la tradition réelle du bien. Surtout on finit par admettre que cette seule mention suffit, comme si la tradition avait été faite. […]. Seule condition : en matière immobilière, dès le XVIe siècle, l'acte de vente doit être rédigé par un notaire. Sous cette condition, la clause vaut tradition.* »

550 J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 483 : « *[…], si l'une des parties a exécuté, il semble que l'autre doive en faire autant. À l'image des contrats innomés romains, empreints d'un élément réel, celui qui a livré la chose peut obliger l'acheteur à payer le prix, et l'acheteur qui a payé le prix peut obliger le vendeur à livrer la chose. Il est de même probable que la remise d'arrhes avait des effets analogues. Dans ces conditions, la vente est devenue plutôt un contrat réel qu'un contrat consensuel.* »

551 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 397 : « *[…] l'insertion de la clause de dessaisine-saisine était indispensable pour rendre l'acquéreur aussitôt propriétaire ; la règle traditionnelle selon laquelle les contrats sont seulement productifs d'obligations demeurait théoriquement exacte, bien que son rôle ait été pratiquement réduit à néant par la substitution de la tradition feinte à la tradition effective.* » ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI (Sous la dir. J. GHESTIN), *Traité de droit civil : Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 211.

552 G. CORNIL, *Étude sur la propriété dans le droit romain*, Bruxelles, Brylant-Christophe & Compagnie, Éditeurs, 1890, p. 26 : « *La publicité implique […] nécessairement le formalisme. Mais il ne serait pas exact de renverser cette proposition et de dire que le formalisme a nécessairement pour conséquence la publicité. Car, à supposer qu'un acte juridique soit revêtu d'une forme qui ne le rende sensible qu'aux seules personnes qui y interviennent (la* stipulatio*, par exemple), il est certain que pareil acte, quoique formaliste, n'est pas public. En conséquence, l'existence et l'étendue de la publicité d'un acte juridique dépendent de la structure de sa forme : ce n'est que lorsque celle-ci est de nature à faire tomber l'acte sous les sens de tout le monde, que la publicité est absolue […].* »

publicité de la délivrance [553]. Or, on a vu que c'est d'elles que résultent des actions en justice. Dans l'hypothèse de la tradition feinte, la fonction de publicité ne peut s'expliquer d'aucune façon. Par le rapprochement qu'elle assure entre la délivrance et la formation du contrat [554], la tradition feinte remplit en effet une fonction qui n'est absolument pas celle de publicité. Elle constitue derrière ce rapprochement un remède à l'incapacité de la vente à conférer un droit à l'acquéreur de se faire mettre en possession matérielle de la chose.

L'insertion dans l'acte de vente des clauses de tradition fictive ne peut recevoir aucune autre explication. On comprend en effet mal comment par le « *constitut possessoire* » le vendeur demeure détenteur, autrement dit, bénéficie de l'usage de la chose, alors que la tradition est dite effectuée. Cette clause ne peut pas être considérée comme toujours commandée par le besoin de publicité de l'acte à l'égard des tiers [555], puisqu'elle n'est pas publique, au même titre que la vente ; sa fonction consiste en réalité uniquement à ménager en faveur de l'acquéreur le pouvoir d'exiger ultérieurement la tradition réelle. En l'absence d'une telle clause, celui-ci ne sera pas en mesure de justifier la délivrance, donc de réclamer la chose plus tard. Le « *constitut possessoire* » explique en même temps la réalité de la tradition et la détention par l'aliénateur du chef de l'acquéreur. Une sorte de vente *au comptant* obligée, voire de contrat réel [556]. Par la tradition feinte le souhait de la doctrine du naturel semble ainsi réalisé.

3. La correspondance entre la tradition feinte et la doctrine du droit naturel

146. Doctrine du droit naturel. La pratique arrive ainsi à conférer au pacte nu l'effet qui lui est en principe refusé [557] : le consentement seul ne suffit pas à octroyer une action [558]. Suivant

---

553 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 288 : « *Cet aspect primordial du caractère publicitaire attaché à la possession, concernant les modes dérivés d'acquisition, n'est d'ailleurs pas nouveau puisque, déjà, sous l'Ancien droit, s'étaient développés des modes de mise en possession symbolique dont la finalité n'était que d'extérioriser, à l'égard de la collectivité, la mutation de propriété opérée.* »

554 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 178 : « *Cette solution est le produit d'une lente évolution, engagée sous l'Ancien Droit, et consistant dans la pratique notariale, à lier temporellement et matériellement formation de la vente immobilière et exécution de l'obligation de donner, en rupture avec une tradition qui dissociait nettement ces deux opérations. L'acte de vente comportait une clause de "dessaisine-saisine" par laquelle l'aliénateur et l'acquéreur réalisaient le transfert dès la conclusion.* ».

555 L'investiture seigneuriale que supplante la dessaisine-saisine, était considérée comme assurant aussi la publicité de l'acte à l'égard des tiers. Cela est incontestable du fait même de la publicité de ce mode de délivrance. Mais la tradition feinte n'étant pas publique, ni différente du contrat, ne peut se voir attribuer cette fonction. Elle n'est connue que des parties contractantes.

556 Sauf que le contrat réel se forme par la remise réelle de la chose ; la tradition feinte ne sied pas à ce type de contrat ; elle n'est pas différente du consentement, lequel ne suffit pas à la formation d'un contrat réel.

557 Certes la tradition feinte résulte du second consentement exprimé, mais celui-ci n'est pas différent du premier ayant formé le contrat. La seule différence réside dans leur objet. L'un porte sur la formation du contrat et l'autre sur son exécution, c'est-à-dire la tradition.

558 C'est l'expression de la maxime : « *ex nudo pacto nulla oritur actio*. »

attentivement cette pratique spontanée, les auteurs du droit naturel [559] y trouvent un ordre naturel des choses. Parmi ceux-ci, DOMAT, puis POTHIER constituent en France une figure emblématique. Certes, ces auteurs ne proposent pas, à la différence de certains auteurs du droit naturel, le transfert *solo consensu* de propriété ; la délivrance, bien que ne pouvant pas opérer le transfert du droit de propriété, paraît nécessaire pour celui-ci [560] ; une fois la délivrance exécutée, la propriété sera transférée de façon automatique si l'aliénateur est propriétaire de la chose. Cependant, aussi bien pour DOMAT [561] que pour POTHIER [562], il doit résulter *ipso facto* du contrat le droit pour le créancier de forcer la délivrance. Ainsi est faite l'annonce [563] de l'ancien article 1134 du Code civil [564]. Cette ancienne disposition, modifiée par le nouvel article 1193 [565], rappelle d'abord l'effet obligatoire du contrat

---

559 H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Nouvelle traduction par J. BARBEYRAC, 1733 ; S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, Traduction de J. BARBEYRAC, Édition de Bâle, 1732, « Bibliothèque de philosophie politique et juridique », Presse universitaire de Caen, 2009, p. 54 ; DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, 1689 ; POTHIER, *Traité des obligations*, tome 2, 1761 ; GROTIUS, LOYSEL, LAURIÈRE, LAMOIGNON et BOURJON, cités par D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 235 et suiv. ; J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 536, p. 821 et suiv. ; J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Puf, 1992, n° 42 et suiv.

560 DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, 1689, 1re partie, livre 1er, titre 1er, section 2e, n° 10 : « *Le premier effet de la délivrance est que si le vendeur est le maître de la chose vendue, l'acheteur en devient en même temps pleinement le maître, avec le droit d'en jouir, d'en user et d'en disposer, en payant le prix, ou donnant au vendeur une sureté, si ce n'est qu'il se contente de la simple obligation ou promesse de l'acheteur ; et c'est cet effet de la vente qui est le parfait accomplissement du contrat de vente.* »

561 DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, 1689, 1re partie, livre 1er, titre 2e, section 1re, n° 2 : « *La vente s'accomplit par le seul consentement, quoique la chose vendue ne soit pas encore délivrée, ni le prix payé.* », *Ibid.*, n° 3 : « *Le consentement qui fait la vente se donne entre absents ou présents, ou sans écrit, ou par écrit, ou sous seing privé, ou par devant Notaire, […]. Et après que la vente est ainsi accomplie, il n'est plus au pouvoir ni du vendeur, ni de l'acheteur, de révoquer son consentement, quand ce serait immédiatement après le contrat. Si ce n'est que les deux ensemble veuillent le résoudre.* »

562 POTHIER, *Traité des obligations*, tome 2, 1761, 1re partie, chapitre 1er, section 1re, art. 2, n° 10 : « *On divise les contrats en ceux qui se forment par le seul consentement des parties, et qui pour cela sont appelés contrats consensuels, tels que la vente, le louage, le mandat, etc., et ceux où il est nécessaire qu'il intervienne quelque chose, outre le consentement : tels sont les contrats de prêt d'argent, de prêt à usage, de dépôt de nantissement, qui par la nature du contrat, exige la tradition de la chose qui est l'objet de ces conventions. On les appelle contrats réels.* », *Ibid.*, n° 151 : « *Les effets de l'obligation par rapport au créancier, sont : 1°) le droit qu'elle lui donne de poursuivre en justice le débiteur, pour le paiement de ce qui est contenu dans l'obligation. 2°) Lorsque l'obligation est d'une somme liquide, elle donne le droit au créancier de l'opposer à son débiteur en compensation […]. 4°) Elle sert de matière à la novation, lorsqu'il intervient […].* », *Ibid.*, n° 151 : « *Le droit que cette obligation donne au créancier de poursuivre le paiement de la chose que le débiteur s'est obligé de lui donner, n'est pas un droit qu'elle lui donne dans cette chose,* jus in re *; ce n'est qu'un droit contre la personne du débiteur pour le faire condamner à donner cette chose,* jus ad rem. *[…].* »

563 J.-Ph. LEVY, et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 536, p. 821.

564 « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.* »

565 « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ». Cette nouvelle disposition ne reprend que, avec légère modification,

… / …

légalement formé, avant d'indiquer que les contractants peuvent révoquer celui-ci mais de leur consentement mutuel. L'action en justice pour forcer la réalisation des avantages attendus du contrat résulte de la formation même du contrat.

L'incapacité du consentement nu, dans les droits antérieurs, à créer des obligations, a suscité la doctrine du droit naturel, et conduit à la véritable consécration du principe du consensualisme dans le Code civil de 1804. Les auteurs de cette école se proposent de revêtir le consentement de tout pouvoir, et ainsi, d'ériger en règle contraignante le respect de la parole donnée [566]. C'est là leur objectif. Les rédacteurs du Code civil les ont suivis, comme en témoignent notamment les textes des articles 1134, 1138 anciens, et 1583. Le caractère obligatoire de ce qui résulte du consentement nu y est affirmé d'un ton impératif. On est libre de conclure un contrat, mais on ne l'est pas de ne pas exécuter ce qui est promis.

147. Conclusion de la Section I. Il est incontestable que depuis le droit romain, aucune action, ni personnelle, ni réelle, ne résulte de façon automatique de la vente. La pratique de la vente au comptant [567] ne permet pas de percevoir que cette vente ne crée pas d'obligation. Mais la tradition feinte largement pratiquée en constitue au contraire une conséquence évidente. Les parties devaient attendre l'exécution des prestations convenues pour être certaines d'avoir acheté ou vendu une chose. Autrement dit, elles ne sont définitivement liées par leur parole qu'à partir de la réalisation des prestations promises. Encore grave, est la situation dans laquelle se trouve l'acheteur qui supporte les risques dès la formation de la vente [568], autrement dit, sans disposer de moyen contraignant à l'égard du vendeur en vue de l'exécution de la délivrance. La mauvaise foi est ainsi permise à celui-ci.

C'est ce caractère insolite de la vente que le Code civil corrige en 1804. Après le rappel de l'effet non obligatoire du contrat de vente issu des systèmes juridiques antérieurs au Code civil, PICARD laisse entendre ceci : « *Mais cette conception de la Protection juridique ne dérivant que d'un acte formel est désormais surannée. Le Droit n'a pas besoin de ce détour et de cette complication pour justifier son quatrième Élément* (la force). *Celui-ci découle de sa nature même : il ne se conçoit pas sans lui. Il n'est pas nécessaire qu'on le promette explicitement, il existe en essence* » [569]. Le

---

l'alinéa 2 de l'ancien article 1134 du Code civil. En effet, celui-ci mentionne seulement la révocation du contrat, laquelle pouvait intervenir de façon unilatérale dans les droits antérieurs au Code civil.

566 H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Nouvelle traduction par J. BARBEYRAC, tome 1er, 1733, p. 461 ; S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, *op. cit.*, tome 1er, p. 561 ; C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, par J.-H.-S. FORMEY, Edition d'Amsterdam, 1758, Collection « Centre de Philosophie politique et juridique, URA-CNRS, Université de Caen », 1990, tome 1, Livre 3, chapitre 4, n° 12.

567 J.-Ph. LEVY, et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 481.

568 C'est l'explication de l'adage *res perit emptori.* S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, Traduction de J. BARBEYRAC, Édition de Bâle, 1732, « Bibliothèque de philosophie politique et juridique », Presse universitaire de Caen, 2009, p. 54 ; J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 491.

569 E. PICARD, *Le droit pur*, Bruxelles, Veuve Fernand Larcier, Éditeur ; Paris, Ancienne Librairie Germer-Baillière et Cie Félix Alcan, Éditeur, 1899, p. 107.

caractère non obligatoire du contrat de vente issue des droits antérieurs, ainsi que l'intention de le supprimer ressortent de façon claire des travaux préparatoires du Code civil de 1804.

SECTION II.
TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL

148. Raffinement de l'effet obligatoire de la vente dans le Code civil. On peut observer que l'évolution de l'opération de transfert de la propriété s'est effectuée indépendamment de la question de la charge des risques. Elle relève ainsi de la question de l'effet obligatoire du contrat. Le consentement nu, c'est-à-dire le contrat de vente, qui n'était pas créateur d'obligation, s'est vu transformer de façon progressive par la pratique ; il devient presque créateur d'obligation. L'apport du Code civil de 1804 consiste dans l'amélioration de cette règle issue de la pratique. Celui-ci supprime les formalités distinctes du contrat de vente, auxquelles est subordonné le véritable engagement des contractants. Sous l'empire du Code civil, au lieu d'exprimer successivement deux consentements, dont le dernier qui correspond à la réalisation de la prestation vise à traduire le véritable engagement, le premier consentement exprimé suffit. Celui-ci seul donne lieu à des droits de nature diverse, dont certains visent à permettre la transmission matérielle de la chose, autrement dit, incarnent la plénitude de l'effet obligatoire du contrat de vente (§ 1), et d'autres à garantir la possession paisible par l'acquéreur. Mais s'agissant de la charge des risques, il ressort bien des travaux préparatoires du Code civil que celle-ci n'est pas attribuée à l'acquéreur de façon aussi automatique (§ 2) que l'on laisse entendre.

§ 1. L'AFFIRMATION DU PLEIN EFFET OBLIGATOIRE DE LA VENTE

149. Caractère obligatoire de la délivrance. Certes, la pratique de la tradition feinte est autorisée aussi bien en droit romain que dans l'Ancien droit français. Mais il est étranger à ceux-ci qu'une simple parole exprimée, non suivie d'un acte concret, crée une obligation, autrement dit, un droit. L'exécution de la délivrance procède d'un autre consentement ; elle s'incarne dans cette tradition feinte, dont la réalisation n'est pas obligatoire, et qui par conséquent paraît constitutive de la réalité du contrat de vente. Le Code civil supprime la nécessité du second consentement, c'est-à-dire de la tradition feinte. La délivrance est désormais obligatoire. Les droits tant personnels (A) que réels (B) découlent *ipso facto* de la vente en vue de son exécution forcée.

A. Droits personnels offerts à l'acquéreur

150. L'instance sur l'effet obligatoire de la vente dans les travaux préparatoires. Lors des travaux préparatoires du Code civil, les codificateurs ne se bornent pas à faire des déclarations (1) relatives au caractère du contrat de vente envisagé. La création d'une vente nouvelle devant produire des effets obligatoires fait l'objet d'une insistance générale (2).

1. Déclaration des codificateurs

151. Différence entre la vente du Code civil et celle issue des droits antérieurs. L'un des traits caractéristiques du contrat de vente qui résulte du Code civil de 1804 est sans conteste son effet obligatoire. Les rédacteurs de ce Code déclarent avoir créé une vente avec deux stades dans son accomplissement. Le premier consiste dans la formation de la vente elle-même [570], et le second, dans son exécution [571]. Cette structure ne paraît pas particulière au contrat de vente ; elle caractérise le contrat de façon générale. La preuve de la formation du contrat suffit à l'existence d'un véritable engagement. Il n'est plus besoin que le débiteur réitère son engagement par l'accomplissement de la prestation promise. La réalisation des prestations caractéristiques de la vente ne dépend plus d'une seconde volonté des contractants. Elle peut être forcée en cas de résistance injustifiée de l'un de ceux-ci. Les codificateurs laissent entendre que c'est là que réside la différence entre la vente issue des droits antérieurs et celle du Code civil de 1804 [572]. Dès que la vente est parfaite, c'est-à-dire avoir rempli les conditions de sa validité, aucune partie ne peut librement se rétracter de façon unilatérale. Des prestations réciproques qui en résultent revêtent un caractère obligatoire.

152. Débat sur la validité de la vente portant sur une chose de genre. Lors des discussions devant le Conseil d'État, un débat assez vif portait sur la formation de la vente de choses de genre [573] ; la question était de savoir si cette vente doit être formée dès la rencontre de volontés. L'on s'accorde pour dire que l'absence de l'individualisation de la chose ne peut vicier la validité de la vente. Et le but recherché derrière cette validité, c'est de donner l'action [574] à l'acheteur permettant de forcer le vendeur à parfaire la vente, autrement dit, à mettre la marchandise à disposition en l'individualisant ou en la fabriquant, ou encore en l'achevant. Les prestations, à savoir la délivrance et le paiement du prix, ainsi que les actions personnelles en vue de leur réalisation résultent toutes de la foi donnée, c'est-à-dire *ipso facto* du contrat de vente. L'inexécution délibérée de toute stipulation du contrat donne

---

570 M. PORTALIS, « Présentation au corps législatif et exposé des motifs », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, 1827, p. 112 : « *Distinguons le contrat en lui-même d'avec son exécution. Le contrat est formé par la volonté des contractants. L'exécution suppose le contrat ; mais elle n'est pas le contrat lui-même. On est libre de prendre un engagement ou de ne pas le prendre ; mais on n'est pas libre de l'exécuter quand on l'a pris. Le premier devoir de toute personne qui s'engage est d'observer les pactes qu'elle a consentis, et d'être fidèle à la foi promise.* »

571 *Ibid.*, p. 113.

572 *Idem*.

573 Art. 1585 du Code civil.

574 P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, 1827, p. 21 : « *M. Jolivet dit que, hors le cas dont il vient d'être parlé, la vente est valable, quoiqu'il y ait défaut de poids ou de mesure. M. Real ajoute que l'insuffisance du poids ne produit d'autre effet que de donner au créancier une action pour obliger à parfaire.* »

lieu à l'exercice d'une action en justice. Les actions personnelles ne naissent plus, à la différence du droit romain, de l'exécution de la délivrance ou du paiement du prix.

153. Les différentes actions résultant directement de la vente. Il suffit donc au créancier de prouver l'existence du contrat de vente pour être reçu à exiger l'exécution de la prestation stipulée. Celui-ci dispose à cet égard de plusieurs moyens. L'existence de l'action en justice constitue un principe de droit ; elle découle de l'esprit du contrat en vue de réaliser ses effets. Le créancier d'une prestation peut recourir, si possible, à l'exécution forcée ; autrement dit, il peut réclamer que le débiteur lui fournisse la prestation même prévue. L'acheteur jouit ainsi d'une action en délivrance de la chose vendue [575]. À l'inverse le vendeur, qui offre de délivrer la chose, peut forcer le payement du prix. Le créancier peut aussi obtenir l'équivalent par l'octroi des dommages et intérêts [576], en engageant la responsabilité du cocontractant. L'exception d'inexécution d'une obligation ne peut être justifiée que par l'inexécution de l'obligation inverse. Lors de l'élaboration du Code civil, l'institution d'une vente nouvelle créatrice d'obligation fait l'objet d'une insistance particulière.

2. Insistance sur la vente créatrice d'obligation

154. L'instance favorisée, en particulier, par les écrits de Domat et de Pothier. Le défaut de la vente, dénoncé lors de l'élaboration du Code civil, consistant à autoriser un contractant à ne pas respecter sa foi, était déjà souligné par la doctrine du droit naturel en général [577], et en France par DOMAT, puis POTHIER [578]. Si bien que les rédacteurs de ce Code l'ont simplement évité. L'absence du caractère contraignant de la vente dans les droits antérieurs conduit ceux-ci à insister sur l'institution d'une vente créatrice d'obligations. Il relève de la nature du contrat que le consentement librement exprimé oblige ses auteurs [579].

---

575 Aux termes de l'article 1610 du Code civil, « *Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur.* »

576 L'ancien article 1142 du Code civil dispose que : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.* »

577 H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Nouvelle traduction par J. BARBEYRAC, tome 1er, 1733, p. 461 : « *La troisième et dernière manière de s'expliquer, ou celle qui renferme le plus haut degré d'espérance, c'est lorsqu'à la détermination, dont je viens de parler, on ajoute une déclaration suffisante de la volonté qu'on a de donner à celui, en faveur de qui l'on s'engage, un véritable droit d'exiger l'effet de notre parole. C'est là une promesse parfaite, qui a le même effet, que l'aliénation, ou le transport de propriété. Car elle est ou un acheminement à l'aliénation de quelque partie de nos biens, ou une espèce d'aliénation de quelque partie de notre liberté. Le premier renferme les promesses de donner ; l'autre de faire.* »

578 J.-L. GAZZANIGA, *op. cit.*, n° 46 : « *S'agissant du droit des obligations, c'est très net. La matière était tout entière dans Domat et Pothier, qui ont transmis la tradition romaine corrigée par la morale chrétienne et les principes du droit naturel.* »

579 Lorsqu'il voulait préciser l'effet de la délivrance, Domat disait : *op. cit.*, n° 10 : « *Cet article n'est pas contraire à ce qui a été dit en la Sect. I. art. 2 que la vente s'accomplit par le seul consentement ; car il*

… / …

Cette force du contrat réside dans les actions que celui-ci confère aux parties l'une à l'égard de l'autre. Suivant ces jurisconsultes de l'Ancien droit français, le contrat ne crée que des droits personnels ; c'est-à-dire les droits dont le domaine d'exercice se limite aux rapports entre les parties contractantes. Le Code civil ne s'est pas limité au vœu de cette partie de la doctrine du droit naturel ; il est allé plus loin en consacrant toute la doctrine du droit naturel. Non seulement il consacre l'effet personnel de la vente, préconisé par une partie de cette doctrine, dont DOMAT et POTHIER, mais fait en même temps du droit réel l'effet principal des contrats destinés à opérer le transfert de la propriété.

B. Droits réels en faveur de l'acquéreur

155. Doctrine du droit naturel et lieu de naissance des actions. Conférer les actions de nature réelle à l'acquéreur dès la formation du contrat constitue aussi une consécration de la doctrine du droit naturel (1) ; il est en effet du souhait de celle-ci que la formation du contrat soit ainsi présentée comme le seul lieu de naissance de toutes les actions en justice (2) destinées à réaliser de façon obligatoire les engagements contractuellement pris.

1. Rappel de l'opinion de la doctrine du droit naturel

156. Transfer *solo consensu* de propriété. Le transfert *solo consensu* du droit de propriété constitue l'aboutissement d'une évolution qui a traversé des siècles. Il est ainsi particulier au Code civil de 1804, et inspiré aussi de la doctrine du droit naturel [580]. Il ne constitue pas néanmoins l'opinion générale de cette doctrine. Le transfert de la propriété par le même consentement qui a formé le contrat ne fait pas l'unanimité en son sein. Une partie de cette doctrine, dont DOMAT et POTHIER, rejette le principe du transfert de la propriété par le seul consentement ; elle soutient l'association du transfert du droit de propriété à la délivrance, sauf à accorder l'action au créancier en vue de forcer la transmission matérielle de la chose. Les rédacteurs du Code civil de 1804 sont allés au-delà de cette opinion des jurisconsultes réputés de l'Ancien droit français.

---

faut distinguer dans le contrat de vente, et dans tous les autres qui s'accomplissent par le seul consentement, deux sortes ou deux degrés d'accomplissement. Le premier est celui dont il est parlé dans cet art. 2 de la Section I., et le second est celui dont il est parlé ici dans cet art. 10. Leur différence consiste en ce que le simple consentement ne forme que l'engagement des contractants à exécuter réciproquement ce qu'ils se promettent ; ainsi le vendeur est obligé à la délivrance de la chose vendue, et l'acheteur au paiement du prix ; et c'est en ce sens que le contrat de vente est accompli par le seul consentement ; [...]. ». Abondant dans le même sens, POTHIER disait : *op. cit.*, n° 150 : « *Les effets de l'obligation par apport au créancier, sont 1°) le droit qu'elle lui donne de poursuivre en justice le débiteur, pour le paiement de ce qui est contenu dans l'obligation.* »

580 M. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, tome 1, éd. A. DURAND, 1857, art. 1138, n° 3 : « *Ce n'est sans doute pas une petite et stérile innovation que le principe posé dans l'article 1138. Le Code Napoléon n'a même introduit nulle part de changement aussi grave, aussi fécond en conséquences, que lorsqu'il a attribué à l'obligation de donner la force de transférer la propriété immédiatement, sans le secours de la tradition.* »

Suivant en effet leur vœu d'ouvrir les voies de toute nature à l'acquéreur en vue de l'accomplissement de la vente, les auteurs de ce Code aperçoivent dans toute la doctrine du droit naturel, la règle appropriée [581]. Les seuls droits personnels qu'une partie de cette doctrine propose de conférer à l'acquéreur dès la formation du contrat, sont limités quant à leur domaine d'exercice ; ils permettent seulement de forcer le débiteur à remettre la chose aliénée. Ainsi, seuls, les droits personnels ne suffisent pas à effacer complètement le défaut du contrat de vente issu du droit romain et de l'Ancien droit français. L'effet obligatoire tant souhaité de la vente demeurerait restreint.

Or, les systèmes juridiques antérieurs rattachent un effet particulier au droit de propriété. Il est permis à celui qui se prétend propriétaire de faire prévaloir son droit par l'exercice d'une action spécifique. L'action en justice qui accompagne le droit de propriété peut être exercée à l'encontre de tout détenteur, autrement dit, aussi bien contre l'aliénateur qu'à l'égard d'un tiers [582] ; elle est incarnée dans la revendication en justice de la chose que seul celui qui se prétend propriétaire peut exercer [583]. La prétention d'être propriétaire autorise par elle-même déjà son auteur à exercer une action rattachée à la nature réelle du droit : l'action en revendication [584]. Celle-ci conjuguée à celles qui résultent de l'effet obligationnel du contrat, autrement dit, à des droits personnels, rend l'acquéreur tout

---

581 H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Nouvelle traduction par J. BARBEYRAC, tome 1er, 1733, p. 427 : « *[…], il faut remarquer que la propriété de la chose vendue peut être transférée dès le moment du contrat fait et passé, et avant la délivrance. C'est même la manière la plus simple de vendre ou d'acheter.* » ; S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, *op. cit.*, tome 1er, p. 561 : « *Cela posé, il est clair, que les conventions toutes seules suffisent pour faire passer d'une personne à l'autre la propriété considérée purement et simplement comme une qualité morale, détachée de la possession.* » ; C. WOLFF, *Principes du droit de la nature et des gens*, par J.-H.-S. FORMEY, Edition d'Amsterdam, 1758, Collection « Centre de Philosophie politique et juridique, URA-CNRS, Université de Caen », 1990, tome 1, Livre 3, chapitre 4, n° 12.

582 Surtout le pouvoir exclusif qui en résulte pour le propriétaire. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 143 et suiv. ; le droit réel est conçu par certains auteurs sous rapport obligatoire : M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, refondu et complété par G. RIPERT et J. BOULANGER, LGDJ, 1950, n° 2603 : « *Le dernier terme du rapport, le sujet passif, est facile à découvrir : c'est toutes les autres personnes qui sont tenues d'une obligation purement négative : cette obligation consiste à s'abstenir de tout ce qui pourrait troubler la possession paisible que la loi veut assurer au titulaire du droit. Le droit réel doit donc être conçu sous la forme d'un rapport obligatoire, dans lequel le sujet actif est simple et représenté par une seule personne, tandis que le sujet passif est illimité en nombre et comprend toutes les personnes qui entrent en relation avec le sujet actif.* »

583 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 192 : « *L'acquisition d'un bien donne des pouvoirs à celui qui en bénéficie. Ces pouvoirs ne doivent pas être perçus comme une manière de définir la propriété mais simplement de décrire ses effets. La définition de la propriété a été donnée au début de ce titre ; elle est le caractère de ce qui est propre ainsi que le pouvoir de celui auquel une chose est propre. Les prérogatives du propriétaire donnent un contenu à ce pouvoir ; elles ne sont rien d'autre qu'une manière subjective d'appréhender son statut.* »

584 M. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, tome 1, éd. A. DURAND, 1857, art. 1138, n° 2, p. 421 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 521 : « *Action pétitoire par excellence, l'action en revendication est celle qu'exerce le propriétaire, en cette qualité, contre le tiers qui détient indûment son bien et refuse de le restituer en contestant son droit. Elle tend à la reconnaissance du droit de propriété et à la restitution du bien.* »

puissant [585]. S'opérant toujours de façon automatique et étant l'effet légal du contrat, le transfert de propriété est désormais rattaché à la formation de celui-ci, en vue de conférer à l'acquéreur la faculté d'exercer toutes les actions. Le vendeur ne remplit aucun autre acte à titre de transfert de propriété. La seule validité de la formation du contrat emporte l'effectivité du transfert de la propriété. Et son invalidité entraîne l'absence de ce transfert, et inversement la restitution des prestations fournies.

157. L'incarnation de la réponse à l'attente des parties contractantes. La motivation des parties, en concluant la vente, c'est d'opérer le déplacement du droit de propriété du vendeur à l'acheteur. Le transfert de la propriété relève de l'effet légal de la vente et se produit désormais concomitamment avec sa formation. Il n'est plus besoin d'alourdir le processus de ce transfert de formalités inutiles [586]. La dénomination en elle-même de l'opération engagée suffit à révéler ce dont il s'agit. Comme il a été dit, pas plus que d'effet personnel, la vente ne produisait pas d'effet réel, sous l'empire du droit romain et de l'Ancien droit français. Par conséquent, la qualité de propriétaire de l'aliénateur n'avait aucune incidence sur la validité du contrat ; cette qualité est érigée de nos jours en une condition de formation du contrat [587]. Ce qui importait c'est d'effectuer le transfert de la possession, c'est-à-dire de la maîtrise matérielle et de la jouissance de la chose vendue. Une fois ce transfert opéré, celui du droit de propriété s'ensuivait de façon automatique lorsque le vendeur était lui-même propriétaire de la chose : le transfert de propriété, effet lointain de la vente, était immédiat de la délivrance. Sous l'empire du Code civil de 1804 le transfert *solo consensu* de propriété vise à marquer le lieu de naissance de l'effet obligatoire du contrat.

2. Lieu de naissance de toutes les actions en justice

158. La simultanéité entre la formation de la vente et le moment du transfert de propriété. Le Code civil réduit cette distance ne devant naturellement pas exister entre la vente et le moment du transfert de la propriété. Au lieu que ce transfert s'effectue à la suite de la tradition, il est désormais contemporain de la formation du contrat. Il en résulte que le consentement à la base de la formation du contrat engendre tous les droits attachés à la

---

585 M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, refondu et complété par G. RIPERT et J. BOULANGER, LGDJ, 1950, n° 2611 : « *Le propriétaire d'une chose ayant un droit opposable à tous peut revendiquer sa chose entre les mains d'un détenteur quelconque. Il peut poursuivre le voleur ou tout autre possesseur de la chose pour lui réclamer son bien. Celui qui n'en est que créancier a seulement une action en restitution ou en indemnité contre la personne qui le lui devait ; il n'a pas d'action réelle, mais une simple action personnelle contre le débiteur, qui seul est tenu envers lui. On exprime cette différence en disant que le droit réel confère un droit de suite qui manque au droit de créance : le propriétaire suit sa chose en quelques mains qu'elle passe : le créancier ne peut attaquer que son débiteur.* »

586 S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, *op. cit.*, tome 1er, p. 563 : « *Il faut remarquer encore, qu'il y a une délivrance réelle ou effective ; et une délivrance feinte, ou, comme on parle autrement, faite par main brève, c'est-à-dire, pour éviter des circuits inutiles.* »

587 Art. 1599 du Code civil.

nature du contrat. Le premier né de ces droits est la propriété. Son transfert s'accomplit par principe avant celui des droits personnels, lesquels s'exercent comme ses conséquences, mais pas comme actes d'acheminement vers sa réalisation. Ce transfert par le seul consentement ajoute ainsi à la vente d'autres conséquences indéniables ; les effets personnels se trouvent renforcés. L'acquéreur devient titulaire du pouvoir que ne suffisent à lui conférer les seuls effets obligationnels de la vente. À l'inverse le vendeur est réduit, avant la prise de possession, ou la délivrance, à un simple détenteur de la chose [588].

159. Toute sorte d'actions résultant de la vente en faveur de l'acquéreur. Le domaine d'action de l'acquéreur, dans le cadre de la délivrance, en ressort étendu [589]. Large possibilité lui est offerte en vue de l'accomplissement du transfert physique de la chose vendue [590]. Outre les actions personnelles que celui-ci tient du contrat, le droit de propriété l'autorise à exercer une action extracontractuelle [591]. Celle-ci permet à l'acquéreur de revendiquer la chose entre les mains d'un tiers détenteur. Ce qui constitue une neutralisation d'une éventuelle mauvaise foi de la part du vendeur. Il est ôté à celui-ci toute tentative de contourner son obligation de délivrance, qui consisterait à confier la chose vendue à un tiers [592]. Sous l'empire notamment du droit romain, aucune possibilité n'est offerte à l'acquéreur de revendiquer la chose vendue et détenue par un tiers ; sans l'effectivité de la délivrance, il ne peut se prétendre propriétaire de la chose. Il dispose désormais de tous les moyens possibles : les actions personnelles qui résultent du contrat de vente d'une part et celles réelles rattachées à la prétention d'être titulaire d'un droit de propriété d'autre part. Le vœu des rédacteurs du Code civil est ainsi réalisé. Dès la

---

588 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 181 : « *[…], dès que le transfert de la propriété s'est produit, l'aliénateur devient détenteur précaire de la chose vendue : il la possède pour le compte de l'acquéreur […].* »

589 M. PORTALIS, *loc. cit.*, p. 113 : « *Ce système est encore plus favorable au commerce. Il rend possible ce qui ne le serait souvent pas, si la tradition matérielle d'une chose vendue était nécessaire pour rendre la vente parfaite. Par la seule expression de notre volonté, nous acquérons pour nous-mêmes, et nous transportons à autrui toutes les choses qui peuvent être l'objet de nos conventions. Il s'opère par le contrat une sorte de tradition civile qui consomme le transport du droit, et qui nous donne action pour forcer la tradition réelle de la chose et le paiement du prix. Ainsi la volonté de l'homme, aidée de toute la puissance de la loi, franchit toutes les distances, surmonte tous les obstacles, et devient présente partout comme la loi même.* »

590 H.et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, 3e éd., Éditions Montchrestien, 1966, n° 1118 : « *Quelle que soit sa véritable explication juridique, la règle de l'article 1138 C. civ. trouve une justification sur le plan de l'équité. L'acheteur, devenu propriétaire, pouvait, sauf convention contraire, prendre livraison dès la conclusion de la vente ; […].* »

591 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 197 : « *[…], l'action fondée sur un contrat est de nature personnelle en ce qu'elle repose sur un engagement personnel, alors que l'action en revendication ne repose sur aucun engagement et tend à la consécration d'une prérogative sur une chose. Elle est en cela une action réelle.* »

592 L'ancien article 1141 (1198 nouveau) du Code civil résout le conflit entre deux acquéreurs successifs. Le vendeur peut confier la détention de la chose à un tiers. En ce cas, le transfert *solo consensu* de propriété permet à l'acquéreur d'exercer le droit de suite, c'est-à-dire de réclamer la chose à ce tiers.

conclusion du contrat, l'acquéreur bénéficie du droit de suite, l'action pouvant être exercée à l'égard d'un tiers par la personne se prétendant titulaire d'un droit de propriété.

160. Conclusion. Le seul but du mécanisme du transfert *solo consensu* de propriété, pour lequel cette règle est reprise d'une partie de la doctrine du droit naturel, c'est de rendre l'acquéreur maître de la chose dès la conclusion du contrat. C'est par conséquent de conférer au contrat, de nature à transférer le droit de propriété, son plein effet. Ce contrat ne pourrait produire pleinement son effet obligatoire, si l'on lui reconnaissait seulement ses effets personnels. Car, dans les contrats de cette nature, les effets du contrat d'un côté, et ceux qui résultent de la prétention d'être propriétaire, de l'autre, se complètent afin de conférer au contrat sa force obligatoire. Et, à l'image du droit romain, ce n'est pas à l'égard de la question de la charge des risques, que le droit de propriété doit se transférer *solo consensu*.

§ 2. La charge des risques et le transfert de la propriété

161. La charge des risques, la délivrance, le transfert de la propriété. Les termes de l'ancien article 1138 étant réputés peu clairs, ses interprètes ont souvent fait recours aux travaux préparatoires du Code civil. Ceux-ci ont semblé déterminants dans le soutien de l'existence de la règle *res perit domino* dans le système du Code civil de 1804 ; ils sont en effet souvent évoqués [593] à l'appui de l'opinion en vigueur suivant laquelle l'acheteur supporte les risques dès la formation du contrat en raison de sa qualité de propriétaire acquise dès cet instant. Or, bien que la règle *res perit domino* y soit mentionnée, les travaux préparatoires du Code civil démontrent plutôt parfaitement le rattachement de la charge des risques à l'obligation de délivrance. Leur examen révèle la quasi-absence de la question de la l'association des risques au transfert de la propriété (A). On verra qu'il ressort en revanche bien des travaux d'élaboration du Code civil, que l'attribution des risques est associée à la délivrance de la chose vendue (B).

A. La quasi-absence de la question de la règle *res perit domino*

162. Deux hypothèses. On relève deux hypothèses dans lesquelles la règle *res perit domino* est évoquée dans les travaux préparatoires du Code civil. Elle est ainsi mentionnée, d'une part, dans deux discours de présentation des projets de lois au corps législatif (1), et, d'autre part, dans les débats entre les jurisconsultes sur le projet de l'article 1585 (2).

---

593 M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome 6, 2e éd., LGDJ, 1930, n° 414, p. 564.

1. La règle *res perit domino* dans deux discours de présentation des projets de lois

163. La logique. S'il existait, dans le système du Code civil, un rapport de dépendance entre la charge des risques et le transfert de la propriété, ce serait évidemment une grande innovation [594]. L'attribution des risques à l'acquéreur comme conséquence du transfert de la propriété n'existait pas en effet dans les précédents historiques de ce Code. Les risques étaient mis à la charge de l'acquéreur dès la formation du contrat [595]. En revanche, on ne se souciait guère du transfert abstrait de la propriété, sans doute parce qu'il ne nuit pas à la jouissance de la chose par l'acquéreur. Étant ainsi une innovation, la question ne serait pas passée sous silence. Elle serait sans doute aussi vivement débattue que celle du transfert *solo consensu* de la propriété [596]. Et partout où il s'agit du transfert consensuel de la propriété, il serait aussi évoqué la question de la charge des risques comme sa conséquence ou son enjeu majeur.

164. Mention incidente de la règle res perit domino. Tel n'est cependant pas le cas dans les discussions sur le projet du Code civil. La question n'y apparaît qu'incidemment, encore moins en vue d'illustrer la conséquence du transfert consensuel de propriété. Le Conseil d'État adopte le projet de l'ancien article 1138 sans aucun débat [597]. Certes certains tribuns chargés de présenter les projets au Tribunat ou au corps législatif ont mentionné dans leurs discours ou rapport la règle *res perit domino* ; ainsi, Bigot de Préameneu l'a rappelée dans son discours de présentation au corps législatif du projet de loi sur les obligations en général [598].

---

594 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 6, 2e éd., LGDJ, 1930, n° 414, p. 564 : *« Si l'article 1138 met les risques à la charge de l'acheteur, c'est en conséquence de l'adoption par le Code de la règle nouvelle du transfert de la propriété par le seul consentement, rapprochée de la maxime* res perit domino*, consacrée par notre ancien droit. »*

595 H. GROTIUS, *op. cit.*, tome 1er, p. 428 : « *Quand donc on dit, que le contrat de vente consiste en ce que le vendeur s'engage à faire en sorte que l'acheteur puisse avoir la chose vendue, et à la garantir de toute éviction ; que la chose est aux risques et périls de l'acheteur, et les fruits lui appartiennent, avant qu'il acquière la propriété de la chose : ce sont toutes maximes purement de Droit civil, lesquelles même ne s'observent pas partout.* »

596 Dans sa présentation du projet de loi sur les obligations en général, Bigot DE PRÉAMENEU insistait particulièrement sur le transfert consensuel de propriété comme l'innovation lors de la présentation de l'article 1138 du Code civil : P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 13, p. 230 : « *C'est le consentement des contractants qui rend parfaite l'obligation de livrer la chose. Il n'est pas besoin de tradition réelle pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire aussitôt que l'instant où la livraison doit se faire est arrivé. Ce n'est plus alors un simple droit à la chose qu'a le créancier, c'est un droit de propriété* jus in re. », PORTALIS n'a nulle part mentionné l'attribution des risques à l'acquéreur comme conséquence du transfert de la propriété lorsqu'il présente le projet de loi sur la vente ; il justifie le mécanisme du transfert *solo consensu* de propriété plutôt par sa vertu de conférer tous les droits à l'acquéreur en vue de forcer la délivrance et de jouir pleinement de la chose : P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, p. 112 et suiv.

597 Lors des discussions, le projet de l'article 1138 du Code civil porte successivement les numéros 36 et 39.

598 P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 13, p. 230 : « *[...] : si donc elle [la chose vendue] périt par force majeure ou par cas fortuit depuis l'époque où elle a dû être livrée,*

… / …

Mais il ne l'a pas ainsi mentionnée à titre illustratif de l'objectif recherché par le transfert *solo consensu* de la propriété [599]. De même, le tribun Grenier l'a mentionnée dans la présentation faite au corps législatif du projet de loi sur le contrat de vente [600], mais sans aucune démonstration pouvant anéantir toute conception contraire.

Ces discours dans lesquels la règle *res perit domino* est mentionnée semblent revêtir un caractère tactique. Ils visent plus à emporter l'approbation du corps visé qu'une démonstration purement technique. La mention de la règle *res perit domino* permet simplement aux auteurs de ces discours d'éviter la difficulté à trouver un terme adéquat pour faire comprendre l'explication à la fois techniques et subtile de l'attribution des risques à l'acquéreur. On verra ci-dessus que l'attribution de la charge des risques y est assez bien séparée de la question du transfert de la propriété. Le caractère tactique de la mention de la règle *res perit domino* s'observe aussi dans les débats sur le projet de l'article 1585 du Code civil.

2. Débats sur le projet de l'article 1585

165. À l'égard de l'inquiétude exprimée par le consul Cambacérès. Lors des débats sur le futur article 1585 du Code civil, le consul CAMBACÉRÈS exprime son inquiétude sur le risque de confusion, en ce qui concerne la charge des risques, entre la disposition de celui-ci et celle de l'article 1583. Il voit dans l'article 1583 du Code civil, l'application de la règle *res perit domino* [601]. Il exprime par conséquent le vœu que l'article 1585 ne s'applique pas de la même façon. La réponse du consul TRONCHET vient dissiper cette inquiétude. Celui-ci dit clairement que l'article 1583 explique uniquement la façon dont une vente devient

---

la perte est pour le créancier, suivant la règle res perit domino. *Mais si le débiteur manque à son engagement, la juste peine est que la chose qu'il n'a pas livrée au terme convenu reste à ses risques. Il faut seulement qu'il soit certain que le débiteur est en faute de ne pas l'avoir livrée ; il faut qu'il ait été constitué en demeure.* »

599 BIGOT DE PRÉAMENEU dit que si la chose périt « *depuis l'époque où elle a dû être livrée* », il n'a pas dit : « *depuis l'époque où la chose est due* », laquelle expression pourrait renvoyer sans doute à l'époque de la formation du contrat. Mais tel qu'il s'est exprimé, l'orateur suggère l'hypothèse où le contrat est conclu, mais que la prise de livraison ne dépend pas que de l'acheteur. Car, la chose peut être un corps certain, mais sa livraison peut dépendre de certaines circonstances qui sont indépendantes de l'acheteur. D'ailleurs, l'orateur précise dans son discours que la perte est pour le créancier, mais non pour le propriétaire. Ce qui s'entend sans conteste que la perte est pour le créancier de la délivrance, duquel, dans la vente pure et simple, dépend, dès l'instant que le contrat est conclu, la prise de livraison. C'est à propos de cette dernière hypothèse que l'adage *res perit domino* est mentionné dans cette présentation. L'imputation de la charge des risques se fait donc en considération de l'état de la chose après la formation du contrat : si elle est livrable ou non, autrement dit, si elle peut être retirée par l'acquéreur.

600 GRENIER, « Discussions devant le corps législatif », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 180, spéc. 184.

601 P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, p. 21 et suiv. : le Consul Cambacérès dit de : « *[…] ne pas soumettre le cas de l'article 4 [art. 1585 du Code civil] à la disposition de l'article 2 [art. 1583 du Code civil], qui, suivant l'axiome* res perit domino*, met la chose aux risques de l'acheteur du moment que la vente est parfaite.* »

parfaite, mais qu'il ne porte pas sur celle de l'attribution de la charge des risques [602]. Il s'agit bien là de deux opinions divergentes. L'une prétend que le moment du transfert de la propriété est automatiquement celui où la charge des risques pèse sur l'acquéreur ; l'autre objecte que le moment auquel la vente est parfaite n'est pas celui où les risques sont à la tête de l'acquéreur. Ce qui laisse entendre que la question de la charge des risques est bien séparée de celle du transfert de la propriété. Par ailleurs, en évoquant, dans ce débat, la règle *res perit domino*, le consul CAMBACÉRÈS semble manifester son souvenir sur ses avant-projets élaborés seul ; on peut donc comprendre sa préoccupation. C'est en effet la règle *res perit domino* qu'il avait reprise dans l'un de ses avant-projets [603] ; il était sans doute de son vœu de voir cette règle définitivement consacrée. Il pourrait croire alors que le nouveau projet ne s'en est pas écarté, d'autant plus que la formulation du texte de l'ancien article 1138 est réputée subtile.

Le manque d'écho, dans les travaux préparatoires du Code civil, de l'association de la charge des risques au transfert de la propriété, n'est pas fortuit. Il en résulte que les codificateurs n'entendent pas lier ces deux questions. Certes l'on peut être porté à y voir, en ce qui concerne l'attribution de la charge des risques à l'acquéreur, la consécration de la règle *res perit creditori* issue du droit romain. L'on serait conduit à évoquer, à l'appui d'une telle conception, la doctrine du droit naturel en ce que celle-ci, en critiquant le droit romain, veut que les risques ainsi que les accroissements survenus à la chose après la formation du contrat, soient pour le propriétaire, en l'occurrence le vendeur, jusqu'à la délivrance de la chose [604].

166. La substance de la critique de la doctrine du droit naturel à l'endroit du droit romain. Toutefois, la critique de cette doctrine présente en substance un autre sens. Même si certaine opinion de la doctrine du droit naturel peut paraître peu claire [605], d'autres sont très explicites à cet égard. Elle procède essentiellement de l'inadmissibilité, en droit romain, du transfert du droit de propriété sans la tradition, laquelle était en général le transfert physique de la chose vendue. Pour l'école du droit naturel, seule la maîtrise matérielle de la chose permet sa jouissance effective par l'acquéreur. Or, on a vu que la vente romaine ne confère pas d'action à l'acquéreur en vue de forcer la tradition ; alors que celui-ci supporte

---

602 *Idem*., « *Tronchet dit qu'il est inutile de changer la rédaction, parce que l'article 2* (1583) *explique comment une vente devient parfaite.* »

603 P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 1, p. 76, n° 15 et suiv. : « *Du moment que le contrat est formé, la propriété passe à l'acheteur ; jusqu'au temps de la livraison, le vendeur doit la lui conserver ; si elle périt dans l'intervalle, sans qu'il y ait faute de ce dernier, la perte en est toute entière pour l'acheteur. Si l'acheteur est en retard d'enlever, le soin de conserver la chose n'appartient plus au vendeur ; et si elle périt par défaut de soins, la perte n'en est moins pour l'acheteur.* »

604 H. GROTIUS, *op. cit.*, tome 1er, p. 427 : « *Si néanmoins on est convenu, que l'acheteur ne deviendrait pas propriétaire aussitôt après le marché conclu ; le vendeur sera tenu en ce cas-là de transférer en son temps la propriété, et cependant la chose vendue sera à ses risques et périls, aussi bien qu'à son profit.* »

605 Surtout Grotius.

les risques dès la formation du contrat [606], sous prétexte que lui appartiendrait une éventuelle plus-value survenue à la chose. Cette doctrine exprime à juste titre le vœu d'attribuer cette augmentation hypothétique de la chose ainsi que les risques au vendeur qui profite par ailleurs de la chose en sa possession jusqu'à la délivrance [607]. Les éventuels fruits que représentent cet accroissement ne suffisent pas à dissimuler le déséquilibre contractuel en défaveur de l'acquéreur, dans la mesure où celui-ci demeure privé de pouvoir permettant de forcer la délivrance. Aussi longtemps que le vendeur possède la chose indépendamment de l'acquéreur, les risques doivent être à sa charge [608].

167. Le but recherché par la doctrine du droit naturel. L'équité s'instaure évidemment ainsi dans les relations contractuelles entre le vendeur et l'acquéreur. Le vendeur se voit obliger tacitement de réaliser la délivrance. Notamment la perspective de ne pas pouvoir obtenir le paiement du prix en cas de perte de la chose peut conduire le vendeur à effectuer la délivrance. En revanche, celui-ci serait peu enclin à le faire lorsqu'il ne perdait rien en cas de destruction fortuite de la chose, alors qu'il ne subissait aucune contrainte externe.

Le plaidoyer de la doctrine du droit naturel en faveur de la prise en charge des risques par le propriétaire, ne renferme nullement le vœu de voir l'acquéreur supporter de façon systématique les risques dès qu'il est déclaré propriétaire de la chose vendue [609]. Il est

---

606 S. PUFENDORF, *op. cit.*, tome 2, p. 54 : « *On sait que le Droit Romain met cette perte sur le compte de l'acheteur, quoique, selon ces mêmes Lois, le Vendeur soit Maître de la chose vendue tant qu'il ne l'a pas encore délivrée. Mais d'où vient donc que partout ailleurs c'est tant pis pour le Maître, si ce qui lui appartient périt ou est endommagé sans la faute de celui entre les mains de qui il se trouve ?* ». La dernière phrase fait référence à la règle *res perit domino* lorsque la chose déposée entre les mains d'un dépositaire perd sans la faute de celui-ci. Le propriétaire, qui est aussi créancier de l'obligation de restitution supporte cette perte. En réalité, donc, il s'agit de la règle *res perit creditori*, mais pas de la règle *res perit domino*. Traduire la règle par référence au droit de propriété au lieu de l'obligation de restitution n'a aucune logique.

607 H. GROTIUS, *op. cit.*, tome 1er, p. 428 « *Quand donc on dit, que le contrat de vente consiste en ce que le vendeur s'engage à faire en sorte que l'acheteur puisse avoir la chose vendue, et à la garantir de toute éviction ; que la chose est aux risques et périls de l'acheteur, et que les fruits lui appartiennent, avant qu'il acquière la propriété de la chose : ce sont toutes maximes purement de Droit civil, lesquelles même ne s'observent pas partout. Bien plus : la plupart des anciens législateurs ont jugé à propos d'établir, que, jusqu'à la délivrance, la perte ou les profits d'une chose vendue seraient pour le compte du vendeur. C'est ce que Theopraste remarque, dans un passage que Stobée nous a conservé, et où l'on trouvera plusieurs autres coutumes touchant les formalités des ventes, sur les Erres, sur la faculté de se dédire ; le tout fort différent de ce qui est établi par le Droit Romain.* »

608 S. PUFENDORF, *op. cit.*, tome 2, p. 55 : « *Mais d'où vient que dans un contrat intéressé de part et d'autre, comme la vente, lorsque le vendeur n'a pas encore exécuté ce à quoi il est tenu par le contrat, l'acheteur doit se résoudre à perdre la marchandise, et à la payer pourtant ? Pour moi, il me semble, que le meilleur moyen pour découvrir ici les règles de l'Équité Naturelle, c'est de distinguer si le retardement de la délivrance vient de ce que la marchandise ne pouvait être transportée qu'en un certain temps au lieu où elle devait être livrée, ou de ce que le vendeur est en demeure de la délivrer ; ou bien s'il n'a tenu qu'à l'acheteur d'en prendre possession. Dans les deux premiers cas, il n'y a point de doute que la perte soit pour le compte du vendeur.* »

609 H. GROTIUS, *op. cit.*, tome 1er, p. 429 : « *Il faut savoir encore, que, si une même chose a été vendue deux fois, celui des acheteurs à qui l'on aura transféré d'abord la propriété de la chose, soit par la délivrance, ou autrement, sera celui dont l'achat subsistera. Car le transport présent de propriété a fait passer à cet*

… / …

restreint à la dénonciation de la latitude dont bénéficie le vendeur notamment dans l'exécution de l'obligation de délivrance. L'absence de contrainte offre en effet à celui-ci la possibilité d'être indifférent à l'égard de la vente ; il peut ne pas s'exécuter ou traîner en longueur la délivrance, alors que son cocontractant se trouve déjà investi de la charge des risques. L'on peut, avec la doctrine, se demander pourquoi ne pas appliquer dans un tel rapport la règle *res perit domino* qui s'appliquait déjà dans les contrats de dépôt et de gage.

168. Conclusion. La motivation de cette doctrine est bien suivie par la majorité des rédacteurs du Code civil. C'est ce qui explique non seulement la quasi-absence, dans les travaux préparatoires de ce Code, de débat sur la dépendance entre la charge des risques et le transfert du droit de propriété, mais aussi le manque de mention expresse de la l'association de ce transfert à la délivrance.

B. L'association des risques à l'obligation de délivrance

169. L'attitude potentielle de la doctrine du droit naturel à l'égard de la règle res perit domino. Avant de rappeler la façon dont la relation entre les risques et la délivrance ressort des termes des discours (2) qui semblent donner lieu, à tort, à la règle *res perit domino*, il convient de présenter l'attitude qui serait potentiellement adoptée par la doctrine du droit naturel à l'égard de cette règle (1).

1. La règle *res perit domino* et la doctrine du droit naturel

170. Règle res perit domino issue du droit positif français et règle *res perit creditori* du droit romain. La maxime *res perit domino*, qui figure comme principe dans le droit positif, ne saurait être exempt de critique de la part du courant doctrinal promettant que les choses se passent selon l'ordre de la nature. En effet, l'iniquité que recèle cette maxime, lorsqu'elle intègre le contrat, dont elle est naturellement exclue, n'est pas moins intacte que dans la règle *res perit creditori* issue du droit romain [610]. Se satisfaire, sans considération des circonstances concrètes, de l'attribution de la charge des risques par le transfert de l'aspect abstrait du droit de propriété, n'établit aucune différence avec le droit romain.

La partie majoritaire de ce courant doctrinal dont l'opinion sur la question semble détaillée ne conçoit pas une attribution des risques liée au transfert de la propriété. Le droit de propriété en soi ne constitue pas un critère d'attribution des risques. Le terme inapproprié de « *transfert des risques* » évoque un rapport entre plusieurs personnes. Sans ce

---

acheteur tout le pouvoir moral, que le vendeur avait sur la chose : ce qui n'a pas lieu dans une simple promesse. »

610 La justification donnée par les jurisconsultes romains de la règle *pres perit creditori* constitue un reproche fait à l'acheteur d'avoir payé une chose qu'il n'a pas en mains. Autrement dit, l'acheteur doit exiger que la chose soit sous ses mains avant de la payer : S. PUFENDORF, *op. cit.*, tome 2, p. 54.

rapport, il ne serait pas parlé en termes de « *transfert* », la question de l'attribution des risques ne se poserait d'ailleurs jamais. L'emploi de ces termes évoque, par ailleurs, que la qualité de propriétaire est indifférente ; seule la position matérielle de l'objet du droit de propriété est prise en considération. Ainsi, dans les contrats considérés comme ne visant pas le transfert de la propriété, la question de l'attribution des risques se pose, d'ailleurs, dans les mêmes termes que dans les contrats translatifs de propriété. Ce qui démontre que ceux-ci constituent seulement une figure exceptionnelle dans laquelle on peut relever à la fois la présence du transfert de la propriété et celle de la question des risques. Autrement dit, les deux questions sont naturellement dissociées.

171. Concomitance de la délivrance avec la formation du contrat. En cas de vente pure et simple, c'est-à-dire au comptant, la séparation de l'exécution du contrat de sa formation ne s'aperçoit pas. Le consentement qui a formé le contrat emporte la mise à disposition : délivrance *solo consensu* [611]. Le contrat est instantanément exécuté ; ses effets s'épuisent en un trait de temps. Il n'y a pas lieu à la question des risques. Il s'ensuit que, contrairement à l'opinion de certains auteurs [612], le transfert de la propriété s'opère au moment où c'est d'ailleurs tous les effets du contrat qui sont instantanément épuisés. La chose est mise à la disposition de l'acquéreur dès la formation du contrat. La vente est accomplie de façon instantanée dans toutes ses étapes. L'exécution du contrat est terminée avant l'événement de force majeure qui a détruit ou détérioré la chose délivrée. De même si le vendeur détient la chose après cet instant avec l'accord de l'acheteur, la délivrance n'en demeure pas moins exécutée [613]. Car, il ne dépend que de celui-ci de retirer la chose. Ainsi le cas de force majeure qui se produit après ce moment se situe hors du contrat, les effets de celui-ci étant déjà épuisés. C'est là l'analyse qu'offrent en substance certains discours prononcés lors de l'élaboration du Code civil.

---

611 DOMAT, *op. cit.*, titre 1er, Section 2, n° 6 : « *La délivrance des meubles se fait ou par le transport qui les fait passer en la puissance de l'acheteur, ou sans ce transport, par la délivrance des clefs ; ou par la seule volonté du vendeur et de l'acheteur, si le transport ne pouvait s'en faire ; ou si l'acheteur avait déjà la chose vendue en sa puissance par un autre titre, comme s'il en était dépositaire, ou qu'il l'eût empruntée.* »

612 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 2e éd., LGDJ, 1926, n° 1347 : « *Comment n'être pas frappé de la rédaction singulière de l'art. 1138, où se trouvent réunies dans une seule phrase la question des risques et la question du transfert de propriété, rapprochement qui ne peut avoir été fait que pour leur donner à toutes deux une solution identique ? Les risques passent au créancier de la chose au moment même où il en devient propriétaire.* » ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, 3e éd., Éditions Montchrestien, 1966, n° 1118.

613 Cette hypothèse n'est pas loin des effets du contrat de dépôt. Si l'obligation de conservation n'était pas insérée dans la vente, comme étant celle subsistant après la délivrance consensuelle, les règles du contrat de dépôt pourraient trouver à s'appliquer. Le vendeur détenant la chose avec l'accord de l'acheteur, il doit veiller à sa conservation.

2. Le sens précis et technique des discours de Bigot-Préameneu et de Grenier

172. Le fond de ces discours. Le fond des discours préparatoires du Code civil porte la même analyse qui sera faite relativement aux termes de l'ancien article 1138 de ce Code. Suivant les cas, la délivrance peut être effective ou non. Dans l'hypothèse où elle ne paraît pas effective, la perte de la chose, même sans la faute du vendeur, doit être supportée par celui-ci, à proprement parler, libère les parties contractantes de leurs obligations réciproques.

Ce qui ressort de façon expresse des termes du discours de BIGOT DE PRÉAMENEU devant le corps législatif, que l'on invoque souvent à l'appui de la règle *res perit domino* [614] : « *C'est le consentement des contractants qui rend parfaite l'obligation de livrer la chose. Il n'est donc pas besoin de tradition réelle pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire aussitôt que l'instant où la livraison doit se faire est arrivé. Ce n'est plus alors un simple droit à la chose qu'a le créancier, c'est un droit de propriété* jus in re *: si donc elle périt par force majeure ou cas fortuit depuis l'époque où elle a dû être livrée, la perte est pour le créancier, suivant la règle* res perit domino. *Mais si le débiteur manque à son engagement, la juste peine est que la chose qu'il n'a pas livrée au terme convenu reste à ses risques. Il faut seulement qu'il soit certain que le débiteur est en faute de ne pas l'avoir livrée ; il faut qu'il ait été constitué en demeure.* » [615] De cet extrait du discours de BIGOT DE PRÉAMENEU, on peut rapprocher celui du discours du tribun GRENIER, aux termes duquel, « […]*, dans le cas où la vente est parfaite et accomplie par le seul consentement, la chose vendue est dès le moment même de ce consentement au pouvoir de l'acheteur. Elle est sa propriété, et dès lors elle est à ses risques, d'après la règle si connue :* res perit domino. » [616]

Il ressort bien de ces extraits que l'attribution de la charge des risques est dissociée du transfert de la propriété. On a rappelé que ces discours visaient à emporter l'approbation du corps législatif devant lequel ils sont prononcés ; ils sont, à cet effet, teintés de la tactique. Leurs auteurs semblent ainsi abuser de la subtilité de la dissociation des risques du transfert de la propriété ; ils y mentionnent la règle *res perit domino,* afin d'éviter simplement de s'attarder sur le détail très technique. À s'en tenir, cependant, strictement au fond de ces discours, le transfert de la propriété est lié à la formation du contrat, tandis que la charge des risques à l'obligation de délivrance. L'acquéreur est déjà propriétaire lorsque la « *tradition doit se faire* » ; or les risques ne sont pour son compte que dès que « *la chose a dû être livrée* ».

173. Termes employés comme synonymes. Ces termes sont employés ici comme synonymes ; ils renvoient tous à la même réalité : la propriété est déjà transférée lorsque la « *tradition doit se faire* » ou « *la chose a dû être livrée* ». Cependant, les derniers expriment mieux l'effectivité de la délivrance. En effet, le moment où la chose a dû être livrée n'est pas celui

---

614 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 2e éd., LGDJ, 1926, n° 1347.

615 P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 13, p. 230.

616 GRENIER, « Discussions devant le corps législatif », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 183.

du transfert de la propriété, encore moins par principe celui de la formation du contrat. Les termes « *la chose a dû être livrée* » traduisent bien la délivrance, laquelle peut s'effectuer *solo consensu*, au même titre que le transfert de la propriété, c'est-à-dire par le consentement nu. Dès qu'il n'appartient plus qu'à l'acquéreur de retirer la chose, la délivrance est effective. Si celui-ci tarde à prendre livraison, le vendeur n'est plus tenu de l'obligation de délivrance, mais plutôt de conservation. En revanche, il n'y a pas eu délivrance, lorsque l'inexécution de l'obligation de retirement résulte d'un comportement du vendeur. L'inexécution de la délivrance procède de la mise en demeure.

174. Les deux hypothèses dans le discours de Bigot De Préameneu. Eu égard à des circonstances, l'exécution de l'obligation de prise de livraison peut ou non ne plus dépendre que de l'acheteur. On voit bien que BIGOT DE PRÉAMENEU déroule son analyse autour de ces deux hypothèses. La chose est aux risques de l'acheteur s'il incombe à celui-ci dès le contrat de prendre livraison, autrement dit, si la délivrance s'avère effective. Celui-ci supporte les risques en raison de délivrance effectuée *solo consensu*, c'est-à-dire par le même consentement qui a formé le contrat et opéré le transfert de la propriété. C'est l'hypothèse la plus fréquente dans les ventes au comptant, ou en disponible ; elle constitue même le principe. En revanche, lorsque l'exécution de la délivrance ne peut être concomitante de la formation du contrat, la chose demeure aux risques du vendeur ; à proprement parler, sa perte fortuite libère les parties de leurs obligations réciproques. La délivrance non concomitante de la formation du contrat est celle dépendant d'un fait imputable au vendeur [617].

175. Source d'inspiration de cette conception de l'attribution des risques. Cette conception vient toujours des auteurs du droit naturel. Ils y ont consacré des développements importants. En effet, ceux-ci ont proposé, bien avant l'élaboration du Code civil, ces différentes hypothèses en fonction desquelles la question des risques doit se résoudre [618]. Le consentement des parties contractantes joue à cet égard un rôle central

---

617 PORTALIS reprend le même raisonnement à propos de la vente de chose de genre : P. A. FENET, *op. cit.*, tome 14, p. 114 : « *De la nécessité de s'accorder sur une chose déterminée, il suit que, lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'en est point parfaite en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées, ou mesurées : mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance, ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement ; car il y a au moins une obligation de vendre.* »

618 S. PUFENDORF, *op. cit.*, tome 2, p. 55 : « *Pour moi, il me semble, que le meilleur moyen pour découvrir ici les règles de l'équité naturelle, c'est de distinguer, si le retardement de la délivrance vient de ce que la marchandise ne pouvait être transportée qu'en un certain temps au lieu où elle devait être délivrée, ou de ce que le vendeur est en demeure de la délivrer ; ou bien s'il n'a tenu qu'à l'acheteur d'en prendre possession. Dans les deux premiers cas, il n'y a point de doute que la perte ne soit pour le compte du vendeur. Ainsi supposé, par exemple, qu'ayant acheté d'un homme quelques troupeaux qui paissent loin de l'endroit où nous avons conclu le marché, ils viennent à lui être enlevés par des voleurs, ou par des loups, ou à périr par quelque autre accident ; ou qu'il néglige de me les livrer en son temps : je ne suis pas tenu de les lui payer. Mais si l'acheteur est en demeure de retirer la chose vendue, il est juste que la*

… / …

dans l'exécution de la délivrance. Elle démontre que la délivrance s'est accomplie ou non. À compter du moment où la délivrance est considérée comme effective, le vendeur détient la chose à titre de dépositaire. POTHIER formule une critique à l'endroit de certains auteurs du droit naturel, en ce que ceux-ci attribuent les risques au vendeur, tant qu'il demeure propriétaire [619]. Mais on peut voir que cette critique participe du fait que son auteur n'avait pas bien observé la position de ceux-là.

En effet, la proposition de l'attribution des risques au vendeur procède de l'effet non obligatoire de la vente du droit romain. Le vendeur étant maître de la chose même après la formation du contrat, autrement dit, l'acheteur ne pouvant pas le forcer à la délivrer, il est tout à fait normal que les risques soient mis à sa charge. En revanche, en vue de l'attribution juste et équitable des risques, ces auteurs distinguent entre l'hypothèse où la remise matérielle de la chose ne dépend plus que de l'acheteur, et celle où les faits à l'origine de la remise tardive sont imputables au vendeur [620]. POTHIER ne propose, d'ailleurs, pas autre chose, lorsqu'il met les risques à la charge de l'acheteur dès la perfection de la vente, et qu'il fait varier le moment de cette perfection selon qu'il s'agit de la vente pure et simple, ou de celle qui porte sur une chose à peser, à mesurer ou à compter [621].

---

perte tombe sur lui. Car dès le moment que le vendeur doit selon le contrat, délivrer la marchandise et qu'il est prêt à le faire ; la propriété, considéré comme un pouvoir moral ou un simple droit, passe à l'acheteur, en sorte que la chose vendue lui appartient désormais uniquement. Si donc le vendeur garde encore chez lui la marchandise par pure honnêteté et sans s'être engagé ; l'acheteur aurait bien mauvaise grâce de vouloir le rendre responsable même des cas fortuits. Que si l'acheteur a expressément donné en garde la marchandise au vendeur, elle est censée demeurer entre les mains de celui-ci, non en qualité de maître, mais en qualité de dépositaire, qui par conséquent ne répond pas des cas fortuits. »

619 POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, tome 3, n° 308, p. 188 : « *Plusieurs modernes qui ont traité du droit naturel, du nombre desquels sont Puffendorf, Barbeyrac, etc., ont cru que les jurisconsultes romains s'étaient écartés, sur cette matière, des vrais principes du droit naturel, et ils soutiennent au contraire que la chose vendue est au risque du vendeur, tant qu'il en demeure propriétaire, que c'est sur lui que doit tomber la perte qui arrive de cette chose, quoique sans sa faute, pourvu que l'acheteur n'ait pas été en demeure de la recevoir ; et pareillement que c'est lui qui doit profiter des accroissements qui surviendraient dans la chose vendue. Leurs arguments sont, I° que c'est une maxime reconnue par les jurisconsultes romain eux-mêmes, qu'une chose est aux risques du propriétaire,* res perit domino. *La réponse à cette objection est que cette maxime reçoit application lorsqu'on oppose le propriétaire à ceux qui ont la garde ou l'usage de la chose. En ce cas, la chose périt pour le propriétaire, plutôt que pour ceux qui en avaient la garde ou l'usage, lesquels, par la perte qui arrive de la chose sans leur faute, sont déchargés de l'obligation qu'ils avaient contractée de la rendre. Mais lorsqu'on oppose le propriétaire débiteur d'une chose, au créancier de cette chose qui a une action contre le propriétaire pour se la faire livrer, en ce cas, la chose périt pour le créancier plutôt que pour le propriétaire, qui, par la perte de la chose, est libéré de l'obligation de la livrer.* »

620 S. PUFENDORF, *op. cit.*, tome 2, p. 55.

621 POTHIER, *Traité du contrat de vente et des retraits*, tome 3, n° 309, p. 190 : « *Après avoir établi que la chose vendue devient aux risques de l'acheteur aussitôt que le contrat de vente a reçu sa perfection, il faut discuter quand est-ce que le contrat a reçu cette perfection. Ordinairement le contrat de vente est censé avoir reçu sa perfection aussitôt que les parties sont convenues du prix pour lequel la chose serait vendue. Cette règle a lieu lorsque la vente est d'un corps certain, et qu'elle est pure et simple […]. Si la vente est de ces choses qui consistent* in quantitate*, et qui se vendent au poids, au nombre ou à la mesure, comme si l'on a vendu dix muids de blé de celui qui est dans un tel grenier, dix milliers pesant de sucre, un cent de carpes, etc., la vente n'est point parfaite que le blé n'ait été mesuré, le sucre pesé, les carpes*

… / …

176. L'attitude de l'acquéreur et l'existence de l'action. En cas de vente « *pure et simple* », c'est-à-dire traditionnelle ou au comptant, la délivrance s'effectue par principe au même moment que la formation du contrat. Tandis que dans la vente de chose à peser, à mesurer ou à compter, la délivrance nécessite cette opération d'individualisation de la chose. Il soutient en outre que l'acheteur supporte les risques dès la perfection du contrat, autant que celui-ci bénéficie de l'action pour forcer la délivrance. L'existence de cette action permet évidemment d'apprécier la volonté de l'acheteur. L'exercice de cette action traduit en effet l'inexécution de la délivrance, par conséquent les risques pèsent sur le vendeur ; à proprement parler les contractants sont libérés de leurs obligations réciproques. En revanche lorsque l'acheteur n'exerce pas cette action et que rien ne justifie son comportement, il n'est même pas normal que le vendeur soit tenu rigoureusement de la garde de la chose. La détérioration de la chose ou sa perte fortuite, c'est-à-dire sans la faute du vendeur, pèse sur l'acheteur.

177. La position de Domat. DOMAT, quant à lui, n'a aucune opinion contradictoire à celle des autres auteurs du droit naturel. Il propose que l'attribution des risques repose sur la délivrance. Certes, il estime que le maître de la chose doit supporter les conséquences de sa perte fortuite [622]. Mais le maître de la chose, suivant la conception de cet auteur, est celui qui la possède. Il ne considère l'acheteur propriétaire que lorsque la tradition a été exécutée et que le vendeur est lui-même propriétaire de la chose transmise. Les risques sont par principe à la charge de l'acheteur [623], celui-ci étant censé posséder la chose dès la formation de la vente et, en outre, disposant à cet égard de l'action. Lorsque l'acheteur est en retard de prendre livraison, les risques survenant avant l'exécution de cette obligation sont à sa charge. En revanche, le vendeur les supporte, si l'acheteur le met en demeure, c'est-à-dire si celui-ci manifeste à son cocontractant l'intention de retirer la chose. En ce dernier cas, la délivrance n'est pas effective.

---

comptées, car jusqu'à ce temps, nondùm apparet quid venierit. *Il n'est pas encore constant quel est le blé, quel est le sucre, quelles sont les carpes qui font l'objet de la vente, puisque ce ne doit être que le blé qui aura été mesuré, le sucre qui aura été pesé, les carpes qui auront été comptées.* »

622 DOMAT, *op. cit.*, titre 1er, Section 3, n° 9 : « *Personne n'est tenue dans aucune espèce de conventions de répondre des pertes et dommages causés par des cas fortuits, comme sont un coup de foutre, un débordement, un torrent, une violence, et autres semblables événements ; et la perte de la chose qui périt, ou qui est endommagée par un cas fortuit, tombe sur celui qui en est le maître, si ce n'est qu'il eût autrement convenu, ou que la perte ou le dommage puissent être imputés à quelque faute, dont l'un des contractants doive répondre, comme si une chose qui devait être délivrée vient à périr, pendant que celui qui doit la délivrer n'y satisfait point.* »

623 *Ibid.*, n° 10 : « *Comme il arrive souvent dans la suite des conventions, que la même chose ou la même affaire est une occasion de gain ou de perte, selon la diversité des événements, il est sous-entendu que celui qui doit profiter du gain, doit souffrir la perte, si ce n'est qu'elle doive être imputée à la faute de l'autre. Ainsi comme l'acheteur après la vente profite des changements qui rendent la chose meilleure, il souffre aussi la perte de ceux qui la rendent pire, si ce n'est que la perte puisse être imputée au vendeur, comme si la chose périt ou est diminuée, pendant qu'il est en demeure de la délivrer.* »

Conclusion du Chapitre I

178. Rappel de la dissociation entre les deux questions. Au terme de l'analyse sur les précédents historiques de la règle selon laquelle le transfert de propriété emporte les risques à la charge de l'acquéreur, il n'est pas excessif d'affirmer que celle-ci ne fait presque pas l'objet de débat dans les travaux préparatoires du Code civil de 1804. Le transfert de la propriété et l'attribution des risques ont été discutés l'un indépendamment de l'autre. Ce qui n'est pas moins révélateur de l'intention des auteurs de ce Code. La conception de ceux-ci est tout à fait différente de cette règle qui constitue de nos jours une référence ou encore un modèle [624]. Le transfert *solo consensu* de la propriété vise uniquement à offrir à l'acquéreur toute sorte d'action, dont il était antérieurement privé, en vue de l'accomplissement de la tradition réelle de la chose vendue [625]. L'association de la charge des risques au transfert de propriété ne peut se justifier de façon convaincante.

---

624 Tous les avant-projets de réforme du droit des obligations entérinent cette règle : avant-projet TERRÉ (art. 93), avant-projet de la Chancellerie (art. 105), avant-projet CATALA (art. 1152-1, 1152-2 et 1152-3).

625 J.-P. CHAZAL et S. VINCENT, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ*. 2000, p. 477, n° 40 : « *On comprend alors le souci des rédacteurs d'épurer le contrat de vente de toute condition de forme et d'en faire un contrat translatif de propriété, afin que le vendeur soit véritablement obligé de livrer et transférer la propriété de la chose vendue.* »

CHAPITRE II.

LA CRITIQUE DE L'ASSOCIATION DE LA CHARGE DES RISQUES AU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

179. Deux principaux arguments à retenir. Il a été rappelé que la réforme de l'ancien article 1138 du Code civil par l'Ordonnance de 2016 constitue l'aboutissement d'une grande controverse doctrinale sur les termes de cette disposition. Plusieurs arguments sont présentés à l'appui de l'association de la charge des risques au transfert de la propriété. Les termes des travaux préparatoires du Code civil ci-dessus rappelés en constituent un. D'autres sont extérieurs à ces travaux. On en retient ici les deux principaux. L'un consiste à établir une corrélation entre la charge des risques et le profit qui peut survenir à la chose postérieurement à la formation du contrat [626]. L'acquéreur devrait supporter les risques, parce que les accroissements survenus à la chose lui appartiendraient à compter de la formation du contrat. Ces événements hypothétiques sont ainsi mis en balance en défaveur de l'acquéreur. Cet argument est le plus ancien, car repris du droit romain [627]. Il constitue l'un de ceux par lesquels les jurisconsultes romains justifiaient l'attribution des risques à l'acquéreur. L'autre argument résulte de la façon dont s'accomplit le transfert *solo consensu* de la propriété. L'obligation du vendeur serait de transférer la propriété de la chose [628]. L'on

---

626 M. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, tome 1, éd. A. Durand, 1857, art. 1138, n° 14 : « *Là où sont les inconvénients, là aussi doivent être les avantages ;* commodum ejus debet cujus periculum est*. Le créancier a donc droit, par une équitable compensation, à tous les accroissements, améliorations, plus-value et autres accidents qui, sans le fait du débiteur, viennent augmenter la chose et sont inhérents au droit de propriété. De même enfin qu'elle périt pour le propriétaire,* perit domino*, de même elle croit pour lui,* crescit domino *; c'est ce que le droit romain appelle* pericula *et* commoda*.* » ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, 3e éd., Éditions Montchrestien, 1966, n° 1117 : « *On conserva la règle* res perit emptori *lorsque la vente devint synallagmatique ; on la justifiait par la double considération suivante :[…] ; d'autre part, puisqu'on attribue à l'acheteur les fruits et les accroissements de la chose à dater de la vente, et puisque l'acheteur bénéficie de la plus-value à compter de ce jour, il est équitable de lui faire supporter la perte, même totale, de la chose qui se produit après la conclusion du contrat […].* »

627 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 6, 2e éd., LGDJ, 1930, n° 414 : « *Les Romains la* (la règle) *justifiaient par l'idée d'une balance entre bonnes et mauvaises chances. L'acheteur profite de l'augmentation de valeur de la chose, après la vente, sans augmentation de prix ; il doit supporter, par compensation, les risques de perte.* » ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, 3e éd., Éditions Montchrestien, 1966, n° 1117.

628 J. FLOURT, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 265 : « *Il est alors facile de comprendre la solution de l'article 1138, alinéa 2. En réalité, il n'y a pas d'obligation inexécutable : l'obligation de transférer la propriété a été exécutée dès la conclusion du contrat. Cela étant acquis, ce n'est pas en tant que créancier que l'acheteur supporte ici les risques ; c'est en qualité de propriétaire de la chose vendue. Il est d'élémentaire bon sens en effet que, lorsqu'une chose vient à être détruite par cas fortuit, la perte soit pour celui qui en est propriétaire.* »

soutient alors qu'elle se trouve déjà exécutée lors de la survenance de l'événement de force majeure.

Ces arguments découlent de l'inobservation de la séparation entre la charge des risques et le transfert de la propriété, posée de façon ingénieuse par le Code civil à l'ancien article 1138. Ils ne peuvent dissimuler l'incommodité de la présence de la règle *res perit domino* avec la transmission du droit de propriété. Aucune concordance ne se trouve dans la justification de la règle *res perit domino* par d'éventuels accroissements survenus à la chose (Section I), ou par l'attribution au mécanisme de transfert *solo consensu* de propriété un caractère obligationnel (Section II) : une obligation considérée comme déjà exécutée lors de la perte de la chose.

SECTION I.
ARGUMENT ISSU DE LA CORRÉLATION ENTRE LE RISQUE ET LA PLUS-VALUE DE LA CHOSE VENDUE

180. Argument repris à tort du droit romain. Étant un produit de la société humaine, la règle de droit doit trouver un fondement ; elle résulte de la volonté humaine de promouvoir ou de prévenir un fait social. On a rappelé que plusieurs arguments sont évoqués, à cet égard, à propos de la règle *res perit domino*. Ce qui suffit à attester qu'il est difficile de démontrer l'intérêt social rattaché à cette règle. La toute première tentative d'explication de l'attribution des risques à l'acquéreur comme conséquence du transfert *solo consensu* de la propriété, consiste à transposer l'un des arguments des jurisconsultes romains dans le nouveau système établi par le Code civil. L'attribution des risques à l'acquéreur dès la formation du contrat ne constitue que la contrepartie de l'éventuel profit susceptible de survenir à la chose vendue [629]. Cet argument qui était déjà, dans le système romain, en concurrence avec d'autres [630] a été repris à tort, non seulement en ce que la nature des mécanismes de transfert de la chose vendue diffère (§ 1) suivant les deux systèmes juridiques, mais aussi en raison des caractères de la plus-value (§ 2) sur laquelle il repose.

---

[629] Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 9, Livre IV, Titre XLVIII, p. 139 : l'empereur Alexandre dit à Appolonius ceci : « *Après que la vente est parfaite, tout ce qui peut arriver d'avantageux ou de désavantageux à la chose vendue est à la charge ou profite à l'acheteur : car le vendeur n'est tenu à son tour que des causes qui entrainent l'éviction, et dont l'origine s'étend au temps qui a précédé la vente ; toutefois si l'acheteur lui a signifié de poursuivre la cause concernant l'éviction, et si en présence de l'acheteur il a été prononcé contre le vendeur.* » La dernière phrase paraît incomplète. Dans le même sens : Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 12, Les Institutes, Livre III, Titre XXIV, p. 182 : « *La vente étant une fois contractée (ce qui arrive, comme nous l'avons dit, à l'égard des ventes qui ne doivent pas être faites par écrit, dès le moment que les parties sont convenues du prix), la chose est aux risques et périls de l'acheteur, quoiqu'elle ne lui ait pas encore été livrée. Ainsi, si l'esclave vendu est mort, ou blessé dans quelque partie de son corps ; si une maison vendue est détruite en tout ou en partie par un incendie ; si un fonds vendu est emporté en tout en partie par la violence d'un fleuve, ou qu'il ait perdu de sa mesure ou de sa qualité par des inondations, le renversement des arbres causés par le grand vent, c'est l'acheteur qui souffre cette perte, et qui est obligé de payer le prix de la chose, quoiqu'il ne l'ait pas eu : car le vendeur ne peut pas être inquiété pour tous les accidents qui arrivent à la chose sans son dol et sans faute de sa part. Mais aussi si depuis la vente le fonds vendu a reçu quelques accroissements par l'alluvion, c'est l'acheteur qui en profite, étant naturel que celui qui court les risques jouisse des avantages.* »

[630] L'argument le plus plausible à l'égard du système romain est celui suivant lequel l'acheteur aurait commis la négligence de n'avoir pas exigé, avant de payer le prix, la mise à disposition de la chose vendue. Une sorte de sanction à l'égard de l'imprudence de l'acheteur. L'on met ainsi en garde l'acheteur ; celui-ci est obligé de privilégier la vente pure et simple. Dans celle-ci, le système romain n'encourt aucune critique. Si le vendeur est propriétaire de la chose, l'acheteur le devient aussi dès la tradition qui est, en ce cas, concomitante avec la conclusion du contrat : S. PUFENDORF, *op. cit.*, tome 2, p. 54 : « *On allègue entre autres raisons de cette différence, que l'acheteur ayant pu et dû retirer d'abord la chose vendue, en la payant ; s'il l'eût fait, elle aurait péri entre ses mains : de sorte que son retardement et sa négligence ne doivent point tourner au préjudice du vendeur.* »

§ 1. Le rejet de la plus-value de la chose vendue à raison de son contexte

181. Différence de contexte. Le contexte juridique dans lequel l'éventualité de la plus-value susceptible de survenir à la chose a été invoquée, par les jurisconsultes romains, dans la justification de l'attribution des risques à l'acheteur dès la formation du contrat, n'est pas identique à celui qui résulte du Code civil de 1804. Il est analysé précédemment les effets de la vente romaine, qui ne se produisent pas de la même façon que ceux de la vente issue du Code civil. Il découle de cette différence qu'un argument, peut-être concevable dans le système romain, ne peut forcement être envisageable dans celui du Code civil. Ce qui peut être la conséquence de la tradition de la chose vendue, dont le caractère diffère d'un système à l'autre (A). L'on sait aussi que les moments du transfert de la propriété diffèrent (B). Cette dissemblance est certainement peu favorable à la reprise de cet argument à titre de fondement de la règle *res perit domino* dans le système du Code civil.

A. S'agissant de la nature de la tradition de la chose

182. La plus-value dans la doctrine du droit naturel. Il convient de reprendre brièvement ici la doctrine du naturel à l'égard de l'effet de la tradition issue du droit romain (1). Ce qui permettra de percevoir aisément le nœud de la critique de cette doctrine (2), qui n'a proposé qu'à titre d'alternative que l'accroissement survenu à la chose ainsi que les risques soient attribués au vendeur, autrement dit, au propriétaire.

1. La doctrine du droit naturel à l'égard de la tradition issue du droit romain

183. Tradition de la chose, acte non obligatoire en droit romain. La justification de la règle *res perit domino* par l'attribution à l'acquéreur d'éventuels accroissements survenus à la chose, s'appuie tout d'abord sur la critique de la doctrine du droit naturel à l'égard du droit romain [631]. Or, le système du Code civil ne se prête pas à un tel argument. Certes, les auteurs du droit naturel préconisent que l'accroissement survenu à la chose, ainsi que les risques soient attribués au propriétaire. Mais, que les risques soient pour l'acheteur dès la formation du contrat, cela paraît inéquitable particulièrement dans la vente du droit romain. Car, le vendeur demeure propriétaire de la chose aussi longtemps que la tradition de celle-ci n'est effectuée. Cependant la logique de la doctrine du droit naturel, laquelle se retrouve incontestablement dans le Code civil de 1804, exclut son explication par la règle *res perit*

---

631 H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome 2, 3e éd., Éditions Montchrestien, 1966, n° 1117 : « *La règle romaine fut très vivement critiquée par les juristes de l'école du droit naturel. Ils montrèrent qu'il n'y avait aucune commune mesure entre le profit provenant des fruits ou d'une plus-value, et la perte totale de la chose, et ils proposèrent de renverser la règle en faisant supporter les risques par le vendeur ; n'est-il pas normal et équitable que, quand une chose périt par cas fortuit, la perte soit pour le propriétaire ? Or, le vendeur demeurait propriétaire jusqu'à la livraison :* res perit domino. »

domino. Ce qui est en réalité décrié par cette doctrine, ce n'est pas la qualité, en soi, de propriétaire dont la vente n'est pas apte à dépouiller le vendeur, mais plutôt les prérogatives qui découlent en général de la vente pour les parties contractantes.

En effet, le droit de propriété considéré par l'école du droit naturel comme un « *pouvoir moral ou un simple droit* » [632] se déplace automatiquement, à la suite de la tradition, à condition toutefois que l'aliénateur soit lui-même propriétaire de la chose vendue [633]. Il est précédemment rappelé que la tradition dont dépend dans certaine mesure le transfert de la propriété ne constitue pas, à la différence du droit français [634], une obligation [635]. L'exécution de la tradition engendre des obligations [636]. Elle s'effectue aussi symboliquement. Il en est ainsi lorsque l'objet de la tradition ne peut être déplacé au lieu de la mancipation ou de l'*in jure cessio*. En ce cas, l'*actio empti* permet à l'acquéreur de forcer plus tard la remise matérielle de la chose. Cette action découle, autrement dit, de la tradition, mais non de la vente [637]. Celle-ci, comme il a été démontré, ne crée pas d'obligation [638]. La vente au comptant, c'est-à-dire celle dans laquelle la tradition de la chose et la formation du contrat sont concomitantes, ne laisse pas apercevoir ce défaut de la vente issue du droit romain [639]. Mais celle dont les prestations caractéristiques doivent être exécutées plus tard,

---

632 S. PUFENDORF, *op. cit.*, tome 2, p. 56.

633 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, vol. 24, éd., Auguste Durand et L. Hachette, 1868, n° 416, p. 395 : « *Argou dans ses Institutions au droit français, est, sur ce point fort explicite. "Comme, parmi nous, dit-il, on met toujours une clause, dans les contrats de vente, par laquelle le vendeur se dépouille et se démet de la propriété et de la possession de la chose vendue pour en saisir l'acquéreur, ce qu'on appelle tradition feinte, dès le moment que le contrat est parfait et accompli, tous les droits, qui appartiennent au vendeur, passent en la personne de l'acquéreur ; de sorte que, si le vendeur était propriétaire, l'acquéreur devient aussi propriétaire."* »

634 J.-P. CHAZAL et S. VINCENT, *loc. cit.*, n° 40 : « *"Le transport du droit" dont il* (Portalis) *parle ne vise pas le transfert de la propriété pleine et entière, mais le simple droit permettant, par l'action* ex empto*, à l'acheteur qui offre de payer le prix, de forcer la remise de la chose, la tradition réelle.* »

635 GROTIUS critique vivement FRANÇOIS DE CONNAN qui soutenait que, selon le droit naturel, les simples conventions ne créent pas d'obligation et qu'il est loisible au promettant de tenir sa parole : H. GROTIUS, *op. cit.*, tome 1er, p. 398.

636 FRANÇOIS DE CONNAN est aussi critiqué par GROTIUS lorsqu'il estime, en défendant par là le droit romain, que les actions en justices pour l'exécution des conventions doivent naître de la délivrance : H. GROTIUS, *op. cit.*, tome 1er, p. 398.

637 D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., Economica, 2012, p. 221 : « *Ensuite seulement cette opération* (mancipation) *se fait à crédit : l'acheteur ne verse pas immédiatement le prix mais s'oblige à le payer et le vendeur ne procède plus au transfert immédiat de la chose mais s'engage seulement à la livrer à une certaine date. Alors cette opération économique prend vraiment l'allure d'un contrat, son accomplissement s'étalant dans le temps et faisant naître des obligations.* »

638 S. PUFENDORF, *op. cit.*, tome 2, p. 55 : « *Et il ne sert de rien d'alléguer ici quelques lois, qui disent, que quand, on a promis une certaine chose particulière et distinctement désignée, ou une chose en espèce, comme on parle, on n'est point garant au cas qu'on la perde. Car il s'agit de promesses gratuites : et en matière de ces sortes d'engagements il serait certainement absurde et injuste, que l'on fut tenu de donner ou la chose, ou la valeur ; la nature même de l'affaire ne souffrant pas une interprétation si étendue.* »

639 D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 221 : « *[…], cette phase de la vente au comptant correspond à l'époque des Douze Tables. La vente n'y est pas pratiquée sous la forme d'un contrat mais par le moyen de la*

… / …

n'oblige pas le vendeur à trader ; tandis que les risques sont pour l'acheteur dès sa formation. C'est là ce qui a suscité la critique formulée par la doctrine du droit naturel.

2. Le nœud de la critique

184. Liberté dans l'exécution de la délivrance. La faculté qui résulte de la vente pour le vendeur de trader la chose, alors qu'en même temps les risques sont mis à la charge de l'acheteur dès la formation du contrat, constitue la source d'incohérence dénoncée par la doctrine du droit naturel [640]. Le vendeur demeure maître non seulement de la chose vendue, mais aussi de sa délivrance [641]. L'iniquité est donc si grave qu'elle ne peut évidemment pas être corrigée par la perspective de l'appartenance à l'acheteur d'éventuels accroissements susceptibles de survenir à la chose. On ne comprend d'ailleurs pas que cette augmentation accidentelle appartienne à l'acquéreur, dans la mesure où il demeure incertain que la partie principale de la chose vendue lui sera transmise. La survenance du profit peut amener le vendeur à se rétracter du contrat, puisqu'il lui est loisible de l'exécuter. Son importance peut le dissuader de trader la chose vendue.

185. De simples expectatives pour l'acquéreur. La vente romaine ne crée que des expectatives surtout pour l'acquéreur ; l'abus est ainsi permis au vendeur. Il n'y a par conséquent pas d'équilibre à mettre en balance les risques d'une part et l'espoir de plus-value d'autre part [642]. La plus-value suit le principal ; elle appartient toujours au vendeur auquel il est loisible de se dessaisir de la chose. Il n'est pas du tout normal que les risques ne demeurent à la charge du vendeur, l'acquéreur ne pouvant obtenir la délivrance contre le gré de celui-ci. Les parties sont dans une situation identique, du point de vue du vendeur, à celle où elles se trouvaient avant la formation du contrat. Le refus d'appliquer ici la règle *res perit domino* ne peut alors s'expliquer d'aucune façon [643]. Ce n'est pas la prétendue plus-value

---

mancipation, acte translatif de propriété. Tout se termine entre les parties dès lors que, simultanément, la chose est livrée et le prix payé. »

640 Sont explicites à cet égard, les termes suivants employés par GROTIUS dans ses critiques contre FRANÇOIS DE CONNAN : H. GROTIUS, *op. cit.*, tome 1er, p. 400 : « *[...] le Jurisconsulte Paul traitait-là de l'Action personnelle pour répétition d'une chose non-due, qu'on a payée : or cette action cesse, lors qu'on a payé en conséquence d'une Convention, quelle qu'elle soit, parce qu'avant le paiement, et par conséquent lors que la chose était encore en son entier, on était tenu, par le Droit de la Nature et des Gens, de donner ce que l'on avait promis ; quoi qu'alors on n'eût point action en Justice par les Lois Civiles, qui, pour diminuer les occasions de procès, ne prêtent pas leur secours à ceux à qui il est dû quelque chose en vertu d'une simple Convention.* »

641 S. PUFENDORF, *op. cit.*, tome 2, p. 54.

642 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, 6e éd., Litec, 1998, n° 2011.

643 A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, tome 2, Librairie Dalloz, 1959, n° 877 : « *Comment expliquer, alors, que la règle romaine ait cependant subsisté, malgré son injustice et les critiques qu'elle suscitait de la part de nos anciens auteurs [...], et qu'elle soit même étendue à toutes les obligations de donner un corps certain ?* »

qui peut justifier l'application de la règle *res perit domino* ; elle n'a aucune signification qui puisse lui conférer un statut particulier dans les effets du contrat [644].

186. La place de la plus-value dans la vente. L'éventualité de l'augmentation de la chose, postérieurement à la formation du contrat, ne revêt d'ailleurs aucun caractère spécial. Elle se trouve même implicitement dans l'intention des parties lors de la conclusion du contrat. L'on acquiert toujours un bien en vue d'en tirer un profit, de le mettre en valeur. La vente suppose que la chose en elle-même n'est davantage utile à l'aliénateur que par sa disposition [645]. Le vendeur doit supporter les risques, moins en tant que propriétaire, qu'en ce qu'il ne dépend pas de l'acheteur de prendre livraison. Certes, le transfert du droit de propriété emporte transfert des actions réelles, mais dans l'hypothèse du droit romain, outre celles-ci, les actions personnelles ne sont pas transférées. L'acheteur ne dispose d'aucun moyen pour forcer la délivrance.

A contrario, les risques ne doivent être pour l'acquéreur que lorsqu'il n'incombe qu'à celui-ci de retirer la chose. Or, suivant la doctrine du droit naturel, au lieu que les actions naissent de la délivrance, il est plutôt de bon sens de conférer celles-ci à l'acquéreur en vue de forcer la remise matérielle de la chose. Le droit de propriété renfermant de puissantes prérogatives à cet égard, il est adéquat de rattacher son transfert au consentement qui se trouve à la base de la formation du contrat [646]. Les actions de toute nature en résulteront en faveur du créancier de la délivrance. La nature de la délivrance, de même que le moment du transfert de propriété, est tout à fait différente de celle de la tradition du droit romain.

B. S'agissant du moment du transfert de la propriété

187. Le transfert complet du droit de propriété. C'est à propos du moment du transfert de la propriété que la doctrine du droit naturel distingue dans le droit de propriété deux pouvoirs : le pouvoir moral et le pouvoir physique. Elle laisse par conséquent savoir que le transfert complet du droit de propriété relève d'un processus (1). C'est cette conception du transfert de la propriété qui semble reçue dans le système du Code civil de 1804 (2).

---

644 A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, tome 2, Librairie Dalloz, 1959, n° 877 : « *[…] il est trop facile de répondre que l'espoir d'une plus-value ne balance pas le risque de perte totale, ni même celui de perte partielle.* »

645 Par la vente, le vendeur se dépouille de la chose en échange de ce qui lui apparaît utile, c'est-à-dire le prix.

646 H. GROTIUS, *op. cit.*, tome 1er, p. 399 : « *[…], la propriété d'une chose peut être transférée à autrui par une simple volonté du propriétaire, suffisamment notifiée, comme nous l'avons dit ci-dessus : pourquoi est-ce qu'on ne pourrait pas de la même manière transférer à quelqu'un le droit ou d'exiger qu'on lui transfère la propriété d'une chose (ce qui est moins que l'acquisition actuelle du droit même de propriété), ou d'exiger qu'on fasse quelque chose en sa faveur ? […]* ». Cet auteur se prononce ici directement sur le caractère non obligatoire de la vente romaine. Il s'interroge sur la raison de refuser de conférer l'action réelle et l'action personnelle à l'acquéreur en vue de forcer la délivrance de la chose.

1. Les deux aspects dans le transfert complet de la propriété

188. La règle res perit domino dans la doctrine du droit naturel. La doctrine du droit naturel ne pourrait approuver l'attribution des risques à l'acquéreur en contrepartie de la seule qualité de propriétaire acquise par celui-ci dès la formation du contrat. La même critique à l'égard du droit romain serait formulée à l'endroit de la règle qui consiste en l'association des risques au transfert de la propriété [647]. En effet, cette opinion doctrinale ne propose nullement la règle *res perit domino* en tant qu'une solution de principe dans les contrats translatifs de propriété. La proposition participe de l'effet de la vente du droit romain, et constitue une alternative conforme seulement à celle-ci. Autrement dit, elle est relative à un contexte ; cette règle est celle devant découler de la nature du lien qui existe entre l'acheteur et le vendeur dans le cadre de la vente romaine. Ou bien, le droit romain doit mettre les risques à la charge de l'acheteur comme conséquence du pouvoir conféré à celui-ci en vue de forcer la tradition ; ou bien, en l'absence de ce pouvoir, les risques demeurent à la charge du vendeur.

189. Pouvoir moral et pouvoir physique. Il est en effet bien du vœu d'une partie de la doctrine du droit naturel de rattacher le transfert du droit de propriété au consentement contractuel [648]. Mais l'aliénation de la chose, suivant cette opinion doctrinale, est un processus devant impliquer une double opération : d'une part, le transfert du droit, *entité morale*, et, d'autre part, le transfert physique de la chose [649]. Cette distinction est assez largement partagée dans cette opinion doctrinale ; on la voit aussi bien chez PUFENDORF [650] que chez GROTIUS [651]. En effet, celui-ci ne voit aucun inconvénient à accorder au consentement la vertu d'opérer le transfert du « *pouvoir moral* ». Cependant il ne se contente pas de cette proposition ; il démontre en outre le but recherché derrière le transfert *solo consensu* de la propriété [652]. Dans le droit de propriété, le *pouvoir moral*, c'est-à-dire la qualité de propriétaire, doit être ainsi transféré en vue de conférer à l'acquéreur le

---

647 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10e éd., LGDJ, lextenso éditions, 2013, n° 203 : « *[...], la règle du transfert* solo consensu *n'est pas, contrairement aux apparences, une grande faveur pour l'acquéreur, mais aurait plutôt les allures d'un cadeau empoisonné : en contrepartie d'un droit réel encore diminué (tant qu'il n'est pas opposable aux tiers), il supporte aussitôt l'intégralité des risques de la chose (ce qui peut le conduire en cas de perte entre la vente et la livraison, à devoir payer un bien disparu.* »

648 H. GROTIUS, *op. cit.*, tome 1er, p. 399.

649 S. PUFENDORF, *op. cit.*, tome 1, p. 559.

650 Certains auteurs opposent GROTIUS et PUFENDORF sur ce point. Le premier ne connaîtrait pas cette division de la notion de propriété : J.-P. CHAZAL et S. VINCENT, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ*. 2000, p. 477, n° 21 et suiv.

651 H. GROTIUS, *op. cit.*, tome 1er, p. 429.

652 Dans l'entendement de GROTIUS, en soutenant que le consentement produise les effets obligatoires, le transfert effectif de propriété ne se cantonne pas au transfert consensuel de propriété. Il rejette simplement le système qui fait découler l'effet obligatoire de la vente, à l'égard du transfert de propriété, de la tradition de la chose, laquelle était entourée d'un formalisme : H. GROTIUS, *op. cit.*, tome 1er, p. 399.

moyen de forcer le transfert du *pouvoir physique*. La même observation peut se faire à propos de DOMAT. Bien que celui-ci lie le transfert de propriété à la délivrance, il n'exprime pas une idée différente lorsqu'il attribue l'action à l'acquéreur dès la formation de la vente, en vue de forcer la délivrance [653]. Cette présentation du transfert complet du droit de propriété est bien reçue dans le Code civil de 1804.

2. La réception dans le Code civil du transfert complet de la propriété

190. Le rôle du pouvoir moral. La conception proposée par le jusnaturalisme du transfert complet de la propriété est bien accueillie par les rédacteurs du Code civil [654]. Le consentement seul suffit désormais à transmettre le pouvoir moral [655]. L'acquéreur est en mesure, une fois le contrat formé, de manifester ce pouvoir en exigeant le transfert du pouvoir physique de la propriété. La transmission complète de la propriété n'est concevable qu'après le transfert physique de la chose. Car l'absence de celui-ci peut entraver l'exercice effectif du droit de propriété [656]. Cette théorie est suscitée par le droit romain. La vente du droit romain, outre son effet non obligatoire, n'opère même pas le transfert du pouvoir moral du droit de propriété. Ce transfert dépend de la tradition, laquelle consiste dans la transmission matérielle de la chose. Il s'ensuit que le transfert des deux pouvoirs qui découlent du droit de propriété est lié à la délivrance de la chose [657]. Il va de soi, en ce cas, que soit rejetée toute justification de l'attribution des risques à l'acheteur dès la formation du contrat. L'attribution de la charge des risques s'effectue en considération du pouvoir physique.

191. L'attribution *solo consensu* des risques et la pensée du jusnaturalisme. Il suit de là que l'attribution *solo consensu* des risques à l'acquéreur, dans le droit positif français, ne peut correspondre à la pensée du *jusnaturalisme* [658]. Il est en revanche sans conteste que le

---

653 DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, 1re partie, livre 1er, section 2e, n° 10. La seule différence est que le transfert de l'action réelle demeure lié à la délivrance.

654 J.-P. CHAZAL et S. VINCENT, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ*. 2000, p. 477, n° 21.

655 S. PUFENDORF, *op. cit.*, tome 1, p. 561 : « *[...], il est clair, que les conventions toutes seules suffisent pour faire passer d'une personne à l'autre la propriété considérée purement et simplement comme une qualité morale, détachée de la possession. Mais lorsque l'idée de la propriété renferme de plus un pouvoir physique, qui met en état de faire actuellement usage de ce droit, il faut, outre l'accord mutuel, que la chose même soit délivrée ; c'est suite des maximes naturelles de la raison, et non pas des seuls règlements du droit positif.* »

656 L'ancien article 1141(1198 nouveau) du Code civil.

657 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, 3e éd., Éditions Montchrestien, 1966, n° 1117 : « *Dans la vente romaine, qui n'était pas translative de propriété — elle rendait l'acheteur créancier de la chose, le transfert n'étant réalisé que par la* traditio *—, les risques étaient pour l'acheteur, créancier de la chose.* »

658 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 6, 2e éd., LGDJ, 1930, n° 414, p. 564.

transfert consensuel de propriété est repris de cette doctrine. Les rédacteurs du Code civil ont reproduit ce dernier mécanisme tel qu'il a été présenté [659]. Le transfert complet de la propriété ne s'achève que par la tradition. La formation du contrat emporte de façon automatique le transfert du droit, autrement dit, du *pouvoir moral*. Ce qui confère à l'acquéreur les moyens de forcer ensuite le transfert du pouvoir physique. C'est là le but de la décomposition du droit de propriété en un pouvoir moral d'une part et physique d'autre part. Ici, le transfert de propriété ainsi que la remise matérielle de la chose s'effectuent distinctement. Le transfert du droit précède par principe celui de son objet. À la différence du droit romain, ces opérations ne sont pas liées l'une à l'autre ; elles s'effectuent séparément. Le transfert *solo consensu* concerne l'aspect abstrait du droit, et par conséquent doit être complété [660]. Ce qui exclut donc que l'on reprenne sans réserve les arguments avancés dans l'explication de la règle *res perit creditori* du droit romain.

192. Conclusion. Le contexte juridique, qui a conduit le jusnaturalisme à évoquer la règle *res perit domino*, est largement différent de celui du Code civil de 1804. Le transfert de la propriété dépendait de la tradition. Or l'exécution de celle-ci n'était pas obligatoire. L'acquéreur ne disposait d'aucune action en vue de se faire mettre en possession en cas d'inexécution délibérée de son cocontractant. La critique du droit romain par cette doctrine renferme une conception propre du droit de propriété qui rejaillit sur le mécanisme du transfert de ce droit. La transmission du droit de propriété constitue une opération structurée. La règle *res perit domino* a été évoquée à titre de solution à l'égard d'une difficulté particulière, laquelle n'existe plus. La plus-value n'apparaît que de façon incidente dans l'opinion de la doctrine du droit naturel, rejetant la règle *res perit creditori* du droit romain. Elle n'a pas lieu dans le système du Code civil, en raison non seulement de la différence du contexte juridique, mais aussi de ses caractères.

---

659 J.-P. CHAZAL et S. VINCENT, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ*. 2000, p. 477, n° 26 : « *[…], dans l'article 1138, le terme "propriétaire" ne fait pas référence à la pleine propriété de l'article 544 ; il renvoie au droit de disposer, à l'idée de pur droit et de qualité morale. La nature du transfert de propriété est donc affectée par la polysémie de cette notion. Il est permis de le regretter, car c'est jouer sur les mots que de qualifier de propriétaire celui qui n'a qu'un droit relatif à la chose, alors que la propriété se caractérise par un pouvoir absolu sur sa chose.* » ; V. WESTER-OUISSE, « Le transfert solo consensu : principe ou exception ? », *RTD civ*. 2013, p. 299, n° 24 : « *Le transfert* solo consensu *de propriété tel qu'il est conçu par les auteurs aujourd'hui n'existait pas en droit romain, ni dans l'Ancien droit, ni même, sans doute, à l'esprit des rédacteurs du Code. Il est le fruit de méprises dans l'interprétation des textes.* »

660 J.-P. CHAZAL et S. VINCENT, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ*. 2000, p. 477, n° 24 : « *A travers la polysémie du terme propriété, on retrouve la distinction ambiguë entre le pouvoir (*potestas*) et le droit (*jus*). Seul le droit est transféré par la convention, c'est-à-dire cette qualité morale en vertu de laquelle il nous est dû quelque chose. Au contraire, la pleine propriété (*potestas*), qui renferme l'idée d'usage actuel et direct de la chose, n'est transmise que par la mise en possession.* »

§ 2. Le rejet de la plus-value de la chose vendue à raison de ses caractères

193. Caractères accessoire et hypothétique de la plus-value. Le jusnaturalisme n'érige nullement la plus-value en un fondement de la résolution de la question des risques. Il n'est en effet pas rationnel que l'augmentation éventuelle de la chose aliénée constitue le pendant de l'attribution des risques, encore moins par la formation du contrat, à l'acquéreur. Le déséquilibre patrimonial susceptible de résulter d'un cas de force majeure n'a rien de mesurable avec une plus-value susceptible de survenir à la chose postérieurement à la formation du contrat [661]. Celle-ci s'avère à la fois si accessoire (A) et hypothétique (B) qu'elle ne semble mériter aucun rôle particulier dans l'effet de la vente issue du Code civil.

A. Le caractère accessoire de la plus-value

194. Une distinction nécessaire. Il semble nécessaire de distinguer ici la plus-value de l'accessoire de la chose (1) ; il existe en effet un risque de confusion entre les situations respectives auxquelles renvoient ces deux concepts. Le caractère accessoire de la plus-value s'entend ici de l'insignifiance de celle-ci par rapport à la perte de la chose principale (2).

1. La distinction entre la plus-value et l'accessoire de la chose

195. Leurs moments respectifs d'apparition. Quelle qu'en soit l'importance, une augmentation de la chose aliénée est de nature accessoire à l'égard de l'objet de la délivrance. La plus-value peut être constituée de l'augmentation de la valeur de la chose, ou d'un droit découlant de celle-ci postérieurement à la formation du contrat. Elle se distingue ainsi des objets accessoires de la chose vendue [662]. Ceux-ci existent lors de la conclusion du contrat ; ils sont destinés à l'utilisation de la chose aliénée, et à ce titre considérés comme s'incorporant à celle-ci ; ils sont donc connus des parties, du moins traités comme tels [663], lors de la formation du contrat [664]. Elles confèrent à la chose aliénée son utilité, tandis que

---

661 B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations, 2. Contrat*, 5e éd., Litec, 1995, n° 1741.

662 F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 229 : « *Dans la vente immobilière, les accessoires peuvent être de nature très diverse. Il peut s'agir de fruits […], d'un droit à indemnisation, d'immeubles par destination, de droits réels accessoires telles des servitudes. Mais cela vise aussi tous les documents privés ou administratifs susceptibles d'accompagner ou de permettre l'utilisation du bien […].* »

663 Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 5e éd., Defrénois, Lextenso éditions, 2011, n° 307 : « *Les accessoires sont d'abord les choses constituant le complément naturel […] ou nécessaire à l'utilisation de la chose vendue ; ce fut la signification initiale de l'accessoire. Dans la pratique commerciale, ils comprennent souvent les emballages et le conditionnement qui deviennent ainsi la propriété de l'acquéreur […].* »

664 Aix-en-Provence, 26 octobre 1970, *D.* 1971, p. 370 : « *Attendu d'autre part que l'obligation de délivrer la chose qui pèse sur le vendeur, comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage ; que les objets réputés immeubles par destination appartiennent de droit à l'acquéreur comme accessoires du*

… / …

la plus-value consiste dans l'augmentation de la chose, qui n'apparait que postérieurement à la conclusion du contrat, et de façon indépendante de la volonté des contractants.

196. Particularité de la plus-value. La particularité de la plus-value tient ainsi à la fois dans son apparition hypothétique et postérieure à la formation du contrat, et dans son caractère non indispensable à l'égard de l'utilité de la chose principale vendue. La plus-value n'est pas néanmoins indépendante du principal ; elle procède de la chose vendue. Le fameux accroissement est donc intrinsèque à la chose aliénée ; il ne résulte pas forcement d'un effort de l'aliénateur, mais du hasard [665]. En outre, il n'intègre pas *a priori* le champ contractuel en ce qu'il est problématique. Les parties contractantes sont indifférentes à la perspective de la diminution ou de l'augmentation éventuelle de la chose susceptible d'apparaître postérieurement à la formation du contrat. Le sentiment de joie éprouvé d'avoir reçu une plus-value ne peut nullement constituer le contrepoids de la crainte qu'inspirent les risques.

2. La plus-value à l'égard des risques

197. La potentielle conception de la plus-value dans le droit romain. L'on pense à tort pouvoir camoufler l'iniquité qui découle de la règle *res perit creditori*, à l'égard de l'acquéreur, en invoquant l'appartenance à celui-ci de l'augmentation hasardeuse de la chose. Si les jurisconsultes romains prétendaient justifier l'attribution des risques par l'éventuel accroissement de la chose [666], ce serait peut-être du fait que la chose elle-même demeurait la propriété de l'aliénateur. Ils pourraient en effet penser que c'est un avantage énorme que le transfert de propriété emporte à celui-ci la chose avec sa valeur ajoutée lors de sa tradition. Un tel sentiment paraît spécifique au système juridique romain. La règle romaine du transfert des risques ne semble pas du tout justifiable [667]. L'on peut trouver un subterfuge dans l'éventualité de la plus-value susceptible de survenir à la chose

---

fonds vendu, sans qu'il soit nécessaire de les comprendre formellement dans la vente ; que sont immeubles par destination, selon l'art. 524 c. civ., les objets que le propriétaire du fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds ; qu'il est constant que la propriété vendue était à usage d'exploitation horticole ; qu'ainsi, les instruments oratoires et châssis de serres qui pouvaient s'y trouver lors de la vente, ayant été affectés au service de l'immeuble, et étant indispensables à son utilisation normale, était nécessairement compris dans la vente du fonds, sauf clause contraire de l'acte qui n'existe ; ».

665 L'article 1614 du Code civil dispose que : « *La chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente. Depuis ce jour, tous les fruits appartiennent à l'acquéreur.* »

666 Justification rappelée aussi par cet auteur : G. HUBRECHT, *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943, p. 120 : « *C'est ainsi qu'invoquant l'idée générale que les inconvénients d'une chose doivent en compenser équitablement les avantages, on a prétendu que la règle* res perit emptori *était une compensation des avantages que pouvait procurer après la vente, la plus value de la chose au profit de l'acheteur.* »

667 *Ibid*., p. 120 : « *La solution donnée par les textes, à savoir que la chose périt pour son acheteur alors qu'il n'en est encore que créancier, est donc, dans la logique juridique, injustifiable.* »

postérieurement à la formation du contrat. Le vendeur pourrait ainsi être surpris de se voir obligé lors de la livraison de remettre la chose et la plus-value à l'acquéreur. Car, il ne se voit pas sous une pareille contrainte à l'égard de la tradition de la chose principale.

Bien qu'aussi fortuit que le cas de force majeure, cet avantage éventuel ne signifie rien à l'égard des risques [668]. Il ne correspond nullement à l'inexécution fortuite de la délivrance. Il ne vaut pas par conséquent d'être le pendant des conséquences d'un événement constitutif de force majeure. Les risques résultent de l'anéantissement de l'objet d'une obligation essentielle de l'aliénateur. Ce n'est pas un déficit qui en ressort pour l'acquéreur, mais la disparition de l'économie même du contrat. Celui-ci ne peut jouir de cette augmentation hypothétique que lorsqu'il est mis en possession effective de la chose. L'on sait que l'opposé de la plus-value, c'est la diminution de celle-ci [669]. Les parties contractantes ne perdent pas de vue ces éventuels avantages et inconvénients. Il n'existe aucune compensation pour l'acquéreur dans l'hypothèse où la chose perd de sa valeur. Au contraire, la moins-value rentre dans la définition des risques attribués à l'acquéreur.

198. Le pendant de la plus-value. Ce qui paraît tout au plus correspondre à la plus-value parmi les obligations de l'acquéreur, ce sont les intérêts sur le prix. L'accroissement de la chose est ignoré et aussi très rare. Au contraire, les intérêts sur le prix sont légaux et certains [670]. L'acquéreur est tenu de verser les intérêts en cas de retard dans le paiement du prix. Ce qui veut dire que d'un côté le prix de la vente s'élève certainement, alors que de l'autre côté la chose augmente ou diminue aléatoirement. La plus-value ne suffit pas à justifier la règle *res perit domino*. Elle ne constitue aucune obligation à la charge de l'aliénateur. Celui-ci bénéficie aussi de l'augmentation du prix. La plus-value s'avère ainsi réciproque, elle se greffe sur les obligations principales. Cependant, celle susceptible de bénéficier à l'acquéreur demeure hypothétique.

---

668 *Ibid*., p. 120 : « *[...] cet argument est insuffisant car il n'y a aucune proportion entre une augmentation de valeur et la disparition de l'objet.* »

669 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 6, 2e éd., LGDJ, 1930, n° 414 : « *[...] ce qui correspond aux chances de plus-value ce sont les risques de moins-value et non les risques de perte.* »

670 Art. 1652 du Code civil : « *L'acheteur doit l'intérêt du prix de la vente jusqu'au payement du capital, dans les trois cas suivants : S'il a été ainsi convenu lors de la vente ; Si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus ; Si l'acheteur a été sommé de payer. Dans ce dernier cas, l'intérêt ne court que depuis la sommation.* » ; Aix-en-Provence, 26 octobre 1970, *D*. 1971, p. 370 : « *Attendu qu'aux termes de l'art. 1652 c. civ., l'acquéreur doit les intérêts du prix, de plein droit jusqu'au paiement du capital, lorsque la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus ; que cette disposition légale n'a pas pour objet de sanctionner une faute de l'acquéreur ayant provoqué un retard de paiement du prix de vente, mais procède d'une considération d'équité selon laquelle l'acquéreur ne peut à la fois conserver les fruits ou revenus de la chose vendue, en possession de laquelle il a été mis, et les intérêts du prix de vente ;* ».

B. Le caractère hypothétique de la plus-value

199. La plus-value et la logique du Code civil. Outre son caractère accessoire en termes d'avantage attendu du contrat, la plus-value paraît hypothétique en son existence. L'accroissement de la chose ainsi que la diminution de sa valeur sont des phénomènes hors du contrôle des parties contractantes [671]. Ils ne constituent aucune obligation de l'aliénateur ; celui-ci doit se contenter de conserver la chose. Par conséquent la justification de la règle *res perit domino* par une telle chose paraît étrangère à la logique du Code civil. L'attribution des risques à l'acquéreur ne s'accommode en effet pas de l'incertitude sur l'existence de la chose. Il est de principe dans le système du Code civil de 1804, que l'incertitude sur l'existence de la chose aliénée au moment de la formation du contrat ne permet nullement d'attribuer de les risques à l'acquéreur [672].

Autrement dit, la règle de principe met les risques à la charge de l'aliénateur, à proprement parler, libère les parties dans toutes les hypothèses où l'existence de la chose ou sa remise à l'acquéreur demeure incertaine ou impossible. L'existence réelle de la chose constitue aussi un critère dont dépendent le transfert de la propriété et la charge des risques. Certes, ici, l'existence de la partie principale de la chose est incontestable, mais celle de la plus-value est entachée d'incertitude. L'augmentation de la chose est un avantage aléatoire fictivement attribué à l'acquéreur. Ce qui ne peut s'inscrire dans la vision des codificateurs, laquelle ne semble pas en concorde avec la justification de l'attribution des risques par une chose fictive. Certes l'avantage incertain est pris en considération dans le traitement de la question de la charge des risques. Mais il intervient en vue d'expliquer l'inacceptation de l'attribution des risques à l'acquéreur. Autrement dit, sa vocation est de justifier plutôt l'attribution de la charge des risques à l'aliénateur, à proprement parler, la libération des parties de leurs obligations réciproques. Lorsque le doute plane sur l'existence réelle de la chose, objet même du contrat, les risques ne pèsent jamais sur la tête de l'acquéreur. La chose stipulée constitue l'avantage direct attendu du contrat par l'acquéreur ; alors que la plus-value est un avantage à la fois incertain et lointain.

---

671 M. LARROMBIÈRE, *op. cit.*, art. 1138, n° 24 : « *Nous disons encore que les détériorations de la chose doivent survenir sans la faute du débiteur, comme les améliorations, sans son fait. Autrement, le créancier, loin d'être passible des unes, aurait contre le débiteur, suivant les circonstances, une action en dommages-intérêts ou en résolution ; ou bien, loin de profiter des autres purement et simplement, il devrait payer pour elle au débiteur une indemnité.* »

672 L'on voit même dans les hypothèses où la chose ne semble pas encore exister que le droit n'est pas transféré : A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 206 : « *Lorsque la vente porte sur des choses futures (par exemple une machine à fabriquer), le transfert de propriété est retardé jusqu'à l'achèvement de la chose, ce qui est différent de la livraison : la propriété reste au vendeur pendant tout le cours de la fabrication car tant qu'elle n'est pas achevée ce n'est pas encore la "chose" vendue elle-même, mais un simple "commencement de chose" ; dès l'achèvement, le transfert de propriété ne rencontre plus d'obstacle et peut s'effectuer, avant même toute livraison, par le simple fait que la chose est parvenue en état d'être livrée.* » ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 188.

200. La plus-value et la chose future. L'éventualité de l'accroissement de la chose n'est pas ainsi assez différente de la chose future ou de celle non encore individualisée. La seule différence tient, outre le caractère accessoire de la plus-value, dans le rapport entre l'existence de la chose et la volonté de l'aliénateur. Tandis que la plus-value apparaît indépendamment de la volonté de l'aliénateur, l'achèvement de la chose, ou son individualisation dépend de l'activité de celui-ci. L'augmentation de la chose ne constitue pas une obligation du vendeur. En revanche, il s'est engagé à fabriquer la chose stipulée ou à l'identifier. Il n'en demeure pas moins que les deux hypothèses ont un caractère commun : l'existence incertaine de la chose lors de la formation du contrat.

En effet, lors de la conclusion du contrat, ce fameux accroissement n'existe pas ; il n'est d'ailleurs pas certain qu'il se produise plus tard. De même, avant sa fabrication ou son individualisation, la chose future ou celle à identifier n'est pas encore un corps certain ; à cet égard elle n'existe pas réellement, et donc ne peut être remise matériellement. Son existence en tant qu'objet convenu n'est certes pas contestable. Mais à l'égard du contrat l'absence de son individualité le prive encore d'une existence suffisante. Elle n'arrive à l'existence certaine ou complète que lorsqu'elle devient un corps certain. Cette incertitude a pour conséquence d'attribuer les risques à l'aliénateur [673], à proprement parler, de libérer les parties de leurs obligations réciproques en cas de survenance de force majeure.

201. Conclusion de la Section I. Le contexte juridique dans lequel la plus-value apparaît pour la première fois à l'appui de l'attribution des risques à l'acquéreur paraît très différent de celui du Code civil de 1804. Il résulte de la règle *res perit creditori* issue du droit romain un traitement déséquilibré en faveur du vendeur. Sa seule explication possible réside dans l'encouragement de l'acheteur à privilégier la vente au comptant, c'est-à-dire celle où les prestations stipulées s'exécutent par principe instantanément. La référence faite à la plus-value découle de l'impossibilité de justifier la solution suivant laquelle les risques pèsent sur l'acquéreur dès la formation du contrat. Les codificateurs, quant à eux, attribuent la charge des risques en fonction d'un critère rationnel, excluant ainsi toute possibilité de justification par référence à un argument invoqué dans le système juridique romain. La plus-value n'a pas lieu dans le Code civil de 1804. De même, ce Code n'envisage nullement le transfert de propriété comme une obligation de l'aliénateur.

---

673 L'article 1585 du Code civil dispose que : « *Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement.* » ; Civ. 3e, 11 octobre 2000, *Bull. civ.* 2000, n° 163 : « *Attendu, […], la cour d'appel, qui a constaté que la décision de classement portait sur la carrière et sur les sols correspondants, et que la demande de permis de construire modificatif était intervenue avant cette décision, a pu en déduire que le transfert des risques ne s'opérait sur le bien acquis que lors de la livraison des immeubles construits, et qu'avant celle-ci les risques pesaient sur le vendeur, qui en était débiteur […]* ». Civ. 1re, 20 novembre 1990, *JCP* 1992, II, 21841, note M. DAGOT.

SECTION II.
ARGUMENT ISSU DU CARACTÈRE OBLIGATIONNEL DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ *SOLO CONSENSU*

202. Obligation de donner. À l'image de la règle *res perit creditori* du système juridique romain, la maxime *res perit domino*, malgré son succès, paraît difficile à expliquer. Ainsi, l'argument qui porte sur la plus-value a été supplanté par un autre. L'on ramène cette fois, dans le champ obligationnel du contrat, la justification du lien de dépendance entre l'attribution des risques à l'acquéreur dès la formation du contrat et le transfert du droit de propriété. Certaine opinion voit, à cet égard, dans le transfert *solo consensu* de la propriété une obligation qui s'exécute concomitamment avec la formation du contrat [674]. Le transfert du droit de propriété incarnerait l'« *obligation de donner* » à laquelle il est fait référence notamment dans les anciens articles 1101, 1126, 1136, 1140 et 1141 du Code civil [675]. Cependant le nouvel argument est contesté au même titre que celui ci-dessus analysé. À la suite de la réforme de 2016, le doute semble planer davantage sur l'existence de l'obligation de donner.

En effet, outre la disparition de la distinction entre les obligations [676], les termes « *obligation de donner* » semblent supprimés et remplacés notamment dans les dispositions de

---

674 J. FLOURT, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 265 : « *Il faut […] tenir compte de l'incidence décisive du principe du transfert de la propriété par le seul consentement des parties au contrat (transfert* solo consensu*) : l'acheteur devient propriétaire dès l'instant de la vente, sans égard pour la livraison de la chose. Cela signifie que, dans ce cas, l'obligation principale du vendeur — le transfert de la propriété — est immédiatement exécutée par le seul accord de volontés qui détermine la conclusion du contrat.* »

675 Aux termes de l'ancien article 1126 : « *Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire.* » ; l'ancien article 1136 : « *L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier.* » ; l'ancien article 1140 : « *Les effets de l'obligation de donner ou de livrer un immeuble sont réglés au titre De la vente et au titre Des privilèges et hypothèques.* » ;l'ancien article 1141 : « *Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.* »

676 L'objet de l'obligation est défini à l'article 1163 du Code civil, issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future.* » ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 15e éd., par V. LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, 2017, n° 132 : « *L'ordonnance du 10 février 2016 […] a finalement fait disparaître cette classification traditionnelle des obligations de donner, de faire et de ne pas faire. Elle n'est plus reprise, ni au titre du droit des contrats car l'article 1101 a modifié la définition du contrat pour ne faire référence qu'à un acte créant, modifiant, transmettant, ou éteignant des obligations, sans plus préciser leur objet ; ni au titre du régime des obligations où l'ancien article 1136 du Code civil relatif à l'obligation de donner a disparu. L'ordonnance a fait purement et simplement disparaître l'obligation de donner, devenue inutile, puisque l'article 1196 actuel affirme désormais l'effet translatif direct du contrat. L'obligation de donner, qui servait à opérer le transfert de la propriété ou d'un autre droit s'opère maintenant automatiquement lors*

… / …

l'ancien article 1138 du Code civil [677] par ceux de l'« *obligation de délivrer* » par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations [678]. Cependant, il ne paraît pas évident que cette réforme emportera tout l'intérêt de distinguer entre les obligations selon leur objet. D'une part, le transfert de propriété auquel est rattachée l'attribution des risques à l'acquéreur, est analysée comme une obligation ; il n'est donc pas exclu que l'on puisse toujours être tenté, après la disparition de l'obligation de donner, de le rattacher à une obligation. D'autre part, la nécessité apparaîtra sans doute de rechercher en quoi consiste la prestation dans tel ou tel cas, notamment lors de la détermination d'une sanction dont la nature continue de suivre celle de l'obligation [679]. Ainsi, la réforme ne paraît pas pouvoir supprimer effectivement la distinction des obligations ; subsiste donc au fond, le désaccord qui s'est établi, dès avant l'avènement du nouvel argument en faveur de la règle *res perit domino*, sur le sens de l'ancienne obligation de donner (§ 1). En réalité, celle-ci consiste simplement dans la remise d'une chose. Dès 1804, c'est-à-dire même avant la réforme de 2016, il semblait déjà assez évident que l'obligation de donner ne pouvait incarner la nature juridique du transfert de la propriété (§ 2).

§ 1. Le sens de l'ancienne obligation de donner

203. Les sens attribués à l'ancienne obligation de donner. La difficulté de saisir le sens exact de l'obligation de donner a contribué à la suppression de celle-ci par la réforme de 2016. La généralité du terme *donner* a suscité une controverse sur le sens de l'obligation de donner à laquelle font référence les textes ci-dessus cités du Code civil de 1804. La nécessité s'impose alors de se reporter aux précédents historiques de ce Code [680]. Or, le

---

de la conclusion du contrat et l'obligation de donner n'a plus de raison d'être : le transfert du droit est devenu un effet direct du contrat. »

677 Les termes de l'ancien article 1138 sont remplacés par ceux des articles 1196 et 1197 issus de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

678 Art. 1196, al. 3 et 1197 du Code civil, issus de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

679 Art. 1217 du Code civil, issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « *La partie en vers laquelle l'engagement n'a pas été exécutée, ou l'a été imparfaitement, peut : refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; solliciter une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.* »

680 J.-F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 91 », préf. J. Brethe De La Gressaye, LGDJ, 1969, p. 38 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner », *RTD civ.* 2005, p. 521, n° 3 : « *Au 19e siècle et au début du 20e, la doctrine s'est interrogée sur le contenu même de cette obligation. Elle s'est tournée vers le droit romain qui retenait une classification des obligations en fonction de leur objet, selon que le débiteur était tenu de* dare*,* facere *(ou non* facere*) ou de* praestare. »

terme donner renferme différentes acceptions en droit romain [681]. Il s'entend tantôt restrictivement, tantôt très largement. La doctrine est partagée entre ces deux sens. L'opinion qui semble majoritaire voit dans le Code civil la consécration du sens restreint (A) du terme donner [682] ; tandis que suivant l'autre opinion, c'est plutôt son acception large (B) qui serait retenue dans le système du Code civil [683].

A. Sens restreint du terme donner dans le droit romain

204. Sens restreint du terme *dare*. Par référence au terme *dare* du droit romain, l'opinion majoritaire présente l'ancienne obligation de donner comme consistant dans le transfert du droit de propriété (1) . Or, le terme *dare* ne paraît correspondre à aucune obligation (2), même en droit romain.

1. Transférer le droit de propriété

205. Source de la controverse. Le malentendu sur le sens de l'obligation de donner s'autorise même de la façon dont le Code civil énonce celle-ci [684]. Le Code fait référence à cette obligation par la création d'autres obligations. Aux termes de l'ancienne disposition de l'article 1136 du Code civil [685], en effet, « *l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier* » [686]. Il ressort de cette disposition que l'obligation de livrer est la conséquence de l'obligation de donner [687].

---

681 L'on distingue trois sens du terme *dare* en séparant le transfert de la propriété à titre gratuit du transfert de propriété à titre onéreux : C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon : Traité des contrats ou des conventions en général*, tome 24, 1re partie, Durand et Pedone Lauriel, Hachette et Libraires, 1877, n° 396 ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon,* Continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, tome 5, Parsi Henri Plon, 1865, n° 52 et suiv. Mais, dans les deux cas il s'agit tout simplement du transfert du droit de propriété.

682 Ph. SIMLER, *Jurisclassseur civil*, art. 1136 à 1145, fasc. 10, n° 11.

683 Ph. SIMLER, *Jurisclassseur civil*, art. 1136 à 1145, fasc. 10, n° 19.

684 N. PRYBIS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse Montpellier, 1997, n° 46.

685 C'est désormais l'article 1197 du Code civil issu de la réforme de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Aux termes de cette nouvelle disposition, « *L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable.* »

686 N. PRYBIS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse Montpellier, 1997, n° 53 : « *L'article 1136 pourrait signifier que l'obligation de donner comporte les obligations de livrer et de conserver, que ces deux obligations sont constitutives de l'obligation de donner. L'article 1136 pourrait ainsi être considéré comme une définition.* »

687 L'opinion contraire : P. BERLIOZ, *La notion de bien*, « Bibliothèque de droit privé », préf. L. AYNÈS, LGDJ, 2007, p. 258, n° 793 : « *L'obligation de donner, selon les termes mêmes de cet article, ne renferme pas, contrairement à ce que l'on enseigne traditionnellement, l'obligation de transférer la propriété. En effet, l'emploi du terme "emporte" ne signifie en aucun cas que l'obligation de livrer constitue une obligation accessoire à l'obligation de donner qui serait celle de transférer la propriété. Ce terme signifie exactement que l'obligation de donner revêt deux aspects : obligation de livrer la chose, et obligation de la conserver jusqu'à la livraison.* »

Or, la livraison paraît constituer une obligation autonome, qui consiste dans la remise de la chose promise. L'obligation de livraison étant ainsi une obligation de faire, opposée à l'ancienne obligation de donner, ne devrait pas se retrouver dans l'énumération des conséquences de celle-ci. Sa présence dans cette description suscite logiquement l'interrogation sur le sens propre de l'ancienne obligation de donner.

206. Traduction de l'obligation de donner par « *dare* », repris du droit romain. Ainsi, en vue de rendre compte de sa signification, la doctrine majoritaire use du terme *dare* issu du droit romain, prétendant que celui-ci se traduit aussi par l'obligation de donner [688]. Il consisterait précisément, en droit romain, à transférer la propriété à titre onéreux [689]. Par conséquent cette doctrine réduit l'ancienne obligation de donner au seul transfert de la propriété [690]. Le transfert de la propriété constituerait l'objet de l'obligation de donner. Selon COLMET DE SANTERRE, les jurisconsultes romains auraient opposé *dare* à *facere*, en vue de souligner par le premier terme l'obligation de transférer la propriété [691]. Cet auteur voit dans le Code civil la même opposition ; il en déduit que l'obligation de donner consisterait à transférer la propriété. Cette déduction n'est pas satisfaisante. Le terme *dare* ne semble caractériser aucune obligation.

---

688 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Les obligations, Le contrat*, 7e éd., Economica, 2014, n° 56 : « *C'est l'histoire qui permet de comprendre quel est le contenu de l'obligation de donner. À cet égard, la terminologie française est moins précise que la terminologie romaine, en ce que le terme "donner" peut avoir deux sens dans la langue juridique française, alors qu'en latin deux mots différents étaient utilisés.* »

689 A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon,* Continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, tome 5, Parsi Henri Plon, 1865, n° 52 bis : « *Le mot donner est employé dans trois sens différents, il signifie 1° transférer la propriété à titre gratuit,* donare *; 2° transférer la propriété,* dare*, 3°dans un sens très large il se rapproche du mot livrer, et indique le fait de mettre une chose à la disposition d'une personne, pour que cette personne puisse en retirer une utilité ; c'est ainsi qu'on dit donner à bail, donner en gage.* » ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des conventions en général*, tome 24, 1re partie, Durand et Pedone Lauriel, Hachette et Libraires, 1877, n° 396.

690 M. DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, tome 10, Alex-Gobelet, 1830, n° 389 : « *Ici, le mot donner est pris, non dans le sens de la libéralité, mais dans le sens du mot latin* dare*, c'est-à-dire* accipientis facere. *[…]. L'obligation du débiteur n'est pas de faire une délivrance comme celle qui a lieu dans le cas de louage, de commodat ou de gage, ou autres contrats qui ont simplement pour objet la délivrance, l'usage ou la possession de la chose ; elle est de faire une délivrance avec cet effet que le créancier, devenu propriétaire, puisse disposer de la chose comme bon lui semblera, sauf l'effet des clauses ou conditions résolutoires, s'il y en a.* » ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon,* Continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, tome 5, Parsi Henri Plon, 1865, n° 52 bis : « *En retrouvant dans les rubriques des sections II et III et dans l'art. 1101 la division tripartite des objets d'obligation, on peut présumer que les rédacteurs du Code Napoléon ont pris les expressions anciennes dans leur acception ancienne, et qu'ils ont voulu traiter ici de l'obligation de transférer la propriété. Nous ne partageons donc pas l'opinion de M. Demante, qui considère le mot donner comme pris dans son acception la plus générale.* »

691 A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon,* Continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, tome 5, Parsi Henri Plon, 1865, n° 52 bis. L'opinion ci-dessus rapportée.

2. Véritable signification du terme *dare*

207. L'imperfection de l'illustration de l'obligation de donner par « *dare* ». L'illustration de l'obligation de donner par référence au terme *dare* renferme une certaine incommodité avec le système du Code civil. Cette opinion ne s'interroge en effet guère sur la nature du *dare* en droit romain [692]. *Dare,* tel que présenté, ne suffit évidemment pas à fournir le sens de l'obligation de donner rencontrée dans le système du Code civil de 1804. La transposition du terme *dare* dans le Code civil ne semble avoir respecté aucune logique. En effet, avant d'en arriver à quoi ce concept correspond en droit français, il paraît nécessaire de déterminer sa nature dans le contexte même qui est le sien. Tel n'est pas le cas. De façon hâtive, l'on estime que l'obligation de donner correspond au *dare* du droit romain. On peut ainsi observer que cette opinion fait abstraction d'une part de la règle romaine du transfert de la propriété, et d'autre part de la différence entre le droit romain et le Code civil sur le mécanisme de translation de la propriété.

208. L'équivalent de « *dare* » dans le système du Code civil. En effet, *dare* pourrait permettre aux romains de désigner le transfert du droit de propriété [693]. Les jurisconsultes romains pourraient donc l'opposer à *facere*. Il n'en demeure pas moins qu'il ne peut correspondre, même en droit romain, à une obligation [694]. L'on enseigne que le droit romain n'a pas conceptualisé la notion d'objet de l'obligation [695]. L'utilisation de *dare* peut se faire dans une autre intention que celle de traduire l'objet d'une obligation [696]. Ainsi, *dare*

---

692 N. PRYBIS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse Montpellier, 1997, n° 478 : « *Pour la plupart des auteurs, il semble que c'est la référence au droit romain qui répond à la question de l'origine de cette définition de l'obligation de donner. Or, on a vu à quel point cette référence ne permettait pas de révéler la nature de la parenté des obligations de donner et de* dare. »

693 D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., Economica, 2012, p. 49 : « *Même si le terme* dare *est utilisé […] à propos des contrats pour désigner la remise de la chose à titre de possesseur […] ou de simple détenteur (commodat), même s'il est utilisé aussi dans la formule de l'*actio empti *qui sanctionne l'obligation du vendeur consistant non pas à transférer la propriété de la chose mais à assurer la* vacua possessio *au profit de l'acheteur, il signifie au sens technique effectuer une* datio*, […] transférer la propriété.* »

694 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e éd., Dalloz, 2003, p. 472 : « *D'après la définition même de l'obligation […], l'objet de cette obligation, constituant l'objet ou l'un des objets du contrat, peut-être très varié. Il peut consister, suivant une formule romaine qui n'est pas sans ambiguïté, dans une translation de propriété ou une constitution de droit réel (*dare*), dans un fait (*facere*), ou dans une prestation (*praestare*), qui n'est, à notre sens, qu'une subdivision du fait.* »

695 J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, tome 2, *L'objet et la cause, Les nullités*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 36.

696 P. VIOLLET, *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, L. Larose et Forcel, Libraires-Éditeurs, 1886, p. 509 : « *[…] la raison d'être puissant et intime du formalisme primitif, c'est qu'il constitue un excellent moyen de preuve, parfaitement adapté à la faible culture d'un peuple barbare. L'esprit d'analyse n'existe pas encore chez ce peuple ou plutôt n'existe qu'à l'état rudimentaire : il ne distingue pas le contrat lui-même de la preuve de ce contrat et il conçoit la preuve, c'est-à-dire le signe matériel comme un élément même du contrat.* » Dans le même sens, J.-É. GUÉTAT, *Histoire du droit français, depuis ses origines gauloises jusqu'à la rédaction de nos codes modernes*, Paris, L. Larose et Forcel, 1884, p. 218 : « *À tous les peuples primitifs, incapables d'idées abstraites, il a fallu, pour produire un effet juridique, des*

… / …

semble plutôt traduire le but de l'opération de transmission de la chose [697], mais non l'objet d'une obligation. La spécificité de *dare* réside dans ce but [698] ; il n'implique aucune opération particulière caractéristique de son objet. C'est ce but qui pourrait distinguer *dare* de *præstare* [699]. Il s'emploie à l'occasion de la tradition, en vue de spécifier notamment l'intention des parties [700]. La transmission de la possession, ou de la jouissance ainsi que de la propriété dépend de la tradition, en droit romain [701]. Si *dare* traduisait l'objet d'une obligation, soit il ferait double emploi avec la *traditio* [702], soit il se confondrait à celle-ci.

---

symboles apparents. Ces symboles avaient d'ailleurs, chez des gens peu habitués à l'usage de l'écriture, l'avantage de donner de la certitude aux témoignages et d'éviter les équivoques, puisque, grâce à eux, les témoins n'avaient à déposer que sur des faits précis et extérieurs. » ; G. CORNIL, *Étude sur la propriété dans le droit romain*, Bruxelles, Brylant-Christophe & Compagnie, Éditeurs, 1890, p. 27 : « *Chacun sait que le droit romain primitif est dominé par un formalisme puissant. Semblable phénomène se constate, d'ailleurs, dans tout droit jeune. Tout peuple, au début de sa culture juridique, saisit difficilement la notion purement abstraite du droit. Il en résulte qu'en général il n'attache de conséquences juridiques qu'à des événements concrets, perceptibles par les sens, c'est-à-dire à des actes formalistes, et ne donne aux événements internes qu'une influence secondaire quelconque.* »

697 J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 91 », préf. J. BRETHE DE LA GESSAYE, LGDJ, 1969, p. 40 : « *[…] l'obligation de donner demeure fondamentalement une notion de droit qui se traduit par une aliénation. L'obligation de donner entraîne une aliénation.* » ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, tome 2, *L'objet et la cause, Les nullités*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 36 : « *Il semble que l'usage de ces notions abstraites soit né de la volonté des prêteurs, tenus dans la rigidité de la procédure formulaire de rédiger une* intentio *précisant ce que le débiteur s'était engagé à accomplir à l'égard du demandeur, d'en faciliter la rédaction. Plus tard, le recours à des formules pré-rédigées a rendu nécessaire l'utilisation de termes abstraits susceptibles d'exprimer des cas d'espèces. Les jurisconsultes auraient ensuite entériné ces usages judiciaires en précisant le sens juridique de chaque terme et en les intégrant plus tard dans la définition de l'obligation. En droit romain, ces notions abstraites étaient toutefois purement descriptives puisque, dans la procédure formulaire, le juge, dans tous les cas, pouvait seulement prononcer une condamnation au paiement d'une somme d'argent et non à l'exécution de l'obligation.* »

698 H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3e éd., « Coll. de la Faculté Jean Monnet, Université Paris-Sud », Avant-propos de D. MAZEAUD, Éditions La Mémoire du Droit 2012, p. 21, n° 3 : « *Le mot cause fait en effet penser à quelque chose d'antérieur à l'acte accompli, à quelque chose dont cet acte est la conséquence, tandis que le but est dans l'avenir ou, au plus, dans le présent, — car il peut être parfois atteint au moment même de la conclusion de l'acte, — mais jamais dans le passé.* »

699 J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, tome 2, *L'objet et la cause, Les nullités*, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 36 : « *À cette trilogie s'ajoute souvent* præstare*, entendu soit comme la fourniture de quelque chose sans en transférer la propriété et à charge de la rendre, soit, plus largement, comme une obligation accessoire de garantie.* »

700 M. BUSSMANN, *L'obligation de délivrance du vendeur en droit romain classique*, thèse de doctorat présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne imprimerie C. Risold & Fils, 1933, p. 20 et suiv. : « *1) C'est tout d'abord du terme* dare *qu'on se sert lorsqu'il s'agit de se faire promettre par stipulation la délivrance d'une chose. […]. 2) C'est encore le terme* dare *qu'emploie le testateur qui veut grever son héritier du legs de livrer une chose à quelqu'un. […]. 3) Pour désigner la prestation de celui qui est grevé du fidéicommis de transmettre une chose à quelqu'un. […]. 4) Dans les conditions de transfert d'une chose apposées : soit à un affranchissement testamentaire : […], soit à un legs, à une institution d'héritier, à un fidéicommis. […]. 5) Pour désigner la remise d'une chose à titre de dot : […]. 6) Pour désigner la remise d'une chose en vue d'une contreprestation : […]. 7) Pour désigner la remise d'une chose à titre de prêt : […]. 8) Pour désigner la remise d'une chose à titre de paiement : […]. 9) Pour désigner la remise d'une chose à titre de donation : […].* »

701 J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 91 », préf. J. BRETHE DE LA GESSAYE, LGDJ, 1969, p. 39 : « *Mettre une chose à la disposition de quelqu'un*

… / …

209. L'emploi du *dare* en droit romain. D'ailleurs, il n'est pas ambigu que par *dare* le droit romain désigne le but de l'opération, mais non l'objet de l'obligation. La *datio* ne constitue pas autre chose que la référence particulièrement faite à ce but dans l'opération de mise à disposition [703]. Il n'y a en effet *datio* que lorsque la propriété se trouve effectivement transmise [704]. Or, la transmission se fait par la délivrance [705], laquelle constitue le mode commun dont dépend le transfert de la propriété [706]. De même, *donare,* équivalant à transférer la propriété à titre gratuit, et souvent opposé à *dare*, ne traduit pas une délivrance spécifique à cette libéralité. Il désigne en réalité le titre en vertu duquel la chose se transmet. N'étant pas une obligation, *dare* ne peut être incarné par l'obligation de donner [707]. Ce qu'on n'a pas pu savoir et qu'on attend toujours de savoir concernant l'ancienne obligation de donner, c'est donc la forme spécifique de son exécution, laquelle constituerait son objet [708].

---

sans en transférer la propriété mais la simple possession ou le simple usage, ce n'est plus dare*, c'est* praestare*. Ce n'est plus le même type de prestation qui est dû.* »

702 B. SCHMIDLIN, *Droit privé romain*, tome 1, *Origines et sources, Famille, biens, successions*, « Faculté de droit de l'Université de Genève », Bruylant, 2008, p. 224 : « *La tradition contient une fin déterminée, elle ne transfère pas la propriété tout court, mais elle le fait pour cause de vente, de donation, de dot, de legs. De cette manière, la tradition garde un caractère résolument concret : il ne s'agit pas d'un acte de disposition général, d'un simple transfert de propriété, mais bien d'une livraison dans le cadre d'une vente, d'une donation ou d'une dotation, exigeant par là le but concret qui justifie le transfert.* »

703 Cela est d'autant plus vrai que les contrats translatifs de propriété se concluaient en général au comptant. Même l'hypothèse où la tradition symbolique a été effectuée, la remise matérielle qui suivra peut constituer une occasion d'employer le terme *dare*.

704 D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 49 : « *Ce qu'il importe de remarquer, c'est que la* datio *n'est accomplie que si le transfert de propriété a eu lieu de manière juridiquement efficace. Comme le rappelle Paul (D. 50, 17, 167), une chose n'est pas donnée (on n'en a pas transféré la propriété) si, au moment où elle est donnée, elle ne devient pas la chose de celui qui la reçoit : […]* ». Autrement dit, lorsque l'aliénateur est lui-même propriétaire de la chose transmise. C'est en ce cas seulement que la propriété est censée être transférée.

705 *Ibid.*, p. 49 : « *Cette condition soulève plusieurs questions. Premièrement, quels sont les moyens de réaliser ce transfert ? Pour que la chose appartienne véritablement sur le plan civil à l'acquéreur, il est nécessaire que celui qui procède à la* datio *utilise l'un des modes d'aliénation admis par le droit romain relativement à la qualité de la chose : la mancipation, qui appartient au genre des actes* per aes *et* libram*, pour les* res mancipi *(réalisée devant témoins) ; la cession en justice (*in iure cessio*), qui s'apparente à un procès fictif, les parties s'étant préalablement mises d'accord ; enfin, la* traditio*, seul mode non formaliste (remise de la main à la main) de transfert des choses.* ».

706 G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les sûretés, La publicité foncière*, 2e éd., Sirey, 1987, n° 539 : « *En droit romain, la* fiducia cum creditore *se réalisait par l'un des modes classiques de transfert (*mancipatio *ou* in jure cessio*) tandis que de son côté le créancier prenait, dans une convention distincte (le* pactum fiduciae*), un engagement de retransfert.* »

707 G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, « Bibliothèque de droit privé tome 253 », préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, 1997, n° 287 : « *[…], en raison du principe du transfert de propriété* solo consensu*, la doctrine française tend le plus souvent à confondre l'obligation de donner et le droit de propriété résultant de l'exécution de cette obligation.* »

708 L'ancien article 1101 du Code civil dispose que : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.* »

210. L'utilité de l'emploi du terme *dare* en droit romain. S'agissant de la particularité de la règle romaine, le droit ne se transmet pas indépendamment de la remise matérielle de la chose. La tradition constitue le mode commun dont dépend la transmission du droit sur la chose. Et, en l'occurrence, le transfert de la propriété se rattache toujours à la tradition [709] ; celle-ci était en général entourée de formalités. On peut alors comprendre que la tradition soit distinguée selon son but ou l'intention des parties [710]. La transmission du droit s'effectue toujours par le biais de l'exécution de l'obligation considérée de nos jours comme celle de faire. En revanche, le système du Code civil est tout différent [711]. Le but de la délivrance apparaît *a priori* dans le contrat [712]. Autrement dit, on se réfère toujours au titre pour identifier l'intention étant à la base de la tradition : transfert d'un droit ou la remise de la chose à titre de dépôt ou de prêt [713]. Il est ici inutile de distinguer, outre par le contrat, la délivrance par son but. Par ailleurs, le transfert de propriété s'opère par la formation du contrat. Le déplacement du droit se détache de la chose. Le moment du transfert du droit n'est pas identique à celui du droit romain. En outre, les obligations se caractérisent strictement par leur objet [714], mais non par leur but [715]. Ce dont ne rend pas toujours suffisamment compte le sens large de l'obligation de donner, proposé par l'autre doctrine.

---

709 J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 91 », préf. J. BRETHE DE LA GESSAYE, LGDJ, 1969, p. 42 : « *Dans le droit romain l'obligation de* dare *n'était exécutée que par un mode de transfert de la propriété :* traditio*,* mancipatio*,* in jure cessio*. Il en était ainsi pour tous les contrats comportant obligation de* dare*.* »

710 M.-J. CORNIL, *Droit romain, Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, Éditeurs, 1885, p. 265 : « *L'obligation de délivrer la chose vendue est de l'essence de la vente. Elle consiste […] à* tradare*, non à* dare *; et la nuance s'explique aisément à l'origine de la législation. En effet, les* peregrini *n'ayant pas le* commercium*, que serait-il advenu, si le vendeur avait été tenu de* dare *? C'est qu'il eût été impossible aux* peregrini *d'intervenir dans une vente, soit comme acheteur, soit comme vendeur. Pour rendre le contrat possible avec les* peregrini*, il fut admis que l'obligation du vendeur était seulement de* tradere*, c'est-à-dire de mettre la chose, matériellement, à la disposition de l'acheteur ; et cette règle, qui a été maintenue en droit nouveau, a encore une signification : que le vendeur n'aura pas manqué à son obligation, par cela seul qu'il n'aura pas transmis la propriété à l'acheteur ; […].* »

711 J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 91 », préf. J. BRETHE DE LA GESSAYE, LGDJ, 1969, p. 42 : « *En droit français le contrat, mode de constitution des obligations, est en même temps un mode de constitution des droits réels. Il sert non seulement à constituer des droits de créance, mais à transférer et à constituer des droits réels.* »

712 C.-B.-M. TOULLIER et J.-B. DUVERGER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, vol. 3, 6e éd., F. Cotillon et Jules Renouard, 1811, n° 204 : « *La tradition d'un immeuble faite au second acquéreur ne lui donnerait donc qu'une possession destituée de titre ; car ce n'est plus la tradition, mais le titre qui confère la propriété : dire que cette tradition doit faire préférer le second acquéreur au premier, serait donc contredire ouvertement le texte de la loi ; […].* »

713 Ces contrats se forment par la remise matérielle de la chose. Mais une personne non informée du titre en vertu duquel la remise s'effectue, ne peut d'emblée savoir qu'il s'agit d'un dépôt ou d'un prêt. Il faut qu'elle en soit informée.

714 Les anciens articles 1101 et 1126 du Code civil. Aux termes du dernier, « *Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire.* »

715 H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3e éd., « Coll. de la Faculté Jean Monnet, Université Paris-Sud », Avant-propos de D. MAZEAUD, Éditions La Mémoire du Droit 2012, p. 27, n° 4 : « *[…], la vie de*

… / …

B. Sens élargi du terme donner dans le droit romain

211. Calqué sur le sens large du terme *dare*. Suivant l'opinion minoritaire, le terme donner en droit romain désigne le transfert de tout droit (1). Cette analyse qui demeure également limitée (2) présente toutefois une certaine proximité avec le système du Code civil de 1804.

1. Transférer tout droit

212. Le terme *dare* en droit romain. Cette opinion conteste le sens restreint du terme *dare* [716], soutenu par la doctrine précédente. Il ne désigne pas seulement le transfert du droit de propriété. *Dare* consisterait aussi, en droit romain, dans le transfert de l'usage, ou de la détention de la chose [717]. Par conséquent le terme donner devrait s'entendre plutôt largement dans le système du Code civil. Ainsi, pour DEMANTE, peu importe le titre ; il pourrait s'agir de livrer une chose en vertu d'un contrat translatif de propriété, ou à titre de restitution [718]. Le terme donner traduit ainsi la transmission de tout droit. Cette analyse semble entendue par le législateur moderne. À la suite de la réforme de 2016, le transfert de tout droit s'opère par principe *solo consensu* [719].

---

l'obligation une fois qu'elle est née, reste subordonnée à la réalisation de la fin poursuivie, car si cette fin ne se réalise pas, il n'est pas admissible que l'obligation garde sa force obligatoire. »

716 C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 8 : « Dare *vient de* do*, qui signifie confier, remettre, transférer. Or, en droit romain, la propriété se confondant avec la chose et le droit subjectif de propriété n'existant pas, le mot* dare *ne pouvait pas viser le transfert du droit. Le sens du* dare *était assez obscur à l'origine.* »

717 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon : Traité des contrats ou des conventions en général*, tome 1, vol. 24, éd., Durand et Pedone Lauriel, Hachette et Libraires, 1877, n° 396, p. 378 : « *Il n'est pas, comme on vient de le voir, exact de dire que le mot* dare*, chez les Romains, exprimait exclusivement l'obligation de transférer la propriété ; il exprimait, aussi, dans une acception plus large, l'obligation de transférer l'usage ; et cette acception s'est conservée dans le style de nos lois et dans les habitudes de notre langage ; ajoutons qu'elle est, en effet, plus complète que l'autre, qui est insuffisante.* »; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon,* Continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, tome 5, Parsi Henri Plon, 1865, n° 52 et suiv. ; C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, « Coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », LGDJ, 2005, p. 38 ; C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 8 : « *Le mot* dare *recouvre […], dans le Code civil, le transfert de la chose,* lato sensu*, transfert du droit associé à la chose comme dans la vente ou transfert de la simple détention dans d'autres cas. Ces précisions rendent compte de l'articulation des articles 1136 et 1137 du Code civil et en particulier de la généralité du deuxième texte, dont le champ d'application dépasse très manifestement la vente.* »

718 A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon,* Continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, tome 5, Parsi Henri Plon, 1865, n° 52 : « *La loi prend le mot donner dans son acception la plus générale. Ainsi l'obligation de donner comprend celle de restituer la chose à son propriétaire, comme celle de transférer à une personne, soit la propriété, soit le simple usage ou la simple possession (v. art. 1127). Dans un sens plus restreint, on n'entend par l'obligation de donner une chose, que celle d'en transférer la propriété.* »

719 Le nouvel article 1196 du Code civil.

Cette opinion paraît refléter le sens de l'obligation de donner mentionnée dans les dispositions du Code civil. Cependant, il faudrait observer d'emblée qu'elle n'est pas assez claire. En effet, d'une part, une certaine contradiction peut être relevée dans la démarche de DEMOLOMBE. Celui-ci définit d'abord le terme *dare* comme consistant à transférer la propriété à titre onéreux [720]. Et, il estime ensuite que ce mot ne signifie pas seulement transférer la propriété, mais aussi transmettre l'usage de la chose. Or, il semble opposer *dare*, transférer la propriété, à transférer l'usage. Cet auteur voulait sans doute faire observer que l'obligation de donner consiste à transférer aussi bien la propriété que l'usage de la chose. D'autre part, on voit que cette opinion se réfère aussi, en vue d'illustrer l'obligation de donner, au terme *dare*, utilisé en droit romain, ou au droit en général [721]. Ce qui établit sa distance ou limite à l'égard du système du Code civil.

2. Limite de l'analyse

213. Référence au droit. Cette analyse commet la même erreur que l'opinion précédente. En effet, elle n'a pas pu s'empêcher de considérer le but de la délivrance, au lieu de l'objet de celle-ci. Le terme *dare* ne peut toujours pas traduire l'obligation de donner, même s'il consiste à transférer non seulement la propriété, mais aussi d'autres droits réels ou personnels. Le transfert de l'usage, par exemple, n'est autre chose que la délivrance. De même, la restitution est la délivrance effectuée dans le sens inverse. Elle consiste à rendre la chose détenue au propriétaire [722]. Ce qui n'est pas différent de l'exécution de l'obligation de livraison [723]. L'obligation de restitution tient simplement sa dénomination spéciale du titre dont elle découle. Elle exprime ainsi l'objet de l'obligation, et renvoie en même temps au titre en vertu duquel elle s'effectue ; les fonctions que les concepts *dare* et *donare* ne peuvent

---

720 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon : Traité des contrats ou des conventions en général*, tome 1, vol. 24, éd., Durand et Pedone Lauriel, Hachette et Libraires, 1877, n° 396 : « *Et d'abord, de quelle obligation s'agit-il ? En d'autres termes, quelle est l'acception du mot : donner, que le législateur emploie ? Nous avons dit déjà que ce mot comporte, dans la langue juridique, trois acceptions différentes, et qu'il signifie : 1° Transférer la propriété à titre gratuit…*donare, id est dono dare *; 2° Transférer la propriété, en vertu d'une autre cause…*dare, id est rem accipientis facere *; 3° Enfin, plus généralement, transférer à une personne l'usage ou la possession d'une possession (art. 1127) ; c'est ainsi que l'on dit : donner en gage…donner à bail…*cum res utenda datur *[…].* »

721 C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, tome 4, 6e éd., par E. BARTIN, éditions techniques, 1920, p. 58 : « *Les obligations de donner sont celles qui ont pour objet, soit le paiement de sommes d'argent ou d'autres choses ayant, d'après la convention, le caractère de choses fongibles, soit la livraison d'une chose dont le créancier est autorisé à demander la mise en possession, en vertu d'un titre qui lui a conféré un droit réel sur cette chose, ou d'après lequel il doit en devenir propriétaire.* »

722 Art. 1875 du Code civil : « *Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.* »

723 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, vol. 24, éd., Auguste Durand et L. Hachette, 1868, n° 396, p. 373 : « *[…], le mot livrer s'applique à toutes les obligations, dont la prestation consiste dans la tradition d'une chose, que le stipulant est autorisé à réclamer contre le promettant.* »

remplir. Ceux-ci renvoient uniquement au titre, c'est-à-dire à l'intention des parties derrière l'opération ; ils ne traduisent proprement ni l'obligation ni l'action découlant de celle-ci. Les contrats de vente et de donation constituent leurs équivalents dans le système du Code civil. Autrement dit, les codificateurs n'entendent nullement caractériser l'obligation par le but de sa réalisation, mais plutôt par la prestation à effectuer par le débiteur. Raisonner en termes de *dare* ou de *donare*, c'est parler de vente ou de donation, mais non d'un objet de l'obligation [724].

214. L'objet de l'obligation. L'objet de l'obligation consiste dans la prestation à fournir à une personne, qui a la qualité de créancier. Il se distingue ainsi de l'obligation, qui est un lien de contrainte en vertu duquel la prestation est fournie [725]. Seule la remise de la chose représente, en l'occurrence, cette prestation, et donc l'objet de l'obligation [726]. Quant à savoir le but de la remise, ou la nature du droit en vertu duquel celle-ci s'effectue, il faut se référer au titre, en d'autres termes, au contrat [727]. La nature du droit sur la chose remise résulte du titre ; ce n'est pas de la remise que procède la nature du droit. Autrement dit, la remise de la chose ne peut révéler par elle-même avoir porté sur l'usufruit ou sur la propriété. Contrairement à certaine opinion [728], la nature de l'obligation résulte, dans le système du Code civil, par principe du contrat, c'est-à-dire de son titre, mais pas l'inverse, ni de son but ; l'objet de l'obligation ne peut renseigner sur la nature du contrat que par défaut de l'intention claire des parties. C'est aussi là l'un des points de rupture du droit français avec le droit romain.

---

724 M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner » *RTD civ.* 1996, p. 86, n° 26 : « *[…], la division tripartie retenue pour classer les contrats spéciaux entre* dare*, le* praestare *et le* facere *n'est pas effectuée au sein des obligations mais réellement au sein des types de contrats.* »

725 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., LGDJ, lextenso éditions, 2013, n° 1 : « *L'obligation de donner est le lien de droit unissant le créancier au débiteur.* » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 2 : « *La notion d'obligation ne saurait être entendue efficacement de manière aussi diluée. C'est un sens plus étroit qui est couramment utilisé : l'obligation est un lien de droit, non pas entre une personne et une chose comme le droit de propriété, mais entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles, le créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, une prestation ou une abstention.* »

726 J. CARBONIER, *Droit civil, 4. Les obligations*, 6e éd., « Thémis droit », Puf, 1969, p. 7 : « *Dans sa notion la plus dépouillée, l'obligation apparaît comme un lien de droit existant spécialement entre deux personnes, en vertu duquel l'une doit faire quelque chose pour l'autre.* »

727 C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, 6e éd., par É. BARTIN, tome 4, Éditions techniques, 1951, p. 58 : « *Les obligations de donner sont celles qui ont pour objet, soit le paiement de sommes d'argent ou d'autres choses ayant, d'après la convention, le caractère de choses fongibles, soit la livraison d'une chose dont le créancier est autorisé à demander la mise en possession, en vertu d'un titre qui lui a conféré un droit réel sur cette chose, ou d'après lequel il doit en devenir propriétaire.* »

728 J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 425, n° 5 : « *Un des intérêts de l'obligation de donner, en dépit de la maladresse des mots, est de caractériser l'originalité des contrats ayant pour objet premier de transférer la propriété, de créer cette situation particulière. Ce n'est pas le moindre.* »

215. Conclusion. En définitive, la conception du *dare* ne s'apparente pas à celle de l'obligation de donner qui résulte des termes du Code civil de 1804. *Dare* ne correspond en réalité à aucune obligation. Il était opposé à *donare* en droit romain, mais, dans le droit français [729], ces termes sont réduits par la doctrine à un seul concept en faveur de *dare*, consistant ainsi à transférer la propriété à titre aussi bien onéreux que gratuit [730]. L'on ne s'interroge pas sur ce qui a rendu possible cette réduction. La simplification repose exclusivement sur le droit de propriété, c'est-à-dire sur le but de la remise de la chose ; elle fait abstraction de l'élément important qui était à la base de l'analyse séparée de ces deux concepts : le titre. Ce qui fondait en effet l'opposition entre *dare* et *donare*, c'est la remise de la chose motivée par l'intention, de recevoir une contreprestation dans le premier cas, et de consentir une libéralité dans le second. Les deux concepts demeuraient identiques dans leur matérialité. Ils ne traduisaient aucune obligation, encore moins l'obligation de donner. Celle-ci ne s'incarne nullement dans le transfert de propriété.

§ 2. NATURE DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

216. Une autre controverse. Comme conséquence de la dénaturation du concept *dare* et de sa transposition par la doctrine dans l'illustration du sens de l'obligation de donner, un autre débat porte sur la nature juridique du mécanisme de transfert *solo consensu* de propriété. Les discussions précédentes avaient pour objet de préciser le sens de l'obligation de donner, et semblent closes, avant la réforme de 2016, en faveur de l'acception restreinte, qui consiste dans le transfert du droit de propriété. Cependant, la façon dont le droit de propriété, ou tout droit se transmet dans le Code civil conduit à remettre en cause l'existence même de l'obligation de donner ainsi conçue. Ce qui aurait amené le législateur à la supprimer, du moins en théorie, par la réforme intervenue en 2016. On voit là à quel point la référence au concept *dare* issu du droit romain est bouleversante à l'égard du système du Code civil de 1804. Des auteurs rejettent la nature obligationnelle (A) prêtée au mécanisme de transfert de propriété résultant du Code civil ; ils considèrent à juste titre ce mécanisme comme relevant plutôt de l'effet légal du contrat (B).

---

729 Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, 5e éd., par Ch. LARROUMET, Economica, 2003, n° 56.

730 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 2 : « *L'obligation de donner consiste à transférer la propriété d'un bien. Si on la cantonne au transfert de la qualité de propriétaire, elle s'exécute en général d'elle-même, puisque en droit français, sauf exception, le transfert conventionnel de la propriété s'opère* solo consensu *(par le seul effet du consentement) (art. 938, 1138, 1583).* » ; Ph. DELEBECQUE et F.-J. PANSIER, *Droit des obligations, Contrats et quasi-contrat*, 6e éd., LexisNexis, 2013, n° 6.

A. Rejet de l'effet obligationnel du contrat

217. L'exécution contestée de l'ancienne obligation de donner. Les auteurs qui voient l'ancienne obligation de donner dans le mécanisme de transfert de propriété, prêtent à celui-ci une forme d'exécution (1), laquelle est contestable et justement contestée par d'autres auteurs (2). Il convient donc d'indiquer ici la façon dont les rédacteurs du Code civil de 1804 entendent véritablement l'exécution de l'obligation de donner (3).

1. Forme prétendue de l'exécution de l'ancienne obligation de donner

218. La survivance du transfert de propriété à la disparition de l'obligation de donner. L'obligation de donner est de façon explicite supprimée des termes du Code civil par la réforme de 2016. Le mécanisme de transfert de la propriété, quant à lui, demeure tel qu'il est prévu depuis 1804. La survivance de ce mécanisme à la disparition de l'obligation de donner constitue en soi un démenti à leur identité prétendue dans le système du Code civil. L'un peut évidemment exister sans l'autre. La suppression théorique de l'obligation de donner constitue la conséquence d'une méprise sur la conception des rédacteurs du Code civil. Au terme du débat sur son sens précis suscité par la reprise du concept romain *dare*, l'obligation de donner était conçue comme consistant dans le transfert du droit de propriété [731]. Sa conception semblait donc acquise.

219. L'exécution de l'obligation et le transfert de propriété. Elle n'en avait pas fini pour autant de susciter de débat jusqu'à sa disparition des termes du Code civil. Il reste en effet à déterminer la façon dont elle pourrait s'exécuter. Or, aux termes des articles 1138 ancien, 938 et 1583 de ce Code, la formation du contrat emporte le déplacement du droit de propriété de l'aliénateur à l'acquéreur [732]. Dès que le contrat est formé, ou la délivrance exécutée, la propriété est considérée comme transférée. Cette façon dont s'opère le transfert de propriété ne s'apparente certainement pas à l'exécution d'une obligation [733].

---

731 H. BOUCARD, *L'agréation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2005, p. 298, n° 314 et suiv. ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 11e éd., Dalloz, 2014, n° 4.

732 L'ancien article 1138 dispose que : « *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire […].* » ; Art. 1583 : « *Elle* (la vente) *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.* »

733 N. PRYBIS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse Montpellier, 1997, n° 498 : « *Ce questionnement existentiel propre à la notion d'obligation de donner est suscité par l'introduction dans notre droit, au XIXe siècle, de "l'obligation de transférer la propriété", et par son incompatibilité avec le système de transfert de propriété mis en place dans le Code civil. Puisque le transfert de propriété intervient sans qu'il soit nécessaire de procéder à l'exécution d'une quelconque formalité, il est clair que l'on ne peut donner aucun contenu à une "obligation de transférer la propriété". Ce qui conduit à concevoir qu'elle est une obligation sans manifestation extérieure, concrète, visible.* » ; Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9e éd., Dalloz, 2012, n° 5931.

Cette prétendue obligation de donner demeure sans aucune manifestation concrète [734]. Elle encourt par là le risque, sinon de prouver par elle-même, telle que conçue par la doctrine, son inexistence, de disparaître. C'est plutôt son appellation qui a disparu à la suite de la réforme de 2016, mais ce qui lui est prêté à titre de son objet demeure. La jurisprudence a eu du mal à illustrer l'exécution de l'obligation de donner par le transfert de propriété. Certes, elle a eu l'occasion de faire référence à l'obligation de donner, mais sans en préciser le sens [735]. Dans les hypothèses où celle-ci a été ainsi évoquée, elle peut s'entendre aussi de la remise matérielle de la chose. Des auteurs, quant à eux, soucieux de défendre son existence en tant que transfert de propriété, avaient tenté de la « *revivifier* [736] ».

220. L'exécution de la prétendue obligation de donner. L'on attribue alors une étrange particularité à l'exécution de l'obligation de donner. Elle s'exécuterait de façon instantanée, et aussitôt qu'elle aurait vu le jour, dans l'hypothèse du transfert *solo consensu* de la propriété [737]. Le même consentement qui forme le contrat, l'exécute instantanément. Ce consentement jouerait ainsi un double rôle [738]. L'obligation de donner émergerait en

---

734 D. TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », *D*. 1992, chr., p. 67, n° 1 : « *L'obligation de donner sommeillait au fond des traités.* »

735 Com. 22 janvier 1991, *Bull. civ.* 1991, IV, n° 36.

736 D. TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », *D*. 1992, chr., 67, n° 1.

737 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome 1, éd. L. Larose et Forcel, 1897, n° 364 et suiv. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, *Les biens*, tome 3, Avec le concours de M. PICARD, LGDJ, 1926, n° 618 : « *[…] l'obligation de transférer la propriété, contractée […], se trouve exécutée en même temps que formée. On exprime ce résultat en disant que la propriété se transfère par simple consentement.* » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 1re éd., tome 1, Sirey, 1930 : « *[…] seulement, cette obligation est réputée exécutée aussitôt qu'elle est apparue : sa naissance est le signal de son extinction […],* » ; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.,* n° 549 : « *[…], mieux vaudrait recourir à l'obligation de* dare *pour dénouer l'imbroglio. Celle-ci, bien qu'elle occupe une section du Code civil (art. 1136 à 1141), heurte une tradition établie qui ne l'accepte qu'instantané : l'obligation de donner est admise dans la seule mesure où elle s'exécute (et donc s'éteint) à l'instant même de sa naissance, ce qui correspond à l'hypothèse courante du transfert* solo consensu. » ; A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, tome 2, Librairie Dalloz, 1959, n° 825 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 265 : « *Il faut, […], tenir compte de l'incidence décisive du principe du transfert de la propriété par le seul consentement des parties au contrat (transfert* solo consensu*) : l'acheteur devient propriétaire dès l'instant de la vente, sans égard pour la livraison de la chose. Cela signifie que, dans ce cas, l'obligation principale du vendeur — le transfert de propriété — est immédiatement exécutée par le seul accord de volontés qui détermine la conclusion du contrat.* » ; J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 425, n° 2 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 399.

738 P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ*. 1988, p. 673, n° 55 : « *Il paraît donc préférable de considérer que le contrat de vente fait naître l'obligation de transférer la propriété en dissociant le double rôle joué par la volonté des parties. L'échange des consentements opère à la fois pour la conclusion et pour l'effet translatif de la vente.* »

revanche de son invisibilité dans les hypothèses de transfert différé de propriété [739]. Il en irait ainsi de la vente de choses de genre [740], de choses futures, ou de la vente assortie d'une clause de réserve de propriété [741]. Dans les deux premiers cas, l'on s'accorde à lier le transfert de propriété à l'individualisation ou l'achèvement de la chose. Tandis qu'en vertu de la clause de réserve de propriété le vendeur demeure propriétaire jusqu'au paiement du prix [742]. Ici, la délivrance peut précéder la transmission de propriété ou être aussi retardée jusqu'à cette date. Cette forme prêtée à l'exécution de l'obligation de donner a été contestée.

2. Forme contestée et contestable

221. Le principe dans l'exécution de l'obligation. L'analyse du mécanisme de transfert de la propriété en une obligation a été contestée à juste titre par une opinion doctrinale [743]. Celle-ci s'appuie sur le rôle de la volition dans l'exécution du contrat [744]. En effet, le contrat

---

739 *Ibid.*, n° 5 : « *En reportant la transmission de la chose vendue à une date postérieure à celle de la formation de la vente, la pratique contractuelle tend à se rapprocher des solutions dualistes adoptées, à l'image du droit romain, par certaines législations étrangères. La vente engendre alors l'obligation de donner car l'accord des volontés a un effet obligatoire et n'opère pas immédiatement le transfert de propriété.* » ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 11e éd., Dalloz, 2014, n° 4.

740 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 265 : « *Il n'y a guère que dans le cas du transfert de propriété d'une chose de genre, c'est-à-dire déterminée seulement par sa quantité (par exemple, tant d'hectolitres de vin) que l'on peut voir apparaître une obligation de donner. La vente ne transfère pas immédiatement la propriété à l'acheteur. Il faut pour cela que les hectolitres vendus aient été individualisés : que l'on sache qu'ils sont contenus dans tel tonneau ou telles bouteilles. Jusque-là, l'acheteur est demeuré débiteur. L'obligation n'est exécutée que par l'individualisation de la chose, au lieu de l'être dès l'instant et par le seul effet du contrat.* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, 7e éd., Economica, 2014, n° 61.

741 G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, n° 549 : « *Différemment, c'est-à-dire dans les cas où elle* (obligation de dare) *pourrait enfin présenter quelque utilité, la commune opinion des juristes s'applique à en nier l'existence,-au prix parfois de raisonnements acrobatiques. Or, les choses commencent à s'éclairer si l'on décide que le vendeur a l'obligation de transférer la propriété, obligation qu'il exécute en acceptant la dernière fraction du paiement. On sait que, sauf clause contraire, les obligations doivent s'exécuter de façon immédiate et simultanée : c'est sur ce principe — informulé — que repose le droit pour un contractant d'invoquer l'exception d'inexécution. En l'occurrence, les parties ont dérogé au caractère immédiat de l'exécution puisqu'elles ont affecté le paiement d'un terme, mais non à la règle de simultanéité puisqu'elles ont lié l'exécution du transfert à celle de la prestation qu'accomplira l'acquéreur en payant le prix.* »

742 Com. 19 octobre 1982, *Bull. civ*. 1982, IV, n° 321 ; *RTD civ*. 1984, p. 515, obs. J. HUET.

743 M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85, n° 5 : « *Le transfert de propriété ne peut au demeurant pas constituer une obligation en ce sens qu'il s'agit non pas de quelque chose de matériel, de tangible, qu'un contractant pourrait accomplir, mais d'un concept abstrait purement juridique.* » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 1111 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, lextenso éditions, 2014, n° 251 ; A. de MARTEL-TRIBES, « Les clauses de réserve de propriété : deux enseignements tirés d'un échec », *JCP G* 1977. I. 2875, n° 9.

744 Ph. SIMLER, *Jurisclassseur civil*, art. 1136 à 1145, fasc. 10, n° 12 : « *[…], le paiement ou la remise de la chose aura exigé un acte de volition distinct de la conclusion même du contrat et un fait ou une prestation*

… / …

résulte de la volonté des parties. Et, celle-ci se prolonge dans son exécution par la possibilité de l'inexécution [745], autrement dit, de consentir ou pas à l'exécution de l'obligation [746]. Le principe de bonne foi [747], encadrant l'exécution des obligations contractuelles ne constitue qu'une référence faite à cette possibilité de faire ou de ne pas faire dans l'exécution du contrat. Ce qui implique qu'un fait compromettant qui ne dépend pas du débiteur explique par contrecoup l'absence de faute de celui-ci, et donc le décharge des conséquences dommageables de l'inexécution de son obligation.

222. L'automaticité du transfert de propriété. Or, le transfert de propriété s'effectue de façon automatique [748]; autrement dit, il ne dépend d'aucune attitude de l'aliénateur [749], après la formation du contrat [750]. Il est vrai que la délivrance est aussi par principe effective par le même consentement qui a opéré le transfert de propriété. Mais, à propos de la délivrance, ce consentement est sous-tendu par l'attitude de l'aliénateur ; il peut résulter en effet du comportement de celui-ci que la délivrance n'a pas eu lieu. Ce qui paraît inconcevable en ce qui concerne le transfert de la propriété. L'aliénateur ne peut l'entraver de façon volontaire. La formation du contrat opère le déplacement du droit en cas de transfert immédiat de la

---

matérielle de la part du débiteur. Celui-ci avait donc la possibilité, à tort ou à raison, de se refuser à l'exécution immédiate convenue. Rien de tel ne peut être observé dans l'hypothèse du transfert solo consensu *: ni acte distinct de volonté, ni acte ou prestation matérielle quelconque, ni possibilité de faire obstacle à la réalisation du transfert, une fois le contrat conclu.* »

745 J. GHESTIN, « Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D*. 1981, chr., p. 1, n° 13 : « *[…], il est extrêmement douteux que, dans notre droit positif actuel, le transfert de propriété puisse s'analyser en une obligation. Celle-ci suppose, en effet, la possibilité d'une inexécution, qui sera sans doute sanctionnée, mais qui reste possible.* » ; W. DROSS, « Le transfert de propriété en droit français », *RDC*, octobre 2013, p. 1694, n° 23 : « *Le propre d'une obligation est […] d'être susceptible d'inexécution, or la pseudo obligation de donner ne peut jamais l'être : soit l'événement survient et le transfert se produira, soit il ne survient pas et l'aliénateur conservera la propriété de son bien, sans que la volonté de l'aliénateur soit requise.* »

746 Un auteur explique de façon pertinente l'erreur conduisant à soutenir que le transfert de propriété constitue une obligation. Cette opinion, selon son auteur, résulte de l'assimilation du consentement à la volonté. Le consentement est englobé dans la volonté qui, seule rentre dans la définition de l'exécution d'une obligation : A.-S. COURDIER-CUISINIER, « Nouvel éclairage de sur l'énigme de l'obligation de donner », *RTD civ.* 2005, p. 521, n° 13.

747 Ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil.

748 M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85, n° 5.

749 N. PRYBIS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse Montpellier, 1997, n° 125 : « *Il est […] impossible d'admettre dans la catégorie des obligations de donner ainsi une quelconque prestation.* »

750 J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 524 : « *[…] la vente n'est pas seulement un contrat qui se forme par le seul échange des consentements, première application du principe du consensualisme ; c'est aussi un contrat qui, automatiquement, par le simple échange des consentements et sans aucune formalité, réalise le transfert de la propriété de la chose vendue. […]. Il est donc inexact, de façon générale, de considérer ce transfert de la propriété comme une obligation pesant sur le vendeur. Ce transfert se réalise en effet sans nouvelle manifestation de volonté de la part de ce dernier. Le vendeur a immédiatement et par le seul effet de l'échange de consentement perdu la propriété du droit vendu, propriété qui a été acquise par l'acheteur.* »

propriété. De même, en cas de transfert différé, l'accomplissement d'un acte conditionnant le retardement entraîne la transmission de propriété [751].

En droit positif, lorsque l'aliénation porte sur les choses de genre, ou les choses futures, l'individualisation ou l'achèvement de la chose emporte le transfert de propriété. Ce qu'il incombe au vendeur d'effectuer, ce sont ces opérations dans lesquelles consiste, d'ailleurs, par principe la délivrance. Il ne s'agit pas, par ces opérations, de transfert de propriété. La question du transfert du droit de propriété ne figure nullement dans leur déroulement [752]. Le vendeur exécute par là la seule principale obligation mise à sa charge par le contrat de vente [753]. Certains auteurs qui soutiennent l'inexistence de l'obligation de donner dans l'hypothèse du transfert immédiat de propriété, estiment toutefois qu'elle existe en cas de transfert différé [754]. En réalité, ici l'on préfère simplement que la délivrance soit occultée, autrement dit, supplantée par la question du transfert de la propriété. On met en relief le transfert de la propriété, au détriment de l'obligation de délivrance. Il s'agit pourtant là de deux questions distinctes, concernant, l'une, l'effet réel du contrat, l'autre son effet personnel. La propriété sera certes considérée comme transférée, mais on la recherchera ainsi qu'à l'occasion de la survenance d'un éventuel conflit incident [755]. En l'absence de conflit avec les tiers, ou entre les parties, la question de l'appartenance de la propriété n'apparaît pas ; ce qui importe concrètement aux yeux des parties, c'est l'exécution de la délivrance.

---

751 *Ibid.*, « *Le débiteur n'est donc jamais directement obligé de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété ; il peut simplement être obligé de faire des actes matériels desquels le droit positif — loi ou contrat — décidera de faire découler le transfert de propriété.* »

752 N. PRYBIS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse Montpellier, 1997, n° 194 : « *Un quidam, non juriste, ne connaît l'existence du transfert de propriété qu'à travers la remise de la chose. Il se préoccupe d'obtenir la chose, et non d'obtenir le transfert de propriété, dont il ne soupçonne même l'existence. La remise de la chose ne peut être dissociée du transfert de propriété, parce que c'est la chose qui est recherchée, et non, le transfert de propriété, dont l'existence est la plupart du temps ignorée.* »

753 Art. 1602 du Code civil : « *Il* (le vendeur) *a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend.* »

754 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, 7e éd., Economica, 2014, n° 60 : « *Le principe du transfert immédiat de la propriété d'un corps certain n'est pas d'une application systématique. En effet, ce principe est écarté dans certaines situations, dans lesquelles le transfert de la propriété est retardé. Dans ces situations, il pourrait y avoir place pour une obligation de donner un corps certain. […]. Dans d'autres situations, le transfert de propriété ne peut opérer de plein droit et l'aliénateur sera tenu d'une obligation de donner, laquelle ne peut être qu'une obligation de résultat, en raison de son objet. En effet, on transfère la propriété ou on ne la transfère pas. On ne voit pas comment le débiteur pourrait être simplement tenu de faire son possible pour que la propriété soit transférée à l'acquéreur. En ce cas, l'obligation de donner sera normalement exécutée par la livraison de la chose, l'obligation de livrer et celle de donner étant ainsi liées dans leur exécution simultanée, ce qui, de toutes façons, ne préjuge pas de l'éventuelle inexécution de l'obligation de conservation, si la chose n'est pas remise en bon état.* » ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux,* 9e éd., Dalloz, 2011, n° 200.

755 En général, la question de savoir qui est le propriétaire de la chose se pose lorsque surgit une tierce personne avec une prétention sur la chose aliénée. Par exemple, en cas de ventes successives de la chose à plusieurs acquéreurs.

Par le biais de la clause de réserve de propriété, le vendeur suspend le transfert de propriété au paiement complet du prix [756]. La remise de la chose précède souvent le transfert du droit. On soutient à tort que le vendeur s'oblige dans cette hypothèse à transférer la propriété [757]. Le vendeur ne peut être considéré comme tenu d'un transfert de propriété. Car, ce transfert s'effectue ici aussi sans aucun acte du vendeur, et de façon la plus automatique [758]. Le transfert de la propriété n'est nullement du pouvoir du vendeur, mais plutôt de celui de l'acheteur. Il appartient à l'acheteur d'opérer ce transfert. L'exécution de l'obligation de l'acheteur qui consiste à payer le prix, emporte le transfert de propriété [759]. Aucun accord du vendeur n'est requis. La seule volonté exprimée par celui-ci est celle par laquelle il a obtenu la réserve de propriété. En définitive, aucun mode de transfert de propriété ne correspond à l'exécution d'une obligation. Dans le système du Code civil, l'exécution de l'obligation de donner n'est pas aussi cachée, elle est ordinaire.

3. Exécution de l'obligation de donner dans l'entendement des codificateurs

223. La remise de la chose. Il paraît certain que le débat sur l'existence de l'obligation de donner procède simplement de la transposition sans réserve du concept romain *dare* en droit positif français [760]. Les romains utilisaient *dare,* mais pour spécifier la délivrance effectuée dans le cadre du transfert de propriété à titre onéreux [761]. Ce terme désignait précisément le but de l'opération de remise de la chose. Or, le Code civil cantonne l'objet de l'obligation à la remise de la chose ; la nature du droit en vertu duquel la remise s'effectue ressort du contrat, autrement dit, c'est le titre qui renseigne sur le but de la remise. Aucun droit réel ne constitue, dans le système du Code civil, l'objet de l'obligation de donner. La qualification de l'obligation ne procède pas de la nature du droit.

---

756 Art. 2367 du Code civil : « *La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie. La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement.* »

757 P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ*. 1988, p. 673, n° 67 ; N. PRYBIS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse Montpellier, 1997, n° 511.

758 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 1111 : « *Parfois, le transfert est […] subordonné à une prestation de celui qui doit en être le bénéficiaire. Il s'agit, le plus souvent, du paiement du prix. Ce paiement opère pareillement transfert de plein droit dès l'instant où il intervient. Le seul problème d'exécution forcée qui puisse subsister se rapporte à l'obligation de payer […].* »

759 M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85, n° 8.

760 N. PRYBIS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse Montpellier, 1997, n° 292 : « *Dans la mesure, […] où le système de transfert de propriété mis en place par le Code civil entend rompre avec l'ancien droit, le droit romain ne devrait pas servir de référence en cette question.* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, 7e éd., Economica, 2014, n° 56.

761 D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p. 49.

L'exécution de l'ancienne obligation de donner ne prend pas une forme compliquée, elle est très simple dans le système du Code civil. En effet, dans l'entendement des auteurs de ce Code, la spécificité de l'exécution de cette obligation consiste dans la remise qui porte sur une chose corporelle [762]. Ce n'est pas la chose en elle-même qui constitue l'objet de cette obligation, mais la prestation qui consiste dans sa remise. Peu importe la nature du droit sur la chose, en vertu duquel la remise s'effectue. L'on peut voir ainsi dans l'ancienne obligation de donner une obligation de faire. Il n'en demeure pas moins que l'ancienne obligation de donner conserve sa caractéristique. À la différence de l'obligation de faire *stricto sensu*, l'ancienne obligation de donner porte sur une chose dont l'existence ne découle pas de l'exécution de l'obligation [763]. Le fait de la remise constitue bien une obligation de faire, mais qui s'effectue sur une chose [764]. Certains contrats ont pour effet de créer à la fois l'obligation de donner et celle de faire *stricto sensu*. Il en va ainsi du contrat qualifié de louage d'ouvrage [765]. La remise de la chose façonnée constitue l'objet de l'obligation de donner, et celle de faire *stricto sensu* consiste dans le façonnage de la chose. Le Code civil oppose à juste titre l'obligation de faire à celle de donner. L'objet de l'obligation de faire *stricto sensu* consiste dans la création de la chose. Autrement dit, l'existence de la chose est liée à son exécution [766].

224. Les composantes de l'obligation de donner dans le Code civil. Ainsi, le détail fait par les codificateurs de l'ancienne obligation de donner, n'a aucun caractère fortuit [767]. Que l'obligation de livrer et celle de conserver la chose soient présentées comme les

---

762 C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de zachariæ*, 6e éd., tome 4, par E. BARTIN, Éditons techniques, 1952, p. 58 : « *Les obligations de donner sont celles qui ont pour objet, soit le paiement de sommes d'argent ou d'autres choses ayant, d'après la convention, le caractère de choses fongibles, soit la livraison d'une chose dont le créancier est autorisé à demander la mise en possession, en vertu d'un titre qui lui a conféré un droit réel sur cette chose, ou d'après lequel il doit en devenir propriétaire.* »

763 N. PRYBIS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse Montpellier, 1997, n° 126 : « *La* summa divisio *retrouve [...] une certaine pertinence dès lors que l'on adopte la définition de l'article 1136. Le déséquilibre entre les deux catégories d'obligations qui entravait le fonctionnement de la distinction disparaît. Les deux catégories se construisent autour d'une opposition fondée sur une distinction des choses et des personnes. Les obligations de livrer se caractérisent dans cette approche par le fait qu'elles ont pour objectif de concourir à la remise d'une chose, les obligations de faire par la prestation engageant non plus simplement une chose, mais faisant intervenir les qualités d'une personne.* »

764 *Ibid.*, n° 150 : « *Le terme "faire" a cette particularité qu'il peut être utilisé pour désigner toutes les actions. Il peut être substitué à la plupart des verbes. Tout peut être décrit à travers le terme "faire". De faire du vélo à faire une thèse, en passant par faire un enfant ou faire sa vie, tout peut finalement relever de la désignation "faire".* »

765 L'article 1711 du Code civil définit ce contrat comme « *[...] celui par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.* »

766 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 6 : « *Par l'obligation de faire, le débiteur est obligé d'accomplir une prestation. Ainsi en est-il du peintre qui s'engage à réaliser un tableau, de l'architecte qui se charge de l'élaboration du plan de construction d'une maison, [...].* »

767 N. PRYBIS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse Montpellier, 1997, n° 42 et suiv.

conséquences de l'obligation de donner [768], cela ne nuit pas au fond de leur pensée. Il existe en effet un rapport étroit entre l'obligation de livrer et celle de conserver la chose [769]. L'obligation de donner consiste dans la remise de la chose qui se trouve sous la détention du remettant. Certains contrats créent à titre principal l'obligation de conservation, tels les contrats de dépôt [770] et de prêt à usage [771]. Avant la remise de la chose, le débiteur doit veiller à sa conservation. Il peut résulter aussi du contrat de vente l'obligation de conservation. Il en est ainsi lorsqu'il y a effectivement délivrance, mais que l'acquéreur tarde à prendre livraison. Le vendeur est tenu en ce cas de veiller à la conservation de la chose jusqu'à la prise de livraison, autrement dit, à sa remise. L'aliénateur en est constitué gardien. L'obligation de donner consiste dans la tradition de la chose ; elle ne représente pas le transfert de propriété. Celui-ci est fixé dans le contrat par la loi.

B. Qualification d'effet légal du contrat

225. L'immatérialité du droit. L'opinion doctrinale qui a rejeté le caractère obligationnel que l'on prétend voir dans le transfert de la propriété, considère celui-ci comme étant un effet légal du contrat [772]. Que le transfert de propriété soit ainsi analysé, cela ne procède que de la nature incorporelle du droit. Le droit de propriété, comme tout droit, n'a en effet aucune existence matérielle [773]. C'est un pouvoir conçu, et conféré à son titulaire, par la loi elle-même. Son existence demeure purement juridique, elle n'a aucune autonomie à l'égard de la loi. Ses effets sont déterminés par la loi et ne se manifestent que dans celle-ci. Son transfert ne peut faire figure d'exception à cette immatérialité qui le caractérise [774]; il relève aussi du

---

768 Ancien article 1136 du Code civil : « *L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier.* » Certains auteurs voient au contraire trois obligations, dont la prétendue obligation de transférer la propriété : A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, tome 2, Librairie Dalloz, 1959, n° 824 : « *L'obligation de donner, au sens strict du mot, comporte en réalité pour le débiteur trois obligations : obligation de transférer la propriété de la chose (ou de constituer sur elle un droit réel), obligation de livrer cette chose et obligation de la conserver jusqu'à la livraison (art. 1136).* »

769 M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ*. 1993, p. 757, spéc., p. 761.

770 Art. 1915 du Code civil.

771 Art. 1880 du Code civil.

772 J. GHESTIN, « Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D*. 1981, chr., p. 1, n° 13 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85, n° 5 : « *[…] une fois le transfert de propriété librement et sciemment consenti, il n'est plus un effet de la volonté et c'est pour cela qu'il ne peut pas exister, à proprement parler, d'obligation de donner. Le transfert de propriété est toujours un effet légal, automatique du contrat, il a lieu de plein droit, malgré la diversité […] des événements de nature à déclencher cet effet. Or il est impossible de dire d'un fait qui se produit de plein droit qu'il correspond à une obligation pesant sur une partie.* »

773 M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85, n° 5.

774 *Ibid*., n° 5 : « *Le transfert de propriété ne peut au demeurant pas constituer une obligation en ce sens qu'il s'agit non pas de quelque chose de matériel, de tangible, qu'un contractant pourrait accomplir, mais d'un concept abstrait, purement juridique. C'est alors le droit seul qui peut poser et définir ce*

… / …

domaine de la loi, qui peut en fournir la description. La loi, qui l'a conçu, peut le rattacher à une opération susceptible d'être accomplie par une activité humaine, autrement dit, le symboliser. Et si elle lui conférait par ce symbole une existence propre, indépendante, distincte des obligations, il pourrait ainsi être vu comme une obligation.

Tel n'est cependant pas le cas dans le Code civil, qui envisage seulement le moment où le transfert de la propriété se conçoit comme déjà réalisé. Aux termes de l'article 1583 du Code civil, la vente « […] *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit a l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.* » Ce moment se rattache aux opérations contractuelles. C'est le moment où la propriété apparaît dans le patrimoine de l'acquéreur, que la loi permet de savoir [775]. Il peut être soit celui où le contrat est formé, soit celui où la délivrance se trouve exécutée, soit celui de la réalisation d'un événement auquel il est suspendu. Mais l'on ne peut pas voir son mouvement propre qui traduirait son transfert. On entend seulement qu'il est déjà transféré. Le transfert de propriété est ainsi réglé complètement par la loi, et s'effectue indépendamment de tout acte de volition de l'aliénateur.

226. L'incohérence à assimiler le transfert de propriété à l'exécution d'une obligation. L'assimilation du transfert de propriété à l'exécution d'une obligation paraît d'ailleurs revêtir une certaine incohérence. Les contrats translatifs de propriété produisent deux catégories d'effets, de natures différentes ; aucune catégorie ne représente l'autre dans l'exécution du contrat. En outre, le transfert de propriété constitue l'effet non seulement réel, mais aussi principal d'un certain nombre de contrats. Par conséquent, il ne mérite pas d'être recherché dans l'effet personnel du contrat [776], autrement dit, réduit au rang

---

qu'est le transfert de propriété même s'il laisse éventuellement les parties libres de décider du moment de ce transfert. Le débiteur n'est donc jamais directement obligé de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété ; il peut simplement être obligé de faire des actes matériels desquels le droit positif — loi ou contrat — décidera de faire découler le transfert de propriété. »

775 N. PRYBIS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse Montpellier, 1997, n° 551 : « *Ce qui importe, en matière de transfert de propriété, c'est de savoir à quel moment il est intervenu afin de déterminer qui est le propriétaire. Cette question est essentielle pour déterminer qui aura la charge des risques, si le créancier est en droit de revendiquer une chose, comment se liquidera une succession ou une communauté de biens.* »

776 Ou bien, en matière de choses de genre, est-ce la délivrance qui devient accessoire ? H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, 3e éd., Éditions Montchrestien, 1966, n° 1118 : « *On a tenté d'expliquer la règle de l'article 1138 C. civ. d'une façon différente. Le contrat ayant transféré la propriété à l'acheteur, le vendeur a, dit-on, rempli son obligation principale : rendre l'acheteur propriétaire ; alors il importe peu que la force majeure rende impossible l'exécution de l'obligation de livraison, simple obligation accessoire : cette inexécution n'est pas assez importante pour entraîner la disparition de l'obligation de l'acheteur. Pareille explication aurait l'avantage de présenter l'article 1138 C. civ. comme une application des principes généraux, mais elle est discutable : la livraison de la chose ne peut être tenue pour une obligation accessoire et secondaire ; elle est, pour l'acquéreur, d'une importance capitale ; il est certain que l'acheteur se serait gardé de contracter s'il avait su ne pouvoir obtenir la livraison. Il paraît donc impossible de soutenir que l'inexécution de l'obligation de livraison ne soit pas suffisante pour mettre en jeu la théorie des risques.* »

d'accessoire. Or, c'est l'inverse que démontre son rattachement prétendu à l'exécution d'une obligation, dont procède un droit personnel en faveur de l'acquéreur.

Conclusion du Chapitre II

227. Bouleversement du système du Code civil dû à la transposition sans réserve des idées romaines. Les jurisconsultes romains ont eu de la peine à démontrer le fondement de leur règle qui consiste à mettre les risques à la charge de l'acquéreur dès la formation du contrat. La technique d'analyse consistant dans la transposition pure et simple des concepts non raffinés du droit romain semble conduire à la même difficulté dans le droit positif français. Les efforts d'affinement ou de conceptualisation fournis par les auteurs du Code civil de 1804, s'avèrent vains. Le système élaboré par ce Code subit un bouleversement regrettable dû aux regards maladroits de certains de ses interprètes sur le droit romain. L'on n'hésite pas à affecter, sans justification admissible, certaines appellations issues du droit romain dans le système du Code civil. C'est de cette façon que la règle *res perit domino* est apparue et règne artificiellement dans le droit positif français, source d'inspiration de nombreux systèmes juridiques.

Tous les arguments déployés dans la recherche du fondement de la règle *res perit domino* frôlent la fantaisie ; ils apparaissent trop artificiels. Aucun argument plausible ne peut se trouver à la base de cette règle dans le système du Code civil de 1804. Le terme *dare* ne désigne aucune obligation en droit romain. Mais il se trouve transposé dans le système du Code civil à titre d'illustration d'une obligation de transférer la propriété. Or, il ne peut être sérieusement contesté que le transfert de la propriété ne soit qu'un effet légal du contrat. Il ne consiste nullement dans l'exécution d'une obligation. « *La remise de la chose, la signature de l'acte,* […] » [777] ne représente pas le transfert de la propriété. Dans les hypothèses de vente de choses de genre ou de choses futures, où le transfert de propriété est réputé différé, celui-ci n'en demeure pas moins l'effet légal du contrat [778].

À cet égard, le droit romain s'avère illustratif. En effet, l'on sait que la mancipation ou la tradition en droit romain [779], n'ont pas vocation à transférer la propriété [780]. Non seulement

---

[777] Th. REVET, « La prise d'effets du contrat », in *« Durées et contrats »*, *RDC* 2004, cité par Ph. CHAUVIRÉ, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, « Bibliothèque de droit privé, tome 547 », préf. Th. REVET, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 266.

[778] M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85, n° 8 : « *Dans le cas d'une vente à terme, la situation est simple. En effet, le transfert de propriété, pour être reporté à un terme prévu par les parties, ne se réalise pas moins de plein droit, par la seule arrivée du terme, et non pas par un acte de volonté du vendeur. Il ne peut donc pas davantage être l'objet d'une obligation à la charge de celui-ci.* ».

[779] D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations,* 2e éd., Economica, 2012, p. 224 : « *Ce principe de la séparation des rapports personnels (contrat) et du rapport réel (propriété) remonte au moment où la vente s'est constituée en contrat. Pendant l'époque ancienne l'opération économique de vente et le transfert de propriété ne sont pas dissociés : la vente est une vente transfert, au comptant. La séparation de la vente et du transfert s'opère seulement à la fin de l'époque ancienne ou à l'époque préclassique : la vente comme contrat donnant naissance à une obligation se distingue du transfert (aspect réel). Cette dissociation opérée, le droit romain s'est donc refusé à admettre le principe d'un transfert purement*

… / …

le transfert de propriété dépend de la qualité de l'aliénateur, mais il relève aussi de l'effet de la délivrance. Autrement dit, en droit romain, le transfert de propriété ne se manifeste pas dans les actes matériels, mais ne figure que dans l'esprit des parties et des tiers. Certes la conviction d'être propriétaire se trouve renforcée par l'exécution de la délivrance, la preuve du droit de propriété étant difficile à rapporter autrement que par la possession. Mais cette mise en possession vise à permettre à l'acquéreur de jouir de la chose, plutôt que de symboliser le transfert de propriété. Dès lors que la délivrance constitue un effet personnel et autonome de la vente, il paraît incohérent d'estimer que celle-ci représente le transfert de propriété, lequel n'est d'ailleurs pas l'effet de ce contrat.

---

consensuel du droit de propriété : l'accord des parties ne peut modifier à lui seul l'ordre de distribution des propriétés. Avant la remise de la chose, le vendeur reste donc propriétaire. »

780 *Ibid*., p. 223.

CONCLUSION DU TITRE I

228. Le transfert *solo consensu* de propriété et le droit romain. Dans l'entendement des codificateurs, la question de l'attribution des risques n'est pas liée à celle du transfert de la propriété. Le mécanisme de transfert de propriété n'a aucune vocation à attribuer les risques à l'acquéreur. La règle du transfert *solo consensu* de propriété est certes inspirée du droit romain, mais dans le sens opposé. En effet, il ne paraît pas rationnel aux codificateurs de reprendre la vente romaine telle qu'elle ne crée pas d'obligation [781]. Le transfert de la propriété par la formation du contrat vise à renforcer l'effet obligatoire du contrat. En vue de la transmission matérielle de la chose à l'acquéreur, la vente crée non seulement des actions personnelles en faveur de celui-ci, mais lui transfère aussi les actions réelles. La raison de l'attribution des risques à l'acquéreur consiste ainsi dans ce qu'il ne dépend par principe plus que de celui-ci, dès la formation du contrat, de retirer la chose.

229. La charge des risques. Cette règle est reprise de DOMAT [782]. Celui-ci associe le transfert de la propriété à la délivrance ; mais il fait découler l'attribution des risques à l'acquéreur en particulier de l'action dont ce dernier dispose en vue de la remise de la chose vendue [783]. Aucun argument qui se rapporte au transfert de la propriété ne peut fonder les solutions de la charge des risques résultant des termes du Code civil de 1804. En atteste d'ailleurs l'évolution qu'ont connue les arguments déployés à l'appui de la règle *res perit domino*. DOMAT lie de façon ingénieuse la charge des risques au caractère livrable de la chose aliénée ; autrement dit, il met les risques à la charge de l'acquéreur lorsqu'il ne dépend plus que de celui-ci de retirer la chose. À examiner de près les dispositions du Code civil relatives aux solutions de la question des risques, on peut aisément s'en apercevoir. Dans l'ancien article 1138 issu du Code civil de 1804, la délivrance s'effectue par principe *solo consensu*, et concomitamment avec la formation du contrat, par conséquent avec le transfert de la propriété.

---

781 PORTALIS, « Présentation au corps législatifs, et exposés des motifs » in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, p. 112 et suiv.

782 *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Nyon, tome 1er, partie 1re, livre 1er, titre II, section 7, n° 2 : « *Tous les changements qui arrivent après que la vente est accomplie, regardent l'acheteur ; et si la chose périt avant même la délivrance, il en souffre la perte et ne laisse pas d'être obligé d'en payer le prix ; et il profite aussi de tous les changements qui la rendent meilleure. Car après la vente la chose est regardée comme étant à lui, et le vendeur n'en demeure saisi que de son consentement, et pour la lui remettre.* »

783 Il explique que l'attribution des risques à l'acquéreur constitue la conséquence de l'action. *Ibid.*, n° 2 : « *Quoique l'acheteur ne soit rendu proprement le maître qu'après la délivrance, il ne laisse pas de souffrir ces pertes qui arrivent entre la vente et la délivrance ; car le contrat étant accompli, il a cet effet, que l'acheteur peut contraindre le vendeur à la délivrance, et que le vendeur ne possède la chose vendue, qu'avec la nécessité de la remettre à l'acheteur.* »

TITRE II.

ATTRIBUTION DE LA CHARGE DES RISQUES PAR LA DÉLIVRANCE *SOLO CONSENSU*

230. Conception de la délivrance dans le Code civil. Il ressort du développement précédent que les codificateurs ne confèrent au transfert de la propriété aucune vocation d'attribuer les risques à la charge de l'acquéreur. Le facteur régulateur de la charge des risques se trouve ailleurs ; il s'agit bien de l'obligation de délivrance, dont la véritable forme semble aussi méconnue dans le droit positif. L'aspect de celle-ci varie seulement suivant les hypothèses. Ainsi, la délivrance peut s'exécuter par la même occasion que le transfert de propriété. Il n'y a pas en effet que la propriété qui puisse être transférée par le consentement des parties contractantes. La délivrance de la chose aliénée peut non seulement être consensuelle [784], mais aussi opérée par le même consentement qui a formé le contrat, autrement dit, de façon immédiate ; c'est là la conception de la délivrance dans le système du Code civil de 1804, laquelle paraît constituer, par rapport au droit romain, une nouveauté au même titre que le transfert *solo consensu* de la propriété.

La règle *res perit domino* tient sa faveur de cette hypothèse, dans laquelle tous les effets du contrat se dénouent aussitôt que celui-ci est formé. La formation du contrat, le transfert de propriété, ainsi que la délivrance s'effectuent par le même consentement. L'ancien article 1138 du Code civil pose comme principe que ces trois opérations contractuelles relèvent d'un seul consentement exprimé lors de la formation du contrat, mais associe néanmoins la charge des risques à l'obligation de délivrance. L'interprétation contraire de cette disposition, qui a permis la dépendance entre l'attribution des risques et le transfert de la propriété, fait seulement abstraction du caractère *solo consensu* et immédiat de la délivrance. Le retentissement du caractère *solo consensu* et immédiat du transfert de la propriété a pour effet de jeter celui de la délivrance dans l'obscurité. La vente en disponible ordinaire (Chapitre I), ainsi que celle assortie d'expérimentation (Chapitre II) constituent des hypothèses particulièrement illustratives du principe de la délivrance *solo consensu* et immédiate.

---

[784] Art. 1606 du Code civil.

CHAPITRE I.

LA VENTE EN DISPONIBLE ORDINAIRE

231. Définition de la vente en disponible. La vente en disponible doit sa qualification ou cette appellation à la mise à disposition de la chose lors sa formation [785]. L'objet de l'obligation de délivrance se trouve en effet déjà disposé à l'exécution par l'acheteur de son obligation de retirement, c'est-à-dire tenu lors de la rencontre des volontés contractuelles à la disposition de celui-ci [786]. L'exécution de l'obligation de délivrance s'effectue au même moment et par le même consentement que le transfert de la propriété. Le consentement qui se trouve à la base de la formation du contrat emporte en même temps la délivrance ainsi que le transfert de la propriété. Avant que le contrat ne se forme, ou lors même de sa formation, l'acquéreur connaît le lieu où il doit procéder à l'exécution de son obligation de retirement. Il arrive même que la chose se trouve sous ses yeux lors la formation du contrat.

La vente en disponible ordinaire s'entend ainsi de celle où la mise à disposition de la chose précède même la conclusion du contrat. Il n'appartient plus qu'à l'acheteur, lors de la formation du contrat, de payer le prix et de retirer la chose vendue. Elle constitue la vente ordinaire dans le système du Code civil de 1804. La délivrance s'effectue *solo consensu* et immédiatement. Dès la formation du contrat, il n'appartient par principe plus qu'à l'acquéreur de prendre livraison. C'est l'hypothèse de l'ancien article 1138 du Code civil. Cependant, il y a lieu de rappeler au préalable les manifestations générales du caractère *solo consensu* de l'exécution de l'obligation de délivrance (Section I). Ce qui permettra de percevoir ensuite la relation posée ingénieusement entre la délivrance et la charge des risques (Section II) dans l'hypothèse prévue à l'ancien article 1138 du Code civil. La méconnaissance de cette relation a contribué à l'émergence de la règle *res perit domino* dans le système du Code civil de 1804.

---

785 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf : « *vente au disponible (ou en disponible) : vente dans laquelle le vendeur offre une marchandise qui, se trouvant dans ses magasins ou dans ceux d'un tiers, est aussitôt à la disposition de l'acheteur.* »

786 W. DROSS, « Le transfert de propriété en droit français », *RDC*, octobre 2013, p. 1694, n° 1 : « *Le contrat se forme par un échange de consentements et s'éteint concomitamment par l'exécution immédiate des obligations : le prix est payé et la remise au même instant.* »

SECTION I.
LES MANIFESTATIONS DE L'EXÉCUTION DE LA DÉLIVRANCE

232. Précision sur le consentement dans la délivrance *solo consensu*. Le système du Code civil de 1804 confère au consentement nu toutes les puissances dans le processus de transmission de la chose aliénée. Ordinairement, la délivrance n'est pas perçue comme une opération consensuelle, mais matérielle ; elle est conçue comme devant s'effectuer postérieurement à la formation du contrat. On verra que c'est dans une hypothèse particulière qu'il est fait référence à une délivrance consensuelle, l'hypothèse qui ne paraît d'ailleurs pas correspondre au caractère consensuel de la délivrance, dont l'analyse est ici renouvelée. En effet, la délivrance s'effectue par principe de façon consensuelle. Au même titre que le transfert de la propriété, la délivrance peut être immédiate ; mais elle est en général consensuelle. Il n'y a pas que le transfert du droit de propriété qui soit consensuel dans le système du Code civil de 1804.

En outre, il ne s'agit pas par principe d'un consentement postérieur à la formation du contrat, autrement dit, qui intervient spécifiquement dans le cadre de l'exécution des prestations stipulées. Le consentement qui renferme tous les pouvoirs est celui même étant à la base de la formation du contrat. Il génère des obligations et, en même temps, exécute notamment l'obligation de délivrance. Le comportement du débiteur qui atteste l'effectivité de la mise à disposition se manifeste depuis la formation du contrat et demeure constant jusqu'au retirement de la chose ; il est compatible avec l'intention de l'acquéreur de retirer la chose, celle-ci étant quérable. Ainsi, l'association de la charge des risques au transfert *solo consensu* du droit de propriété procède de l'analyse qui fait abstraction de ce double rôle assuré par ce consentement. Il s'avère nécessaire que la démonstration de l'exécution *solo consensu* de la délivrance (§ 2), soit précédée de la présentation de l'obligation de délivrance en elle-même (§ 1).

§ 1. L'OBLIGATION DE DÉLIVRANCE

233. L'effet cardinal des contrats translatifs de propriété. L'obligation de délivrance se trouve au cœur des contrats translatifs de propriété [787] et de la charge des risques. Son exécution entraîne le transfert de la possession réelle de la chose, laquelle constitue le moyen de preuve par excellence de ce droit. En revanche, son inexécution aura pour effet de nuire au transfert du droit de propriété [788]. Ainsi, le transfert de l'aspect matériel du droit

---

[787] M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, thèse Grenoble, LGDJ, 1972, n° 3, p. 8 : « *[…], l'obligation de délivrance semble inhérente à la vente : celle-ci transférant la propriété à l'acquéreur, le vendeur doit délivrer la chose ; sinon, l'opération manquerait en partie son effet.* »

[788] Ancien article 1141 du Code civil. L'article 1198, alinéa 1, du Code civil, issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des

… / …

de propriété dépend de l'exécution de l'obligation de délivrance. Cette obligation constitue l'effet essentiel du contrat de vente, si bien que son objet est souvent considéré comme celui de la vente. Sa présentation est ici nécessaire en vue de démontrer ensuite sa relation étroite avec la charge des risques dans le système du Code civil de 1804. L'obligation de délivrance est certes définie par ce Code (A) ; mais cette définition est en général critiquée par la doctrine. On verra que cette critique doit être limitée. Car la définition de l'obligation de délivrance fournie par le Code civil est relativement correcte (B).

A. La définition de la délivrance posée à l'article 1604

234. Critiques à l'égard de la définition fournie par le Code civil. La délivrance est définie à l'article 1604 du Code civil comme étant « […] *le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur.* » Cette définition est en général critiquée à plusieurs égards [789]. La délivrance ainsi définie paraît notamment, d'une part, imposer au vendeur le transport de la chose [790], et, d'autre part, translative du droit [791]. À cela s'ajoute l'incohérence dans l'organisation générale de l'obligation de délivrance. Il est vrai que cette définition de la

---

obligations, dispose que : « *lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi.* »

789 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*, éd. L. Larose et Forcel, 1900, n° 286, p. 233 ; J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 666 : « *On a pu dire à propos de la définition légale qu'elle était doublement inexacte, dès lors d'une part que ce n'est pas la délivrance mais le contrat lui-même qui met la chose en la puissance de l'acheteur et que d'autre part, il peut y avoir délivrance sans mise en possession matérielle de la chose. […] certains ajoutent que la possession au sens juridique du terme est déjà transférée à l'acquéreur par le seul effet de la vente, le vendeur ayant perdu l'*animus domini *et n'en étant plus, tant qu'il ne l'a pas livrée, qu'un détenteur possédant pour le compte de l'acquéreur.* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Les obligations, Le contrat*, 7e éd., Economica, 2014, n° 57, p. 46.

790 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 930 ; A. BÉNABANT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10e éd., Montchrestien, 2013, n° 305 : « *L'obligation de délivrance est assez mal définie par l'article 1604 […]. Si cette définition a l'avantage de mettre en lumière que l'obligation porte sur la possession de la chose, par opposition à la propriété, déjà transférée du seul fait de l'accord des volontés […], elle présente l'inconvénient de laisser croire qu'il incomberait au vendeur d'assurer ce "* transport en possession *". Or il n'en est rien : la délivrance consiste seulement à "* laisser la chose vendue à la disposition de l'acheteur pour qu'il en prenne livraison *", préalablement à l'obligation de retirement de celui-ci.* » ; H. BOUCARD, *L'agréation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale,* « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. RÉMY, diff. LGDJ, 2005, p. 32, n° 20.

791 M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, thèse Grenoble, LGDJ, 1972, n° 5, p. 13 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrat spéciaux,* 7e éd., par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 174 : « *Cette définition est généralement critiquée. Influencée par le droit romain qui exigeait la tradition matérielle […], elle ne rend pas compte de l'état du droit positif ; le transport en la puissance de l'acheteur (transfert du droit) est un effet du contrat, pas de la délivrance ; il en est de même du transport en possession, le vendeur ayant perdu l'*animus domini *n'est plus que le détenteur de la chose. La délivrance ne transfère ainsi ni propriété, ni possession, mais la seule détention de la chose vendue.* »

délivrance est inexacte à trois égards. Celle-ci ne consiste pas dans le transport de la chose (1) ; elle ne transfère pas non plus le droit (3). On observe, par ailleurs, que la règlementation générale de l'obligation de délivrance attribue aussi un contenu qui ne paraît pas exact à celle-ci (2).

1. Le transport de la chose

235. Difficulté à caractériser l'acte de délivrance. L'acte dont peut résulter l'exécution de l'obligation de délivrance paraît difficile à traduire. Il est de façon générale proposé de remplacer la définition de la délivrance qui résulte de l'article 1604 du Code civil par le terme de « *mise à disposition* » [792], considéré comme approprié. Ainsi, la délivrance consisterait à mettre la chose à disposition du créancier. Suivant cette proposition, l'article 27 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux dispose que : « *le vendeur doit mettre à disposition de l'acheteur le bien vendu conformément aux stipulations convenues.* […] » [793]. Dans ces termes encore, la délivrance semble imparfaitement caractérisée. Ce qui résulte de cette nouvelle définition paraît également approximatif. Celle-ci implique en effet un acte positif à la charge du débiteur. « *Mettre à disposition* » constitue une obligation de faire. Ce qui ne diffère toujours pas de l'obligation de livraison ; celle-ci consiste à transporter la chose auprès de l'acquéreur ou du créancier. Si le vendeur est alors tenu, postérieurement à la formation du contrat, de mettre la chose à disposition de son cocontractant, c'est qu'il doit la livrer auprès de celui-ci. Cette opération implique aussi un transport. Or, par principe, le créancier de la délivrance doit prendre livraison là où se trouve la chose lors de la formation du contrat.

236. Relativement au système du Code civil. Il est évident que le terme de « *transport* » ne reflète pas le système du Code civil. L'on sait, en effet, que la délivrance ne consiste pas à transporter son objet [794] ; ainsi, elle ne se confond pas à la livraison à proprement parler ;

---

792 E. LAMAZEROLLES, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, « Faculté de Droit et des Sciennces sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 199, p. 191 : « *La délivrance consiste seulement pour le vendeur à mettre la chose vendue à la disposition de l'acheteur pour qu'il en prenne livraison.* » ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 179 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 228.

793 Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux élaboré par l'Association Henri Capitant. L'article 5, alinéa 1, de cet avant-projet dispose que : « *Le débiteur de la délivrance doit mettre le bien et ses acessoires à disposition du créancier.* »

794 Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, tome 11, *La vente, Le louage des choses*, 2e éd., publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Librairie Arthur Rousseau, 11938, n° 174 ; M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, thèse Grenoble, LGDJ, 1972, p. 29 : « *[…] délivrance n'est pas synonyme de livraison comme certains auteurs le laissent supposer. La livraison ne saurait être que l'une des formes de la remise constitutive de la délivrance, car l'obligation imposée par l'article 1603 C. civ. est susceptibles de varier dans ses modalités d'exécution.* »

elle n'impose par principe aucun acte positif au vendeur [795]. Celui-ci doit s'enfermer dans une attitude favorable à l'acquéreur de retirer son bien. Cette attitude du vendeur consiste normalement dans l'abstention à l'égard de la chose vendue. Ce qui doit être remarquable dès que le vendeur a reçu le payement du prix. L'abstention consiste, en cas de choses de genre, à identifier la chose en présence de l'acquéreur ou de son représentant, ou, dans d'autres cas, à permettre à celui-ci l'accès à l'entrepôt dans lequel se trouve la chose [796]. Dans toutes les hypothèses, le vendeur ne doit rien faire qui puisse entraver le retirement. L'acquéreur prend livraison de la chose au lieu où celle-ci se trouve lors de la formation du contrat [797]. En effet, la chose doit, par principe, se trouver, lors de la conclusion du contrat, dans un endroit où l'acquéreur peut la retirer sans difficulté particulière. Ainsi, la mise en entrepôt de douane ne constitue pas une délivrance [798], du moins dans l'hypothèse où la prise de livraison nécessite le payement des taxes douanières, auquel l'acquéreur ne s'attend pas.

Sans doute les rédacteurs du Code civil transposent-ils l'hypothèse facultative dans la définition de la délivrance ; ce dont la nouvelle définition proposée n'arrive toujours pas à se détacher. Les parties peuvent en effet convenir de mettre, à titre de délivrance, un acte positif à la charge du vendeur ; celui-ci effectue alors la livraison auprès de l'acheteur. Cette hypothèse facultative ne doit pas caractériser la délivrance ; elle est exceptionnelle. L'introduction d'un acte positif dans la définition de la délivrance n'illustrera absolument pas celle-ci. À la maladresse relative à la définition de la délivrance, s'ajoute celle qui résulte de la règlementation de son contenu.

2. Le contenu de la délivrance résultant de sa règlementation générale

237. Contenu trop étendu. On peut aussi reprocher aux codificateurs une certaine incohérence dans la réglementation générale de l'obligation de délivrance. Non seulement, tantôt la délivrance s'identifie, dans sa définition, à la livraison [799], tantôt elle consiste dans la mise à

---

795 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux,* 7e éd., par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 182 : « *L'obligation de délivrance pour le vendeur apparaît […], essentiellement, comme une obligation de ne pas faire : ne pas empêcher l'acheteur de venir retirer les marchandises vendues qu'il doit tenir à la disposition de celui-là.* »

796 *Ibid*., n° 182 : « *Cette prestation négative s'accompagnera de certains actes positifs accessoires (ouverture des entrepôts où se trouvent "stockées" les marchandises vendues ; individualisation de la chose de genre […].* »

797 Art. 1609 du Code civil. H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 1022 : « *L'acheteur doit, par lui-même ou par un tiers pour son compte, s'emparer matériellement de la chose là où le vendeur l'a mise à sa disposition. L'obligation de l'acheteur est de retirer la chose de la détention du vendeur pour la détenir lui-même ou la faire détenir par un tiers pour son compte.* »

798 Civ., 1re, 25 octobre 1978, *D*. 1979, jur., p. 20.

799 Ancien art. 1136 du Code civil : « *L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier.* » ; Aux termes

… / …

disposition [800]. Mais le transport de la chose, fait lointain et préparatoire du contrat de vente, semble aussi pris en considération dans le contenu de la délivrance [801]. C'est sans doute ce qui apparaît dans la définition formulée à l'article 1604 du Code civil. Le transport dont il s'agit dans ce texte paraît être celui par lequel le vendeur prépare le contrat de vente. L'on sait que la conclusion du contrat de vente se prépare par le vendeur. L'initiative du contrat vient dans la plupart de cas de celui-ci. En général, la chose est disposée à la vente ; on comprend par sa position qu'elle est mise en vente. Cela suppose des actes préparatoires de la part du vendeur, lesquels entraînent éventuellement le transport de la chose. Ces actes doivent être distingués de ceux susceptibles de résulter de la délivrance, autrement dit, constitutifs de son contenu. Seuls les frais engendrés par ces derniers sont naturellement ceux de la délivrance [802] ; en revanche les premiers sont compris dans le prix de la vente, ils rentrent dans l'évaluation de la chose. Ainsi, la description de la délivrance rend celle-ci trop compréhensive, elle ne reflète pas la réalité ; le transfert du droit *stricto sensu* ne dépend pas non plus de son exécution.

3. Le transfert du droit

238. La possession de la chose. Dans le système du Code civil, le transfert de la propriété et de la possession s'opère par principe par la formation du contrat. L'acquéreur devient possesseur dès la conclusion du contrat, il a l'*animus domini*, c'est-à-dire l'âme d'être propriétaire de la chose ; il possède *corpore alieno* par le biais de l'aliénateur [803] ; celui-ci ne détient que le *corpus* pour le compte de l'acquéreur. La délivrance n'emporte que le transfert du pouvoir matériel sur la chose. La critique, à cet égard, des termes de la définition de la délivrance posée à l'article 1604 du Code civil semble s'autoriser du contexte dans lequel celle-ci est formulée peut-être pour la toute première fois.

239. Le contexte de Domat. Surtout en ce qu'elle est reprise de DOMAT [804], cette définition ne peut qu'à première vue susciter une critique [805]. Il n'y a en effet pas d'identité, en la matière,

---

l'article 1582, alinéa 1 : « *la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer.* »

800 Art. 1609, 1603, 1614 et 1615 du Code civil.

801 Art. 1606 du Code civil : « *La délivrance des effets mobiliers s'opère : […] ou par le seul consentement des parties, si le transport ne peut se faire au moment de la vente […].* »

802 Art. 1608 du Code civil : « *Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, s'il n'y a eu convention contraire.* »

803 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 443.

804 *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Partie I, Livre I, Titre II, Section II : « *La délivrance ou tradition est le transport de la chose vendue en la puissance & possession de l'acheteur.* » ; E. LAMAZEROLLES, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, « Faculté de Droit et des Sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 199, p. 191 : « *[…] ce texte a été littéralement recopié de Domat […].* »

805 B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats, 1/Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2e éd., Puf, 2002, p. 165, n° 284 ; E. LAMAZEROLLES, *Les apports de la Convention de Vienne au droit*

… / …

entre le système de l'Ancien droit et celui du Code civil. Il ressort des développements précédents que cet auteur associe le transfert de la propriété à la délivrance ; il propose néanmoins que le consentement nu confère, à la différence du droit romain, l'action à l'acheteur en vue de forcer l'exécution de la délivrance. Ainsi, entendus en considération du contexte de DOMAT, les termes de « […] *transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* », ne peuvent constituer qu'une référence au transfert du droit de propriété [806]. Leur transposition textuelle dans le système du Code civil risquerait donc d'être source de confusion qu'une brève observation permettrait de dissiper. Autrement dit, la définition de la délivrance posée à l'article 1604 du Code civil semble relativement correcte.

B. La définition relativement correcte au regard du système du Code civil

240. Relativité des critiques à l'égard de cette définition. Il semble que les critiques à l'égard des termes de la définition de la délivrance posée à l'article 1604 du Code civil, doivent être relativisées. Il est en effet incontestable que la délivrance ne consiste nullement dans le transport de la chose. Les critiques concernant le transfert du droit, autrement dit, celles qui s'appuient sur le contexte de DOMAT semblent en revanche hâtives au regard du nouveau système. L'on ne peut manquer d'observer que bien qu'elle soit reprise de DOMAT [807], cette définition reflète, d'un point de vue, moins la règle défendue par celui-ci que celle du Code civil de 1804.

Il ressort en effet de cette définition qu'il s'agit du transport de la chose, mais non de celui de la puissance ou de la possession à l'égard de cette chose [808]. Et l'on sait que le

---

interne de la vente, « Faculté de Droit et des Sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 199, p. 191 : « *[…], contrairement à ce qu'affirme l'article 1604 du Code civil, la délivrance n'est pas un transfert de possession. En effet, le vendeur, puisqu'en principe le transfert de propriété a lieu par l'échange des consentements, ne peut plus se considérer comme propriétaire, il n'a donc pas l'*animus domini *caractéristique de la possession. En définitive, la délivrance ne transfère que la détention matérielle de la chose.* »

806 M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, thèse Grenoble, LGDJ, 1972, n° 5, p. 13 : « *Il est manifeste que la définition de la délivrance donnée par l'article 1604 du Code civil comme " le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur " paraît plutôt concerner un transfert de pouvoir juridique, partant, prôner une liaison étroite entre la mutation de fait et celle du droit. Il n'en est rien. Il n'est pour s'en rendre compte que d'opérer un rapprochement avec l'article 1138 du Code civil pour dissiper le malentendu : dès l'échange des consentements, le droit est transmis.* »

807 B. GROSS et Ph. BIHR, *op. cit.*, n° 284 : « *Empruntée à Domat, cette définition n'a plus en droit moderne le sens qu'elle avait sous l'Ancien droit. La mise de la chose en la puissance de l'acheteur faisait allusion au transfert de la propriété, car Domat était resté fidèle aux principes du droit romain […].* »

808 W. DROSS, « Le transfert de propriété en droit français », *RDC*, octobre 2013, p. 1694, n° 2 : « *[…], chacun sait que la possession n'est pas la propriété. Si bien qu'il doit pouvoir y avoir transfert de propriété d'une chose d'une part sans déplacement de la chose, d'autre part sans mise en possession de l'acquéreur.* » Pour Madame JUAN-BONHOMME, il s'agit, aux termes de l'article 1604 du Code civil, du transfert du pouvoir et de la possession : R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de*

… / …

pouvoir sur la chose ne se confond pas avec celle-ci. La définition critiquée de la délivrance ne faillit pas à cet égard ; elle laisse bien entendre que le transport [809] de la puissance et de la possession s'opère avant celui de la chose [810]; celle-ci doit être en effet « *transportée en la puissance et possession* » de l'acheteur. La qualité de titulaire du pouvoir ou de la possession ne découle pas de la détention de la chose [811]. La détermination de la partie investie du pouvoir ou de la possession ne résulte que de la loi. Seul le déplacement matériel de la chose dépend de l'effort des parties [812]. La chose rentre sous la puissance et la possession transférées préalablement. C'est ce transfert préalable du droit, autrement dit, déjà opéré, qui démontre que l'acheteur prend livraison de la chose en tant que propriétaire et possesseur. La délivrance consiste, du point de vue du débiteur, à s'abstenir de la chose, et de celui du créancier, à faire entrer celle-ci sous son pouvoir. Ce n'est donc pas du transfert matériel de la chose que résulte ce pouvoir ; sinon l'on ne pourrait dénier au détenteur de la chose de s'en voir pleinement investi, c'est-à-dire de se considérer aussi propriétaire et possesseur en vertu de la seule détention [813].

241. Conclusion. Le contenu de la délivrance qui résulte de sa règlementation générale, est sans doute inexact. En revanche, il est évident que la définition de la délivrance est incorrecte seulement en ce qu'il en ressort que le débiteur de la délivrance doit livrer la chose. Du reste, il résulte assez parfaitement de cette définition, en ce qui concerne le droit, que le pouvoir et la chose ne se déplacent pas par le même transport. La matérialité de la chose passe entre les mains de celui investi du pouvoir à l'égard de la chose. Or, ce pouvoir ne résultant pleinement que du droit de propriété, n'est pas encore transféré dans le système de DOMAT. En revanche, dans celui du Code civil, l'acheteur en est investi dès la formation

---

meubles corporels, thèse Montpellier, 1978, n° 72 : « *Cet article* (1604) *exprime tout l'aspect juridique de la délivrance. Il s'agit du transfert de la possession, d'un pouvoir sur la chose.* »

809 Bien que le terme de transport ne caractérise pas l'acte de délivrance ; celle-ci est quérable et, par voie de conséquence, impose plutôt au créancier un acte positif consistant dans le retirement de la chose.

810 M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, thèse Grenoble, LGDJ, 1972, n° 5, p. 13 ; H. BOUCARD, *L'agréation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale,* « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2005, n° 318, p. 304 : « *[…], le vendeur d'un bien n'en a plus que la détention précaire et non la possession : s'il conserve le corpus jusqu'à la délivrance, l'*animus domini *lui fait irrémédiablement défaut, l'acheteur possède* corpore alieno*, par son intermédiaire.* »

811 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*, éd. L. Larose et Forcel, 1900, n° 286, p. 233, p. 234 : « *[…], l'acheteur peut avoir la chose en sa puissance, mais sans l'avoir en sa possession effective : par exemple si le vendeur d'une maison en a remis les titres à l'acheteur tout en continuant à occuper la maison.* »

812 Dans le même sens, F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D*. 1954, chr., p. 175, spéc. 178 : « *Si la convention de donner peut transférer la propriété qui est un droit, elle ne peut déplacer la possession qui est un fait.* »

813 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations en général*, tome 24, éd., Auguste Durand et L. Hachette, 1868, n° 416, p. 394 : « *[…] ce n'est pas la convention de livrer une chose, qui peut être translative de propriété ; la convention de louage impose au bailleur l'obligation de livrer la chose au preneur, et elle ne rend pas le preneur propriétaire.* »

du contrat, et par principe, au même moment que la délivrance elle-même. L'acquéreur devient au même moment possesseur de la chose, le vendeur n'en est que détenteur dans l'hypothèse de la prise de livraison tardive. En réalité, il ne reste plus que le retirement de la chose, sans lequel l'exercice du droit ne sera pas effectif [814]. La délivrance ne consiste, bien entendu, pas dans ce transport.

§ 2. LA DÉLIVRANCE *SOLO CONSENSU*

242. Signification. Le terme de délivrance *solo consensu* renvoie à la question de forme. L'exécution de l'obligation de délivrance qui résulte du système du Code civil, est un acte purement consensuel ; la délivrance semble revêtir ce caractère de façon constante. Le Code civil prévoit certes un nombre de faits conçus comme forme ou modalités de délivrance, dont celle par consentement des parties. Cependant, il s'agit sans doute là plutôt de la diversité de moyens de preuve de la mise en possession matérielle de la chose. La référence à l'une de ces modalités par les contractants est nécessaire seulement en cas de litige. Ces modalités n'indiquent en réalité ni le moment de l'exécution de la délivrance ni la forme de celle-ci. Le caractère *solo consensu* de la délivrance, la seule forme de celle-ci, renferme le critère qui permet de déterminer le moment de son exécution (B). La meilleure perception du caractère *solo consensu* de la délivrance découlera d'un rappel préalable des différentes modalités conçues comme modes de délivrance, mais qui sont ramenées plutôt à des modes de preuve de la mise en possession effective (A). Il convient de les présenter tels qu'ils résultent des termes des dispositions du Code civil.

A. Les modes de délivrance ramenés à des modes de preuve de la mise en possession effective

243. La cause de la diversité de modalités de délivrance. À la suite de la définition de l'obligation de délivrance, le Code civil énumère les modalités présentées comme formes de l'exécution de celle-ci. La mise à disposition est ainsi considérée comme s'effectuant sous plusieurs formes [815]. Cette pluralité semble procéder des difficultés tenant à la mobilité ou

---

814 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*, éd. L. Larose et Forcel, 1900, n° 286, p. 233, p. 234 ; R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises, Études de droit commercial*, Dalloz, 1951, p. 161-288, spéc. p. 162 : « *Il reste seulement que l'acquéreur n'est pas en possession de la chose. La délivrance aligne le fait sur le droit de propriété.* »

815 J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *op. cit.*, n° 674 : « *[…], la délivrance, notion juridique, ne s'identifie pas à la livraison, opération matérielle. Si dans la plupart des cas et dans les ventes de choses mobilières tout au moins, l'exécution du contrat de vente se trouvera concrétisée par une remise matérielle de la chose à l'acquéreur, il existe d'autres modes de délivrance que la tradition réelle et le Code civil lui-même vise, à côté de celle-ci, des hypothèses de tradition symbolique et de remise par consentement des parties, qui n'ont aucun caractère limitatif. La délivrance est aussi peu formaliste que possible et peut résulter d'un grand nombre de procédés reconnus par les usages et par la jurisprudence.* »

tangibilité de l'objet de la délivrance [816]. Il existe des choses immobiles [817]. Or, la délivrance sous-entend le transfert matériel de son objet. Son exécution implique que l'acquéreur soit en mesure d'exercer le pouvoir matériel sur la chose aliénée [818]. Ce transfert en soi nécessaire, n'est pas conçu par le Code civil comme absolument réel ; il peut être symbolique. Il sera ici rappelé successivement ces prétendues formes de la délivrance en matière mobilière (1), immobilière (2) et incorporelle (3).

1. Objet mobilier

244. Le siège. Les modalités prétendues de la délivrance sont particulièrement nombreuses en matière mobilière. En effet, aux termes de l'article 1606 du Code civil, « *la délivrance des effets mobiliers s'opère : ou par la remise de la chose, ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent, ou par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre.* »

245. Remise de la chose vendue. Il ressort de cette disposition que la délivrance de l'objet mobilier peut s'effectuer sous trois formes. D'abord, elle consisterait dans la remise de la chose, c'est-à-dire de l'objet principal vendu. On peut déjà observer que cette prétendue forme de la délivrance ne concorde pas avec la définition unanimement admise de celle-ci ; elle confère une autre physionomie à la délivrance, que celle découlant de sa définition. Il est vrai en effet que le but de la délivrance, c'est d'opérer la tradition réelle, autrement dit, de l'objet même de la vente [819]. Cependant la délivrance ne consiste pas dans une remise. Par définition, la mise à disposition ou la délivrance ne signifie pas la remise de la chose. Celle-ci résulte de la livraison suivie immédiatement de la prise de livraison.

246. Remise de la clef. Ensuite, l'article 1606 dispose que la délivrance peut s'effectuer aussi par la remise de la clef. La délivrance n'implique pas la remise de la chose entre les mains de l'acheteur, mais consiste simplement à faire de sorte qu'il ne dépend plus que de celui-ci d'en avoir la maîtrise matérielle [820]. Ainsi, lorsque la chose est enfermée dans un bâtiment, l'exécution de la délivrance est perçue comme résultant de la remise de la clef du bâtiment.

---

816 A. BÉNABANT, *op. cit.*, n° 306 : « *La délivrance prend des formes diverses selon la nature du bien vendu, l'idée générale étant que l'acheteur doit être mis en mesure de prendre possession du bien.* »

817 W. DROSS, « Le transfert de propriété en droit français », *RDC*, octobre 2013, p. 1694, n° 2.

818 A. BÉNABANT, *op. cit.*, n° 306.

819 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Librairie de la Cour de Cassation, 1952, p. 47 et suiv. ; M. ALTER, *op. cit.*, p. 30 : « *La forme la plus simple, à laquelle s'attache au premier abord la pensée, est la tradition réelle. L'article 1606 C. civ. la retient comme premier mode possible et entend par là la remise qui se fait de la main à la main ou, s'agissant de choses d'un volume ou d'un poids considérable, par un déplacement matériel ayant pour but une mise à la disposition de l'acheteur ou de son représentant.* »

820 Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, tome 11, *La vente, Le louage des choses*, 2e éd., publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Librairie Arthur Rousseau, 1938, n° 174.

Là encore, il s'agit déjà de la prise de possession ; c'est en effet plus que la délivrance. La remise de la clef représente la remise de la chose. L'acheteur prend livraison par la prise de la clef. La prise de livraison suppose l'exécution préalable de la délivrance. La clef est quérable, sa mise à disposition précède logiquement sa remise permettant à l'acheteur d'ouvrir lui-même le bâtiment en vue du retirement de la chose.

247. Par consentement. Enfin, il ressort de l'article 1606 du Code civil que la délivrance d'un objet mobilier s'effectue également par consentement des parties. Autrement dit, elle ne résulte pas toujours d'un acte matériel [821], mais aussi de la volonté du débiteur. Le Code civil spécifie les cas de cette dernière modalité. Il s'agit, suivant le Code, de l'hypothèse où la chose ne peut être transportée par le vendeur lors de la formation du contrat [822] ; il est loisible en ce cas aux parties de considérer que la délivrance s'est réalisée. Le vendeur invite l'acheteur, qui l'accepte, à prendre livraison là où se trouve la chose lors de la conclusion du contrat. Cette opération paraît proche de la définition de la délivrance. Cependant, elle semble devoir se réaliser par le consentement mutuel des parties. Or, la délivrance étant l'obligation du vendeur, son exécution doit être tributaire du seul consentement de celui-ci. L'article 1606 dispose enfin que la délivrance consensuelle découle aussi des circonstances où la détention matérielle de la chose par l'acquéreur précède la conclusion du contrat [823]. Ainsi, lorsque l'acquéreur est dépositaire de la chose antérieurement à la formation du contrat, il n'y a pas lieu d'effectuer une formalité particulière à titre de délivrance. Ici encore, le Code conçoit une délivrance alors qu'il s'agit plutôt de la mise en possession effectuée même antérieurement à la formation du contrat. La délivrance par consentement des parties ne semble pas conçue en matière immobilière.

2. Objet immobilier

248. Délivrance symbolique. En ce qui concerne l'objet immobilier, la délivrance ne s'effectue que symboliquement, en raison certainement de l'immobilité de la chose. Il ressort en effet de l'article 1605 du Code civil que « *l'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du*

---

821 J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *op. cit.*, n° 677 : « *A la différence de la tradition symbolique, la tradition par consentement des parties ne se manifeste pas par un acte positif. Selon l'article 1606 du Code civil, la délivrance est effectuée par le seul consentement des parties si le transport de la chose ne peut se faire au moment de la vente ou si l'acheteur avait déjà celle-ci en son pouvoir à un autre titre.* »

822 Cette opération incombe par principe au vendeur : article 1618 du Code civil : « *les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, s'il n'y a eu stipulation contraire.* »

823 Montpellier, 27 mai 1948, *JCP G* 1948, II, 4561 : « *Attendu que, dans la matière assez particulière des marchés de vins, il se produit habituellement entre les commerçants et les producteurs un agréage tacite de la marchandise au moment de la confirmation, qui, non seulement rend le contrat parfait et définitif, mais opère une véritable livraison de la marchandise, pourvu que, d'une part cette marchandise soit identifiée, ce qui met les risques, tout au moins ceux de qualité, à la charge de l'acheteur, et que, d'autre part, elle soit mise à la disposition de celui-ci, de façon à ce qu'il puisse désormais la retirer à son gré dans les délais convenus, le vendeur n'étant plus qu'un simple dépositaire ;* ».

vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété. » Cette disposition peut faire l'objet des mêmes observations que l'article 1606 du Code civil. La délivrance en ressort en effet remplie lorsque le vendeur a remis, suivant les cas, les clefs ou les titres de propriété. Cette délivrance caractérise ainsi plutôt la mise en possession effective. Suivant cette disposition, tant que l'acquéreur ne se rend pas chez le vendeur pour retirer la clef ou les titres de propriété, la délivrance n'a pas eu lieu. Ainsi, la délivrance ne semble consister plus en une simple mise à disposition, ou en l'abstention.

249. Une interrogation. Par ailleurs, les termes de l'article 1605 du Code civil peuvent susciter une autre interrogation. Il y a lieu en effet de se demander si la remise des clefs ou des titres de propriété peut s'effectuer de façon alternative. Il paraît d'emblée évident que la remise de l'un de ces objets seule ne suffit pas à l'exécution de la délivrance. Il s'agit en effet, ici, de la mise à disposition effectuée par le vendeur. Par conséquent, celle-ci doit entraîner la remise aussi bien des clefs que des titres de propriété à l'acquéreur [824]. D'ailleurs, outre que leur remise remplit la mise en possession effective, ces deux objets sont des accessoires de l'immeuble vendu. L'une des modalités de la délivrance en matière immobilière se trouve transposée dans la délivrance des droits incorporels.

3. Objet incorporel

250. Délivrance symbolique. À l'instar de celle des objets immobiliers, la délivrance des droits incorporels ne se réalise que de façon symbolique, en raison sans doute de l'intangibilité de ceux-ci. L'article 1607 du Code civil énonce que « *la tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur* ». Cette disposition prévoit deux modalités conçues comme pouvant être observées dans la délivrance d'un droit incorporel, autrement dit, d'un acte matériel représentatif d'un droit incorporel. Le droit est une chose immatérielle ; il est invisible et donc intangible. Sa délivrance ne peut que s'incarner dans des actes matériels. En général, le titre est représentatif même du droit. Sa remise vaut par conséquent celle du droit. L'article 1607 dispose que la délivrance d'un droit s'effectue aussi par le consentement des parties. En ce cas, l'aliénateur doit simplement s'abstenir de contester sa jouissance par l'acquéreur. L'on conçoit ainsi la simple délivrance là où l'acquéreur se trouve déjà mis en possession de la chose.

251. Conclusion. À s'en tenir à l'opinion répandue, ce sont là les modes d'exécution de l'obligation de délivrance. Il résulte de la diversité de ces modes que la délivrance s'effectue de façon symbolique dans la plupart des hypothèses. La délivrance par la remise des clefs du bâtiment ainsi que celle par consentement des parties rentrent dans ce mode. Cette dernière ne se confond toutefois pas avec la délivrance *solo consensu*. On peut ainsi

---

824 Si l'immeuble est remis à une personne en vue de sa garde, le propriétaire peut ne remettre que la clef.

remarquer que ces prétendus modes d'exécution de l'obligation de délivrance ne reflètent pas la véritable définition de celle-ci. La délivrance est conçue en général là où l'acquéreur se trouve mis en possession. L'exécution de l'obligation de délivrance prend en réalité une seule forme dans le système du Code civil. La délivrance s'effectue *solo consensu.*

B. L'exécution de la délivrance

252. Forme et moment de la délivrance. Les modalités, ci-dessus analysées, qui sont prêtées à la délivrance ont pour effet de détourner le regard des auteurs de sa véritable forme et, par conséquent, du moment de son exécution. En effet, dans le système du Code civil de 1804, la forme (1) de la délivrance influe sur le moment de son exécution (2).

1. La véritable forme de la délivrance

253. La mise en possession et la délivrance. L'on considère les différentes modalités passées en revue ci-dessus comme des formes de l'exécution de l'obligation de délivrance. Or, il n'en est rien. Ce ne sont là en réalité que des faits énumérés par le Code civil à titre de moyens de preuve de l'effectivité de la mise en possession matérielle de la chose [825]. Ces faits ne sont énumérés nullement en considération de la forme de l'exécution de l'obligation de délivrance ; ils ne renvoient pas précisément à l'effectivité de la délivrance ; ils ne se limitent pas à celle-ci, ils vont au-delà en couvrant l'entrée en possession de l'acquéreur. Il ne s'agit pas là, contrairement à l'opinion souvent rencontrée [826], de différentes manières d'exécuter la délivrance, mais plutôt de rapporter la preuve de l'accomplissement du retirement de la chose par l'acquéreur. En cas de litige, le débiteur ne les utilise qu'en vue d'établir que l'acquéreur est déjà entré en possession matérielle de la chose. Car la délivrance permet la possession réelle mais se distingue de celle-ci. Or, toutes les modalités énumérées ci-dessus établissent sans conteste plutôt l'effectivité de la mise en possession.

254. Source de leur confusion dans la doctrine. En outre, l'énumération des modalités de mise en possession semble donner lieu à une conception inexacte non seulement de la forme, mais aussi du moment de l'exécution de l'obligation de délivrance. Les auteurs

---

825 Pour une explication des faits visés par une règle à titre de preuve : F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. Aynès, Economica, 2007, n° 183 : « *[…], dans certaines hypothèses, l'acte juridique, pris en compte comme un fait de nature à déclencher l'application d'une norme juridique extérieure, est visé expressément comme tel par la norme en cause et, dans d'autres hypothèses, il n'est considéré que comme un élément de preuve, un indice, une source de renseignements quant à l'existence des éléments de faits de nature à déclencher l'application de la norme extérieure.* »

826 Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, tome 11, *La vente, Le louage des choses*, 2e éd., publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Librairie Arthur Rousseau, 1938, n° 175 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*, Librairie de la société du recueil Gal des lois et arrêts, 1900, n° 287.

conçoivent en effet la délivrance comme un acte qui ne s'effectue que postérieurement au transfert de la propriété [827], autrement dit, à la formation du contrat. Ce qui ne correspond pas à la conception devant découler du système du Code civil. Cette idée est sans conteste la conséquence du fait qu'il n'existe dans ce Code que le détail des différentes façons de rapporter la preuve de la mise en possession. La délivrance revêt ainsi l'image de la mise en possession dans l'esprit des auteurs ; elle est habillée de la configuration de celle-ci. L'attention des auteurs est retenue par le détail des formes de la mise en possession considérées à tort comme celles de la délivrance.

Le fait de traiter les modalités de la mise en possession effective comme formes de la délivrance, constitue une maladresse qui a pour conséquence de détourner l'attention des auteurs de la véritable forme de l'exécution de la délivrance. L'examen du mécanisme de la délivrance révèle que celle-ci revêt une seule forme, laquelle correspond bien à sa définition véritable. La délivrance est purement consensuelle et, contrairement à une certaine opinion [828], s'effectue par principe par le même consentement opérant le transfert de la propriété [829] dans l'hypothèse de corps certains. Autrement dit, la formation du contrat

---

827 R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance » in J. HAMEL (sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161 ; M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, thèse Grenoble, LGDJ, 1972, n° 4, p. 12 : « *Le principe du transfert* solo consensu *réduit l'obligation de livrer à une opération tendant à aligner le fait sur le droit, dans la mesure où il convient d'assurer la transmission du pouvoir matériel que le transfert juridique ne peut opérer en raison de son caractère d'abstraction.* » ; B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats, 1/ Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2e éd., Puf, 2002, n° 300 : « *Pour que l'exécution de l'obligation de délivrance soit parfaite, le vendeur doit mettre la chose à la disposition de l'acheteur.* » ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 272. À propos de la délivrance de choses de genre, F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chr., p. 175, spéc. 177 : « *Aux termes de l'art. 1604 du Code civil, "*la délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur*". C'est la mise en possession de l'acheteur, alors que l'individualisation consiste simplement dans la détermination de la chose vendue. La spécification est une condition nécessaire de la délivrance : elle doit avoir lieu, au plus tard, lors de la délivrance. Mais elle peut se réaliser aussi plus tôt. On peut concevoir que l'acheteur envoie chez le vendeur un délégué pour assister au pesage. Par cette opération la marchandise est individualisée ; le transfert de propriété et des risques se réalise aussitôt. Il est possible alors que l'acheteur laisse pendant quelque temps les choses vendues dans le magasin du vendeur. La délivrance ne s'accomplira que lorsque l'acheteur aura pris possession.* »

828 R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, spéc. 172 : « *La délivrance privée désormais de tout effet translatif ne se confond pas avec la tradition de l'ancien droit. Aux termes de l'art. 1136 du Code civil lui-même, elle suit la transmission de la propriété. Simple mise en possession de l'acheteur propriétaire dès le contrat, elle n'est et ne peut être qu'un acte matériel. La tradition feinte ou symbolique et encore moins la tradition* solo consensu *ne peuvent normalement constituer des formes de délivrance. En les maintenant, les rédacteurs de l'art. 1606 ont copié trop fidèlement nos anciens jurisconsultes, sans s'apercevoir qu'ils commettaient un anachronisme.* »

829 L'opinion contraire : F. LECLERC, *op cit.*, n° 272 : « *Même si plusieurs articles du Code associent l'obligation de transférer la propriété (obligation de donner) à l'obligation de livrer (c'est-à-dire en réalité l'obligation de délivrer, art. 1136 et 1138, C. civ.), la délivrance ne se réalise pas automatiquement comme le transfert de propriété. Elle suppose en effet la transmission de la maîtrise essentiellement matérielle de la chose […], qui elle-même pourra se traduire par le fait de livrer, au sens d'effectuer une livraison […].* »

emporte par principe la délivrance [830]. Les modalités énumérées ne sont que des faits représentatifs plutôt de la mise en possession. La délivrance précède leur réalisation, et s'effectue par principe au moment de la formation du contrat.

2. Le moment de la délivrance

255. La formation du contrat. La délivrance *solo consensu* constitue, à l'image du transfert de la propriété *solo consensu*, une règle de principe et supplétive de volonté [831]. Dès la formation du contrat, le vendeur n'est par principe plus débiteur de la délivrance, mais de l'obligation de conservation en cas de prise de livraison tardive de la chose par l'acheteur. Le caractère *solo consensu* de la délivrance se trouve à s'illustrer de deux façons dans le système du Code civil de 1804.

256. Raison de l'absence d'une précision particulière sur le moment de la délivrance dans le Code civil. En premier lieu, en effet, l'on observe que le Code n'énumère que les moyens de preuve de la mise en possession, qu'il considère de façon inappropriée comme ceux de la délivrance. Cela ne paraît qu'une simple erreur de logique ; On doit donc faire abstraction des termes utilisés dans cette énumération. D'ailleurs, il n'en résulte nullement que la délivrance s'exécute indépendamment de la formation du contrat [832]. Aucune référence n'est faite dans le Code civil à un principe de délivrance postérieure à la formation du contrat. Certes, l'article 1610 dispose que : « *si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur* ». Mais il s'agit là de la faculté dérogatoire offerte aux parties. Celles-ci peuvent, selon leur convenance, reporter la délivrance [833]. Le vendeur est tenu, en ce cas, d'effectuer la délivrance à la date exceptionnellement convenue.

---

830 P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 4e éd., Dalloz, 2011, n° 398 : « *La délivrance accompagne en principe le transfert de propriété. Aussi doit-elle, à défaut de stipulation contraire, intervenir au moment de la formation du contrat, c'est-à-dire immédiatement.* »

831 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 931.

832 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., LexisNexis, 2013, n° 181 : « *Le Code ne prévoit aucun délai de délivrance ; celle-ci devrait se faire à la conclusion du contrat, s'agissant de corps certains […].* » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*, Librairie de la société du recueil Gal des lois et arrêts, 1900, n° 304 : « *Aucun article du Code ne fixe l'époque de la délivrance. Il appartient aux parties d'en convenir. Si elles n'ont rien dit à ce sujet la délivrance doit être faite aussitôt que la vente est parfaite ; car tout débiteur doit exécuter immédiatement son obligation si un terme ne lui a été accordé.* »

833 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 932 : « *L'obligation d'une délivrance immédiate n'est qu'une règle supplétive, que peuvent modifier les contractants. Les rédacteurs du Code civil l'ont souligné en édictant seulement, quant à l'époque de la délivrance, que le vendeur doit "faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties" (art. 1609 C. civ.). L'acheteur et le vendeur peuvent donc convenir d'un ou plusieurs termes pour la livraison à effectuer en une seule fois ou par fractions échelonnées ; l'obligation de délivrance*

… / …

257. Les versants de la délivrance. En second lieu et surtout le double versant de la délivrance incarne mieux son caractère *solo consensu*, et donc le moment de son exécution. D'une part, la délivrance est quérable, et d'autre part son exécution n'impose qu'une attitude d'abstention au vendeur. En effet, comme toute dette, l'obligation de délivrance est quérable [834]. Il en résulte qu'il incombe à l'acquéreur d'exiger la détention matérielle de la chose. En outre, celui-ci prend livraison au lieu où se trouve la chose lors de la formation du contrat [835]. Il s'ensuit que la délivrance n'engendre d'acte positif qu'à la charge de l'acquéreur. Si bien qu'elle peut être conçue comme absorbant, à elle seule, l'obligation de prise de livraison [836]. À l'égard du vendeur, en revanche, l'exécution de la délivrance commande que celui-ci ne fasse pas obstruction au retirement.

258. La délivrance, obligation négative à l'égard du vendeur. La délivrance constitue, en réalité, une *obligation de ne pas faire* à l'égard du débiteur [837], autrement dit, une obligation négative [838]. Sinon, on ne comprend pas ce qui demeure encore à la charge du vendeur, d'autant plus que son cocontractant doit retirer la chose là où celle-ci se trouve lors de la formation du contrat. L'exécution de la délivrance relève ainsi de la pure volonté. Elle est consommée dès que l'acquéreur connaît le lieu où la chose se trouve, et qu'il lui est loisible d'y accéder. Or, la connaissance de ce lieu doit se passer lors de la formation du contrat, elle précède même celle-ci dans certains cas. Cette exécution *solo consensu* de la délivrance se vérifie d'ailleurs sans difficulté à travers les modalités qui lui sont prêtées par maladresse dans quelques dispositions du Code civil.

---

est alors affectée d'un terme suspensif. La vente dont la livraison est ainsi reportée à un ou plusieurs termes se nomme vente à livrer. »

834 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*, Librairie de la société du recueil G[al] des lois et arrêts, 1900, n° 287 ; H. BOUCARD, *op. cit.*, n° 39 : « *À défaut de clause contraire, les articles 1609 du Code civil et 31 de la Convention de Vienne disposent que la délivrance est quérable, et l'expédition y suffit.* » ; A. BÉNABANT, *op. cit.*, n° 307 : « *Le lieu de délivrance est en principe celui où se trouvait la chose lors de la vente, puisque c'est à partir de ce moment que l'acquéreur est propriétaire (art. 1609), ce qui explique qu'il appartienne à l'acheteur de la retirer et de payer le port dans les ventes à distance. S'il s'agit de choses de genre, le lieu est celui de leur individualisation. Ce n'est que l'application à la matière de la règle plus générale selon laquelle les dettes sont quérables et non portable : la délivrance n'est pas autre chose que le paiement (c'est-à-dire l'exécution) par le vendeur de son obligation, ce qui la rend quérable.* » ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil : Contrats spéciaux*, 7e éd., LexisNexis, 2013, n° 180.

835 Art. 1609 du Code civil : « *La délivrance doit se faire au lieu où était, au temps de la vente, la chose qui en a fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu.* »

836 H. BOUCARD, *op. cit.*, n° 20 : « *Malgré la désinvestiture du vendeur, l'investiture de l'acheteur ne devient réelle qu'avec l'exécution de sa propre obligation de retirement.* »

837 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 182 : « *L'obligation de délivrance pour le vendeur apparaît alors, essentiellement, comme une obligation de ne pas faire : ne pas empêcher l'acheteur de venir retirer les marchandises vendues qu'il doit tenir à la disposition de celui-là.* »

838 C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, 6e éd., par É. BARTIN, tome 4, Éditions techniques, 1951, p. 57 : « *Les obligations négatives sont celles en vertu desquelles le débiteur est tenu de ne pas faire quelque chose.* »

259. En matière de tradition réelle. D'abord, aucun acte positif ne résulte de la délivrance par tradition réelle à la charge du vendeur. Celui-ci doit se cantonner dans une attitude favorable à l'enlèvement de la chose par l'acheteur [839]. Dès la formation du contrat, le comportement du vendeur à l'égard de la chose doit être similaire à celui du non-propriétaire [840]. Par principe, il ne lui incombe pas de déplacer la chose de là où elle se trouve au moment de la conclusion du contrat. Même dans l'hypothèse où le vendeur tient la chose dans ses mains, il doit simplement retirer ses mains. Là aussi la mise à disposition paraît concomitante à la formation du contrat ; elle se manifeste par la tenue en main de la chose par le vendeur lors des pourparlers ou de la formation du contrat. De nos jours, les prix des choses sont en général préfixés dans les ventes ordinaires ; il en résulte que les pourparlers sont quasi-inexistants. Les choses sont prédisposées pour la vente [841]. L'acheteur détient la chose avant de passer à la caisse, autrement dit, de payer le prix ; il prend livraison dès l'acceptation du prix affiché.

260. Une tautologie. Ensuite, la modalité qualifiée de délivrance par consentement des parties paraît tautologique [842]. Elle ne constitue que la réincarnation du principe de la délivrance *solo consensu* dans le détail des différentes formes [843] de la mise en possession. En effet, l'on sait que la délivrance consiste à mettre la chose à la disposition de l'acheteur au lieu où

---

839 M. ALTER, *op. cit.*, p. 31 : « *La chose vendue étant quérable et non portable, le vendeur n'a donc pas, en l'absence de toute convention contraire, à déplacer cette chose, à la porter à l'acheteur. Il doit simplement laisser ce dernier prendre l'objet vendu où il se trouve. Son attitude se limitera à une simple mise à disposition de la marchandise, c'est à l'acheteur qu'il incombe de l'enlever, le retirement venant dans ce cas prolonger la remise.* »

840 À propos de la délivrance de l'immeuble : G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNANT, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*, Librairie de la Société du Recueil G[al] des lois des arrêts, 1900, n° 290 : « *La première obligation du vendeur, pour opérer la délivrance est d'abandonner, de délaisser la chose vendue, de ne plus exercer sur elle en son nom aucun des droits que lui donnait son ancienne qualité de propriétaire.* »

841 C'est ce que l'on observe dans les marchés. Les marchandises dans ces lieux se trouvent mises à disposition avant la conclusion du contrat.

842 J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *op. cit.*, n° 677 : « *A la différence de la tradition symbolique, la tradition par consentement des parties ne se manifeste pas par un acte positif. Selon l'article 1606 du Code civil, la délivrance est effectuée par le seul consentement des parties si le transport de la chose ne peut se faire au moment de la vente ou si l'acheteur avait déjà celle-ci en son pouvoir à un autre titre.* » ; Montpellier, 27 mai 1948, *JCP G* 1948, II, 4561 : « *Attendu que, dans la matière assez particulière des marchés de vins, il se produit habituellement entre les commerçants et les producteurs un agréage tacite de la marchandise au moment de la confirmation, qui, non seulement rend le contrat parfait et définitif, mais opère une véritable livraison de la marchandise, pourvu que, d'une part cette marchandise soit identifiée, ce qui met les risques, tout au moins ceux de qualité, à la charge de l'acheteur, et que, d'autre part, elle soit mise à la disposition de celui-ci, de façon à ce qu'il puisse désormais la retirer à son gré dans les délais convenus, le vendeur n'étant plus qu'un simple dépositaire ;* ».

843 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 6e éd., Defrénois, 2012, n° 300 : « *La délivrance peut résulter du seul consentement des parties (*solo consensu*), parfois (rarement en matière commerciale), elle résulte du constitut possessoire : le vendeur n'a plus la propriété qu'il a transférée à l'acquéreur mais conserve la détention à titre de détenteur précaire (par exemple, locataire) : il y a interversion de la possession.* »

celle-ci se trouve lors de la formation de la vente. L'acquéreur prend aussi livraison en ce lieu. Par conséquent, le transport dont l'impossibilité démontre, aux termes de l'article 1606 du Code civil, le caractère consensuel de la remise se situe-t-il avant ou après la formation de la vente ? Le transport de la chose antérieur à la conclusion du contrat ne s'effectue pas en vertu de celui-ci ; il s'inscrit dans les actes préparatoires du contrat de vente ; il traduit l'intention du propriétaire de vendre la chose. Dans la perspective de la formation de la vente, le propriétaire apprête la chose ; il la met par exemple dans un endroit accessible au futur acquéreur pour son enlèvement immédiat après la formation du contrat.

Il est techniquement incorrect d'intégrer la situation de la chose antérieure à la formation du contrat dans la question de forme de la délivrance. Ainsi, la période où l'acquéreur détient la chose antérieurement à la conclusion de la vente, est exclue du champ contractuel. L'on recherche à juste titre dans cette hypothèse l'identité de la délivrance [844]. Néanmoins, au lieu de considérer que celle-ci est effective dès la formation du contrat, on tente de l'en distinguer en la voyant plutôt dans une clause du contrat [845].

Ce qui conduit à s'interroger sur l'intérêt de rechercher la délivrance dans un consentement distinct de celui étant à la base du contrat. Certains auteurs voient ici surtout la vieille technique du *constitut possessoire* [846], en vigueur dans le droit romain ainsi que dans l'Ancien droit français [847]. Or, celle-ci ne doit pas être facilement admise dans le nouveau système. Car les contextes ne se ressemblent pas, autrement dit, celui du Code civil ne se prête pas au *constitut possessoire* [848]. En effet, le transfert de propriété dépend de la délivrance aussi bien en droit romain que dans l'Ancien droit français. L'existence de la tradition s'avère donc nécessaire, puisqu'il en résulte le transfert de la propriété. En outre, sans tradition l'acquéreur ne dispose d'aucune action pour forcer la remise matérielle de la

---

844 J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *op. cit.*, n° 677 :« *Ainsi, a été considérée comme valant délivrance conventionnelle la clause de l'acte notarié de vente de marchandises indiquant une date d'entrée en jouissance antérieure à celle de sa signature et portant que l'acquéreur prenait les marchandises dans l'état où elles se trouvaient lors de cette entrée en jouissance, une telle clause impliquant que l'acquéreur était en possession de la chose.[…]. Une interversion du titre valant par elle-même délivrance résultera, par exemple, de la vente d'une chose à une personne qui en était dépositaire ou locataire. Bien que l'article 1606 ne vise nommément que la délivrance des effets mobiliers, on peut aussi bien concevoir l'application du principe en matière de vente d'immeuble, lorsque la vente est faite à un locataire ou à un usufruitier.* »

845 *Idem.*

846 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 10, *Contrats civils et commerciaux*, 2e éd., LGDJ, 1956, n° 72 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 6e éd., Defrénois, 2012, n° 300.

847 D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 138 : « *Des arguments historiques […] démontrent que le Code civil a rompu avec les mécanismes prévalant sous l'Ancien Régime selon lesquels le transfert se produisait par la remise de la chose ou bien par la stipulation de clauses […].* »

848 D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 252, note de bas de page n° 8 : « *Le constitut possessoire est un acte par lequel une personne qui possédait pour son propre compte déclare posséder désormais pour autrui.* »

chose. La pratique trouve alors un subterfuge dans le *constitut possessoire* [849] ou dans la *dessaisine-saisine* [850]. Le transfert de la propriété se réalise ainsi facilement [851]. Dans le système du Code civil en revanche la formation du contrat emporte le transfert de la propriété ainsi que toutes les actions possibles qui permettent d'obtenir la remise matérielle [852]. Dès lors, on ne voit pas l'intérêt pour les parties de recourir à la formule du *constitut possessoire* [853].

261. Dans la tradition symbolique. Enfin, la tradition symbolique [854] en général ne trouve pas ici un traitement distinct de celui de la tradition réelle [855]. La remise d'un objet mobilier

---

849 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 155 : « *Au terme de l'évolution, on considérait, fictivement, que le vendeur conservait la chose quelques jours après la vente (au titre d'usufruitier, de locataire) et qu'il possédait ainsi pour le compte de l'acheteur, ce qui permettait d'éviter toute* traditio *: c'était le constitut possessoire.* » ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 211 : « *[…] cette clause de "tradition feinte" n'était qu'un substitut à la "tradition" réelle qui demeurait nécessaire dans le principe et à défaut de laquelle le contrat produisait seulement des obligations.* »

850 P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 4e éd., Dalloz, 2011, n° 334 : « *En droit romain, la vente n'était pas en elle-même translative de propriété. Le transfert de propriété résultait le plus souvent de la remise matérielle de la chose, la* tradito. *Si cette exigence fut maintenue dans l'Ancien droit, la pratique développa des clauses dites de "dessaisine-saisine" par lesquelles il était stipulé mensongèrement que la tradition avait eu lieu, le vendeur s'étant dessaisi du bien, l'acheteur s'en étant saisi.* »

851 M. DURANTON, *Traité des obligations conventionnelles en général, suivant le Code civil*, tome 1, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 424 : « *[…] les traditions que Vinnius appelle traditions feintes, ne sont rien autre chose que la volonté du propriétaire de conférer son droit de propriété à une autre personne.* »

852 M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI et J. GHESTIN (Sous la dir.), *op. cit.*, n° 211 : « *Il semble que les rédacteurs du Code civil aient voulu éviter ce subterfuge en décidant que le contrat transférerait la propriété par lui-même et que l'obligation de transférer la propriété s'accomplirait "par le seul consentement des parties … encore que la tradition n'en ait point été faite" (art. 1138), si bien que le transfert de propriété n'est plus subordonné à une tradition matérielle. On peut également penser qu'ils ont entendu manifester ainsi, une fois de plus, toute puissance de la volonté des parties.* » ; Ph. SIMLER, *Les biens*, 3e éd., PUG, 2006, n° 102 : « *De plus en plus symbolique, jusqu'à être réduite à une clause de style inscrite dans l'acte, cette exigence d'une* traditio *a été supprimée par les rédacteurs du code (art. 1138 et 1583 […]), qui ont, ce faisant, institué le transfert* solo consensu. »

853 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., tome 5, par P. ESMEIN, Éditons techniques, 1952, p. 48 : « *[…] la délivrance d'une chose mobilière ne transmet à l'acheteur une possession réelle, dans le sens de l'art. 1141, qu'autant qu'elle a eu lieu par l'un des modes énumérés en l'art. 1606, ou par des actes analogues. Ainsi, en fait de meubles, le constitut possessoire n'investit pas l'acheteur de la possession des choses vendues, à l'égard d'un second acquéreur de bonne foi. Ce dernier sera préféré, s'il a été mis en possession réelle.* » ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 8e éd., Dalloz, 2010, n° 409, p. 327 : « *L'article 1141 exige […] une possession véritable : il faut, afin d'assurer la protection des tiers, un acte d'appréhension tel que les tiers soient avertis. Ainsi le constitut possessoire, par lequel le vendeur conserve la chose à titre de détenteur, n'équivaut pas à une tradition réelle, car il n'avertit pas les tiers. Au contraire, on considère comme répondant à l'exigence de l'article 1141 la tradition "de brève main" (*bevi manu*), c'est-à-dire l'acquisition de la chose par son détenteur : en effet, dans ce cas, l'acquéreur a la possession réelle, situation qui doit appeler l'attention des tiers.* »

854 J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *op. cit.*, n° 676 : « *Le Code civil n'emploie pas lui-même cette expression mais elle est habituelle. Elle vise la remise à l'acquéreur de titres ou d'objets symbolisant sa mise en possession ou l'apposition sur la chose de marques valant reconnaissance du transfert de propriété.* »

représente celle de l'objet de la délivrance [856]. Cependant, le moment de la remise n'est pas celle de la délivrance. La mise à disposition précède la remise réelle. Cette remise représentative de la mise en possession étant aussi quérable, il appartient à l'acquéreur de l'exiger. La formation du contrat opère la mise à disposition de cet objet. La volonté du vendeur qui a contribué à nouer le contrat met par la même occasion la chose à la disposition de l'acheteur. Il n'est pas exclu toutefois que l'objet puisse se trouver sous la détention matérielle du vendeur avec le consentement de l'acquéreur. Mais le vendeur devient là un simple conservateur. Il ne dépend plus que de l'acquéreur d'obtenir cette remise. Ainsi, il arrive que la clef se trouve mise à la disposition de celui-ci dès la formation du contrat dans l'hypothèse où l'objet vendu, c'est-à-dire réel de la remise est enfermé dans un bâtiment. De même, la détention des clefs ou des titres de propriété par le disposant, du consentement de l'acquéreur, ne nuit pas à l'effectivité de la délivrance de l'immeuble ; sa présence dans le bâtiment ne peut encore moins expliquer l'inexécution de la délivrance ; il peut d'ailleurs en être expulsé en cas d'abus.

L'article 1607 du Code civil énonce que l'effectivité de la délivrance ne résulte pas moins de la détention de cet objet par le vendeur. Aux termes de cette disposition emblématique en la matière, « *la tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur.* » On a rappelé précédemment que les droits incorporels n'existent que par leurs titres. Leur délivrance ne peut consister que dans la mise à disposition des titres qui les constatent. La jurisprudence décide, pour la cession des parts sociales, que la seule signature par le cédant des ordres de mouvement réalise la délivrance [857]. Cette signature paraît assurer par contrecoup l'identification des droits cédés. Elle traduit aussi le consentement du cédant qui a noué les relations contractuelles.

262. Conclusion. L'on peut affirmer, au terme de ce développement, que la délivrance constitue par principe une obligation de ne pas faire. Les modalités énumérées dans les articles 1605 et suivants du Code civil sont considérées à tort comme celles de délivrance ; elles constituent plutôt la preuve de mise en possession effective de l'acquéreur. La délivrance ne consiste pas en réalité dans la remise de la chose ; elle implique que le vendeur s'abstient de la chose, en vue de permettre son enlèvement par l'acheteur. La délivrance s'effectue par principe au même moment que le transfert de la propriété.

---

855 *Ibid.*, n° 676 : « *La tradition symbolique doit être assimilée quant à ses effets à la possession réelle, notamment pour l'application de l'article 1141 du Code civil qui dispose qu'en cas de ventes successives d'une chose mobilière à deux personnes différentes, celle qui a été mise en possession la première demeure propriétaire quoique son titre soit postérieur en date.* »

856 Ch. LARROUMET, (Sous la dir.), *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, tome 2, 5e éd, par Ch. LARROUMET, Economica, 2006, n° 376 : « *[…], il peut y avoir transfert de la propriété, sans exiger la tradition de la chose, même une tradition feinte ou symbolique, qui n'est, de toute façon, que le reflet d'une tradition réelle.* »

857 Com., 24 mai 2011, *Rev. des sociétés*, 2012, p. 157 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'obligation de délivrer les actions cédées s'exécute par la seule signature des ordres de mouvement et que cette formalité incombe au seul cédant, la cour d'appel a violé les textes susvisés […]* »

263. Conclusion de la Section I. La règlementation de l'obligation de délivrance renferme quelques maladresses, lesquelles se trouvent à l'origine de sa conception inappropriée dans le droit positif. Les actes préparatoires du contrat de vente sont ramenés dans le contenu de l'obligation de délivrance. La définition même de celle-ci en est affectée. D'une part, la délivrance en ressort comme un acte positif qui consiste dans le transport de la chose. D'autre part, les modalités de mise en possession effective sont posées comme celles de délivrance. La délivrance est ainsi confondue à la prise de possession de la chose. Elle est alors en général conçue comme une opération qui ne s'effectue que postérieurement à la formation du contrat. Or, dans la logique du système du Code civil, la délivrance s'effectue par principe *solo consensu* et immédiatement, au même titre que le transfert de la propriété ; elle n'implique pas d'acte positif du débiteur. Celui-ci est tenu simplement de s'abstenir de la chose, il appartient au créancier de la retirer. Lorsqu'on s'aperçoit ainsi de la véritable forme de l'exécution de la délivrance, c'est-à-dire de son caractère consensuel et immédiat, on se rend aisément compte de sa relation étroite avec la charge des risques dans le système du Code civil de 1804.

SECTION II.
LA CHARGES DES RISQUES ET LA DÉLIVRANCE DANS L'ANCIEN ARTICLE 1138 DU CODE CIVIL

264. Rappel de la prédominance du transfert *solo consensu* de la propriété sur l'exécution *solo consensu* de la délivrance. Il a été rappelé que l'ancien article 1138 du Code civil constitue le siège à partir duquel la règle *res perit domino* a régné et créé un bouleversement dans le système du Code civil de 1804. Cette disposition se situe dans le cœur du droit commun des obligations. La recherche de la présence de la règle *res perit domino* dans les dispositions particulières se fait en référence à ses termes. C'est la seule disposition dans laquelle la question de la charge des risques et celle du transfert de la propriété sont réunies. C'est aussi seul le transfert de la propriété qui est perçu comme s'opérant par principe *solo consensu*. On a vu ci-dessus que quelques maladresses dans la règlementation générale de l'obligation de délivrance ont pu contribuer à camoufler le caractère *solo consensu* de celle-ci ; elle est ainsi considérée comme une opération qui ne s'effectue qu'à la suite du transfert de la propriété.

L'image que l'on a ainsi de l'exécution de l'obligation de délivrance ne correspond pas à sa définition admissible. Celle-ci apparaît confondue à la mise en possession effective, au lieu de consister, par principe, dans une simple abstention permettant le retirement de la chose. À l'égard de la question des risques, la définition de la délivrance reste par conséquent théorique. En effet, l'on n'arrive pas à concevoir l'effectivité de la délivrance là où la chose ne se trouve pas entre les mains de l'acquéreur. La règle de l'ancien article 1138 qui consiste dans l'association des risques à l'obligation de délivrance s'en trouve alors déformée. Il convient donc de consacrer un développement à l'analyse renouvelée du sens de l'ancien 1138 du Code civil (§ 2). Il semble cependant que l'examen de cette disposition doive être encore précédé d'une démonstration de la généralité de la dissociation des risques du transfert de la propriété dans le système du Code civil de 1804 (§ 1).

§ 1. LA DISSOCIATION DE LA CHARGE DES RISQUES DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

265. Dissociation générale camouflée par le simple empressement de la doctrine à l'égard du droit romain. Un regard panoramique dans le Code civil conduira certainement à contester que la charge des risques est associée au transfert de la propriété. En effet, bien que relevant du droit commun des obligations, le seul ancien article 1138 ne peut suffire à permettre de conclure que le Code civil consacre la règle *res perit domino*. On ne voit pas la logique qui puisse donner lieu à cette conclusion. On peut douter que la reprise de la *res perit domino* s'autorise vraiment des dispositions de l'ancien article 1138 du Code civil. En réalité cette règle ne doit sa vulgarisation dans le nouveau système qu'à l'empressement de la doctrine à l'égard du droit romain (A). Intrinsèquement, le système du

Code civil dissocie de façon générale et assez nette la charge des risques du transfert de la propriété (B).

A. Règle *res perit domino*, résultat d'un simple empressement de la doctrine à l'égard du droit romain

266. Absence de l'examen minutieux des termes de l'ancien article 1138. Une large part de l'empressement de la doctrine à l'égard du droit romain se trouve à la base de la reprise de la règle *res perit domino* dans le système du Code civil. Cette règle ne découle pas d'un examen intrinsèque et minutieux des termes de l'ancien article 1138 de ce Code. Ce constat procède du regard sur l'approche de la doctrine dans la recherche du sens de l'ancien article 1138 du Code civil (1). Sans cet empressement, la doctrine se serait rendu compte des considérations pouvant attester l'improbabilité de la reprise de la règle *res perit domino* par les codificateurs (2).

1. L'approche générale de la doctrine dans la recherche du sens de l'ancien article 1138

267. La référence systématique au droit romain. Devant le règne non moins étonnant de la règle *res perit domino* dans le nouveau système élaboré en 1804, on peut être porté à en rechercher la véritable cause. On s'aperçoit ainsi que toute explication que la doctrine, comme on l'a observé, donne du sens de l'ancien article 1138 du Code civil provient du droit romain. Tous les auteurs, sinon la majorité soutenant un lien de cause et effet entre l'attribution des risques et le transfert de propriété présentent, à propos du texte de l'ancien article 1138, les règles du droit romain. On a vu précédemment que les différents arguments présentés dans la recherche du sens de l'ancien article 1138 se rapportent au droit romain. Même lors de l'élaboration du Code civil, il est fait référence, à propos de cette disposition, au droit romain. Le poids du droit romain s'observe de façon générale dans l'explication que les auteurs fournissent de cet ancien article du Code civil, donnant ainsi l'impression d'un effort de surmonter une véritable absence de clarté [858].

268. Différentes façons. Certains avouent leur référence au droit romain en regard de la doctrine du droit naturel [859] ; d'autres s'y réfèrent discrètement, c'est-à-dire sans l'afficher.

---

858 A. SÉRIAUX, « Res perit domino », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 386, spéc. 390

859 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome 1er, Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1897, n° 424 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 6, 2e éd., LGDJ, 1930, n° 414, p. 564, note de bas de page n° 4 : « *Le sens de l'art. 1138 apparaît comme particulièrement clair si l'on remarque que Pothier, le guide habituel des rédacteurs du Code, réfute la doctrine qui invoque la règle "* res perit domino *".* » ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, 3e éd., Éditions Montchrestien, 1966, n° 1117 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : les obligations*, tome 2, vol. 1er,

… / …

Ceux-ci reprennent, sous forme d'une prétendue nouvelle explication, ce qui faisait pleinement partie intégrante du droit romain [860]. Ainsi, la tendance se dégage, des analyses des textes du Code civil en faveur de la règle en vigueur, à reprendre du droit romain ce qui y était à visage découvert, c'est-à-dire déjà d'application en droit positif. Il s'ensuit que les maximes romaines dans la résolution de la question des risques trouvent l'occasion de se perpétuer, de passer pour immuables.

269. Les maximes romaines rappelées dans la recherche du sens de l'ancien article 1138. Dans cette approche de la recherche notamment du sens de l'ancien article 1138, il est fait, comme précédemment rappelé, état soit de la règle *res perit creditori* [861] ou *emptori,* dans son contexte romain [862], soit de la règle *res perit domino* [863]. La règle suivant laquelle les risques

---

Sirey, 1965, n° 289 : « *La solution du droit français est la même que celle du droit romain mais elle s'explique par des raisons différentes. A Rome les risques étaient aussi pour l'acheteur :* res perit emptori *et les Romanistes ont posé deux explications.* » ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 14e éd., Sirey, 2014, n° 1263 et suiv.

860 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations en général*, tome 1, vol. 24, éd., Auguste Durand et L. Hachette, 1868, n° 424 : « *[…] si la chose est aux risques du créancier, avant la livraison, c'est toujours en vertu de l'ancien principe, d'après lequel le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte fortuite de ce corps.* » ; C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2e éd., publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, tome 11, Librairie Arthur Rousseau, 1938, n° 158 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 669 ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, 7e éd., Economica, 2014, n° 737 : « *[…], il est une règle selon laquelle la perte fortuite d'une chose doit être supportée par son propriétaire. C'est le principe* res perit domino. *Par conséquent, le transfert de propriété entraîne le transfert des risques de la chose.* » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., 2013, n° 265 ; F. LECLERC, *op. cit.*, n° 249 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 165.

861 J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4e éd., Les Éditions Thémis, 2001, n° 418 ; E. GAUDEMET, H. DESBOIS et J. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1965, p. 372 et suiv. Ces auteurs mélangent, dans leur explication, les règles *res perit creditori* et *res perit domino*. Selon eux, les risques pèsent, aux termes de l'ancien article 1138 du Code civil, sur le créancier devenu propriétaire à la suite de l'exécution par le contrat de la prétendue obligation de transférer la propriété. On peut alors se demander de quoi l'acheteur est créancier, dans la mesure où le transfert de propriété serait une obligation déjà exécutée. La délivrance est supplantée ici par la prétendue obligation de transférer la propriété.

862 A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *op. cit.*, n° 877. Ces auteurs ont rappelé de façon éloquente l'utilisation par d'autres auteurs de la règle *res perit creditori*, prise de son contexte romain, dans l'explication de l'ancien article 1138.

863 Voir l'objection aussi faible faite en faveur de la *res perit domino* par LARROMBIÈRE à POTHIER, pour lequel l'attribution des risques à l'acquéreur doit résulter de l'action dont celui-ci dispose pour forcer la délivrance : M. LARROMBIÈRE, *op. cit.*, art. 1138, n° 23 : « *Cette manière de concilier des principes et des textes opposés du droit romain, est certainement fort ingénieuse ; mais ne doit-elle pas nous paraître un peu entachée des subtilités dont l'article 1138 nous a fait grâce ? Si en effet la chose est aujourd'hui aux risques du créancier dès l'instant où elle a dû être livrée, c'est par une application très exacte de la règle* res perit domino. » ; M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code civil, De la vente*, tome 1, Charles Hingray, Libraire — éditeur, 1834, n° 358 et 359 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2e éd., tome 2, Sirey, 1933, n° 371 ; A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *op. cit.*, n° 878 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., LexisNexis, 2013, n° 165 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 5e éd., LGDJ, 2015, n° 316 ; A. SÉRIAUX, *loc. cit. ;* J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-

… / …

pèsent sur le débiteur de l'obligation fortuitement inexécutée, ou à proprement parler, les contractants sont libérés, se retrouve dans l'ombre. La première s'appliquait en droit romain dans les opérations de transfert de propriété ; elle met les risques à la charge de l'acheteur dès la formation du contrat, bien que celui-ci ne soit pas encore propriétaire de la chose ; le vendeur demeure non seulement maître de la chose, mais aussi de sa délivrance. Les contrats du type de gage et de dépôt constituent le domaine d'application de la deuxième [864]. Il s'agit dans cette dernière hypothèse de l'impossibilité non fautive de restituer la chose remise volontairement par le propriétaire au débiteur. Ainsi, dans le droit romain, la règle *res perit domino* ne se rapporte point à la question du transfert de propriété [865].

Les auteurs se référant discrètement au droit romain, soit rappellent les propos du Consul BIGO - PRÉAMENEU dans les travaux préparatoires du Code civil, qui contiennent une référence à la règle *res perit domino* [866], soit se contentent de déduire de la présence [867],

---

MAROGER (Sous la dir. J. GHESTIN), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11215 ; F. LECLERC, *op. cit.*, n° 249 ; M. BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des obligations*, 6e éd., Paradigme, 2015, n° 513 ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 11e éd., Dalloz, 2014, n° 115 ; M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 211, p. 263 ; Ph. SIMLER, *Les biens*, 3e éd., PUG, 2006, n° 103 ; Ch. LARROUMET, (Sous la dir.), *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, tome 2, 5e éd, par Ch. LARROUMET, Economica, 2006, n°383 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, tome 2, LGDJ, 1957, n° 500 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13e éd., LexisNexis, 2014, n° 533 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, 5e éd., Litec, 1995, n° 1743.

864 M. LARROMBIÈRE, *op. cit.*, art. 1138, n° 23 : « *Cette maxime était extraite d'une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, dans laquelle il s'agit de savoir si l'objet remis en gage est aux risques du créancier auquel il a été livré, plutôt qu'aux risques du débiteur qui en est resté propriétaire. L'on voit qu'elle n'était pas applicable au cas de vente.* »

865 M. DURANTON, *Traité des obligations conventionnelles en général suivant le Code civil*, tome 1, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 422, p. 435 : « *[…], la maxime* res perit domino *ne s'appliquait point au cas où celui qui était propriétaire de la chose en était en même temps débiteur, et devait la délivrer à une autre personne en vertu d'un contrat ou d'une obligation quelconque, comme dans le cas de vente ; parce qu'alors la qualité de débiteur détruisait en très grande parties les effets du droit de propriété, tels accroissements, pour n'en laisser subsister pour ainsi dire que le nom. Dans ce cas, c'était la maxime* omnes debitores rei certæ, interitu rei liberatur*, qui régissait la cause.* »

866 A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *op. cit.*, n° 878 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, p. 564 *;* E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 376.

867 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 6, 2e éd., LGDJ, 1930, n° 414 ; L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 371 ; E. GAUDEMET, H. DESBOIS et J. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1965, p. 372 : « *La règle relative aux risques est un corollaire de la règle relative au transfert de la propriété. Le créancier subit les risques dès le contrat, parce qu'il devient propriétaire dès le contrat. La rédaction même de l'article dans son ensemble le montre assez. Le texte fait une simple application de la maxime évidente* res perit domino. *L'acheteur subit les risques, parce qu'il est propriétaire de la chose.* » ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, 3e éd., Éditions Montchrestien, 1966, n° 1118 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 669 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, tome 2, vol. 1er, Sirey, 1965, n° 289, p. 258 ; J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 526.

dans l'ancien article 1138, du transfert de propriété et de la question des risques, l'existence de cette maxime. Or, d'une part, on a précédemment vu que ce Consul est le seul à évoquer cette règle lors de l'élaboration du contenu de l'ancien article 1138 du Code civil. Cela n'est pas fortuit. Ses propos dans son discours sur la présentation du projet devant le corps législatif revêtent un caractère purement circonstanciel. L'idée d'obtenir sans difficulté l'approbation de cette assemblée législative, pourrait le conduire à se rabattre à la règle *res perit domino* supposée, en la circonstance, mieux perçue par ses interlocuteurs, car dans l'ancien article 1138, l'application des règles *res perit domino* et *res perit creditori* issue du Code civil aboutit à un résultat presque identique [868].

Autrement dit, ses propos apparus de façon incidente dans les travaux préparatoires ne suffisent pas à déterminer le sens de l'ancien article 1138. D'autre part, à examiner ce discours d'un regard détourné du droit romain, on s'apercevra sans aucune difficulté que l'auteur démontre plutôt les solutions proposées par DOMAT dans l'Ancien droit français. Le Consul rappelle la règle *res perit domino* simplement dans l'optique de se tirer de l'illustration des règles ingénieusement formulées par DOMAT. En outre, la mention du transfert de propriété et de la charge des risques dans les mêmes dispositions ne peut suffire à justifier un lien de dépendance [869]. C'est trop facile de déduire la règle *res perit domino* de la présence de ces concepts dans un même texte. Il est certes normal de le faire, mais l'on ne doit s'en contenter que lorsque le texte concerné paraît vraiment ambigu.

270. Le résultat de cette approche. Cet empressement de la doctrine à l'égard du droit romain conduit à la dénaturation évidente non seulement du sens de l'ancien article 1138, mais du système même du Code civil en général. Cette disposition n'a pas bénéficié d'un examen de près. La règle *res perit domino* règne de façon artificielle dans les contrats translatifs de propriété [870]. Il est rappelé ci-dessus qu'elle ne peut constituer une consécration de la doctrine du droit naturel [871]. Il ressort en effet des développements précédents que cette doctrine n'a nullement promu un lien de dépendance entre la charge des risques et le transfert de propriété. Il est rappelé, d'ailleurs, que le contexte de la règle *res perit domino* ne suppose pas le transfert de propriété [872]. Celle-ci ne convient par conséquent qu'au

---

868 J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4e éd., Les Éditions Thémis, 2001, n° 418, p. 716.

869 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 13, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, Librairie A. Marescq, Aîné, 1878, n° 208 : « *en déduire que le créancier supporte les risques parce qu'il est propriétaire, c'est faire dire à loi ce qu'elle ne dit point.* »

870 Civ. 1re, 10 octobre 1995, *D*. 1995, IR, p. 246.

871 M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, p. 564 : « *Leur opinion* (de l'école du droit naturel) *a été suivie par les rédacteurs du Code civil, comme le montre la solution donnée par eux pour les autres contrats synallagmatiques. Si l'article 1138 met les risques à la charge de l'acheteur, c'est par une conséquence de l'adoption par le Code de la nouvelle règle du transfert de propriété par le seul consentement, rapprochée de la maxime* res perit domino*, consacrée par notre ancien droit.* »

872 E. GAUDEMET, H. DESBOIS et J. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1965, p. 370 : « *Lorsque l'on considère une chose exclusivement comme objet de droit réel, sans aucune obligation y*

… / …

contexte romain ; car, la délivrance dont dépend le transfert de propriété paraît potestative, l'acheteur ne disposant pas d'action en vue de la forcer ; en outre, elle ne s'effectue pas *solo consensu* ; alors que pèse sur l'acheteur la charge des risques dès la formation du contrat [873]. D'où l'indignation des auteurs du droit naturel [874]. Bien que certains d'eux aient fait référence à la règle *res perit domino*, il est improbable que celle-ci soit reçue par l'ensemble des codificateurs.

2. L'improbabilité de la reprise de la règle *res perit domino* par les codificateurs

271. Des considérations. Les codificateurs pourraient-ils se contenter de reprendre la règle *res perit domino* ou *res perit creditori*, telle qu'elle était en vigueur en droit romain, en ne déclarant que la propriété est transférée par la formation du contrat ? Quelle différence y aurait-il, sous l'angle d'équité, entre la règle romaine et le nouveau système, à ne déplacer le droit, dans son aspect immatériel, qu'en vue de justifier l'attribution des risques à l'acquéreur ? En quoi consiste l'équilibre à mettre en balance la charge des risques avec le transfert immatériel de la propriété [875] ? C'est une illusion que de croire que le transfert du droit, sans remise de la chose, est essentiel [876]. Les codificateurs n'ont pas perdu de vue cela ; car ils posent de façon expresse dans leur système que l'absence de la détention matérielle peut compromettre le transfert effectif de la propriété [877]. Le transfert du droit sans la possibilité d'obtenir la remise matérielle de son objet n'aurait reçu sous aucun prétexte l'adhésion de la doctrine du droit naturel [878]. Or, il ne peut être contesté que les codificateurs aient suivi

---

relative, l'attribution de perte ou de détérioration est facile : la perte est pour le titulaire du droit, res perit domino. » ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 13, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, Librairie A. Marescq, Aîné, 1878, n° 208.

873 E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, présentation de D. MAZEAUD, Dalloz, 2004, p. 374 : « *Le transfert ne peut résulter que d'un acte spécial, mancipation,* in jure cessio *ou tradition. Jusque-là l'acheteur n'est que créancier. Et pourtant les risques sont à sa charge dès le contrat.* »

874 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, 3e éd., Éditions Montchrestien, 1966, n° 1117 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, tome 2, vol. 1er, Sirey, 1965, n° 289, p. 258 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4e éd., Les Éditions Thémis, 2001, n° 418, p. 716.

875 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 203 : « *[…] le déséquilibre apparent disparaît si l'on met en regard de l'obligation de payer le prix, non pas l'obligation de délivrance, mais l'obligation de transférer la propriété. L'article 1138 prend alors tout son sens.* »

876 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 24, éd., Auguste Durand et L. Hachette, 1868, n° 399 : « *Il faut que le débiteur livre la chose au créancier ; et c'est à peine, en vérité, s'il était nécessaire de mentionner ce premier effet de l'obligation de donner ; car, pour exercer un droit sur une chose, il faut bien que nous l'ayons à notre disposition !* ».

877 Ancien art. 1141 du Code civil. Le nouvel article 1198 issu de la réforme de 2016.

878 G. CORNU, obs. sur Com. 19 mars 1963, *RTD civ.* 1963, p. 515, n° 2 : « *Lorsque la livraison n'a pas eu lieu par la faute de l'acquéreur (en demeure de la retirer), l'équité naturelle commanderait de lui laisser, en plus des risques, la charge de prouver la faute du vendeur (distinction esquissée, au moins pour les risques, par Pufendorf, Le droit de la nature et des gens, livre V, § 3).* »

cette opinion doctrinale. Ils ont perçu que l'action en faveur de l'acquéreur pour forcer la remise matérielle de la chose était le credo de cette doctrine [879] ; Autrement dit, la délivrance devrait, aussi bien pour cette doctrine que pour les codificateurs, constituer une obligation.

272. L'approche inefficace. Se reporter au passé dans la recherche du sens d'un texte juridique n'est pas en soi une technique inappropriée. Il est tout à fait normal de le faire, c'est d'ailleurs la meilleure façon. Cependant, l'efficacité de cette approche s'est avérée nulle en l'occurrence. Elle consiste particulièrement ici à reprendre un concept du passé sans interrogation sur sa compatibilité avec le nouveau système. Cette technique s'est révélée, en l'espèce, déroutante [880]. D'une part, elle dissuade les auteurs de s'arrêter, du moins assez longtemps, sur le texte même de l'ancien article 1138 du Code civil. Le regard de la doctrine est porté directement sur le droit romain, l'Ancien droit français étant considéré comme la simple reprise de celui-ci. D'autre part, elle exclut de ce regard la nuance essentielle de la critique formulée, en la matière, par la doctrine du droit naturel à l'endroit du droit romain, et incontestablement retenue par le Code civil. En somme, elle anéantit tout effort de synthèse fourni par les codificateurs.

273. La cause du regard général tourné vers le droit romain. Les premiers commentateurs de l'ancien article 1138 ont pu orienter toute la doctrine vers les maximes issues du droit romain, et ainsi faire répandre, sans aucune base, la *res perit domino* dans le nouveau système. Il en résulte une dénaturation évidente du sens de la règle placée dans ce texte par les codificateurs. On ne peut que s'étonner qu'un texte issu du Code civil, en l'occurrence l'ancien article 1138, puisse être considéré comme le siège d'une dépendance entre l'attribution des risques à l'acquéreur et le transfert de propriété, permettant la propagation d'une telle solution dans les contrats translatifs de propriété [881].

---

879 Voir à ce propos, la pensée de POTHIER rapportée par : M. LARROMBIÈRE, *op. cit.*, art. 1138, n° 23 : « *Et voici comment* POTHIER *répond à l'objection tirée de la règle,* res perit domino *: "cette maxime reçoit application lorsqu'on oppose le propriétaire à ceux qui ont la garde ou l'usage de la chose ; en ce cas la chose périt pour le propriétaire… Mais lorsqu'on oppose le propriétaire débiteur d'une chose, ou créancier de cette chose, qui a une action contre le propriétaire pour se la faire livrer, en ce cas la chose périt pour le créancier, plutôt que pour le propriétaire qui, par la perte de la chose, est libéré de l'obligation de livrer."* »

880 E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, présentation de D. MAZEAUD, Dalloz, 2004, p. 372 : « *On n'a voulu faire intervenir des principes du droit romain très difficiles à justifier rationnellement et admis par le droit romain lui-même à titre exceptionnel et pour des raisons historiques. On a ainsi faussé le sens et la portée d'application de l'article 1138, en elle-même très simple et très logique […].* »

881 A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, tome 2, Dalloz, 1959, n° 877 ; O. DESCHAYES, « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, mai 2009, n° 87 : « *Il convient […] de rappeler que l'affirmation suivant laquelle le transfert des risques est une conséquence tirée par l'article 1138 du Code civil du transfert de la propriété n'a pas toujours été aussi largement reçue qu'aujourd'hui.* »

274. À propos de la reformulation issue de la réforme de 2016. La reformulation de cette liaison en 2016, à l'occasion de la réforme du droit des contrats, atteste, quoi que l'on puisse dire, que la règle *res perit domino* résulte d'une dénaturation de la pensée des codificateurs. Cette nouvelle formulation simpliste ne saurait en effet échapper aux rédacteurs du Code civil si leur pensée devait être ainsi traduite. De même, la fréquence de la clause de retardement des transferts de propriété et de la charge des risques reflète l'écart entre la vision des auteurs du Code et le droit positif [882]. Car, il en résulte que la règle *res perit domino* est loin de la pratique ; les codificateurs n'étaient pas aussi moins prévoyants, ou maladroits. Ceux-ci établissent d'ailleurs de façon générale une dissociation assez nette entre le transfert de propriété et la charge des risques.

B. La généralité inaperçue de la dissociation de la charge des risques du transfert de propriété dans le Code civil

275. L'absence de la règle res perit domino dans le Code civil en général. L'organisation du système du Code civil démontre par elle-même que la charge des risques est bien dissociée de la question du transfert de la propriété. L'observation des règlementations relatives aux contrats de vente (1), de donation et d'échange (2), contrats considérés comme translatifs de propriété par essence, révèle suffisamment que les deux questions sont envisagées de façon séparée.

1. Dans la règlementation du contrat de vente

276. La logique. Toute tournée vers le droit romain, concernant la question des risques, l'attention de la doctrine ne semble pas assez fixée sur le contenu général du Code civil. On observe en effet qu'il ressort en général du Code civil que la charge des risques est dissociée du transfert de la propriété. La règle *res perit domino* doit sans doute sa présence dans le nouveau système à sa transposition hâtive dans l'ancien article 1138, due aux considérations excessives accordées à la recherche de l'existence des maximes issues du droit romain dans le Code civil de 1804. Aucune autre disposition que celle de l'ancien article 1138 ne peut recevoir une interprétation en faveur de la règle *res perit domino* dans le système de ce Code. Ce qui n'est pas sans pertinence dans l'interprétation d'un système juridique. Il est donc surprenant que la quasi-inexistence de la réunion, au sein d'une même disposition, des questions des risques et du transfert de la propriété, ne donne lieu à aucune analyse écartant la règle *res perit domino* du système du Code civil.

---

882 R. BONHOMME, « La dissociation des risques et de la propriété », *in Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 69, n° 9 : « *Les obstacles conventionnels au transfert immédiat de la propriété et des risques ont connu, quant à eux, un formidable développement avec le succès plus récent de la clause de réserve de propriété.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 899 : « *La règle est gênante et souvent écartée.* »

277. Les articles 1583, 1624 et 1138 ancien. L'article 1583 du Code civil reprend l'alinéa 1er et la partie de l'alinéa 2 de l'ancien article 1138 concernant le moment du transfert de la propriété [883], sans égard à l'attribution de la charge des risques [884]. En effet, aux termes de l'article 1583, la vente « […] *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.* » [885] On prétend pourtant que la vente constitue le domaine d'élection de la règle *res perit domino* ; or, la réglementation de ce contrat ne mentionne nullement cette règle. On déduit, dans la vente, l'existence de cette règle du renvoi qui résulte de l'article 1624 du Code civil aux dispositions générales [886]. Celui-ci dispose que : « *la question de savoir sur lequel, du vendeur ou de l'acquéreur, doit tomber la perte ou la détérioration de la chose vendue avant la livraison est jugée d'après les règles prescrites au titre* Des contrats ou des obligations conventionnelles en général. »

278. Le rejet d'une éventuelle objection. L'article 1624 rejette l'éventuelle objection que les dispositions particulières se bornent à reprendre la cause de la charge des risques. On ne peut retenir la cause et renvoyer à une autre disposition en ce qui concerne l'effet. Il est en clair déclaré, dans la réglementation de la vente, que la formation de ce contrat emporte le transfert de la propriété, mais que la question de la charge des risques, avant la remise de la chose, est résolue selon les dispositions générales. Ainsi, ce n'est pas moins décisif que les deux questions sont séparées. La détermination de la partie contractante devant supporter les risques est envisagée dans la vente en considération de l'obligation de livraison, mais non du transfert de la propriété. Cette remise, comme il sera démontré ci-dessous, peut dépendre soit de l'acquéreur, soit du vendeur. À l'inverse, l'article 1585 du Code civil

---

883 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 251.

884 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n° 4 : « *Cet article* (1583 du Code civil) *ne nous donne pas expressément de solution en ce qui concerne les risques dans la vente mais rappelle la règle du transfert de la propriété* solo consensu. »

885 A. SÉRIAUX, « Res perit domino », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 386, spéc., 390 : « *[…] faisant retour sur les dispositions relatives à la vente, on le rapproche de celui, fort net au contraire, de l'article 1583, il en résulte qu'en matière de vente, le transfert de la propriété du bien vendu est acquis à l'acheteur dès la formation du contrat par l'échange des consentements, alors même que la chose promise ne lui a pas encore été livrée, et qu'audit transfert s'adjoint de plein droit la charge des risques liés à la perte fortuite de la chose due. Telle est en tout cas l'interprétation communément reçue en doctrine.* »

886 M. DURANTON, *Traité de la vente et de l'échange, suivant le Code civil*, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 244 ; A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, tome 2, *Obligations, Théorie générale des droits réels principaux*, Dalloz, 1959, n° 887 ; A. SÉRIAUX, *loc. cit.*, spéc., 390 : « *C'est à propos de la vente que l'adage* res perit domino *est le plus souvent rappelé. Le Code civil n'en dit mot, mais en son article 1624 il précise que sur " la question de savoir sur lequel, du vendeur ou de l'acquéreur, doit tomber la perte ou la détérioration de la chose vendue avant la livraison ", il faut se reporter au droit commun des contrats. Or l'article 1138, auquel il est renvoyé, dispose, au sein d'une section consacrée à l'obligation de donner, que […].* » ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LÉCYER, *Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 11215 ; O. BARRET, « Vente », in *Répertoire de droit civil*, 2012, n° 15.

envisage la question de la charge des risques dans la vente de choses de genre, sans égard à celle du transfert de la propriété. Il en est de même dans les contrats de vente et d'échange.

2. Dans les règlementations relatives aux contrats de donation et d'échange

279. L'absence totale de la question des risques. Aucune référence n'est faite à la question de la charge des risques à l'article 938 du Code civil, dont il ressort que « *la donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition* ». Ici, il est envisagé exclusivement la question du transfert de la propriété. Le mécanisme du transfert de la propriété est presque identique à celui posé à l'ancien article 1138 et repris au nouvel article 1196 du Code civil. Le transfert de la propriété ne résulte pas de la tradition. La seule différence, c'est que la donation est par principe un acte notarié. Le transfert de la propriété découle de cet acte authentique. En revanche, aucune référence n'est faite aux dispositions générales qui concernent la charge des risques. Or, la donation avec charge crée aussi des obligations réciproques. La question de la charge des risques est y aussi pertinente que celui du transfert de la propriété. Les mêmes observations peuvent se faire à propos de la réglementation de l'échange, auquel s'appliquent d'ailleurs les règles relatives à la vente [887]; il n'y est aussi repris que le moment du transfert de la propriété [888]. Les codificateurs prennent le soin de rappeler, dans la quasi-totalité des contrats translatifs de propriété, le moment où ce droit est transmis, sans suggérer la question de la charge des risques.

280. Conclusion. En définitive, si la charge des risques et le transfert de la propriété étaient vraiment intimement liés, le rappel de l'un devrait s'assortir de celui de l'autre ; il n'est pas inélégant que ce soit ainsi. Or, en dehors de l'ancien article 1138, le Code civil envisage la charge des risques et le transfert de la propriété dans des dispositions distinctes. Là où la question du transfert de la propriété est traitée, celle de la charge des risques est absente ; et inversement. Dans l'ancien article 1138 du Code civil, le moment du transfert de la propriété est annoncé, au même titre que celui où les risques sont par principe à la charge de l'acquéreur. Cependant, il est évident que la règle *res perit domino* ne constitue pas le sens de cette disposition.

§ 2. Le sens de l'ancien article 1138

281. Domat, l'auteur de l'ancien article 1138, alinéa 2. L'ancien article 1138 du Code civil a servi de prétexte à la vulgarisation de la règle *res perit domino* dans les contrats translatifs de

---

887 Art. 1707 : « *Toutes les règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange* ».

888 Art. 1703 du Code civil : « *L'échange s'opère par le seul consentement, de la même manière que la vente* ».

propriété [889]. Il constitue par conséquent la source de la tendance, dans les systèmes juridiques modernes, qui consiste dans le rejet du mécanisme du transfert *solo consensu* de la propriété. Les dispositions de cet article renferment plusieurs règles bien distinctes. Le transfert *solo consensu* y coexiste avec d'autres solutions relatives à la question des risques. En effet, deux grandes hypothèses formulées par DOMAT [890], relatives à l'obligation de délivrance, couvrent l'ancien article 1138, dont l'une qui paraît constitutif d'un principe (A) exclut la question de l'attribution des risques, et l'autre exceptionnelle appelle cette question (B).

A. L'hypothèse de principe excluant la question de l'attribution des risques

282. Principe. Dans l'analyse des dispositions du Code civil relatives à la question des risques, on peut observer qu'il est de façon classique omis de considérer cette hypothèse. Il semble rare d'avoir l'idée que la question des risques peut être inenvisageable dans un contrat vente. Or, l'hypothèse dans laquelle la question de la charge des risques est exclue, constitue un principe. Il convient donc de préciser, dans le Code civil, le siège du principe de l'exclusion de la question des risques (1), avant de démontrer comment le contrat de vente s'exécute dans cette hypothèse (2).

1. Le siège de l'hypothèse dans le Code civil

283. L'hypothèse résultant de l'esprit du Code civil. Cette hypothèse résulte de l'esprit du Code civil de 1804. Contrairement au droit de l'OHADA et à la CVIM, le système du Code civil fait le départ entre l'hypothèse où la question des risques est envisageable, et celle excluant cette question. On a vu que la question de la charge des risques est quasi-absente dans la règlementation issue du Code civil relative notamment au contrat de vente. Le contrat de vente apparaît justement dans le Code civil comme celui où la question des risques est incidemment concevable. Cette conception est différente de celle qui résulte aussi bien du droit de l'OHADA que de la CVIM. Cette différence ne tient pas au caractère international de la vente réglementée par la CVIM, dont s'est inspiré le droit de l'OHADA. Car, à la différence du Code civil, l'on conçoit un transfert des risques là où l'acheteur est déjà mis en possession de la chose. Par voie de conséquence, ces deux instruments juridiques ont consacré respectivement un nombre important de dispositions à la question

---

889 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 360 : « *[...], rien ne permet d'établir un lien logique et irréfutable entre la propriété et les risques, entre le transfert de la proriété et le transfert de la charge des risques.* »

890 *Loix civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, Livre préliminaire, 1re Partie, Livre premier, Titre II. Du contrat de vente, Section 7, p. 138.

de la charge des risques dans la règlementation du contrat de vente [891] ; le contrat de vente est ainsi considéré comme celui dans lequel la question des risques est de principe. Celle-ci est de nos jours, aussi bien dans les manuels que dans les codes, systématiquement intégrée dans les effets du contrat de vente [892]. On a vu la redondance dont cette conception se trouve à l'origine dans les règlementations relatives à la charge des risques.

284. L'esprit de l'ancien article 1138 du Code civil. Ainsi, l'hypothèse de contrat de vente excluant la question des risques découle de l'esprit du Code civil de 1804. De la même façon qu'elle ressort des écrits de DOMAT [893], cette hypothèse ne se rencontre pas dans les termes du texte de l'ancien article 1138 du Code civil ; mais elle se dégage de son esprit ; on peut d'ailleurs l'observer dans les travaux préparatoires du Code civil [894]. Il s'agit de celle où la question de la résolution de la charge des risques s'avère absolument inconcevable : c'est l'hypothèse en matière de vente en disponible traditionnelle [895], c'est-à-dire de vente pure et simple [896], ou encore de vente au comptant. L'hypothèse exceptionnelle dont il s'agira ci-dessous illustre par contrecoup assez bien l'inconcevabilité de principe de la question de l'attribution de la charge des risques dans les contrats qui porte sur le transfert de la propriété. La quasi-inexistence de la question des risques dans la réglementation du Code

---

891 Pour la CVIM : les articles 66 à 69 et 79. Pour l'OHADA : les articles 277 à 280 et 294 de l'Acte uniforme portant droit commercial général.

892 Pour le droit de l'OHADA : le titre 4 de l'Acte uniforme portant droit commercial général.

893 DOMAT, *Loix civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, Livre préliminaire, 1re Partie, Livre premier, Titre II. Du contrat de vente, Section 7, p. 138, n° 2 : « *Tous les changements qui arrivent après que la vente est accomplie, regardent l'acheteur ; et si la chose périt avant même la délivrance, il en souffre la perte et ne laisse pas d'être obligé d'en payer le prix ; et il profite aussi de tous les changements qui la rendent meilleure. Car après la vente la chose est regardée comme étant à lui, et le vendeur n'en demeure saisi que de son consentement, et pour la lui remettre.* »

894 GRENIER, « Discussions devant le corps législatif », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 184 et suiv.

895 CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, tome 3, 4e éd., LGDJ, 1906, n° 144 : « *On donne généralement ce nom aux ventes portant sur des marchandises qui, se trouvant sur les lieux, peuvent être mises immédiatement ou dans un délai très bref à la disposition de l'acheteur, de telle façon que celui-ci peut les examiner. On oppose aux ventes en disponible les ventes à livrer.* » ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 931 : « *En principe, l'époque de la délivrance est celle de la formation du contrat, car dès ce moment les contractants sont liés et doivent exécuter leurs obligations, le vendeur notamment son obligation de délivrance. La vente de marchandises en gros qui doivent être ainsi livrées immédiatement se nomme vente en disponible ou vente de disponible.* » ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n° 81.

896 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n° 81 : « *En principe toutes les opérations matérielles auxquelles on peut donner un rôle dans le transfert des risques sont concomitantes. L'échange des consentements, l'individualisation, la livraison et la délivrance se réalisent en un temps réduit et on ne peut réellement les séparer. C'est le cas du particulier achetant, après l'avoir essayé, un vêtement, le payant et l'emportant. C'est la "vente emporte" du commerce de détail pratiquée aussi entre commerçants lorsque l'acheteur se rend chez son fournisseur où la marchandise est mise à part en sa présence et chargée aussitôt sur ses camions. Dans cette hypothèse, le critère retenu de la cause du transfert des risques ne présente guère d'intérêt : quel qu'il soit on parvient à la même solution.* »

civil relative à ces contrats, procède de cette idée. L'exécution du contrat ne laisse aucune place à la question de la charge des risques.

2. L'exécution du contrat de vente dans cette hypothèse

285. L'exécution instantanée de la vente. Le principe est que la chose se trouve à la disposition de l'acquéreur avant que le contrat ne soit formé [897]. C'est l'idée de principe, puisque la vente pure et simple demeure la vente traditionnelle [898] ; c'est là la conception originale de la vente, et qui prévaut largement dans le système du Code civil [899]. L'acquéreur paie le prix, et retire en contrepartie immédiatement la chose : donnant-donnant [900]. Peuvent assez bien illustrer l'hypothèse, les ventes en boutiques, dans lesquelles l'acquéreur accepte le prix par le retirement de la chose avant de passer à la caisse. C'est la conception de principe de la vente en matière civile, ou de corps certain. La chose est supposée se trouver, lors de la formation du contrat, sous la disposition de l'acquéreur. On ne peut ainsi se préoccuper de la question de la charge des risques [901]. La conception de l'attribution des risques comme une opération de transfert omet cette hypothèse. Contrairement à la conception des codificateurs, là où l'acquéreur se trouve mis en possession, l'on voit un transfert des risques.

---

897 *Jurisclassseur civil*, art. 1136 à 1145, fasc. 10, n° 12 : « *Une obligation peut […] être exécutée quasi instantanément après son apparition : ainsi le paiement dans la vente au comptant.* »

898 M. KONSTANTINOVITCH, *"*Le periculum rei venditæ*" en droit romain*, thèse Lyon, Imprimerie Bosc Frères & Riou, 1923, p. 76 : « *Il est dans la nature du contrat de vente d'être exécuté immédiatement. Si la chose est livrée au moment du contrat et périt immédiatement après sa livraison, tout le monde est d'accord que le risque sera pour l'acheteur ; il doit en être de même si la livraison a été ajournée sans la faute du vendeur.* »

899 R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises, Études de droit commercial*, Dalloz, 1951, p. 161, n° 8 : « *L'objet de l'obligation de délivrance par exemple se confond avec la chose vendue […]. De même, le lieu de la délivrance n'est autre que celui du transfert de la propriété, c'est-à-dire le lieu où se trouvait la chose vendue au temps de la vente (art. 1609). La délivrance doit se faire au moment convenu par les parties ; elle doit être immédiate en l'absence de clause particulière, le vendeur étant tenu dès le contrat de se dessaisir d'un bien dont il n'est plus propriétaire.* » M. FONTAINE, « Les contrats internationaux à long terme », in *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 263, spéc. 264 : « *La codification napoléonienne paraît surtout conçue pour les contrats simples, rapidement exécutés […], qui caractérisaient l'économie pré-industrielle du XIXe siècle.* »

900 W. DROSS, « Le transfert de propriété en droit français », *RDC* 2013/4, p. 1694, n° 1 : « *La question du transfert de propriété appelle spontanément une représentation intellectuelle simple, celle de la vente instantanée d'un bien corporel meuble. Le contrat se forme par un échange de consentements et s'éteint concomitamment par l'exécution immédiate des obligations : le prix est payé et la chose remise au même instant.* »

901 Ph. LE TOURNEAU, J. FISCHER et E. TRICOIRE, *Principaux contrats civils et commerciaux*, Ellipses, 2005, p. 331 : « *La question des risques ne se pose pas dans les plus anciens droits, où la vente est toujours au comptant ; le transfert du droit de propriété est simultané au paiement du prix et à la remise de la chose. Or, la question du transfert des risques n'est posée que s'il existe un décalage entre d'une part, le transfert du droit de propriété et du risque ; d'autre part la livraison de la chose.* »

286. L'exécution de la délivrance. En effet, il n'y a aucun doute ici sur le caractère *solo consensu* de la délivrance ; celle-ci s'effectue concomitamment avec le transfert du droit sur la chose par le même consentement [902]. Cette exécution de la délivrance est d'ailleurs rappelée dans le discours prononcé par le tribun GRENIER devant le corps législatif. Celui-ci mentionne dans son discours qu' « *il est* […] *des cas où il n'y a pas à distinguer dans la vente son accomplissement du consentement qui l'a fait naître* […] » [903]. En ce cas, les effets de l'aliénation se trouvent épuisés instantanément [904] ; le pouvoir abstrait, la délivrance ainsi que le pouvoir matériel sont en entier transmis de façon immédiate. Il en résulte que la question de la charge des risques n'est point imaginable. Cette question ne peut plus être à l'ordre du jour après que le contrat n'est plus en vigueur. Autrement dit, si la chose vient à périr ou être détériorée, c'est-à-dire après l'épuisement du contrat, il ne s'agit plus de la question de risques.

Les codificateurs n'ont rien rendu ambigu ici ; ils avaient bien dans leur pensée que la question des risques n'est concevable que dans l'exécution des contrats. Car, aucun intervalle de temps, susceptible de permettre la survenance d'un risque, n'existe entre la formation du contrat et l'épuisement des effets de celui-ci. La détérioration ou la perte de la chose au cours de la conclusion du contrat a plutôt pour effet d'influer sur celle-ci, mais ne constitue aucun risque en termes de contrat. Elle peut, soit empêcher la formation du contrat, soit autoriser l'acquéreur à abandonner le contrat envisagé, ou à réduire le prix initialement normal [905]. Dans le système du Code civil, l'inconcevabilité de la question de la charge des risques se trouve sous-entendue dans les articles 1138 ancien, et 1585 [906], en tant que hypothèse de principe. En effet, dans le cadre du premier article, l'hypothèse exceptionnelle résulte de la volonté des parties : soit l'acquéreur consent à la conservation de la chose par l'aliénateur après la formation du contrat, soit celui-ci retarde la remise matérielle. Dans le cadre du deuxième texte, l'hypothèse exceptionnelle découle de l'état de la chose qui constitue un obstacle à la mise à disposition immédiate.

---

902 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n° 81.

903 GRENIER, « Discussions devant le corps législatif », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 185.

904 J. GHESTIN (sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LÉCYER, *Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 11156 : « *Contrat instantané par excellence, la vente est bien souvent conclue, voire exécutée, en un trait de temps : courses à faire chaque jour, coup de cœur chez le brocanteur…* »

905 Article 1601 du Code civil : « *Si, au moment de la vente, la chose vendue était périe en totalité, la vente sera nulle. Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par ventilation.* »

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

287. Conclusion. Il est naturel, dans le contrat de vente, que le principe consiste dans le transfert matériel instantané de la chose à l'acquéreur ; la chose vendue est censée se trouver à la disposition de celui-ci lors de la formation du contrat. C'est du moins la volonté supposée des contractants. Aussitôt le contrat formé, l'acquéreur obtient la maîtrise matérielle de la chose. La vente à livrer ou, en général, celle dans laquelle la chose se trouve, après la formation du contrat, sous la détention de l'aliénateur, est circonstancielle ; autrement dit, elle constitue une hypothèse exceptionnelle. Il s'ensuit que la charge des risques est envisagée à titre exceptionnel dans l'ancien article 1138 en particulier et dans le Code civil en général.

B. L'hypothèse exceptionnelle de la question des risques

288. Le domaine restreint de l'ancien article 1138. Il est évident que la question de la charge des risques intervient à titre exceptionnel dans l'ancien article 1138 du Code civil. Il paraît nécessaire d'examiner au préalable la structure générale de cette disposition (1), qui renferme deux règles distinctes. Il en sera ensuite déduit la façon dont l'association des risques à l'obligation de délivrance, formulée par DOMAT, y est transposée (2).

1. La structure de l'ancien article 1138

289. La décomposition du texte de l'ancien article 1138. L'association de la question des risques à l'obligation de délivrance est faite ingénieusement dans l'ancien article 1138 du Code civil. Il n'en demeure pas moins cependant qu'on puisse s'interroger sur l'équivoque tant décriée de ce texte [907], qui autorise le triomphe de la règle *res perit domino*. C'est en effet ahurissant que la vulgarisation de cette règle dans le nouveau système tire sa source de ce texte, d'autant qu'elle semble complètement ignorée par le Code civil. Il ressort non seulement de ce Code en général, mais aussi en particulier des termes mêmes de l'ancien article 1138 que l'attribution des risques à l'acquéreur et le transfert de la propriété sont assez nettement séparés [908]. La forme des dispositions de l'ancien article 1138, du moins si

---

907 C.-B.-M. TOUILLER et J.-B. DUVERGER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, tome 4, 6e éd., F. Cotillon et Jules Renouard, 1812, n° 459 ; M. DURANTON, *Traité des obligations conventionnelles en général, suivant le Code civil*, tome 1, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 420 : « *[…] quand ce même article ajoute que la chose est aux risques du créancier dès l'instant où elle a dû être livrée, il s'exprime d'une manière équivoque ; car ces mots disent tout aussi bien que les risques sont à la charge du créancier seulement à partir du moment où la livraison a dû lui être faite, qu'ils n'expriment que les risques sont pour lui dès l'instant où a commencé, pour le débiteur l'obligation de livrer la chose, n'importe l'époque où la livraison a dû avoir lieu d'après la convention.* » ; W. DROSS, « Le transfert de propriété en droit français », *RDC*, octobre 2013, n° 23.

908 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, vol. 24, éd., Auguste Durand et L. Hachette, 1868, n° 424, p. 408 : « *Le texte, […] même littéralement pris, ne conduit pas à cette conséquence ; ce qui en résulte, c'est que, l'article 1138 tranche les deux questions en même temps ; mais a-t-il entendu les subordonner l'une à l'autre, et les unir par un lien de dépendance ? Voilà ce qui ne nous paraît nullement démontré.* »

elle est bien observée, paraît porteuse de cette séparation ainsi que la liaison de la charge des risques à l'obligation de délivrance.

290. L'exigibilité des obligations. L'alinéa 1er de l'ancien article 1138 dispose en effet que : « *l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.* » Ici, il est rappelé à quel moment le créancier de l'obligation de livrer est en droit, à moins de convention contraire, d'en réclamer l'exécution ; il ne s'agit pas là, contrairement à certains auteurs [909], de l'exécution de l'obligation de livrer. C'est une insistance sur le moment à compter duquel la livraison revêt un caractère obligatoire, que font ici les rédacteurs du Code civil ; car l'on sait que cette disposition ne reprend pas le consentement en tant que condition de validité de contrat, mais à titre de rappel de sa force, et par conséquent de complément de l'ancien article 1134 du Code civil. Cela va du style des codificateurs de mettre en relief les éléments caractéristiques de leur système à l'égard du droit romain. Et la force obligatoire du contrat en constitue un.

291. Séparation de la charge des risques du transfert de la propriété. Aux termes du 2e alinéa, « *elle* (l'obligation de livrer) *rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.* » Il y a lieu de déplorer l'infidélité de certains auteurs à l'égard de la structure de cette disposition dans l'analyse qu'ils en ont donnée [910]. Ce texte est constitué de plusieurs propositions coordonnées, dont

---

[909] G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : les obligations*, tome 2, vol. 1er, Sirey, 1965, n° 289, p. 258 : « *L'acquéreur supporte la perte de la chose et doit donc en payer le prix parce qu'il n'a pas à se plaindre d'une inexécution de l'obligation du vendeur : celle-ci a été en effet exécutée au moment même de sa naissance puisque "l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes" […].* » ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 399 : « *Le texte de principe est l'article 1138 relatifs aux effets de l'obligation de donner en général. "*L'obligation de livrer la chose est parfaite*" (al. 1er). "*Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée*" (c'est-à-dire dès le moment où est conclu le contrat qui a fait naître l'obligation de livrer), "*encore que la tradition n'en ait point été faite…*" (al. 2), ce qui exclut la nécessité de toute tradition, effective ou simulée.* » ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1617 ; J.-P. CHAZAL et S. VINCENT, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ.* 2000, p. 477, n° 9 : « *[…], les rédacteurs du code ont voulu dire que l'obligation de livrer était juridiquement accomplie* solo consensu*, par une tradition civile.* »

[910] Voir par exemple : F. LECLERC, *op. cit.*, n° 249 : « *Cette règle, exprimée sous l'adage "* res perit domino *" résulte de l'article 1138 du Code civil dont l'alinéa 1 pose que le consentement des parties contractantes rend la vente parfaite, ce qui, ajoute l'alinéa 2, "*rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques et périls dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite*". C'est donc sur l'acheteur que normalement pèsent les risques dès la conclusion du contrat. Ainsi donc doit-il acquitter le prix quand bien même la chose aurait péri.* » ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 399 ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 901 : « *Ainsi en dispose l'article 1138, al. 2, aux termes duquel, par le seul échange des consentements, l'acheteur devient propriétaire, ce qui "*met la chose à ses risques *…,* encore que la tradition n'en ait point été faite*…". C'est la règle* res perit domino. »

il ressort assez nettement que le transfert de la propriété est isolé [911] ; celui-ci se trouve dans une proposition bien distincte, reliée au reste de la phrase par la conjonction « *et* » : « *elle rend le créancier propriétaire* […] » [912]. Là se termine la résolution de la question du transfert de la propriété [913] ; c'est le créancier qui devient propriétaire [914], ce n'est pas l'inverse ; en outre, la qualité de propriétaire acquise par le créancier n'est, dans cette disposition, susceptible d'être affectée d'aucune condition.

292. L'organisation exclusive de la charge des risques. La suite de la phrase traite exclusivement de la charge des risques, dont le moment varie suivant les circonstances [915]. En effet, « *elle* […] *met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée* […]. » [916] Surtout ce segment, comme l'ont fait observer certains auteurs [917], a subi le plus d'arbitraire de la part

---

911 M. DURANTON, *Traité des obligations conventionnelles en général suivant le Code civil*, tome 1, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 417.

912 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome 1er, Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1897, n° 424 : « *Le législateur dit que l'obligation de livrer produit deux résultats : 1° elle rend le créancier propriétaire ; 2° elle met la chose à ses risques. Mais il ne dit pas que ce deuxième effet soit une conséquence du premier ; il ne dit pas que les risques sont à la charge du créancier, parce qu'il est devenu propriétaire.* »

913 On peut voir à titre d'illustration un découpage artificiel de la phrase chez ces auteurs : H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, 3e éd., Éditions Montchrestien, 1966, n° 1118 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1614 : « *La pensée des rédacteurs eût été plus clairement exprimée s'ils avaient divisé le deuxième alinéa de l'article 1138 : "*Elle rend le créancier propriétaire*", ce qui signifie que, dès la conclusion du contrat, la propriété est transférée à l'acquéreur ; puis, traitant la question des risques : "(*Elle*)* met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée*".* »

914 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 13, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, Librairie A. Marescq, Aîné, 1878, n° 208 : « *[…] l'article 1138, tout en disposant que le créancier devient propriétaire et qu'il supporte les risques, ne met pas ces deux principes dans la relation de cause et d'effet ; en déduire que le créancier supporte les risques parce qu'il est propriétaire, c'est faire dire à la loi ce qu'elle ne dit point.* » Dans le même sens : F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 360, p. 400.

915 Voir la confusion entretenue par certains auteurs : H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1617 : « *Dans le second alinéa, les rédacteurs ont mêlé la question du transfert de propriété et celle des risques. À lire cette disposition, comme à lire les explications de Bigot de Préameneu, on pourrait croire que l'acquéreur ne devient pas propriétaire au jour du contrat, mais seulement au jour prévu pour la livraison. Il n'en est rien ; la confrontation des articles 938 et 1583 démontre à l'évidence, que la livraison est étrangère au transfert de propriété.* »

916 Voir la même analyse : F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 361 : « *Il est bien indiqué par l'article 1138 que "l'obligation de livrer", dès l'instant où elle a dû être exécutée, met les risques à la charge du créancier (de cette obligation). À bien lire le texte, cet article 1138 énonce donc plus la règle* res perit creditori *qu'il n'énonce celle de* res perit domino. »

917 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 3, *Les biens*, avec le concours de M. PICARD, LGDJ, 1926, n° 620 : « *Presque tous les commentateurs pensent que les mots "*dès l'instant où elle a dû être livrée*" signifient "*dès l'instant où l'obligation de livrer est née*", c'est-à-dire dès le jour même du contrat, parce que la tradition a été due dès ce jour-là. C'est prêter au Code civil, dont le langage est d'ordinaire si simple, un sens bien peu naturel.* » ; F. GORÉ, « Le moment du transfert de

… / …

des interprètes de l'ancien article 1138 du Code civil [918]. Le prénom personnel « *elle* » au début de la phrase représente « *l'obligation de livrer* », tandis que le deuxième — dans la partie « *dès l'instant où elle a dû être livrée* » — représente « *la chose* » [919]. Les termes « *a dû être livrée »* ne se rapportent pas à l'existence de *l'obligation de livrer* [920], mais au caractère livrable de la chose. Car, contrairement à ce que laissent entendre des auteurs [921], ce n'est pas au moment où cette obligation devient parfaite que la chose a dû être livrée. La chose est livrable lorsque sa prise de livraison ne dépend plus que de l'acquéreur. Et le moment où la chose revêt ou non le caractère livrable, constitue celui où la mise à disposition est ou non effective [922] ; cette analyse bien reprise de Domat démontre l'effectivité ou non de l'attribution des risques à l'acquéreur.

---

propriété dans les ventes à livrer », *RTD civ*. 1947, p. 160, spéc. 162 : « *La majorité des commentateurs ont pensé que les mots "*dès l'instant où elle a dû être livrée*" signifient dès l'instant où l'obligation de livrer est née.* »

918 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 2e éd., Sirey, 1933, n° 371 ; J. FLOURT, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 265 : « *La question est réglée par l'article 1138, alinéa 2, qui dispose que l'obligation de livrer "*rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée *(c'est-à-dire dès la conclusion du contrat),* encore que la tradition *(c'est-à-dire la livraison)* n'en ait point été faite*"... Le "*créancier*", c'est celui de l'obligation inexécutable — l'acheteur. En vertu de l'article 1138, alinéa 2, il doit le prix, bien qu'il ne puisse plus obtenir la chose. C'est lui qui supporte les risques.* » Au sens de l'article 1138, alinéa 2, le moment où la chose a dû être livrée n'est pas celui de la formation du contrat. Il est plutôt lié à la volonté des parties ; la chose est livrable lorsqu'il ne dépend plus que l'acquéreur de la retirer, elle ne l'est pas en revanche, lorsqu'il ne dépend pas plus que de celui-ci d'en avoir la maîtrise matérielle.

919 C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, « Coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », LGDJ, 2005, p. 41.

920 *Ibid*., p. 41 : « *Il faut assurément donner aux expressions de l'art. 1138 un sens un peu détourné : "*Dès l'instant où elle a dû être livrée*",-remarquez que "*elle*" se rapporte à la chose — cela doit vouloir signifier : "dès l'instant où a pris naissance l'obligation de livrer".* » ; M. DURANTON, *Traité des obligations conventionnelles en général, suivant le Code civil*, tome 1, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 420.

921 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 265 : « *La question est réglée par l'article 1138, alinéa 2, qui dispose que l'obligation de livrer "*rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée *(c'est-à-dire dès la conclusion du contrat [...]".* » ; M. DURANTON, *Traité des obligations conventionnelles en général, suivant le Code civil*, tome 1, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 438 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 8e éd., Dalloz, 2010, n° 399.

922 Voir l'opinion contraire de certains auteurs : M. DURANTON, *Traité des obligations conventionnelles en général suivant le Code civil*, tome 1, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 422, p. 438 : « *[...], si le débiteur de la chose qui a péri par cas fortuit n'avait pas le droit de réclamer le prix qui lui a été promis, il ne serait pas vrai de dire, comme le fait l'article 1138, qu'elle était aux risques du créancier depuis l'instant où elle a dû lui être livrée, c'est-à-dire à partir du contrat ; car, au contraire, elle eût réellement été aux risques du débiteur, puisqu'il n'aurait rien, ni la chose ni le prix. Ainsi, nous croyons que ce texte, bien interprété, tranche la question en faveur du vendeur, ou de tout autre débiteur d'un corps certain et déterminé.* »

2. Domat, dans l'alinéa 2 de l'ancien article 1138

293. Deux cas dans cette hypothèse. Il convient de rappeler d'abord l'hypothèse en elle-même règlementée à l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil (a), avant de présenter les deux cas qui la composent (b). À cette hypothèse correspond bien celle prévue à l'article L. 132-7 du Code de commerce (c).

a. L'hypothèse règlementée dans l'ancien article 1138, alinéa 2

294. Hypothèse envisageable. Il semble résulter de l'opinion majoritaire que l'effectivité de la délivrance est inimaginable tant que la chose se trouve sous la détention de l'aliénateur [923]. Il est alors démontré ci-dessus qu'en réalité la question des risques n'est pas *ipso facto* envisageable dans les contrats purs et simples de transfert de la propriété. Elle n'apparaît que dans l'hypothèse exceptionnelle, autrement dit, dans celle où la chose se trouve encore après la formation du contrat sous la détention de l'aliénateur ; c'est la seule hypothèse envisageable [924], et qui est par conséquent réglementée à l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil.

C'est, d'ailleurs, ce qui ressort de façon explicite du discours prononcé devant le corps législatif par le tribun GRENIER, aux termes duquel, « *cette disposition* (article 1585 du Code civil) *est en harmonie avec les règles établies dans la section Ire du chapitre II du titre du Code, concernant les contrats ou les obligations conventionnelles, qui explique en général dans quels cas les accidents arrivés à la chose vendue sont aux périls du vendeur ou à ceux de l'acheteur, lorsque la délivrance ne se fait pas dans*

---

923 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, 5e éd., Litec, 1995, n° 1740 : « *Quant le contrat transfère la propriété, notamment dans la vente, les risques passent immédiatement sur la tête de l'acquéreur, créancier de la livraison de la chose. Cela signifie que l'acheteur doit payer le prix convenu, même s'il ne peut plus recevoir la chose qui a été détruite par un événement de force majeure postérieurement au jour de la conclusion du contrat, et avant la livraison. Apparemment, il est fait application de* res perit creditori. » Pour M. DANOS, la charge des risques est bien liée à la livraison, c'est-à-dire ici à la délivrance, mais il ne détermine pas comment celle-ci s'effectue, F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 363 : « *L'article 1138 du Code civil ne lie pas directement les risques à la propriété mais à la livraison de la chose, c'est-à-dire au moment où l'obligation de livrer la chose a dû être exécutée. Le texte même de l'article 1138 subordonne le transfert de la charge des risques à l'obligation de livrer la chose, en précisant que les risques passent au créancier (de la délivrance) dès l'instant où la chose a dû être livrée et que ce créancier a dû en prendre possession ou livraison.* »

924 C'est l'hypothèse qu'un auteur expose pour en déduire cependant la règle *res perit domino* : F. LECLERC, *op. cit.*, n° 248 : « *La problématique est ici la suivante : qu'advient-il si après la formation de la vente, et alors que la chose qui n'a pas été encore payée se trouve entre les mains du vendeur ou d'un transporteur, elle vient à disparaître ou à subir une détérioration suite à un cas fortuit ou de force majeure ? Qui doit supporter ce risque de perte ou de détérioration ? Le vendeur, qui ne pourra réclamer le prix, ou bien l'acheteur qui devra payer alors même qu'il ne recevra pas la chose ou ne l'aura que détériorée ?* » Suivant le Code civil, le fait que la chose se trouve encore postérieurement à la formation du contrat entre les mains de l'acheteur n'explique pas forcement que la délivrance ne s'est pas réalisée. La réponse à la question de savoir s'il ne dépend plus non que de l'acheteur de retirer la chose, détermine qu'il y a eu ou non délivrance.

le même temps que la vente. »[925] On a rapporté précédemment l'extrait de ce discours par lequel ce jurisconsulte laisse entendre qu'il y a un contrat de vente dans lequel la formation du contrat et son exécution s'effectuent par le même consentement. Ce contrat de vente ne fait pas de place en son sein à la question des risques. En revanche, il fournit ici l'hypothèse de vente dans laquelle la charge des risques est envisageable ; autrement dit, celle dans laquelle la remise de la chose sera tardive. On peut néanmoins lui reprocher de sembler confondre ici l'absence de délivrance à toute hypothèse où la chose se trouve encore sous la détention de l'aliénateur. DOMAT formule deux cas constitutifs des composantes de cette hypothèse, lesquels se retrouvent dans l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil.

295. L'hypothèse de litige inéluctable. En effet, reprise de DOMAT[926], l'hypothèse renferme deux cas où la remise de la chose sera tardive : soit, du consentement de l'acquéreur, l'aliénateur demeure détenteur de la chose, soit, celui-ci est à l'origine du retard[927]. Dans l'un ou l'autre cas, le litige est inéluctable en cas de perte fortuite de la chose. Ainsi, l'hypothèse doit être expressément organisée. Il y a eu ou non délivrance suivant ces deux cas. Dans l'extrait de son discours ci-dessus rapporté, le tribun GRENIER n'a pas pu distinguer entre l'effectivité et l'ineffectivité de l'exécution de la délivrance suivant ces cas dont il a pourtant bien fait mention ; il assimile tous les deux cas à l'ineffectivité de la délivrance. Or, on peut observer que le Code civil les distingue de façon parfaite, tel qu'il ressort de la suite de l'aliéna 2 de l'ancien article 1138 : « *elle* […] *met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.* »

b. Les deux cas composant l'hypothèse dans l'ancien article 1138, alinéa 2

296. Cas opposés. Le premier cas (i) traduit l'exécution *solo consensu* de l'obligation de délivrance ; l'aliénateur n'est plus que conservateur de la chose. En revanche, le second cas (ii) correspond à l'inexécution de la délivrance.

---

925 GRENIER, « Discussions devant le corps législatif », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 184. On peut remarquer qu'il confond toutefois ici toutes les hypohtèses où la chose se trouve sous la détention du vendeur à l'absence de délivrance.

926 *Lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, Livre préliminaire, 1re Partie, Livre premier, Titre II. Du contrat de vente, Section 7, p. 138, n° 2 et 3.

927 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 13, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, Librairie A. Marescq, Aîné, 1878, n° 208, p. 269 : « *[…] la question de savoir pour qui elle* (la chose) *périt dépend […] du lien qui existe entre le créancier et le débiteur. L'article 1138 lui-même le prouve ; après avoir dit que la chose est aux risques du créancier, il ajoute qu'elle est aux risques du débiteur si celui-ci est en demeure ; cependant la demeure du débiteur n'empêche pas le créancier d'être propriétaire ; voilà donc un cas où la chose ne périt pas pour son propriétaire.* »

i. Le premier cas

297. La délivrance *solo consensu*. Le premier cas formulé par DOMAT se trouve dans la partie suivante de l'ancien article 1138, alinéa 2 : « *elle* […] *met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite,* […]. » [928] C'est d'ailleurs là qu'apparaît formellement l'expression de la délivrance *solo consensu*. Certains jurisconsultes romains semblent connaître aussi cette formule [929]. La mise à disposition est ici consommée, puisque la chose a dû être livrée [930]. Tel est le cas des porcs vendus, séparés des autres et marqués du signe de l'acheteur qui préfère les retirer plus tard [931]. On a vu que le caractère livrable de la chose ne se conçoit pas en considération du moment où l'obligation de livrer est parfaite ; il est plutôt étroitement lié à l'exécution de celle-ci. En effet, si la chose demeure encore sous la détention de l'aliénateur, *dès l'instant où elle dû être livrée*, c'est bien avec l'accord de l'acquéreur. Cet accord peut être tacite ou exprès. Il est tacite, lorsque l'acquéreur ne manifeste pas son intention d'enlever la chose ; il est en revanche exprès s'il est formel.

298. L'absence du transfert matériel de la chose. Ainsi, l'absence du transfert matériel, — « […], *encore que la tradition n'en ait point été faite,* […] » —, n'enlève rien à l'effectivité de la mise à disposition [932]. Celle-ci s'effectue *solo consensu*, elle est donc consommée en ce sens

---

928 Voir la version de DOMAT précédemment rapportée, mais qu'il convient reprendre ici : DOMAT, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, Livre préliminaire, 1re Partie, Livre premier, Titre II. Du contrat de vente, Section 7, p. 138, n° 2 : « *Tous les changements qui arrivent après que la vente est accomplie, regardent l'acheteur ; et si la chose périt avant même la délivrance, il en souffre la perte et ne laisse pas d'être obligé d'en payer le prix ; et il profite aussi de tous les changements qui la rendent meilleure. Car après la vente la chose est regardée comme étant à lui, et le vendeur n'en demeure saisi que de son consentement, et pour la lui remettre.* »

929 Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 9, Livre IV, Titre XLVIII, p. 140 : l'empereur Gordien écrit ceci à Silurus : « *Lorsque par un contrat non rédigé par écrit, il a été convenu entre l'acheteur et le vendeur d'un certain prix, et que le vendeur n'a mis aucun retard à faire la tradition, il n'est aucun doute que le péril de la chose vendue ne soit à la charge de l'acheteur.* », *Ibid.*, les empereurs Dioclétien et Maximien écrivent à Cérulus : « *L'événement de la mort de l'esclave vendue, arrivée sans la demeure du vendeur avant la tradition, n'est pas à la charge de ce dernier, mais à celle de l'acheteur. Cette esclave étant morte non pour cause d'un vice dont l'origine se rapporte au temps qui a précédé la vente, c'est injustement que l'acheteur refuse d'en payer le prix.* »

930 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 363 : « *À y regarder de plus près, ce n'est donc pas tant la propriété que l'article 1138 lie aux risques — malgré une formulation compliquée — mais la livraison de la chose et plus précisément le moment où cette dernière a dû être faite.* » Dans le même sens : J.-P. CHAZAL et S. VINCENT, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ.* 2000, p. 477, n° 10 : « *Il est impossible […] de reporter le transfert de propriété au moment où la chose doit être livrée, comme l'indique pourtant la lettre du texte et l'exposé des motifs, puisque par hypothèse ce transfert est déjà effectué selon l'alinéa premier.* »

931 Req., 3 mai 1932, *D.H.* 1932, p. 298.

932 La détention de la chose par le disposant n'explique pas forcement l'inexécution de la délivrance. À cet égard, il convient de rappeler l'article 1607 du Code civil, aux termes duquel « *la tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur.* »

que ce n'est pas l'aliénateur qui est à l'origine du retard dans la remise matérielle de la chose [933], ou la mise en possession de l'acquéreur. Autrement dit, rien n'empêche, ici, celui-ci d'enlever sa chose [934]. Par le retard commis dans le retirement de son bien, l'acquéreur charge du coup l'aliénateur de le conserver [935]. La mise à disposition *solo consensu* attribue les risques à l'acquéreur. C'est précisément là, le vœu de la doctrine du droit naturel : il ne dépend plus que de l'acquéreur de détenir matériellement la chose. C'est en cela que consiste la délivrance. Par conséquent, entre la remise matérielle de la chose et sa conservation par l'aliénateur, sa perte ou sa détérioration survenue sans la faute de celui-ci est à la charge de l'acquéreur. Celui-ci supporte alors la perte de la chose en tant que créancier de l'obligation de conservation, mais non de celle de délivrance. C'est là l'hypothèse qui peut être traduite par la règle *res perit creditori* dans le système du Code civil. Celle-ci n'est concevable que lorsqu'il résulte des circonstances que le débiteur, en l'occurrence le vendeur, n'est plus que conservateur de la chose. À la charge du vendeur l'obligation de conservation succède à la délivrance déjà effective. Ce qui est bien différent de la circonstance constitutive du deuxième cas, lequel correspond à l'ineffectivité de la prise de livraison imputable à l'aliénateur.

ii. Le deuxième cas

299. L'inexécution de la délivrance. Le deuxième cas énoncé par DOMAT est celui où l'aliénateur est à l'origine de la remise non immédiate de la chose. Il s'ensuit que la mise à disposition n'est pas encore effectuée, celle-ci s'opérant de façon consensuelle. Le débiteur ne s'est pas acquitté de son obligation, dans la mesure où il n'incombe pas à son

---

933 C'est l'opinion approximative de cet auteur : R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n° 99 : « *Il existe des cas où le retard ne peut être considéré comme fautif : alors qu'une date de livraison était prévue au contrat, les parties peuvent décider d'un commun accord de retarder la réception par l'acheteur. Les risques, pendant ce laps de temps et sauf clause contraire, seront à la charge de l'acheteur, solution qui ne contredit en rien notre opinion sur le rôle de la livraison dans le transfert des risques. Dans cette hypothèse, ce n'est plus la livraison effective qui va déterminer le transfert des risques en les laissant au vendeur avant réception, le vendeur n'a pas entendu reprendre les risques à son compte ; ce serait pénaliser sa volonté. Par conséquent, les risques seront transférés à la date de livraison initialement prévue au contrat.* »

934 J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4e éd., Les Éditions Thémis, 2001, n° 418, p. 716 : « *[…], le créancier de l'obligation de livraison — l'acheteur — était devenu propriétaire de l'objet qui n'avait pu être livré et c'est à ce titre qu'il assumait les risques. La solution n'était pas considérée comme injuste, puisque l'acheteur avait bien voulu laisser l'objet dont il était devenu propriétaire entre les mains du vendeur, en n'exigeant pas de lui qu'il la livrât dès le moment de la formation du contrat : la situation était assimilée à celle d'un dépositaire […].* »

935 M. KONSTANTINOVITCH, *"*Le periculum rei venditæ*" en droit romain*, thèse Lyon, Imprimerie BOSC Frères & RIOU, 1923, p. 76 : « *L'intention du vendeur est d'arriver à l'exécution de la vente aussitôt après sa conclusion. Si immédiatement après la perfection du contrat, le vendeur avait livré la chose, il eût pleinement satisfait à son obligation, et dès lors la perte subséquente de la chose n'aurait pas dispensé l'acheteur du paiement du prix. Il aurait dû remplir son obligation comme le vendeur avait rempli la sienne. Or, il doit en être de même, lorsque le vendeur n'a apporté aucun retard à la tradition de la chose, lorsqu'il n'a dépendu que de l'acheteur de recevoir la délivrance ; […].* »

cocontractant de retirer la chose. L'arrêt de la Cour de cassation du 25 avril 1895 frôle cette solution [936]. En l'espèce, le vendeur a pu livrer deux sur trois bœufs vendus ; il allègue plus tard la mort du troisième qui devrait être livré. Il réclame le paiement du prix de ce bœuf ; les juridictions rejettent cette demande au motif que le vendeur n'a pas rapporté la preuve de la cause de la mort du bœuf, autrement dit, d'un cas fortuit. L'inexécution de la délivrance peut fonder ici aussi le rejet de la demande.

300. L'indice de l'inexécution de la délivrance. Suivant le cas formulé par DOMAT, l'inexécution de l'obligation de délivrance résulte de l'intention manifestée — « […], *à moins que le débiteur ne soit en demeure de livrer* […] » [937] — du créancier de prendre livraison [938]. Par conséquent, les risques sont à la charge de l'aliénateur [939]. En réalité, il s'agit de libération des deux parties contractantes de leurs obligations réciproques lorsque la délivrance n'est pas exécutée, puisque le débiteur ne sera pas tenu d'indemniser l'acquéreur. Seule la disparition de la chose ou sa détérioration apparaît aux yeux des codificateurs, comme dans d'autres hypothèses [940], significative d'une perte [941] ; d'où la référence implicite à la règle *res perit debitori*. L'aliénateur voit son patrimoine réduit par suite de la disparition de la chose ; il ne peut pas en outre récupérer ses dépenses engagées dans la conclusion du contrat. Il apparaît ainsi que le vendeur a subi une double perte. Ce qui se trouve, sans doute, à la base de la perception des risques, dans le Code civil, qui reflète seulement les conséquences directes de la perte de la chose. Or, l'acquéreur a consenti aussi des dépenses en vue de la conclusion du contrat, dont il ne tirera rien en raison de la perte fortuite de la chose. Chaque partie contractante supporte ainsi les risques proportionnellement à l'étendue de son engagement.

---

936 Civ. 25 avril 1895, *D*. 1895, I, p. 212.

937 Voir comment ce cas est exprimé par DOMAT, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, Livre préliminaire, 1re Partie, Livre premier, Titre II. Du contrat de vente, Section 7, p. 138, n° 3 : « *Si les changements qui diminuent la chose vendue ou qui la détruisent entre la vente et la délivrance, arrivent après que le vendeur est en demeure de la délivrer, il en souffre la perte, quand ils arriveraient sans aucune faute, et même par des cas fortuits ; et il perd également la chose et le prix qu'il doit rendre, s'il l'avait reçu. Car si la délivrance avait été faite, l'acheteur aurait pu ou vendre la chose, ou autrement prévenir la perte ; et enfin le vendeur doit s'imputer son retardement.* »

938 Une analyse un peu similaire, F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 364, p. 403 : « *Le pivot de cette articulation en application de laquelle les risques passent soit au créancier, soit au débiteur repose ainsi sur la bonne exécution par le créancier et le débiteur de leurs obligations respectives quant à la livraison de la chose, la charge des risques étant donc complètement indépendante de la question du transfert de propriété. La manière dont l'un et l'autre exécutent leurs obligations respectives relatives à la livraison de la chose ayant seule une incidence sur le transfert des risques de la chose.* »

939 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n° 105 : « *Si l'on choisit la livraison comme moment du transfert des risques, le transfert n'a pas pu se produire et ne se produira que lorsque le vendeur s'exécutera, au fur et à mesure de cette exécution.* »

940 Notamment dans le contrat d'entreprise : les articles 1789 à 1790 du Code civil.

941 Peut-être que la seule conclusion du contrat n'entraîne pas de dépenses significatives à l'époque de l'élaboration du Code civil.

301. La mise en demeure. Certains auteurs qui rattachent la charge des risques au transfert de la propriété confèrent une autre fonction à la « *mise en demeure* » ; ils analysent la mise en demeure en un facteur déclencheur d'une sanction, qui consisterait dans le retour des risques à la charge du vendeur [942]. Suivant leur opinion, les risques seraient à la charge de l'acquéreur dés que celui-ci est devenu propriétaire, et revenus au vendeur à la suite de mise en demeure. Cette analyse semble reprise par l'Ordonnance du 10 février 2016 [943]. Aux termes de l'alinéa 3 de l'article 1196 de cette Ordonnance « *le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure,* […] ». Une telle analyse de l'effet de la mise en demeure non seulement paraît un peu inélégante et déplacée, mais traduit que le rattachement des risques au droit de propriété possède quelque chose d'artificiel [944].

302. Le rôle de régulateur de la mise en demeure. En effet, la mise en demeure ne constitue pas un mécanisme déclencheur automatique de sanction. Au cas contraire, il n'y aurait aucun sens à mettre à la charge de l'aliénateur l'obligation de conservation. Il ne peut être imposé à celui-ci de conserver la chose qui se trouve entre ses mains, alors qu'il est vu, en même temps, une faute dans le fait en soi de conservation. La fonction de la mise en demeure, en l'occurrence, se trouve donc ailleurs. Celle-ci constitue en réalité un mécanisme régulateur de la succession entre l'obligation de délivrance et l'obligation de

---

942 J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 267. A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., « Coll. Domat droit privé », LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 154 : « *Lorsque le vendeur a été mis en demeure de délivrer la chose, l'article 1138 remet les risques à sa charge à titre de sanction jusqu'à la délivrance (ce qui entraîne un va-et-vient des risques : ils passent à l'acquéreur dès la vente, repassent au vendeur lors de la mise en demeure, puis de nouveau à l'acquéreur à la livraison) ; mais cette exception est fortement atténuée par l'article 1302, alinéa 2 qui permet au vendeur de s'exonérer en prouvant que " la chose fut également périe chez le créancier (l'acheteur) si elle eût été livrée ".* » ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 4e éd., Dalloz, 2011, n° 356 ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n° 104. Dans le même sens, F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 362, note de bas de page n° 3 : « *La règle* res perit domino*, en application de laquelle les risques seraient liés à la seule qualité de propriétaire, ne permet pas de réaliser les allers-retours du transfert de la charge des risques que semble prévoir l'aliéna 2 de l'article 1138, la navette qu'il instaure et l'application dans une certaine mesure de la règle* res perit debitori *ne pouvant répondre qu'à la règle de principe* res perit creditori. » ; S. PORCHY-SIMON, *Droit civil, 2e année, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2016, n° 454 : « *[…], la mise en demeure du vendeur dans l'hypothèse où la chose n'aurait pas été livrée entraîne le retour des risques à sa charge (C. civ., art. 1138, al. 2 anc. et 1196, al. 3 nouv.).* » ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 536 : « *Comme sous l'empire des anciens textes, l'acheteur pourra […], si le vendeur tarde à délivrer la chose, refaire passer sur sa tête les risques par le biais d'une mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 du Code civil.* »

943 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

944 W. DROSS, *Droit des biens*, « Domat droit privé », Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 31, note de bas de page n° 48 : « *Ces déplacements successifs de la charge des risques montrent assez le caractère artificiel de leur rattachement à la propriété : il n'est guère concevable que celle-ci passe d'une tête à l'autre au gré de tels facteurs. Au vrai, la question des risques est depuis toujours empreinte d'équité.* »

conservation. La délivrance étant en effet purement consensuelle et impliquant que le vendeur n'empêche pas l'enlèvement de la chose [945], la mise en demeure démontre simplement son ineffectivité dont il résulte que les risques sont, suivant la perception des codificateurs, à la charge du vendeur [946] ; à proprement parler les parties sont libérées de leurs obligations réciproques.

303. Deux circonstances susceptibles d'entraîner la remise tardive de la chose. Il semble qu'on doive distinguer entre deux circonstances. D'une part, il arrive que la volonté de l'acquéreur de prendre livraison immédiate soit constante depuis la formation du contrat, et que l'aliénateur tarde cependant à mettre la chose à sa disposition. En ce cas la mise en demeure, au sens de l'alinéa 2 de l'ancien article 1138 du Code civil, résulte de cette volonté manifeste de l'acquéreur. La délivrance est alors simplement tardive. Suivant l'analyse des codificateurs, la perte de la chose survenue dans cette circonstance pèse sur le débiteur de la délivrance ; en réalité, les parties contractantes sont libérées de leurs obligations réciproques. D'autre part, la remise tardive de la chose peut intervenir dans la suite du retard commis par l'acquéreur lui-même dans la prise de livraison. La délivrance est quérable. Ainsi, dans l'hypothèse où le retirement tardif incombe à l'acquéreur, l'aliénateur est chargé de façon automatique de conserver la chose. La perte de celle-ci survenue au cours de cette période pèse sur l'acquéreur. La mise en demeure doit intervenir en vue de manifester la volonté de l'acquéreur de prendre livraison, autrement dit, de mettre un terme à l'obligation de conservation assumée par l'aliénateur. La réalisation de la remise consécutive à cette mise en demeure peut alors nécessiter un certain temps, la chose étant par exemple déposée dans un endroit appartenant à un tiers. La perte de la chose après cette mise en demeure est toutefois à la charge de l'aliénateur, à proprement parler, libère les parties de leurs obligations réciproques.

---

945 Une analyse dans le même sens, F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 365 : « *Le débiteur doit […], dès la date de livraison, remettre la chose au créancier et ce dernier doit en prendre alors immédiatement possession ; s'il ne le fait pas, c'est à lui de supporter les risques car c'est au créancier (acheteur) qu'il incombait de venir retirer la chose des mains du cédant. L'acquéreur a une obligation de retirement qui est le prolongement de celle de délivrance qui incombe au vendeur. Cette dernière étant en principe immédiatement exigible, il incombe dès lors à l'acheteur de venir retirer la chose que le débiteur a mise à sa disposition ; s'il n'exécute pas ce "retirement" de la chose, ce n'est pas au cédant de supporter les risques de perte de la chose mise à disposition de l'acheteur qui n'avait qu'à venir la récupérer, l'enlever.* »

946 R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil de l'empire allemand*, 3e éd., LGDJ, 1925, n° 28 : « *Reste donc à parler de la demeure. C'est, comme disaient nos vieux auteurs français, un retard officiellement constaté et imputable au débiteur. Pour qu'il soit officiellement constaté, il faut, en principe, que le créancier ait fait sommation d'exécuter. C'est le principe de l'interpellation.* » ; J. FLOURT, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 154 : « *Le mot "demeure" vient du latin* mora*, qui signifie "retard". La mise en demeure, qui consiste dans une demande formelle faite au débiteur d'exécuter son obligation, est le moyen de constater le retard du débiteur : plus largement, de constater qu'il n'a pas exécuté sa dette.* » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome 1er, Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1897, n° 426.

Ainsi, contrairement à l'analyse classique, la mise en demeure ne procède pas forcément d'un retard délibéré du débiteur de s'exécuter ; autrement dit, elle ne déclenche pas une sanction d'un comportement fautif. Il ne saurait en effet être exclu que le vendeur puisse se trouver dans des difficultés légitimes et passagères à remettre la chose. En outre, la conséquence d'une faute contractuelle ne se réduit pas à l'attribution de la charge des risques. Non seulement, les préjudices qui en découlent doivent être réparés, mais le débiteur peut être forcé à exécuter l'obligation. En ce sens, la mise en demeure établit en général l'exécution tardive imputable au débiteur [947], dont la sanction consiste dans l'allocation des dommages et intérêts, ou dans la résolution du contrat assortie de dommages et intérêts, voire dans l'exécution forcée [948].

Par conséquent, dans le cadre de la règle *res perit domino*, l'exonération tant vantée du débiteur aux termes de l'ancien article 1302 du Code civil ne serait pas totale [949]. Car, le créancier aurait profité de la chose dans l'intervalle qui va de la date de la formation du contrat à celle de la survenance des risques [950], puisque la délivrance est par principe immédiate. Ces préjudices sont réparables. Ce qui ne manquera pas de constituer un contrepoids à l'égard de l'obligation de verser le prix dont l'acheteur demeure tenu. Ainsi, la mise en demeure dans certaines dispositions du Code civil ne vise pas forcément à établir une faute du débiteur. L'analyse ici renouvelée de l'ancien article 1138 du Code civil ne semble pas loin de l'hypothèse de l'article L. 132-7 du Code de commerce.

---

947 J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4e éd., Les Éditions Thémis, 2001, n° 418, p. 716 : « *[…], lorsque le vendeur avait été mis en demeure de livrer l'objet vendu, il en assumait alors les risques : en ce cas, en effet, l'acheteur avait raison de se plaindre du comportement du vendeur.* »

948 *Ibid*., n° 157 : « *[…] la mise en demeure autorise l'exécution forcée. Cela signifie que, si la mise en demeure n'a pas provoqué l'exécution volontaire de son obligation par le débiteur, elle permet au créancier de réclamer la sanction de cette inexécution. Selon le cas, il peut : soit demander des dommages-intérêts de retard, ou dommages-intérêts moratoires ; soit réclamer une réparation sur le terrain de la responsabilité contractuelle, soit, enfin, […], exiger l'exécution en nature de l'obligation inexécutée.* »

949 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., « Coll. Domat droit privé », LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 154. D'ailleurs, l'article 1302 du Code civil semble n'avoir vocation qu'à régir les contrats unilatéraux : F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 13, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, Paris, Librairie A. Marescq, Aîné, 1878, n° 206 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 14e éd., Sirey, 2014, n° 1268 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., Dalloz, 2014, n° 346.

950 M. DURANTON, *Traité de la vente et de l'échange, suivant le Code civil*, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 242 : « *[…], même dans le cas où il serait simplement en demeure, la perte serait supportée par l'acheteur, si la chose eût dû également périr chez lui, au cas où elle lui aurait été livrée (art. 1302) ; à moins que des circonstances, telles que celles tirées de son état, il ne résultât une présomption qu'il l'aurait probablement vendue, et qu'ainsi elle n'aurait pas péri chez lui.* » ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n° 108 : « *[…], l'acheteur pourra prouver à son tour que s'il avait été livré à temps, il aurait revendu la chose et qu'elle n'aurait pas péri.* »

c. L'hypothèse de l'article L. 132-7 du Code de commerce

304. L'analyse majoritaire. Certes le contexte diffère, mais l'article L. 132-7 du Code de commerce ne déroge pas à l'analyse qui vient d'être faite de l'ancien article 1138 du Code civil. En effet, les auteurs voient également en général dans cette disposition du Code de commerce l'application de la règle *res perit domino* [951]. Aux termes de ce texte, « *la marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient, sauf son recours contre le commissionnaire et le voiturier chargés du transport.* » Ici, obnubilé par l'idée répandue suivant laquelle la charge des risques est liée au transfert de la propriété, l'esprit n'a aperçu dans ce texte que les termes « […] *aux risques et périls de celui à qui elle appartient* […]. » [952] ; il ne s'interroge guère sur le moment à compter duquel le texte considère ici les risques comme étant à la charge de celui auquel la chose appartient.

305. Les risques survenus au cours de transport. Il ressort en effet de l'article L. 132-7 du Code de commerce que les risques pèsent sur celui auquel la marchandise appartient lorsque que celle-ci est sortie du magasin. La référence à l'appartenance du droit de propriété ne paraît pas pertinente dans cette disposition. Ainsi, qu'est-ce qui adviendrait lorsque les marchandises n'étaient pas sorties du magasin ? D'ailleurs, il ne s'agit pas de toute sortie de la marchandise du magasin, mais d'une sortie bien déterminée. La marchandise sort du magasin à destination de l'acquéreur, bien qu'elle ne soit pas encore arrivée chez celui-ci. Il semble ainsi que l'on fait émerger ici simplement, et par préférence, la propriété au détriment de la délivrance. Celle-ci ne résulte-t-elle pas de l'expédition de la

---

951 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., tome 5, par P. ESMEIN, Éditons techniques, 1952, p. 21 ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2e éd., publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, tome 11, Librairie Arthur Rousseau, n° 158 ; D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.) *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 106 ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n° 4, p. 7 : « *C'est là l'adoption formelle du principe contenu dans l'article 1138 du Code civil : "*res perit domino*". En conséquence, l'on peut affirmer que les solutions que nous dégagerons sont autant applicables aux ventes civiles qu'aux ventes commerciales.* » ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 203 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., « Coll. Domat droit privé », LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 153 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 253 ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 6e éd., Dalloz, 2015, n° 357 ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 140 ; F. LECLERC, *op. cit.*, n° 249 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 165 ; O. DESCHAYES, « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, mai 2009, n° 83 ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 901 ; Ph. LE TOURNEAU avec C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9e éd., Dalloz, 2012, n° 5946 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LÉCYER, *Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 11216 ; O. BARRET, « Vente », in *Répertoire de droit civil*, 2012, n° 20 : « *Il ressort de ce texte qu'il revient à l'acheteur de supporter le risque de la disparition ou de la détérioration au cours du transport.* »

952 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., « Coll. Domat droit privé », LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 153.

marchandise ? Les termes du texte supposent que la marchandise appartient à l'acheteur depuis qu'elle se trouve dans le magasin [953], alors que c'est seulement à compter du moment où elle est expédiée que sa perte ou sa détérioration libère le vendeur. Qu'est-ce qui aurait conduit le législateur à indiquer que c'est à compter de l'expédition de la marchandise que les risques sont à la charge du propriétaire ? Suivant la jurisprudence, la mise à disposition se trouve exécutée en l'espèce [954]. La règle de l'article L. 132-7 du Code de commerce ne semble pas différente de celle issue de la Convention de Vienne du 11 avril 1980, lorsque le transport de marchandise est prévu [955]. L'attribution des risques à l'acheteur est liée à l'exécution de l'obligation de délivrance.

306. Conclusion de la Section I. Le système du Code civil de 1804 n'associe nullement la charge des risques au transfert de la propriété. Il résulte de ce Code de façon générale que la question des risques et celle du transfert de la propriété sont envisagées séparément. Les auteurs de ce Code, lesquels ont suivi de près la doctrine du droit naturel, ne sauraient poser une règle qui attribue les risques à l'acquéreur dès la formation du contrat, à titre de conséquence du seul transfert de la propriété. La présence de la règle *res perit domino* dans le nouveau système découle simplement de l'empressement doctrinal à l'égard du droit romain ; l'on ne se réserve pas de voir la reprise des concepts issus du droit romain dans le système du Code civil de 1804. La règle *res perit domino* n'a en réalité aucune base dans ce Code. Le Code civil envisage notamment le contrat de vente comme celui dans lequel la question de la charge des risques n'apparaît que de façon incidente. C'est cette hypothèse exceptionnelle qu'on rencontre dans l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil. La formulation est reprise de DOMAT. La vente règlementée par le Code civil s'exécute par principe instantanément.

---

953 Les différentes opinions : Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations*, 8e éd., Economica, 2016, n° 71738 : « *[…], l'article L. 132-7 du Code de commerce, selon lequel la marchandise vendue voyage aux risques de celui auquel elle appartient, autorise les conventions contraires. Ainsi, la marchandise pourrait, conformément à l'accord des parties, voyager aux risques du vendeur en dépit du transfert de propriété qui serait intervenu au moment de la conclusion du contrat.* » ; D. MAINGUY, *op. cit.*, n° 140 : « *La marchandise vendue voyage […] aux risques de l'acheteur si le transfert de propriété est immédiat.* » ; A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *op. cit.*, n° 878 : « *Si donc il s'agit de marchandises qui ne deviennent propriété du destinataire que par la réception, les risques du voyage resteront à la charge du vendeur : la règle de l'article 1138 ne s'applique pas.* »

954 Civ. 1re, 19 novembre 1991, *Bull. civ.* I, n° 325 : « *Mais attendu que le Tribunal a relevé que la commande de livres avait été passée le 31 mai 1983 et que les éditions Rombaldi avaient justifié de leur envoi par la production du bordereau d'expédition des ouvrages par les messageries Sernam, de telle sorte que la preuve de l'exécution du contrat avait été rapportée ; que les risques devant être supportés par l'acheteur, destinataire de la marchandise, le Tribunal a estimé à bon droit qu'il devait régler la somme réclamée ; que le moyen n'est pas fondé ;* ».

955 Art. 67 CVIM dispose que : « *1° Lorsque le contrat de vente implique un transport des marchandises et que le vendeur n'est pas tenu de les remettre en un lieu déterminé, les risques sont transférés à l'acheteur à partir de la remise des marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur conformément au contrat de vente. […].* »

Conclusion du Chapitre I

307. Rappel de la délivrance solo consensu. La perception de la règle posée à l'ancien article 1138 du Code civil relative à la charge des risques est sans doute facilitée par l'analyse renouvelée de la façon dont l'obligation de délivrance s'exécute par principe. Celle-ci est conçue improprement comme une opération qui ne s'effectue que postérieurement à la formation du contrat, ou encore au transfert de la propriété. Les différentes modalités prévues à titre de sa forme ont pour effet de défigurer la façon dont elle s'exécute. Elles traduisent la mise en possession, au lieu de la véritable forme de l'exécution de l'obligation de délivrance. Celle-ci n'a qu'une forme, et c'est bien celle qui correspond à sa définition admissible ; la délivrance consiste dans l'abstention à l'égard de la chose aliénée en vue de permettre son retirement par l'acquéreur ; elle s'effectue *solo consensu*, et par principe immédiatement dans l'hypothèse de l'ancien article 1138 du Code civil.

308. La question des risques. La référence faite de façon systématique à la règle d'origine romaine, *res perit domino*, à propos du sens de cet article n'a pour effet que de déconcentrer l'attention des auteurs sur ses termes et sa structure. La l'association des risques à la propriété résulte de l'altération aussi bien du sens que de l'esprit de ce texte. Sinon, il ressort bien de ses dispositions que la charge des risques est associée à l'obligation de délivrance. La question des risques n'étant pas par principe concevable dans les contrats traditionnels de transfert de la propriété, il est posé à l'ancien article 1138 des solutions qui concernent des circonstances exceptionnelles dans lesquelles la remise matérielle de la chose sera tardive, autrement dit, différée de la formation du contrat ; la remise de la chose peut être reportée, du consentement de l'acquéreur, la mise à disposition est ainsi effective, ou du fait de l'aliénateur, auquel cas il ne peut y avoir eu délivrance. Dans la vente en disponible, telle celle assortie de faculté d'expérimentation, la délivrance, au même titre que le droit de propriété, s'effectue par principe *solo consensu*.

CHAPITRE II.

LA VENTE AVEC FACULTÉ D'EXPÉRIMENTATION

309. Caractères de l'obligation de délivrance. L'hypothèse dans laquelle le rôle de la délivrance dans l'attribution des risques est jeté dans l'obscurité par le retentissement du transfert *solo consensu* de propriété ne résulte pas seulement de l'ancien article 1138 du Code civil. Cette disposition relève du droit commun des obligations. Au sein de la règlementation relative au contrat de vente, il est aussi prévu des hypothèses particulièrement complexes dont il ressort que les caractères *solo consensu* et immédiat de l'obligation de délivrance sont assez flagrants. Il s'agit ici aussi des hypothèses de vente en disponible, mais dont la particularité consiste dans son accomplissement suspendu à la réalisation d'un autre acte par l'acquéreur. Ainsi, certains éléments de pourparlers dans le processus de la formation du contrat sont déterminés par la loi. L'attribution de la charge des risques subit cette modalité qui donne lieu à un processus relativement long dans la formation de cette vente.

310. La nature de la vente. La vente est ici aussi conclue en disponible en ce sens que la chose vendue est un corps certain et déterminé lors de la formation du contrat ; la chose se trouve nécessairement sous les mains de l'acquéreur lors de la conclusion du contrat. La vente assortie d'expérimentation constitue aussi celle dans laquelle la dissociation de la charge des risques du transfert de la propriété est simplement occultée par le caractère particulièrement immédiat de la délivrance. Elle se caractérise par deux hypothèses dans laquelle, fort de la déduction artificielle de la règle *res perit domino* des termes de l'ancien article 1138 du Code civil, l'on semble souvent omettre de considérer l'immédiateté de la délivrance. Il convient donc de s'y arrêter et de démontrer que la question des risques n'est envisageable ici également que dans des hypothèses exceptionnelles. La vente avec faculté d'expérimentation se caractérise par la vente à la dégustation prévue à l'article 1587(Section I), et la vente à l'essai à l'article 1588 (Section II), du Code civil.

SECTION I.
VENTE À LA DÉGUSTATION DE L'ARTICLE 1587 DU CODE CIVIL

311. Condition particulière. Le souci de protéger l'acquéreur a conduit les rédacteurs du Code civil à introduire un processus relativement long dans la formation du contrat de vente qui porte sur une catégorie de choses. Il s'agit de choses qu'il est nécessaire de goûter avant de les acquérir. Le législateur oriente davantage l'expression du consentement de l'acquéreur en introduisant expressément un fait constitutif de condition dans la formation du contrat. Cette condition vise ainsi à protéger l'acquéreur ; elle permet à celui-ci de réaliser la faculté de dégustation avant de se déterminer. En effet, aux termes de l'article 1587 du Code civil, « *à l'égard du vin, de l'huile et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agrées.* » Il ressort de cette disposition qu'il n'y a point de vente tant que la dégustation suivie de l'agrément des choses concernées ne s'est pas réalisée.

Cette condition semble certes relever plutôt de l'obligation de conformité. Mais le Code civil l'a à juste titre érigée en condition de formation du contrat. Il paraît en effet difficile de savoir à l'avance les goûts des choses concernées. Ce sont en général des choses dont la composition découle de l'activité humaine. La description de la composition de ces choses ne suffit pas à faire connaître leurs goûts précis. L'appréciation du goût résulte de la dégustation, et s'effectue donc le plus souvent au cas par cas. Elle constitue une condition nécessaire à la formation d'une vente portant sur ces choses. La vente à la dégustation ne se caractérise ainsi que par sa formation (§ 1), laquelle rejaillit quelque peu sur le caractère de la délivrance, condition certaine de l'attribution de la charge des risques (§ 2) à l'acquéreur.

§ 1. LA FORMATION DE LA VENTE À LA DÉGUSTATION

312. Faculté de dégustation. En vue d'éviter que le vendeur réclame le payement du prix dès que les parties en ont convenu, le Code civil subordonne la formation de cette vente à la dégustation suivie de l'agrément de l'acheteur. En effet, l'accord sur le prix intervient en général en dernier lieu. Or, dans la vente prévue à l'article 1587 du Code civil, les contractants s'accordent sur l'existence de la chose et quelques fois sur le prix. La seule existence de la chose ne suffit pas à permettre de réclamer le prix, autrement dit, à la formation du contrat ; l'acheteur doit ensuite goûter celle-ci et l'agréer. L'article 1587 du Code civil circonscrit le domaine de cette vente (A). La nature juridique de la faculté de dégustation réservée à l'acheteur a suscité une controverse doctrinale (B) dont la présentation semble ici nécessaire.

A. Domaine de la vente à la dégustation

313. Les choses susceptibles d'être objets de la vente à la dégustation. Ne pouvant résulter que d'une clause en droit romain [956], la faculté de dégustation devient supplétive de volonté en droit français. Cependant, comme en droit romain, la vente à la dégustation s'applique à des choses de certaine nature [957]. À s'en tenir en effet au sens littéral de l'article 1587 du Code civil, elle ne doit porter que sur des choses comestibles [958]. Il est cité à titre d'exemple, le vin et l'huile [959]. Par le terme « *goûter* », on doit entendre évidemment « *porter quelque chose à la bouche pour l'apprécier* ». Ce terme doit s'entendre de façon stricte dans cette disposition. Il ne s'agit donc que de choses alimentaires, du moins, qu'il est dans les habitudes de goûter avant de les acquérir [960]. Un goût qui ne peut s'apprécier de cette façon, ne relève certainement pas de l'article 1587 ; il lui est réservé expressément l'article 1588 [961]. Le Code civil ne distingue nullement entre ces dispositions selon un critère subjectif ou objectif. L'extension de l'application de l'article 1587 à des choses incomestibles [962], ne rentre pas dans l'esprit de ce texte. L'usage de dégustation constitue l'élément nécessaire pour l'application de l'article 1587.

Par ailleurs, il semble que, outre leur caractère mobilier [963], les choses concernées sont essentiellement celles dont la composition provient de l'intervention de l'homme. Mais, l'article 1587 paraît avoir vocation à s'appliquer aussi à l'hypothèse où une chose naturelle comestible est nouvelle pour le potentiel acquéreur, ou dont les conditions de conservation peuvent affecter le goût. Non seulement il est normal que l'acheteur goûte une telle chose

---

956 M. KONSTANTINOVITCH, *"Le periculum rei venditæ" en droit romain*, thèse Lyon, 1923, Imprimerie BOSC Frères & RIOU, p. 41.

957 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil français*, tome 10, *Contrats civils*, 1re partie, par J. HAMEL, LGDJ, 1956, n° 302 : « *Il faut d'abord que la vente porte sur certaines choses qui, en vertu des usages, sont goûtées par l'acheteur avant le contrat.* »

958 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAAT, *De la vente et de l'échange*, 1re éd., Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1900, n° 155.

959 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 10, *Contrats civils*, 1re partie, avec le concours de J. HAMEL et B. PERREAU, LGDJ, 1932, n° 302.

960 CA de Paris, 27 novembre 1898, *D*. 1899, II, p. 460 ; Req. 7 avril 1908, *D*. 1908, I, p. 397.

961 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 10, *Contrats civils*, 1re partie, avec le concours de J. HAMEL et B. PERREAU, LGDJ, 1932, n° 210 : « *[…], des usages exigent que les ventes de certaines choses soient toujours conclues sous la condition de l'essai préalable, telles sont les ventes de vêtements sur mesure.* » ; C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques, 1952, § 349, p. 12, note de bas de page n° 14.

962 D. MANINGUY, *Contrats spéciaux*, 8e éd., Dalloz, 2012, n° 85 : « *[…], cette formule peut être adoptée pour d'autres choses, un livre, un disque, par exemple.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., Defrénois, Lextenso éditions, 2014, n° 104 : « *Sauf volonté contraire des parties, on doit présumer qu'il y a vente à la dégustation lorsque les qualités de la chose sont si subjectives qu'elles ne peuvent être appréciées que par le goût ; au contraire, il y a vente à l'essai lorsque les qualités de la chose sont objectives et ne peuvent être vérifiées que par un essai.* »

963 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., Defrénois, Lextenso éditions, 2014, n° 103.

pour se déterminer, mais celle-ci doit être considérée d'office comme rentrant dans la catégorie des choses qu'il est d'usage de goûter avant de les acheter.

314. L'imposition de plein droit de la vente à la dégustation. En outre, il n'appartient pas aux parties de conclure à la dégustation [964]. C'est la nature de la chose qui commande cette vente [965]. L'article 1587 s'applique de façon automatique, à moins de volonté contraire [966]. Il va de l'intérêt surtout du vendeur d'inclure dans son offre le procédé de dégustation [967], puisque la perfection de la vente dépend de celle-ci. Seul l'acquéreur peut renoncer à la dégustation [968], la règle étant supplétive de volonté [969]. Cette renonciation ne peut résulter du seul silence des parties [970], mais elle peut être tacite selon les circonstances [971]. De celles-ci, il peut aussi résulter que la qualité loyale et marchande de la marchandise attestée par une expertise satisfait à l'exigence de la dégustation [972], élément particulièrement essentiel dont la nature juridique a suscité un débat.

B. Qualification de la faculté de dégustation

315. Divergence doctrinale sur la nature juridique de la faculté de dégustation. Il convient de présenter la divergence doctrinale sur la nature juridique de la faculté de dégustation offerte à l'acquéreur. L'opinion doctrinale est en effet partagée sur la nature juridique de cette faculté. Certains auteurs soutiennent qu'il s'agit d'un avant-contrat, d'autres y voient plutôt une condition suspensive. Or, la faculté de dégustation ne peut constituer ni un avant-contrat (1), ni une condition suspensive (2).

---

964 Voir l'opinion contraire : D. MANINGUY, *op. cit.*, n° 85 : « *[…], il faudrait ajouter "pour autant que les parties en aient convenu ainsi " car il n'est pas suffisant que la vente porte sur de telles choses pour conclure qu'elle l'est à la dégustation.* »

965 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., LexisNexis, 2013, n° 53 : « *Selon l'article 1587 du Code civil, sauf clause contraire, de telles ventes sont de droit "à l'égard du vin, de l'huile et des autres choses qu'on est dans l'usage de goûter".* »

966 Civ., 1re, 21 novembre 2006, *Bull. civ*. 2006, I, n° 512.

967 P.-H. ANTONMATTEI et J. Raynard, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., LexisNexis, 2013, n° 53 : « *Le promettant doit alors mettre l'acquéreur en mesure d'effectuer la dégustation et ce dernier doit y procéder dans un délai raisonnable compte tenu des circonstances.* »

968 Civ. 6 mai 1903, *D*. 1906, I, p. 470.

969 Civ., 20 novembre 1894, *D*. 1894, I, p. 568 ; Req., 29 mai 1905, *D*. 1905, I, p. 426.

970 Civ., 1re, 24 mars 1998, *Bull. civ.* 1998, I, n° 127 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que, le texte susvisé étant supplétif de la volonté des parties, la renonciation à ses dispositions ne pouvait résulter du seul silence de celles-ci, la cour d'appel a violé ce texte par refus d'application ;* ».

971 Req. 10 avril 1872, *D*. 1873, I, p. 344 ; Civ., 1re, 12 juillet 2007, *Bull. civ.* 2007, I, n° 273.

972 Req., 22 octobre 1923, *D*. 1924, I, p. 77.

1. Le rejet d'un avant-contrat

316. La doctrine majoritaire. Certains auteurs estiment que la formation de la vente à la dégustation revêt une certaine particularité, au point d'y voir, pour les uns, un avant-contrat [973], pour les autres, une condition suspensive [974]. Suivant la doctrine majoritaire favorable à la promesse unilatérale, cette vente se conclurait en deux étapes ; la première consisterait dans une promesse qui oblige le vendeur à permettre à l'acheteur de goûter la chose [975] ; la deuxième s'opérant par l'agrément marquerait la formation définitive du contrat. Cette analyse de la formation de la vente à la dégustation ne saurait se réclamer de l'article 1587 du Code civil. En effet, cette vente n'est pas conçue aux termes de cette disposition comme se formant par étapes. Il n' ya d'ailleurs rien de véritablement particulier dans le processus de sa formation. La condition qui semble particulière dans la formation de cette vente, à savoir la faculté de dégustation, ne l'est pas en réalité. Autrement dit, il n'existe pas deux étapes dans la formation de la vente à la dégustation. La seule véritable particularité tient à l'érection de la dégustation en une règle supplétive de volonté.

317. La faculté de dégustation, plutôt composante de l'offre. La promesse de vente n'a absolument pas de place dans le processus de la formation de la vente à la dégustation. Le droit de l'acquéreur de goûter la chose pour ensuite l'apprécier ne résulte pas d'un engagement quelconque du vendeur. Il pèse certes sur celui-ci l'obligation légale de

---

973 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAAT, *De la vente et de l'échange*, 1re éd., Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1900, n° 157 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 11168 : « *[…], lorsque l'article 1587 déclare, à propos du vin et de l'huile : "* il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtés et agréés*", cela signifie que la vente n'est pas faite sous condition. Elle ne saurait s'opérer tant que la dégustation n'a pas pu se faire. Et si les parties se sont entendues pour que l'acheteur potentiel soit à même d'y procéder, c'est en exécution d'un avant-contrat : une promesse, qui lie le vendeur. Dès lors, l'agrément de la marchandise suffit pour sceller la vente. Le processus contractuel se déroule en deux temps, pour aboutir à l'accord définitif.* » ; D. MANINGUY, *op. cit.*, n° 85 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 89 ; Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9e éd., Dalloz, 2012, n° 881 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 106 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux,* 7e éd., LexisNexis, 2013, n° 53 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 138 ; Ph. LE TOURNEAU, J. FISCHER et E. TRICOIRE, *Principaux contrats civils et commerciaux*, Coll. « Tout le droit », Ellipses, 2005, p. 235 ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 6e éd., Dalloz, 2013, n° 172.

974 C.-B.-M. TOULLIER et J.-B. DUVERGER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, vol. 4, 6e éd., F. Cotillon et Jules Renouard, 1812, n°448, p. 340 : « *Une pareille vente est censée faite sous la condition, si les marchandises plaisent à l'acheteur. Il faut qu'il les agrée.* » ; M. TROPLONG, *De la vente*, tome 1, Charles Hingray, 1834, art. 1587, p. 131 et s.

975 J. GHESTIN (Sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCYER et J. MOREL-MAROGER, *op. cit.*, n° 11168

permettre à son potentiel cocontractant de déguster la chose [976]. Mais l'offre de cette vente ne se destine pas forcement à une personne déterminée [977]. Aussi bien du côté du vendeur que de celui de l'acquéreur, cette obligation légale ne se situe pas en dehors de la sphère de l'expression du consentement devant contribuer à la formation de la vente [978]. Sous l'angle du vendeur, la valeur juridique de cette obligation n'a pas d'autonomie à l'égard de celle de l'offre. Ce statut légal de la dégustation fait de celle-ci un simple mode sous lequel doit apparaître l'offre de cette vente. La proposition faite de la vente d'une chose de ce genre oblige son auteur à y faire connaître le procédé de dégustation [979]. Et si la proposition est faite à une personne déterminée, elle doit s'accompagner par exemple de l'échantillon de la chose [980]. Ainsi, tout potentiel acquéreur peut exercer son droit de dégustation en suivant ce procédé, lequel peut faire l'objet d'une convention spécifique, surtout dans l'hypothèse où l'acheteur n'est pas en mesure de déguster la chose au domicile ou à l'établissement du vendeur [981]. L'obligation légale de permettre la dégustation est née concomitamment avec l'offre, et s'incorpore à celle-ci ; elle ne représente pas un engagement distinct de l'offre initiale.

---

976 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 10, *Contrats civils*, 1re partie, avec le concours de J. HAMEL et B. PERREAU, LGDJ, 1932, n° 303 : « *Tant que la dégustation n'a pas eu lieu, le vendeur est tenu de donner à l'acheteur le moyen d'y procéder.* » ; C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques, 1952, § 349, p. 12.

977 C'est le contraire que ces auteurs veulent laisser entendre : Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9e éd., Dalloz, 2012, n° 881 : « *Une équivoque doit d'abord être levée quant à la dégustation. Il ne s'agit nullement de la dégustation préalable à la vente qui au fond n'est qu'un épisode des pourparlers. La spécificité de la vente à la dégustation est que le principe du contrat est acquis, mais sans que le contrat soit formé, l'acheteur se réservant d'apprécier la chose, de voir si elle est à son goût. Autrement dit, la vente à la dégustation s'analyse en une promesse unilatérale de vente.* »

978 J.-M. MOUSSERON, « La durée dans la formation des contrats », *in Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 509, spéc. 519 : « *Le concept de consentement s'identifie dans nos esprits au brusque concours de deux volontés. De la rencontre, pour les uns, d'une offre ou d'une acceptation ou, plus simplement, pour d'autres, de leur simple coexistence, naîtra le consentement, élément toujours nécessaire et généralement suffisant à la conclusion du contrat pour peu que soient respectées les conditions propres à l'objet et la cause de la convention. Cette conception "instantanéiste", de la formation du consentement nous paraît contraire à l'existence de plusieurs mécanismes juridiques orientant vers la possibilité d'une formation progressive du consentement. Il semble bien, en effet, que celle-ci commence, parfois, plus tôt et s'achève, parfois, plus tard que jugé.* » ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 10, *Contrats civils*, 1re partie, avec le concours de J. HAMEL et B. PERREAU, LGDJ, 1932, n° 302 : « *Le consentement de l'acheteur ne consiste [...] pas seulement dans la volonté de conclure le contrat de vente ; il n'est complet et la vente n'est parfaite que si l'acheteur, ayant goûté les choses vendues, les a agréées.* » ; D. MANINGUY, *Contrats spéciaux*, 8e éd., Dalloz, 2012, n° 83 et suiv.

979 Civ., 17 juin 1925, *D.* 1925, I, p. 29 ; *Gaz. pal.* 1925, 2e semestre, p. 352 : « *Attendu que la vente des choses qui doivent être goûtée avant l'achat n'est parfaite que lorsque l'acheteur ou le destinataire les a goûtées ou agréées ; que, jusque-là, le vendeur en garde la propriété et les risques et qu'il est tenu de procurer à son acheteur les moyens d'en opérer la dégustation au lieu fixé par la convention.* »

980 Civ., 1re, 18 février 1992, *Bull. civ.* 1992, I, n° 48.

981 Civ., 17 juin 1925, *Gaz. pal.* 1925, II, p. 352.

318. L'offre ferme, et l'offre non ferme dans l'exercice de la faculté de dégustation. En effet, un avant-contrat, non seulement, ne peut se situer au même niveau que l'offre du contrat, mais il est précédé de sa propre offre [982]. Il se situe après ou avant l'offre ou la proposition de contracter ; autrement dit, il ne survient que de façon détachée à l'égard de l'offre ou de la proposition de conclure un contrat [983]. Or, dans la vente à la dégustation, on est seulement en présence d'une offre ferme, lorsque le prix est connu, voire versé par l'acquéreur avant que celui-ci ne déguste la chose [984]. L'acheteur ne s'est réservé ici aucune faculté de contracter [985] ; la loi fait produire simplement à l'offre une faveur, à l'égard du potentiel acquéreur, dans l'examen de celle-ci. L'offre n'est pas au contraire ferme, lorsque la dégustation précède la détermination du prix. N'étant que l'effet particulier de l'offre dans le processus de la formation de la vente à la dégustation, le droit de l'acquéreur de déguster la chose disparaît avec la rétractation de l'offre. En outre, l'article 1587 prévoit une sanction spéciale du défaut de dégustation imputable au vendeur ; contrairement à certaine

---

982 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 793 : « *Si la promesse unilatérale de vente, à la différence, semble-t-il, de l'offre de vente, est un contrat, elle demeure distincte du contrat de vente, qu'elle précède, ce qui permet de dire qu'elle est un avant-contrat.* » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 192 : « *La promesse unilatérale de contracter diffère à la fois de l'offre de contracter et du contrat réalisé. En tant que contrat, elle est plus qu'une offre ; en tant que contrat unilatéral, elle est moins que le contrat réalisé.* » ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 85 ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 6e éd., Dalloz, 2013, n° 172.

983 Dans le pacte de préférence, celui-ci précède certes l'offre de vendre, mais sa réalisation dépend de celle-ci. Ph. LE TOURNEAU, J. FISCHER et E. TRICOIRE, *Principaux contrats civils et commerciaux*, Coll. « Tout le droit », Ellipses, 2005, p. 235 : « *Les avant-contrats ne sont pas de véritables exceptions au principe du consensualisme. En effet, le consentement des parties à la vente n'est pas alors différé, il est simplement préparé par un contrat antérieur. Ce processus préparatoire a plusieurs fonctions selon la nature de l'avant-contrat choisi.* »

984 Voir à cet égard les bels exemples fournis par M. TROPLONG, *De la vente*, tome 1, Charles Hingray, 1834, art. 1587, p. 133 : « *Si mon marchand de vin vient me proposer du vin de Bourgogne pour ma consommation, et que nous soyons d'accord sur le prix, qui ne dépasse pas ce que je veux mettre à mon vin d'ordinaire, il n'y aura cependant encore rien de fait, si je n'ai pas goûté et agréé le liquide. Tel est l'usage constant. Si je vais chez un épicier, et que le prix de ses huiles me convienne, il faudra cependant qu'il me les donne à goûter pour qu'il y ait entre nous un marché définitif.* » ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4e éd., Les Éditions Thémis, 2001, n° 39 : « *Une offre de vente devra, sans aucun doute, pour constituer une offre, indiquer la chose vendue et son prix ou les éléments permettant de le déterminer ; […].* »

985 Les opinions contraires : G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAAT, *De la vente et de l'échange*, 1re éd., Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1900, n° 157 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCYER et J. MOREL-MAROGER, *op. cit.*, n° 11167 : « *Lorsque la vente se fait à la dégustation, ou l'agréage, l'acheteur se réserve la faculté de contracter ou non selon l'appréciation que son goût éminemment subjectif, lui fera porter sur la marchandise.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., Defrénois, Lextenso éditions, 2014, n° 104 : « *Jusqu'à l'agréage, le contrat est donc une promesse unilatérale de vente ; […].* »

proposition doctrinale [986], ce défaut ne peut être sanctionné autrement que par le constat de l'absence de la vente [987].

319. La dégustation, du côté de l'acheteur. Ainsi, du point de vue de l'acheteur, la dégustation s'inscrit plutôt dans le processus de l'accord sur la chose [988]. L'on sait que l'accord des parties sur la chose constitue l'un des éléments essentiels de la vente en général. La vente suppose l'acceptation de l'acquéreur sur la chose. Le processus de cet accord peut être plus ou moins long selon les cas. C'est plutôt le processus de l'acceptation portant sur cette chose, qui comporte deux étapes ; l'acceptation passe par l'appréciation du goût et l'agrément [989]. En d'autres termes, l'appréciation permet à l'acquéreur de marquer son accord sur la chose proposée. Ce processus de l'accord sur la chose, un élément constitutif de la vente, ne doit être considéré comme un avant-contrat [990]. Dans tout contrat, l'objet de l'obligation doit être apprécié ; l'appréciation s'effectue, soit avant la formation du contrat, soit postérieurement à celle-ci, par l'examen de la chose en vue de mesurer sa conformité. La faculté de dégustation ne peut ainsi constituer un avant-contrat, encore moins une condition suspensive.

2. Le rejet de la condition suspensive

320. L'absence de la formation du contrat lors de la réalisation de la dégustation. De même qu'une promesse de vente paraît inadmissible dans le processus de la formation de la vente à la dégustation, celle-ci ne peut être conçue comme affectée de condition

---

986 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAAT, *De la vente et de l'échange*, 1re éd., Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1900, n° 157 : « *L'art. 1587, en disposant qu'il n'y a point de vente, n'anéantit pas la convention ; il y a néanmoins un contrat valable qui est une sorte de promesse de vente unilatérale. Le vendeur s'est obligé à vendre et par conséquent il est tenu de mettre les choses vendues à la disposition de l'acheteur pour que celui-ci en fasse la dégustation ; s'il n'exécutait pas cette obligation, ce dernier pourrait le faire condamner à des dommages-intérêts.* »

987 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 6e éd., Defrénois, Lextenso éditions, 2012, n° 104 : « *Si la marchandise n'est pas agréée, le contrat n'est pas conclu et le bénéficiaire ne peut exiger d'autres marchandises ; pas davantage, le vendeur ne peut démontrer la loyauté de la marchandise fournie.* »

988 Art. 1583 du Code civil. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil français*, tome 10, *Contrats civils*, 1re partie, par J. HAMEL, LGDJ, 1956, n° 303 : « *L'agrément de l'acheteur est un élément essentiel de la vente ; il apparaît bien comme une modalité spéciale du consentement.* »

989 Civ., 1re, 21 novembre 2006, *Bull. civ*. 2006, I, n° 512 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'accord sur la chose et le prix intervenu, en matière de vente de vin, après que celui-ci a été goûté et agréé, valait vente, peu important que le vin ait été commandé en vrac ou en bouteille, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constations, a violé le texte susvisé ;* ».

990 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 2e éd., Recueil Sirey, 1933, n° 1065 : « *Jusqu'à l'agréage, la situation est donc en son pouvoir* (de l'acheteur) *exclusif, ce qui est inconciliable avec l'idée d'un lien juridique, même sous condition ; un contrat ne peut pas être affecté d'une condition purement potestative de la part du débiteur.* »

suspensive [991]. Non seulement une telle condition serait potestative [992], mais aucune vente n'est encore formée. La condition suspensive n'affecte que le moment de l'exigibilité des obligations ; autrement dit, elle constitue elle-même une obligation qui résulte du contrat. Or, il ressort clairement des termes de l'article 1587 qu'il n'y a point de vente tant que le potentiel acquéreur n'a pas goûté et agréé la chose [993]. L'acheteur n'a exprimé ici aucune volonté destinée à la formation du contrat. Il est simplement convié par l'existence de l'offre à examiner celle-ci. L'attention attirée par l'offre, c'est-à-dire le fait d'examiner celle-ci, ne doit être analysée en une expression de volonté. N'en est pas une non plus le fait pour le vendeur de permettre à l'éventuel acquéreur d'examiner la chose en la dégustant.

321. Conclusion. La vente à la dégustation porte sur des choses comestibles. Eu égard à la nature de l'objet de la vente pouvant directement jouer sur la santé humaine, la loi accompagne l'acquéreur dans le processus de l'émission de son consentement. Peu importe que l'agrément soit émis avant ou après la remise matérielle de la chose vendue. Jusqu'à l'agrément, il n'y a point de vente ; ni l'offrant ni le potentiel acceptant n'est lié d'aucune façon ; l'éventuelle faute de l'offrant doit être appréciée en considération de l'offre, et celle de l'acceptant de son attitude lors du processus de l'examen de l'offre. La faute de l'acceptant entraînerait suivant les circonstances la formation du contrat et, par voie de conséquence, éventuellement les risques à la charge de celui-ci.

§ 2. La question des risques dans la vente à la dégustation

322. Question particulièrement subsidiaire. Il est précédemment démontré que la question de la charge des risques n'apparaît en réalité que de façon exceptionnelle dans les contrats visant le transfert de la propriété. Le contrat de vente s'exécute par principe instantanément. L'instantanéité s'avère renforcée dans l'exécution de la vente à la dégustation. Par conséquent, la question de la charge des risques paraît ici davantage subsidiaire. À l'image de l'hypothèse de l'ancien article 1138 du Code civil, il existe deux sous-catégories de cette vente, dont l'une exclut la question de la charge des risques. En effet, celle-ci s'avère inexistante dans la vente à la dégustation pure et simple (A). C'est seulement dans la vente à la dégustation, conclue à livrer, ou de choses de genre, que la question de la charge des risques est concevable (B).

---

991 L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 2e éd., Sirey, 1933, n° 1065 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, 6e éd., par P. Esmein, Éditions Techniques, 1952, § 349, p. 12, note de bas de page n° 14.

992 H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 915 : « *La vente au gré de l'acheteur ne peut s'analyser en une vente sous la condition suspensive de l'agrément, car une telle condition, qui, tenant à la seule volonté de l'acheteur, serait purement potestative, annulerait le contrat.* »

993 CA Besançon, 14 septembre 1999, *D.* 2001, p. 729, note N. Olszak.

A. L'inexistence de la question des risques dans la vente à la dégustation pure et simple

323. La délivrance et la charge des risques. Le moment à compter duquel la vente à la dégustation devient exécutoire ne paraît pas ordinaire. Il convient donc d'indiquer d'abord le moment notamment de l'exécution de l'obligation de délivrance (1), en vue d'en déduire ensuite l'exclusion de la question de la charge des risques (2).

1. Le moment de l'exécution de l'obligation de délivrance

324. L'exécution de la vente à la dégustation. L'agrément de la chose, qui suit sa dégustation par l'acheteur, peut marquer le moment de la formation du contrat. Il ne peut être contesté que le transfert de la propriété s'opère par principe en ce moment [994], lequel est par ailleurs celui où la vente est parfaite, c'est-à-dire exécutoire. En droit romain, les risques sont mis dès ce moment à la charge de l'acheteur [995] : l'application de la règle *res perit creditori*. En droit positif français, c'est aussi en ce moment que les risques sont considérés comme pesant sur l'acheteur ; cependant la doctrine [996], ainsi que la jurisprudence rappellent de façon systématique qu'il s'agit ici de l'application de la règle *res perit domino* : c'est le transfert de la propriété qui aurait emporté les risques [997] à la charge de l'acquéreur.

L'on peut ainsi observer que ce n'est que l'expression d'une préférence ; l'on préfère en effet simplement parler, en droit positif français, de la règle *res perit domino*, la propriété étant déjà transmise. C'est là aussi la conséquence de la conception qui analyse de façon inappropriée l'attribution des risques à l'acquéreur comme une opération de transfert. En réalité, la question des risques est ici purement et simplement inconcevable, l'acheteur étant supposé mis en possession de la chose. À la lecture des décisions qui ont fait référence à la règle *res perit domino*, on s'aperçoit que la jurisprudence associe la charge des risques, qu'elle analyse en un transfert, plutôt à la délivrance ; elle le fait sans s'en rendre compte. La règle *res perit domino* paraît, autrement dit, rappelée inconsciemment, donc par simple réflexe.

---

994 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil français*, tome 10, *Contrats civils*, 1re partie, par J. HAMEL, LGDJ, 1956, n° 303, p. 378.

995 M. KONSTANTINOVITCH, "Le periculum rei venditæ" *en droit romain*, thèse Lyon, 1923, Imprimerie BOSC Frères & RIOU, p. 41 : « *La vente de* species *ou* per aversionem *dans laquelle une clause de dégustation a été insérée arrivant à sa perfection seulement après que l'acheteur a déclaré agréer la marchandise, il faut décider que les risques restent jusque-là à la charge du vendeur.* » ; N. OLSZAK, note sous CA Besançon, 14 septembre 1999, *D*. 2001, p. 729, spéc. 731.

996 M. TROPLONG, *De la vente*, tome 1, Charles Hingray, 1834, art. 1587, p. 144 et suiv. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 104 ; N. OLSZAK, note sous CA Besançon, 14 septembre 1999, *D*. 2001, p. 729 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux,* 7e éd., LexisNexis, 2013, n° 53 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAAT, *De la vente et de l'échange*, 1re éd., Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1900, n° 155.

997 CA Grenoble, 22 mai 1869, *D*. 1874, 5, p. 538 ; CA Nîmes, 28 septembre 1870, *D*. 1872, 5, 464.

325. Le moment de l'agrément. Il convient de rappeler au préalable que le moment de l'agrément dans la vente à la dégustation n'est pas toujours celui à compter duquel le contrat est exécutoire. On a fait observer, en effet, que l'agrément peut se passer soit avant soit après la détermination du prix. Or, en droit commun, la vente n'est par principe parfaite, autrement dit, exécutoire que s'il existe l'accord des parties sur la chose et le prix [998]. Par conséquent, lorsque l'agrément précède la fixation du prix, le moment où le contrat est devenu exécutoire est celui où les parties se sont accordées sur le prix. En revanche, s'il est postérieur à l'acceptation du prix, les obligations contractuelles sont exigibles à compter de l'agrément. En général, le prix est déterminé avant la dégustation [999].

326. L'agrément et la disponibilité de la chose. Ainsi, l'agrément ne détermine pas toujours le caractère exécutoire du contrat. Il suppose en revanche la disponibilité de la chose vendue. La vente à la dégustation est donc par nature une vente en disponible, voire l'archétype de celle-ci. L'exigence de l'agrément ajoute à la vente de façon générale un degré particulièrement plus élevé de disponibilité. Elle neutralise ainsi l'effet spécifique de la vente en bloc [1000], qui consiste, en droit positif, à attribuer les risques à l'acquéreur, dès la formation du contrat, sans que celui-ci soit en contact avec la chose. La nécessité de la dégustation préalable rapproche l'acquéreur de la chose ; elle permet à celui-ci d'avoir la chose à disposition avant de s'engager. Il en va ainsi lorsque, en l'absence de convention contraire, le lieu de la prise de livraison constitue celui de la dégustation [1001]. La chose se trouvant par principe à la disposition de l'acheteur lors de la formation du contrat, la question de la charge des risques est inconcevable.

2. L'exclusion de la question des risques

327. L'inconcevabilité de la question des risques. L'on peut observer que, dans cette figure d'exécution de la vente à la dégustation pure et simple, la question de l'attribution des risques ne revêt aucun intérêt ; elle est par principe inconcevable. La dégustation emporte la mise à disposition ; or, elle se fait par hypothèse avant l'agrément. Il s'ensuit qu'à l'égard du vendeur, l'effet de la vente à la dégustation s'épuise en un trait de temps, si bien qu'il n'y a pas lieu à s'interroger sur la charge des risques. La vente sur place à la dégustation illustre

---

998 Art. 1583 du Code civil.

999 CA Besançon, 13 janvier 1863, *D.* 1863, II, p. 10 ; CA Besançon, 4 juillet 1862, *D.* 1863, II, p. 11.

1000 N. OLSZAK, note sous CA Besançon, 14 septembre 1999, *D.* 2001, p. 729, spéc. 730 : « *[...] il faut simplement se souvenir que l'art. 1587 suit l'art. 1586 et qu'il établit des règles spéciales pour les ventes de vin. On peut certes renoncer à celles-ci, mais encore faut-il le faire explicitement.* »

1001 Crim., 25 février 1928, *Gaz. pal.* 1928, I, p. 514 ; CA Besançon, 13 janvier 1863, *D.* 1863, II, p. 10 ; C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques, 1952, § 349, p. 13 : « *Bien que l'art. 1587 porte qu'il n'y a point de vente tant que l'acheteur n'a pas goûté et agréé les denrées vendues, le vendeur n'en est pas moins lié, en ce sens qu'il est tenu de donner à l'acheteur un délai suffisant pour opérer la dégustation, qui doit, en général, se faire au lieu convenu pour la livraison.* »

par ailleurs parfaitement le caractère secondaire de la question de l'attribution des risques dans le contrat de vente en général. Ainsi, dans la jurisprudence ci-dessus citée, cette question ne se serait pas posée si l'acquéreur avait quitté le lieu de la formation du contrat en emportant la chose [1002]. Mais, pour des raisons qui lui sont propres, celui-ci avait préféré la conserver momentanément dans les locaux du vendeur [1003]. Ce qui lui fait s'illusionner qu'il pourrait se soustraire au paiement du prix en excipant d'une avarie survenue à la chose dans les locaux du vendeur.

328. La substance des jurisprudences citées. Il convient de rappeler, à titre d'illustration, ce qui ressort des espèces ci-dessus citées. En effet, dans celle sur laquelle a statué le tribunal de Nîmes [1004], dont la décision est confirmée par la cour d'appel, les acquéreurs ont conclu une vente en bloc après dégustation du vin ; la vente porte sur du vin contenu dans quatre foudres ; après l'agréage, les acheteurs ont apposé leur marque sur les quatre foudres, et ils ont convenu avec le vendeur d'enlever plus tard le vin. Avant son enlèvement, le vin a tourné à l'aigre, et les acquéreurs n'acceptent plus de verser le prix et de l'enlever. Le tribunal condamne ceux-ci à payer le prix et à enlever leur bien acheté, au motif qu'ils sont devenus propriétaires du vin et que par conséquent ils doivent supporter l'avarie. On voit là que le tribunal ne s'est pas aperçu que la délivrance est déjà effective.

Similaire, est l'espèce donnant lieu à la décision du tribunal de Grenoble du 22 mai 1869 [1005]. Une vente en bloc du vin est conclue ; elle porte sur tant l'hectolitre contenu dans un fût ; le vin a été goûté et accepté. Il est prévu cependant que le vin devrait être mesuré à sa sortie des caves du vendeur. Des avaries ont frappé le vin avant son enlèvement. L'acheteur ne voulant alors plus le retirer, il est condamné à supporter ces risques au motif qu'il est devenu propriétaire du vin dès son agrément.

329. L'application tacite par ces jurisprudences de l'ancien article 1138, alinéa 2. Ainsi, l'on peut remarquer que si la jurisprudence avait observé de près, d'une part, la façon dont la délivrance s'effectue en son principe, et, d'autre part, la règle de l'ancien article 1138 du Code civil reprise de DOMAT [1006], elle n'aurait pas fait référence au moment du transfert de la propriété dans ces espèces rapportées ; elle ne pourrait justifier l'attribution des risques à

1002 H. BOUCARD, *op. cit.*, n° 21 : « *Le retirement, au contraire de la délivrance, implique un "dénouement matériel" à défaut duquel l'objet reste en "souffrance". Ces obligations du vendeur et de l'acheteur sont "complémentaire [s]". Mais si le retirement ne se conçoit pas sans délivrance, il peut y avoir délivrance sans retirement.* »

1003 C'est le vendeur qui doit se plaindre dans ce cas de l'inexécution de l'obligation de retirement, puisque son magasin reste occupé par la marchandise déjà mise à disposition. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 512.

1004 CA Nîmes, 28 septembre 1870, *D*. 1872, 5, 464.

1005 CA Grenoble, 22 mai 1869, *D*. 1874, 5, p. 538.

1006 DOMAT, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, tome 1, Livre préliminaire, 1re Partie, Livre premier, Titre II. Du contrat de vente, Section 7, n° 2 et 3.

l'acheteur par le transfert de la propriété. La délivrance, il convient de le rappeler, d'ailleurs reprise de façon très élégante de DOMAT à l'ancien article 1138, est purement consensuelle, et signifie qu'il ne dépend plus que de l'acquéreur de retirer la chose.

Or, il ressort effectivement, des deux espèces rapportées, qu'il n'incombe plus qu'à l'acquéreur, dès la formation de la vente, de retirer la chose vendue. Celle-ci se trouve, autrement dit, mise à la disposition de l'acquéreur dès la formation du contrat. Dans la première espèce, les acquéreurs ont marqué, eux-mêmes, les foudres qui contiennent le vin de leurs initiales ; il en résulte que la délivrance est effectuée. Dans la deuxième, le mesurage prévu et qui n'a pas encore eu lieu n'enlève rien à l'effectivité de la délivrance ; car la vente est conclue en bloc, et le mesurage devrait se faire selon la convenance de l'acheteur. La conséquence la plus droite que le juge aurait tirée de ces constats, est que la délivrance est déjà exécutée ; la chose se trouve déjà sous le pouvoir matériel de l'acquéreur. Le contrat étant ainsi complètement exécuté par le vendeur, il n'y a pas lieu à débattre sur la question de la charge des risques ; car, le vendeur ne paraît pas chargé, en l'espèce, de conserver la chose. Dans la vente à la dégustation la question des risques n'apparaît que lorsque le contrat est conclu à livrer, ou porte sur des choses de genre.

B. La question des risques dans la vente à la dégustation à livrer ou de choses de genre

330. Les deux hypothèses. Il existe deux hypothèses, en matière de vente à la dégustation, dans lesquelles la question de la charge des risques peut se poser. D'une part, la vente à la dégustation conclue non seulement à distance [1007], mais en outre à livrer (1), peut laisser envisager la question de la charge des risques. D'autre part, il n'est pas douteux que dans la vente à la dégustation qui porte sur les choses de genre (2), la question de l'attribution de la charge des risques puisse aussi apparaître.

1. Vente à la dégustation conclue à la fois à distance et à livrer

331. Essai de définition. Il est nécessaire que la vente à la dégustation renferme aussi ces deux caractères supplémentaires, pour que la question de l'attribution des risques soit imaginable. Une précision préalable paraît nécessaire. La vente à distance à la dégustation est en effet conclue à livrer, lorsque la dégustation, comme l'agrément s'effectuent sur un échantillon envoyé à l'acquéreur [1008]. Ainsi, la vente dans laquelle, la marchandise est expédiée vers

---

1007 La vente à distance est non seulement celle qui implique le transport de marchandises à destination de l'acquéreur, mais celle conclue entre des personnes distantes l'une de l'autre. R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, n° 15.

1008 Civ. 1re, 18 février 1992, *Bull. civ.* 1992, I, n° 48. Ce qui brouille la différence que l'on établit en général entre les ventes assorties d'expérimentation et les ventes sur échantillon. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 103, note de bas de page

… / …

l'acheteur, lequel la dégustera à l'arrivée, ne constitue pas une vente à livrer [1009]. Car, l'objet de la délivrance se trouvera entre les mains de l'acquéreur dès que la vente sera formée. La vente à la dégustation, conclue sur place [1010], et apparemment à livrer ne l'est pas en réalité ; en ce dernier cas en effet la dégustation, ainsi que l'éventuel agrément s'effectueront lorsque la chose sera par exemple achevée. C'est en ce moment que la vente sera formée. Par conséquent, la vente à la dégustation, conclue sur place et à livrer n'existe nullement.

332. Le rôle de l'échantillon. En revanche, dans l'hypothèse de vente à la dégustation, conclue à distance et à livrer, l'échantillon permet seulement la formation de la vente [1011], mais la chose vendue se trouve encore sous la maîtrise matérielle du vendeur. En ce cas, la délivrance ne s'effectuant pas immédiatement, il va falloir que le vendeur l'exécute distinctement de la formation du contrat. Cette exécution peut alors prendre plusieurs formes. Si les parties ont convenu d'une exécution autre que par le simple fait que le vendeur doit s'abstenir de la chose en vue de permettre à l'acheteur de l'enlever, il incombe à celui-là d'exécuter le transport prévu [1012]. Les risques sont alors, à moins de convention contraire, à la charge du vendeur jusqu'à ce que la marchandise arrive au lieu prévu pour la prise de livraison. Ici, à proprement parler, les risques sont répartis entre les contractants ; ceux-ci sont en effet libérés de leurs obligations réciproques. En revanche, dans l'hypothèse où le retirement de la chose par l'acheteur doit se faire au lieu où celle-ci se trouve lors de la formation du contrat, le transport est à la charge de ce dernier. La mise à disposition paraît alors effective dès la formation du contrat, du moins si aucun obstacle à l'enlèvement de la chose ne provient du vendeur. L'acheteur supporte les risques dès l'instant où il lui est

---

n° 1 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCYER et J. MOREL-MAROGER, *op. cit*., n° 11167 : « *[…], ces deux situations se distinguent de la vente sur échantillon, où l'on est en présence, dès le départ, d'un accord définitif entre les intéressés sur les éléments du contrat, et notamment sur la qualité de la marchandise : c'est seulement au moment de la délivrance que la conformité de la chose à l'échantillon pourra se trouver discutée, et donc, la bonne exécution du contrat mise en cause.* » Dans la vente à la dégustation, conclue à livrer sur un échantillon, il n'est pas interdit à l'acquéreur de vérifier, après livraison, la conformité de la marchandise livrée, à l'échantillon. L'acheteur peut conserver l'échantillon ayant permis l'agrément de la marchandise à livrée, c'est-à-dire la conclusion du contrat, afin d'y comparer la marchandise livrée ; au cas où celle-ci n'offre pas le même goût que l'échantillon, il y a certain défaut de conformité. Il résulte de l'arrêt suivant : Cass. com., 7 janvier 1981, *Bull. civ*. 1981, IV, n° 17, que les parties se sont accordées, par l'examen d'un échantillon, sur les caractéristiques de la chose à livrer ; la chose devant être effectivement livrée n'est pas conforme à l'échantillon. Ce qui établit une exécution non conforme.

1009 L'arrêt précité de la cour d'appel de Besançon : CA Besançon, 13 janvier 1863, *D*. 1863, II, p. 10.

1010 R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, n° 7 : « *Dans les ventes sur place, la marchandise se trouve normalement lors du contrat entre les mains du vendeur. Il arrive fréquemment aussi qu'elle soit détenue par un tiers, par exemple à titre de dépôt.* »

1011 Civ. 1re, 18 février 1992, *Bull. civ.* 1992, I, n° 48.

1012 R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, n° 16 : « *La délivrance au départ se fait à la porte des magasins du vendeur ou chez le transporteur le plus proche. Elle fait échapper le vendeur aux frais du transport qui restent à la charge de l'acquéreur.* »

loisible de retirer la chose, le vendeur n'étant plus que conservateur. Les risques pèsent sur le créancier de l'obligation de conservation : la règle *res perit creditori*. Celui-ci demeure tenu de payer le prix de la chose. C'est seulement dans ces circonstances que la question de la charge des risques est envisageable comme dans la vente à la dégustation qui porte sur les choses de genre.

2. Vente à la dégustation portant sur les choses de genre

333. Séparation entre la formation du contrat et l'exécution de la délivrance. L'hypothèse envisagée à l'article 1585 du Code civil doit prévaloir sur celle de l'article 1587. La particularité de la vente à la dégustation qui porte sur les choses de genre, c'est que la dégustation ainsi que l'agrément ne coïncident pas avec la délivrance. Ici, la dégustation ne peut que porter sur l'échantillon ; au cas contraire, on n'est pas en présence de chose de genre, mais plutôt de corps certain. L'agrément peut ainsi constituer le moment de la formation du contrat ; tandis que, par principe, la délivrance s'opère par l'individualisation de la chose ; autrement dit, la délivrance ne s'effectue pas ici de façon immédiate. L'agrément précède absolument la délivrance. Il est d'ailleurs équitable que ce soit ainsi [1013]. Car, les frais de la délivrance sont sans doute plus élevés que ceux de la dégustation.

334. L'agrément à l'égard de la charge des risques. Ainsi, l'agrément ne joue ici aucun rôle dans l'attribution des risques, puisque tant que l'individualisation ne s'effectue la chose n'est nullement à la disposition de l'acquéreur [1014]. L'individualisation doit s'effectuer de façon contradictoire, ou être portée à la connaissance de l'acquéreur. Le comportement du vendeur à l'égard de l'individualisation peut démontrer l'exécution ou non de la délivrance. Jusqu'à l'individualisation, les risques sont à la charge du vendeur : l'enlèvement de la chose est retardé par l'absence de l'individualisation qui lui incombe. À proprement parler, les risques sont partagés entre les parties contractantes ; celles-ci sont libérées de leurs obligations réciproques.

335. Conclusion. La question des risques n'est toujours concevable dans le contrat de vente qu'à titre exceptionnel. La vente à la dégustation dénommée ici pure et simple exclut la question des risques. En ce qui concerne la vente à la dégustation, il existe deux hypothèses dans lesquelles la charge des risques peut être règlementée. La vente à la dégustation conclue à la fois à distance et à la livrer ainsi que celle qui porte sur les choses de genre ont pour effet de dissocier la délivrance de la formation du contrat. La chose vendue ne se trouve pas à la disposition de l'acquéreur lors de la formation du contrat. Sa perte avant sa délivrance appelle la question de la charge des risques, dont la résolution consiste dans la libération des parties de leurs obligations réciproques.

1013 CA Besançon, 4 juillet 1862, *D*. 1863, II, p. 11.

1014 Civ., 20 novembre 1894, *D*. 1894, I, p. 568.

336. Conclusion de la Section I. Au terme de ce développement consacré à la vente à la dégustation, on peut affirmer que cette vente ne se forme nullement par étapes. L'exigence légale de la dégustation ne constitue que l'érection de la pratique très ancienne en règle supplétive de volonté, une sorte de protection de la partie faible dans l'expression de son consentement : dans le système du Code civil, l'acheteur est traité comme une partie faible [1015]. En outre, la vente à la dégustation pure et simple traduit assez bien la pensée des codificateurs, suivant laquelle, le contrat de vente exclut par principe la question de l'attribution des risques. L'exécution instantanée de cette vente s'avère particulière. La chose vendue se trouve mise à la disposition de l'acquéreur avant que le contrat ne soit formé.

La question des risques n'est imaginable que dans les hypothèses exceptionnelles. C'est lorsque la vente à la dégustation est conclue à la fois à distance et à livrer, ou porte sur des choses de genre, que la question de la charge des risques peut apparaître envisageable ; ici, la délivrance est dissociée de la formation du contrat. En revanche, lorsqu'il s'agit de vente à la dégustation pure et simple, la délivrance s'effectue par le même consentement qui a formé le contrat. La formation du contrat épuise tous les effets de celui-ci concernant le transfert de la chose : le déplacement de la propriété ainsi que la délivrance s'effectuent *solo consensu*. Comme dans d'autres hypothèses, le droit positif évoque ici par simple préférence la règle *res perit domino*. Celle-ci ne se rencontre nullement dans la vente à la dégustation, encore moins dans la vente à l'essai.

[1015] Aux termes de l'article 1602 : « *le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur.* » Cette disposition est d'ordre général dans les relations entre le vendeur et l'acheteur.

SECTION II.
VENTE À L'ESSAI DE L'ARTICLE 1588 DU CODE CIVIL

337. L'essai. La vente à l'essai constitue la deuxième hypothèse de la vente dans laquelle le législateur impose un avantage particulier en faveur de l'acquéreur. À la différence de la vente à la dégustation, l'existence de l'essai n'est pas d'origine légale ; elle est facultative. Autrement dit, elle doit être prévue par les parties contractantes elles-mêmes. Le législateur s'est borné à rattacher à son existence contractuelle un effet légal particulier en faveur de l'acquéreur. Aux termes de l'article 1588 du Code civil, « *la vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive* ». L'essai suppose que la chose soit remise à cet effet à l'acquéreur. L'effet obligatoire de la vente est suspendu à la réalisation de l'essai. L'apport du législateur consiste surtout dans l'interdiction faite au vendeur de réclamer l'exécution du contrat avant la réalisation de l'essai.

338. Une vente en disponible par excellence. La vente à l'essai constitue en outre l'une des hypothèses par excellence de vente en disponible. La chose vendue existe lors de la formation du contrat. L'essai porte par principe sur la chose même, objet de la délivrance. Il est un fait qui paraît s'inscrire dans l'obligation de conformité, dont l'exécution dépend de celle de délivrance. Il peut donc constituer une source de litige relatif à l'exécution de celle-ci. Ce qui aurait interpellé l'intervention du législateur, qui l'a érigé en une condition suspensive de l'exigibilité des obligations. En effet, à la différence de la faculté de dégustation, l'essai ne s'inscrit pas dans le processus de la formation du contrat ; il constitue, lui aussi, un droit contractuel auquel est subordonnée l'exigibilité des autres obligations. La remise de la chose en vue de son essai constitue l'exécution du contrat. Elle permet à l'acquéreur de s'assurer de la conformité de la chose à son besoin avant d'être éventuellement obligé de payer le prix. L'effet juridique conféré à la faculté d'essai a suscité aussi un débat relatif à la formation de cette vente. Il convient donc de démontrer que la formation de cette vente ne renferme aucune condition particulière (§ 1). Ce qui permettra ensuite d'analyser la façon dont la question des risques est exclue des effets de cette vente (§ 2).

§ 1. LA FORMATION DE LA VENTE À L'ESSAI

339. Aucune particularité par rapport au droit commun. La formation de la vente à l'essai ne présente aucune particularité à l'égard du droit commun. Le législateur suspend simplement l'exigibilité notamment de l'obligation de payer le prix à la réalisation de la faculté de l'essai prévu en faveur de l'acheteur. Autrement dit, la réalisation de l'essai n'affecte pas le moment de la formation de ce contrat (A). En outre, la nature juridique de la faculté d'essai prévue par le Code civil semble incontestable (B).

A. Le moment de la formation de la vente à l'essai

340. Domaine illimité de la vente à l'essai. La vente à l'essai paraît illimitée quant à son domaine. Il s'agit de l'essai de la chose, objet de l'obligation de délivrance [1016], puisqu'il est inimaginable que le prix soit soumis à l'essai. Les choses dont l'essai semble nécessaire avant d'en faire l'achat sont de plus en plus nombreuses sur le marché [1017]. Cette vente peut être conclue sur des choses de toutes natures, si bien qu'elle est plus fréquente que la vente à la dégustation, laquelle paraît en recul [1018]. Qu'il soit d'usage d'essayer la chose, cela n'est pas, à la différence de celle-ci, une condition de sa formation [1019]. Dans le Code civil, l'élément « *essai* » n'a pas le même statut que la dégustation. Tandis que la dégustation est légalement érigée en règle supplétive de volonté dans la vente à l'agrément, l'essai est tributaire de la volonté des parties. Comme il est rappelé ci-dessus, la vente à l'essai ne tient ni à la nature de la chose [1020], ni à la loi, mais à la volonté seule des parties [1021].

341. Vente tributaire de la volonté des parties. Il est loisible à celles-ci de conclure une vente à l'essai. Il s'ensuit que cette vente doit être expressément stipulée [1022], ou résulter des usages [1023]. C'est une fois qu'une pareille vente décidée que l'article 1588 du Code civil s'applique ; on ne se retourne vers les termes de cette disposition que dans le but précis de

---

1016 L. LORVELLEC, *L'essai dans les contrats*, thèse Rennes, 1972, n° 28 : « *La vente à l'essai […] permet à l'acheteur d'utiliser l'objet même qu'il envisage d'acquérir. Le plein usage, caractéristique essentielle de la situation contractuelle d'essai, lui donne […] toute sa spécificité.* »

1017 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 87.

1018 J. GHESTIN (Sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCYER et J. MOREL-MAROGER, *op. cit.*, n° 11168 : « *[…] s'il était d'usage, à l'époque de la rédaction du Code civil, que le vin ou l'huile soient goûtés, avant d'être acquis, il n'en va plus ainsi souvent aujourd'hui. Dans les rapports avec les consommateurs finaux, la proposition est largement inversée : les produits sont généralement présentés sous un conditionnement qui exclut toute dégustation préalable. Dans les rapports entre professionnels, celle-ci recule, plus lentement certes, mais sûrement.* »

1019 C'est le contraire qui paraît ressortir de cet arrêt : CA Toulouse, 5 décembre 1979, *JCP. G.* 1980, IV, p. 392.

1020 J. GHESTIN (Sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCYER et J. MOREL-MAROGER, *op. cit.*, n° 11169 : « *Contrairement à la vente à la dégustation, la vente à l'essai ne porte généralement pas sur des choses consomptibles.* »

1021 CA Paris, 28 mai 1877, *D.* 1878, II, p. 211 ; Civ. 10 janvier 1928, *D.* 1929, I, p. 126 ; Civ., 1re, 7 juillet 1964, *Bull. civ.* 1964, I, n° 370 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAAT, *De la vente et de l'échange*, 1re éd., Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1900, n° 164 : « *Elle* (vente à l'essai) *diffère de la vente à la dégustation en ce que la faculté pour l'acheteur d'essayer la chose et de la refuser, si elle ne lui convient pas, ne résulte pas de la nature de la chose vendue, mais d'une stipulation formelle.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 105.

1022 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 10, 1re éd., *Contrats civils*, 1re partie, par J. HAMEL et B. PERREAU, LGDJ, 1932, n° 210 et suiv. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 105 ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 84.

1023 CA Paris, 28 mai 1877, *D.* 1878, II, p. 211.

résoudre la question de savoir à quel moment la vente à l'essai déploie ses effets. Autrement dit, la loi s'est immiscée de façon particulière dans le processus de la formation de cette vente seulement en vue de déterminer le moment à compter duquel les obligations qui résultent de celle-ci sont exigibles. La loi vient ainsi en aide à l'acheteur, partie réputée faible, laquelle a pu être aussi prudente en soumettant l'effet du contrat, surtout à son égard, au résultat concluant de l'essai de la chose.

342. La faculté d'essai et l'obligation de conformité. Dans la pensée des codificateurs de 1804, non seulement la prise en considération de la satisfaction de la chose à l'usage pour lequel elle est achetée, doit être loisible aux parties, mais une fois intégré dans le contrat, ce résultat attendu doit constituer une condition qui suspend la réclamation des prestations stipulées. Après l'exécution des obligations, il ne sera probablement plus que question de la garantie des vices cachés [1024]. L'appréciation de l'aptitude de la chose à répondre à l'usage auquel l'acquéreur la destine, relève de la volonté des parties, et s'effectue par la suspension des effets du contrat.

Cette conception diffère de celle des législations modernes ; elle est de plus en plus supplantée par celle qui consiste à faire plutôt de l'absence de cette aptitude un manquement à l'exécution du contrat [1025]. L'appréciation de la capacité de la chose à satisfaire à l'usage pour lequel elle est acquise, devient ainsi de nos jours une suite logique de la délivrance [1026]. L'obligation moderne de conformité se greffe donc de façon automatique sur celle de délivrance [1027]. Soit elle s'incorpore à celle-ci, soit elle s'apprécie à

[1024] Art. 1641 du Code civil : « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.* »

[1025] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 208 : « *Selon le Code civil, le vendeur a une condition juridique simple : il est tenu de "deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend" (art. 1603). Aujourd'hui, ses obligations sont devenues nombreuses et complexes.* »

[1026] CA Toulouse, 5 décembre 1979, *JCP. G.* 1980, IV, p. 392.

[1027] Ph. RÉMY, obs. sur Civ. 1re, 1er décembre 1987, *RTD civ.* 1988, p. 368 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 233 : « *En droit civil, la conformité est une qualité liée à la délivrance. En droit de la consommation, elle est une qualité liée à la fois à la délivrance et à la garantie des vices cachés.* » Art. L. 211-4 du Code de la consommation : « *Le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance. Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité.* » Aux termes de l'article L. 211-5 du même Code : « *Pour être conforme au contrat, le bien doit : 1° Être propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable et, le cas échéant :-correspondre à la description donnée par le vendeur et posséder les qualités que celui-ci a présentées à l'acheteur sous forme d'échantillon ou de modèle ;-présenter les qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre eu égard aux déclarations publiques faites par le vendeur, le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage ; 2°Ou présenter les caractéristiques définies d'un commun accord par les parties ou être propre à tout usage spécial recherché par l'acheteur, porté à la connaissance du vendeur et que ce dernier a accepté.* »

sa suite. L'objet du contrôle de conformité rappelle en effet celui de l'essai [1028]. Ce dernier vise à permettre à l'acquéreur, soit d'apprécier le goût de la chose, soit de s'assurer que celle-ci puisse répondre à l'usage auquel il la destine [1029]. Il n'est donc pas certain que l'acquéreur qui a procédé à l'essai avant que les obligations ne soient exigibles, puisse être recevable à se prévaloir, après l'exécution de la délivrance, d'un défaut de conformité [1030]. La différence notable demeurant entre l'essai de l'article 1588 et la conformité consiste dans la suppression de toute marge de subjectivité dans la recherche de celle-ci.

343. Le moment précis de la formation de la vente. Évidemment, le moment de la formation définitive du contrat n'est pas celui de l'exécution de l'essai [1031]. À l'instar du droit romain [1032], la formation de la vente ne résulte pas de l'essai, mais le précède. Le moment de la formation de la vente est bien celui du droit commun, c'est-à-dire celui où la chose et le prix [1033] sont déterminés ou déterminables. Ici, l'accord sur la chose se fait par l'acceptation de tester l'aptitude de celle-ci. Or, il arrive que l'acquéreur ait connu le prix avant d'accepter de faire l'essai [1034]. En ce cas, la volonté de celui-ci de mesurer la chose à l'usage envisagé marque le moment de la formation du contrat. Inversement, il peut aussi arriver que l'acceptation d'essayer la chose intervienne avant que le prix ne soit fixé. Dès lors, le moment précis où le contrat devient exécutoire est celui de l'accord définitif sur le prix. Ainsi, la faculté d'essayer la chose ne suspend que l'exécution du contrat. Le prix ne peut être réclamé jusqu'à l'acceptation par l'acheteur du résultat de l'essai. Autrement dit, l'essai ne suspend en réalité que la réclamation du prix. Le résultat concluant de l'essai déclenche plutôt l'exécution des obligations, contrairement à certaine jurisprudence [1035] ainsi qu'aux auteurs qui paraissent voir là le moment de la formation de la vente [1036].

1028 J. GHESTIN (Sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCYER et J. MOREL-MAROGER, *op. cit.*, n° 11169, p. 122 : « *[…], l'essai prend un peu les allures d'un contrôle de conformité, […].* »

1029 CA Paris, 28 mai 1877, *D.* 1878, II, p. 211.

1030 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 236 : « *L'action peut […] se trouver paralysée si, ayant contrôlé la conformité lors de la délivrance, l'acheteur a accepté le bien en l'état, sans réserves.* » D'ailleurs le contrôle de conformité s'effectue par principe dès la prise de livraison.

1031 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions techniques, 1952, § 349, p. 13 : « *Une vente faite à l'essai est à considérer comme définitivement conclue sous une condition suspensive.* »

1032 M. KONSTANTINOVITCH, "Le periculum rei venditæ*" en droit romain,* thèse Lyon, Imprimerie Bosc Frères & Riou, 1923, p. 76 : « Primus *a vendu à* Secundus *son esclave Stichus sous condition si* navis ex Asia venerit*. Une pareille vente est valable, mais pas encore parfaite.* »

1033 Art. 1583 du Code civil.

1034 CA Poitiers, 28 juin 1873, *D.* 1874, II, p. 30.

1035 Civ., 1re, 13 octobre 1998, *Bull. civ.* 1998, I, n° 304 ; CA Poitiers, 28 juin 1873, *D.* 1874, II, p. 30 ; Trib. civil du Havre, 18 octobre 1924, *Gaz. pal.* 1924, II, p. 555.

1036 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, 6e éd., par M. JUGLART, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 914 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCYER et J. MOREL-MAROGER, *op. cit.*, n° 11169, p. 122 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 139 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et

… / …

B. La nature juridique de l'essai convenu

344. Controverse doctrinale. La formation de la vente à l'essai a suscité, à l'image de celle de la vente à la dégustation, une controverse doctrinale sur la nature juridique de la faculté d'essai. La promesse unilatérale que l'opinion majoritaire tente encore ici de faire voir dans la conclusion de cette vente doit être rejetée (1). Car, l'essai constitue bien, tel qu'il ressort de l'article 1588, plutôt une condition suspensive (2).

1. Rejet de la promesse unilatérale

345. Aucun accord de principe préalable dans la formation de la vente. Des auteurs analysent la formation de la vente à l'essai, à l'image de celle de la vente à la dégustation, en une promesse unilatérale de vente, autrement dit, en un avant-contrat [1037]. Celle-ci résulterait d'un accord de principe en vertu duquel le potentiel acquéreur essaie la chose dans un délai déterminé [1038], raisonnable, ou conforme à l'usage [1039]. Ce prétendu accord de principe obligatoire à l'égard du vendeur porterait sur les caractéristiques de la chose [1040] ; l'essai se limiterait au contrôle de conformité de la chose aux exigences convenues. Et la vente ne sera formée que lorsque le résultat de l'essai se sera avéré concluant [1041]. Cette analyse procède de la tendance à considérer que la faculté d'essai suit absolument un accord préalable sur les qualités attendues de la chose [1042].

346. L'éventuelle convention sur les qualités de la chose. Or, les exigences attendues de la chose ne sont pas forcément convenues au préalable [1043] ; elles peuvent être objectives [1044], mais elles ne sont par principe connues que par l'acquéreur [1045] ; elles restent dans nombre

---

P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 105 ; D. GARREAU, *Jurisclassseur civil*, art. 1441 et 1442 à 1589, fasc. 40, n° 124 et 169 : « *Dès lors que l'acquéreur déclare l'essai satisfaisant, la vente est formée.* »

1037 J. GHESTIN (Sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCYER et J. MOREL-MAROGER, *op. cit*., n° 11169, p. 122 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 139.

1038 Civ., 1re, 13 octobre 1998, *Bull. civ.* 1998, I, n° 304.

1039 Civ., 1re, 19 juillet 1965, *Bull. civ.* 1965, I, n° 490.

1040 Critique pertinente à l'égard de cette qualification : D. GARREAU, *Jurisclassseur civil*, art. 1441 et 1442 à 1589, fasc. 40, n° 133 : « *Avec une telle qualification, comment comprendre que le silence de l'acheteur emporte réalisation de la vente ? Quand aurait-il émis son acceptation ?* »

1041 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 105.

1042 F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 139.

1043 J. GHESTIN (Sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCYER et J. MOREL-MAROGER, *op. cit*., n° 11169, p. 122 : « *[…], l'opération se déroule en deux temps : un accord de principe sur les caractères de la chose, une vérification ultérieure par l'acheteur.* » ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 139.

1044 Civ., 1re, 7 juillet 1964, *Bull.civ.* 1964, I, n° 370.

1045 Trib. civil du Havre, 18 octobre 1924, *Gaz. pal.* 1924, II, p. 555.

de cas totalement dans la discrétion de celui-ci. Il en est ainsi, en général, des achats de vêtements. Les cabines d'essayage sont installées pour tout potentiel acquéreur. C'est lorsque celui-ci ne peut tout seul trouver dans le magasin ce dont il a besoin qu'il fera appel au vendeur en portant à sa connaissance les caractéristiques du vêtement envisagé. L'article 1588 n'exclut cependant pas que les parties puissent, d'une part, convenir au préalable du résultat attendu de la chose [1046], et d'autre part, permettre au potentiel acquéreur de réaliser l'essai, c'est-à-dire de vérifier sa conformité à ce qui est convenu.

Même en ce dernier cas, suivant l'esprit de l'article 1588, la vente est formée dès l'accord des parties sur la chose et le prix, mais c'est seulement son exécution qui est suspendue. D'ailleurs, dans cette situation l'opinion moderne ne voit qu'une vente à livrer ; et lorsque la vérification effectuée révèle que la chose n'est pas conforme aux exigences convenues, il ne s'agira plus que de l'exécution insuffisante de la délivrance [1047], ou en droit de la consommation, de l'obligation de conformité [1048]. Ainsi, ce qui s'apparente à un avant-contrat, dans l'hypothèse où les parties se sont accordées au préalable sur les caractéristiques de la chose, constitue bien le contrat lui-même, dont l'exécution est suspendue à l'éventuel résultat concluant de l'essai convenu.

2. Résultat de l'essai : une condition suspensive

347. La fonction de la faculté de l'essai. Qualifier la faculté d'essai stipulée d'un avant-contrat, c'est évidemment déformer la règle placée par les codificateurs dans l'article 1588. En effet, les rédacteurs de ce texte ont un regard différent sur la situation. Dans leur pensée, la vente à l'essai ne se forme nullement par le résultat concluant de l'essai [1049]. Il est rappelé ci-dessus le point de vue qui est incontestablement le leur. Ils ont déclaré sans ambiguïté que « *la vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive* » [1050].

348. Le rôle de la condition suspensive en général. Tout d'abord, non seulement dans leur entendement, mais il n'est pas douteux que la condition suspensive n'affecte que

---

1046 CA Paris, 28 mai 1877, *D.* 1878, II, p. 211.

1047 En droit civil, la conformité n'est pas séparée de la délivrance. Le défaut de conformité affecte plutôt la délivrance ; il démontre l'inexécution de la délivrance conforme. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 233.

1048 Le champ d'application de cette loi est limité, quant aux personnes, aux rapports entre, d'une part, les vendeurs professionnels agissant dans le cadre de leurs activités professionnelles, et, d'autre part, les acheteurs agissant en qualité de consommateurs (art. L. 211-3 du Code de la consommation), et, quant aux choses, aux objets mobiliers corporels (art. L. 211-1 du Code la consommation).

1049 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions techniques, 1952, § 349, p. 13.

1050 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de la vente et de l'échange*, 1re éd., Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1900, n° 166.

l'exécution de l'obligation [1051]. En droit commun, et contrairement à certaine opinion doctrinale [1052], la condition suspensive ne se rapporte qu'à l'exécution de l'obligation [1053], mais non à l'existence de celle-ci. L'essai est bien érigé, sous réserve de sa stipulation, en une condition suspensive [1054], mais non en une condition résolutoire [1055]; il ne suspend donc d'aucune façon la formation de la vente, mais plutôt l'exécution des obligations contractées [1056], en l'occurrence le paiement du prix et la délivrance. Cette condition n'est en rien potestative [1057] ; il est vrai que dans certains cas le résultat de l'essai est lié au goût

---

1051 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 248 ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 286 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 327.

1052 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de la vente et de l'échange*, 1re éd., Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1900, n° 166 : « *Il en résulte que l'existence de la vente et tous ses effets sont tenus en suspens jusqu'à l'essai, […].* » ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, 5e éd., Litec, 1995, n° 1098 : « *La condition suspensive est celle qui affecte la naissance de l'obligation, aussi longtemps que l'incertitude pèse sur l'événement-condition ; on ignore si les parties deviendront respectivement créancier et débiteur. Par exemple : je vous promets la vente de mes livres de droit si je suis reçu à mon examen à la prochaine session. On est alors en présence d'une vente conditionnelle. L'existence même de la vente dépend d'un événement futur […].* » Dans l'exemple proposé ici, on ne peut voir une vente ; il s'agit d'une promesse de vente. Et la condition d'être reçu à l'examen affecte l'exécution de l'obligation résultant de cette promesse : celle de vendre.

1053 Ce qui ressort des anciens articles 1168 et suivants du Code civil. Voir les modifications dans les nouveaux articles 1304-5 et 1304-6 du Code civil.

1054 Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9e éd., Dalloz, 2012, n° 881 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, Sirey, 1930, n° 1064 ; C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions techniques, 1952, § 349, p. 13 ; note sous Civ.,10 janvier 1928, *D.* 1929, I, p. 162 : « *Les rédacteurs du Code n'ont pas ici suivi Pothier, qui, en s'appuyant sur une loi romaine, estimait que la clause d'essai rendait la vente résolutoire […].* »

1055 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 106 : « *l'essai constitue bien une condition car son résultat peut être objectivement contrôlé et ne dépend donc pas du bon vouloir de l'acquéreur ; il semble s'agir plus précisément d'une condition résolutoire car il incombe à l'acquéreur de faire savoir s'il n'est pas satisfait, à défaut de quoi la vente est définitive.* » ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 84.

1056 L'ancien article 1168 du Code civil dispose que : « *L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas.* »

1057 Voir l'opinion contraire : M. DURANTON, *Traité de la vente et de l'échange, suivant le code civil*, Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, p. 96 : « *[…] cette condition est évidemment potestative de la part de l'un des contractans, de l'acheteur, ce qui ôte par cela même à la vente le caractère de contrat synallagmatique, tant que l'acheteur n'a pas agréé la chose expressément ou tacitement, en laissant passer le temps qu'il a pris pour l'éprouver, sans la rendre au vendeur : celui-ci seul est obligé, comme il le serait par une promesse de vendre telle chose moyennant tel prix dans un certain temps ; il ne peut, par conséquent, reprendre la chose, quoiqu'il en trouvât un prix supérieur : il est lié tant que l'acheteur ne l'a point répudiée.* » ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 106.

de l'acquéreur [1058], mais la réalisation de ce goût se fait indépendamment de la volonté de celui-ci [1059]. Le goût ne coïncide d'ailleurs nullement avec la volonté.

349. Condition résolutoire et condition suspensive. Ensuite, les codificateurs n'entendent nullement faire de l'existence de l'obligation un critère de distinction entre les conditions résolutoire et suspensive [1060]. L'unique critère décisif qu'ils utilisent, c'est plutôt l'exigibilité de l'obligation [1061]. Dans tous les deux cas en effet l'obligation est formée, elle existe. Mais seulement dans la condition suspensive l'obligation n'est pas exigible jusqu'à la réalisation de la condition [1062], alors qu'elle l'est par principe dès la formation du contrat dans la condition résolutoire [1063]. À l'inverse, l'avènement de la condition suspensive rend exigible l'obligation, tandis que celui de la condition résolutoire anéantit l'obligation, et par contrecoup le contrat [1064], donnant lieu à restitution des prestations exécutées.

350. L'effet particulier et supplémentaire de la condition suspensive. Au-delà de ces effets, la condition suspensive en renferme un autre. Sa défaillance entraîne aussi l'anéantissement

---

1058 Trib. civil du Havre, 18 octobre 1924, *Gaz. pal.* 1924, II, p. 555 ; C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions techniques, 1952, § 349, p. 13 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 88 : « *[...], la qualification de vente sous condition suspensive n'apparaît pas très satisfaisante. En particulier, elle ne suffit pas à justifier que l'acheteur puisse se servir du bien pendant un temps. Par ailleurs, lorsque l'essai consiste en l'appréciation de qualités subjectives, la condition peut prendre un air de potestativité.* »

1059 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 155 : « *L'essai constitue bien une condition car son résultat peut être objectivement contrôlé et ne dépend donc pas du seul bon vouloir de l'acquéreur ;* ».

1060 Ces auteurs se fondent uniquement sur ce critère : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, 5e éd., Litec, 1995, n° 1099 : « *À l'opposition de ce qui se passe dans la condition suspensive, l'obligation sous condition résolutoire est d'ores et déjà pleinement formée ; ce qui est conditionnel, c'est son maintien ; la cessation du rapport de droit dépend d'un événement dont la réalisation est inconnue.* » ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, 6e éd., par É. BARTIN, tome 4, Éditions techniques, 1951, p. 88 : « *On peut, au moyen d'une déclaration accessoire, faire dépendre d'un événement futur, soit la formation d'un rapport juridique, soit son anéantissement ou sa résolution. De là la division des conditions en suspensives et résolutoires.* »

1061 B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. C. OPHELE, diff. LGDJ, 2006, n° 10 : « *L'exigibilité reçoit également une définition technique : le moment de l'exécution.* »

1062 L'ancien article 1181 du Code civil dispose que : « *L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement. Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée.* »

1063 Aux termes de l'ancien article 1183 du Code civil : « *La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation : elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive.* »

1064 Ancien article 1184 du Code civil.

du contrat [1065] ; elle rejoint ainsi la condition résolutoire [1066]. Cet effet, en combinaison avec la période pendant laquelle la chose peut être en essai entre les mains de l'acquéreur, laisse proposer par certains auteurs que la faculté d'essai s'analyse plutôt en une condition résolutoire [1067]. Cette vision fait sans doute abstraction du sort de l'obligation de l'acquéreur. En effet, le résultat attendu de l'essai suspend non seulement que la remise de la chose à l'acheteur en vue de son essai, soit considérée comme une délivrance, mais aussi la réclamation du prix. Dans l'hypothèse où l'on considère que la remise de la chose en vue de l'essai doit déjà remplir la délivrance [1068], il n'en demeure pas moins que le vendeur ne peut réclamer le prix. Il est vrai qu'il n'y aura aucune autre remise en cas de résultat concluant de l'essai, mais la distinction ne s'en estompe pas pour autant ; elle réside dans l'intention des parties.

351. L'inexistence de la vente dite conditionnelle. Enfin, une vente conditionnelle ne paraît exister nullement. Ce que l'on dénomme « *vente conditionnelle* » [1069] est en réalité, soit une vente qui produit des obligations dont l'exécution est assortie de condition, soit une obligation conditionnelle tout court. La suspension d'une chose suppose en effet l'existence

---

[1065] P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 6e éd., Dalloz, 2015, n° 196 : « *Si l'essai n'est pas satisfaisant, la condition défaille et la vente devient caduque.* » ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, « Bibliothèque de droit privé tome 505 », préf. D. MAZEAUD, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, n° 619.

[1066] D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 84 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 105.

[1067] D. GARREAU, *Jurisclassseur civil*, art. 1441 et 1442 à 1589, fasc. 40, n° 124 et 135 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 105 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 88 ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 84 : « *Une première difficulté tient à la qualification de cette vente. Traditionnellement, on affirme qu'il s'agit d'une vente sous condition suspensive ; l'article 1588 du Code civil l'affirme même expressément : la vente à l'essai est "toujours présumée faite sous condition suspensive". Pourtant, cette qualification ne satisfait guère. La condition suspensive retarde l'exécution de la vente jusqu'à sa réalisation. Or, la vente est déjà conclue puisque l'acheteur peut se servir de la chose ; la condition serait, alors résolutoire.* » Ce raisonnement résulte de l'opposition habituellement faite entre la condition résolutoire et la condition suspensive. On conçoit en effet traditionnellement la première exclusivement par rapport à l'anéantissement du contrat, et la deuxième par rapport à la suspension de la vente ou de l'obligation. Or, de cette conception, il aurait dû résulter qu'il n'y a aucune opposition entre les deux conditions. Car, la condition suspensive ne suspend que l'obligation, tandis que la condition résolutoire anéantit le contrat : leurs objets respectifs ne sont donc pas l'un à l'antipode de l'autre. L'on se départira de ce raisonnement lorsque l'on se sera placé dans la vision qui est celle des codificateurs, lesquels conçoivent la condition résolutoire exclusivement par rapport à l'exigibilité de l'obligation. La condition résolutoire prive le contrat de ses effets.

[1068] D. GARREAU, *Jurisclassseur civil*, art. 1441 et 1442 à 1589, fasc. 40, n° 156 : « *Le vendeur a pour principale obligation de remettre la chose à l'acheteur, afin que celui-ci puisse en avoir l'usage. L'exécution de l'obligation de livrer est une condition d'existence de l'essai. Sans le matériel, objet de la vente, pas d'essai. Il faut entendre par là la remise intégrale du matériel. L'essai véritable suppose la transmission du bien en la "puissance et possession" de l'acquéreur suivant les termes de l'article 1604 du Code civil, définissant l'obligation de délivrance.* »

[1069] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 105 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 105.

de celle-ci. La suspension d'une chose inexistante semble donc inenvisageable. L'objet de suspension doit nécessairement exister. Sinon l'action de suspendre n'a aucun objet, par conséquent elle est inconcevable. Or, on peut s'interroger sur le moment à compter duquel une vente peut être suspendue, autrement dit, exister. La suspension d'un contrat n'est imaginable que lorsque celui-ci peut exister indépendamment de la rencontre de volontés qui le forment [1070]. Par voie de conséquence, si l'on pense la déduire d'un consentement des parties, c'est que l'on est plutôt en présence d'une obligation qui résulte de ce consentement.

Dans les situations juridiques qualifiées de « *ventes conditionnelles* » [1071], au lieu de « *vente conclue sous condition suspensive* » [1072], on ne voit qu'une obligation suspendue [1073], c'est-à-dire l'existence d'un accord plus ou moins obligatoire entre les parties. Ainsi, dans les avant-contrats, la formation du contrat suspendue constitue une obligation ; les parties, ou l'une d'entre elles, s'engagent à créer le contrat [1074] ; l'avènement de la formation du contrat est donc là l'obligation suspendue, *obligation de faire*. Ce sont, en définitive, les obligations résultant d'un avant-contrat qui sont suspendues. La formation de la vente à l'essai ne déroge pas au droit commun : celle-ci est formée dès la rencontre de volontés sur la chose et le prix. Sauf ses effets sont suspendus au résultat concluant de l'essai. L'exécution de la délivrance, critère attributif de la charge des risques, ne se conçoit qu'à compter de ce moment.

1070 C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, 6e éd., par É. BARTIN, tome 4, Éditions techniques, 1951, p. 87 : « *Une condition, dans l'acceptation spéciale et propre de ce mot, est une déclaration de volonté ou une disposition de la loi, qui fait dépendre d'un événement futur et incertain l'existence d'un rapport juridique.* »

1071 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 105 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 105.

1072 L'expression que les codificateurs utilisent.

1073 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 105 : « *La vente peut être assortie d'une condition, suspensive ou résolutoire, comme tout contrat : le droit commun de ce mécanisme s'applique alors. Cette condition peut être insérée dans la vente elle-même, ou dans un contrat préparatoire de promesse avec lequel elle se combine […].* »

1074 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 191 : « *La promesse unilatérale de contracter est la convention par laquelle un individu, le promettant, s'engage envers un autre qui l'accepte, le bénéficiaire, à conclure un contrat dont les conditions sont dès à présent déterminées si celui-ci le lui demande dans un certain délai.* » ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 85 : « *[…], la promesse unilatérale n'est pas un acte unilatéral, mais un véritable contrat issu d'un accord de volontés, qui se distingue ainsi d'une simple offre de vente : le "contrat de promesse" n'est formé que par la rencontre d'une offre et d'une acceptation, cette acceptation portant sur la promesse "en tant que telle" et transformant l'offre en un contrat. Cette acceptation porte sur la promesse elle-même et non point encore sur la vente : elle n'est donc pas encore la levée de l'option par le bénéficiaire. Mais, en acceptant cette promesse en tant que telle, le bénéficiaire donne à l'option qui lui est consentie un caractère contractuel obligatoire […].* »

§ 2. La question de l'attribution des risques dans la vente à l'essai

352. Deux hypothèses à distinguer. Deux hypothèses qui paraissent toutes se rapporter à la question de l'attribution des risques doivent être distinguées dans la vente à l'essai. Il y a lieu d'examiner d'une part la période pendant laquelle l'essai se déroule (A), et d'autre part celle à compter de laquelle l'essai s'avère concluant (B).

A. Période de l'essai

353. Les questions du transfert de propriété et de la charge des risques. Dans cette période, il convient d'examiner, d'une part, la question du transfert de la propriété (1) dans la vente à l'essai et, d'autre part, celle de la charge des risques (2).

1. La question du transfert de la propriété

354. La remise de la chose à l'acquéreur en vue de l'essai. La question des risques ne va pas sans celle du droit de propriété en droit positif français. Du point de vue technique, la vente à l'essai ne peut que se former suivant le droit commun ; elle est effective dès la rencontre des volontés sur la chose et le prix. Seule son exécution commence à compter du résultat concluant de l'essai. Cependant, la chose peut se trouver, dès la conclusion de la vente, entre les mains de l'acquéreur en vue de l'essai [1075]. Peut ainsi se poser la question de l'attribution de la charge de perte ou de détérioration de la chose susceptible de survenir au cours de l'essai [1076]. Car, en cas de résultat non concluant de la réalisation de l'essai, la remise de la chose s'effectuera en sens inverse ; l'acheteur devra restituer la chose au vendeur. Sur laquelle des parties doivent alors peser les risques qui surviennent avant cette remise ? Suivant le droit positif, ce sera sur le propriétaire que pèsent les risques.

355. L'absence de précision sur le moment du transfert de propriété. Or, on peut observer d'emblée l'absence, dans l'article 1588 du Code civil, de l'élément auquel le droit positif rattache de façon habituelle les risques. Cette disposition ne détermine en effet nullement lequel, du vendeur et de l'acheteur, est propriétaire pendant cette période. Certains auteurs [1077], ainsi que la jurisprudence [1078] inclinent à rechercher l'existence de cet élément en proposant le report de la formation du contrat au résultat satisfaisant de l'essai. Ceci,

---

1075 Civ., 1re, 7 juillet 1964, *Bull. civ.* 1964, I, n° 370.

1076 Civ. 10 janvier 1928, *D.* 1929, I, p. 126.

1077 H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome 3, 6e éd., par M. Juglart, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 914 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 105 ; D. Garreau, *Jurisclassseur civil*, art. 1441 et 1442 à 1589, fasc. 40, n° 124 et 166.

1078 Civ., 1re, 13 octobre 1998, *Bull. civ.* 1998, I, n° 304 ; CA Pau, 27 avril 1949, *D.* 1949, p. 519.

autrement dit, en vue de se permettre de soutenir que c'est à ce moment là que le contrat est formé, et que par conséquent tant la propriété que les risques sont transmis [1079].

Or, ce silence doit être plutôt l'une des occasions de se rendre à l'évidence que l'importance accordée de nos jours au transfert immatériel de la propriété n'est pas celle qui était dans la vision des codificateurs. Il ressort en effet des développements précédents le but pour lequel ceux-ci déclarent de façon répétitive et d'un ton assez impératif le transfert *solo consensu* de la propriété. Ils réitèrent ce moment de transmission de propriété dans toutes les hypothèses où le vendeur peut être tenté de refuser ou de retarder la délivrance. Ce dont il résulte que les actions tant personnelles que réelles se trouvent toutes transmises à l'acquéreur afin de pouvoir forcer la délivrance. Et ceci bien à l'antipode du droit romain.

356. La scission pratique du droit de propriété. Cette nécessité ne se présente en revanche nullement dans l'hypothèse de l'article 1588. D'une part, aucune tentative du vendeur de se soustraire à la délivrance ne peut se concevoir. Il est au contraire de l'intérêt de celui-ci que l'essai s'effectue immédiatement, par conséquent, de mettre la chose à la disposition de l'acquéreur. Autrement dit, cette condition à laquelle la réclamation du prix est suspendue constitue en elle-même une contrainte à l'égard du vendeur en faveur de la remise de la chose. D'autre part, l'essai s'effectue en principe par l'acquéreur lui-même [1080]. En ce cas, bien que tous les effets du contrat, y compris réels, soient suspendus, la détention matérielle de la chose par l'acquéreur entraîne une sorte de partage du même droit de propriété entre les parties. Cette affirmation peut paraître cependant bizarre, eu égard à l'exclusivité prétendument caractéristique du droit de propriété [1081]. Mais l'on ne doit pas perdre de vue que cette maîtrise matérielle permet au détenteur d'exercer, à l'égard des

---

1079 D. GARREAU, *Jurisclassseur civil*, art. 1441 et 1442 à 1589, fasc. 40, n° 160 : « *Si l'essai est qualifié de condition suspensive, seule la réussite de l'essai, "l'événement incertain" exigé par l'article 1168 du Code civil, permettra de réaliser, rétroactivement les transferts tant du droit de propriété que des risques. La condition retardant la formation même du contrat, il en résulte que, tant qu'elle demeure pendante, la propriété continue à reposer sur la tête du vendeur. Tant que l'essai n'a pas été accompli de façon satisfaisante, le vendeur demeure propriétaire et par conséquent chargé des risques, même si la chose a été remise à l'acheteur, sauf si le délai d'essai est écoulé […].* » ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCYER et J. MOREL-MAROGER, *op. cit.*, n° 11169, p. 122 ; CA Pau, 27 avril 1949, *D*. 1949, p. 519.

1080 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 2e éd., Sirey, 1933, n° 1064.

1081 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 456 ; P. BERLIOZ, *Droit des biens*, Ellipses, 2014, n° 40 : « *De l'avis unanime de la doctrine, la propriété peut se définir comme un pouvoir d'exclusivité. La propriété permet, avant tout, au propriétaire d'exclure les tiers de l'accès à la chose, pour qu'il puisse en jouir selon sa volonté.* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil*, tome 2, *Les biens, Droits réels principaux*, 5e éd., Economica, 2006, n° 197 : « *[…], tout droit subjectif a un caractère exclusif, en ce sens que seul le titulaire du droit peut faire valoir des prérogatives qui sont attachées à son droit. Dans cette mesure, on doit considérer que le droit de propriété n'est pas plus exclusif que tout autre droit subjectif.* » ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 95.

tiers, le droit de propriété [1082]. Il ne demeure donc chez le vendeur, dans l'hypothèse de la réalisation de l'essai par l'acquéreur lui-même, que l'aspect abstrait et vrai du droit de propriété, tandis que le concret et fallacieux se trouve du côté de celui-ci.

357. La situation des tiers. La prise en considération du sort des tiers se trouve en général à la base du report proposé de la formation de la vente au résultat concluant de l'essai [1083]. L'avantage sur lequel l'on mise est non seulement celui de rétablir le transfert *solo consensu* de propriété, mais surtout celui de permettre, tantôt aux tiers de saisir la chose, sur laquelle l'acquéreur n'est pas encore investi du droit de propriété, tantôt à celui-ci, en cas de rétroactivité de la condition [1084], d'opposer à ceux-là son droit de propriété [1085]. Or, il est rappelé que la déclaration du moment de transfert de propriété n'apparaît pas ici nécessaire aux yeux des codificateurs. Quant aux tiers, la formation de la vente à l'essai selon le droit commun, ne nuit nullement à leurs droits.

Ainsi, rien ne s'oppose à ce que l'acquéreur se prévale, au cours de l'essai, de la vente à l'égard des tiers saisissants [1086]. L'opposabilité, à ceux-ci, de la vente à l'essai doit entraîner simplement la dépendance, de la nature de la saisie pratiquée sur la chose, du résultat de l'essai. En cas de résultat concluant, la saisie peut se transformer en celle de créance entre les mains de l'acquéreur. Celui-ci verse le prix au saisissant, puisque par hypothèse le prix n'est pas exigible jusqu'au résultat de l'essai. Suivant en effet l'esprit de l'article 1588, une vente n'est pas conclue à l'essai lorsque le prix est payé avant que l'acquéreur ne procède à

1082 L'article 2276 du Code civil dispose que : « *En fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.* »

1083 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 2e éd., Sirey, 1933, n° 1064 : « *[…] une fois l'essai effectué et reconnu satisfaisant, l'acheteur est propriétaire dès le jour de la vente ; en conséquence, son droit est, dès ce jour, opposable aux créanciers du vendeur et, au cas de faillite, à la masse ; il lui permet en effet de revendiquer la chose achetée.* » ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 10, 1re éd., *Contrats civils*, 1re partie, par J. HAMEL et B. PERREAU, LGDJ, 1932, n° 211 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAAT, *De la vente et de l'échange*, 1re éd., Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1900, n° 167.

1084 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, 6e éd., par M. JUGLART, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 914 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 10, 1re éd., *Contrats civils*, 1re partie, par J. HAMEL et B. PERREAU, LGDJ, 1932, n° 211 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 107.

1085 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAAT, *De la vente et de l'échange*, 1re éd., Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1900, n° 167 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 2e éd., Sirey, 1933, n° 1064.

1086 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAAT, *De la vente et de l'échange*, 1re éd., Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1900, n° 167 : « *[…], si après l'essai l'acheteur garde la chose […]. Il en résulte que l'acheteur pourra opposer son droit aux créanciers du vendeur qui auraient fait saisir la chose depuis la vente, soit à la masse des créanciers du vendeur si celui-ci était tombé en faillite postérieurement à la vente.* »

l'essai [1087] ; car l'essai repousse l'exigibilité des obligations [1088]. Une telle vente est assortie de condition résolutoire [1089], dont la survenance a plutôt pour effet direct la restitution réciproque des prestations déjà exécutées [1090]. En outre, cette saisie n'aboutira qu'à la vente de la chose, sa cause ne peut être qu'une créance monétaire ; elle vise donc à procurer une somme d'argent au saisissant. Et si le saisissant est le premier acquéreur de la chose, son sort est résolu par l'ancien article 1141 du Code civil [1091]. Ainsi, la question du transfert de la propriété semble sans intérêt dans la vente à l'essai, contrairement à celle de la charge des risques.

2. L'attribution de la charge des risques

358. L'attribution des risques. En ce qui concerne les risques, les auteurs s'accordent à les voir mis à la charge du vendeur [1092] ; ce qui semble tout à fait normal. Les risques pèsent sur celui-ci dans la mesure où tous les effets, tant réels que personnels, du contrat sont suspendus. L'acquéreur mis en possession de la chose en vue de son essai est tenu de l'obligation de conservation. Sauf, lorsque l'acheteur n'use pas de bonne foi la période d'essai, en laissant couler un délai déraisonnablement long, le contrat déploie ses effets, et les risques sont donc à sa charge [1093] ; car il a laissé planer le doute sur le moment à compter duquel le contrat devient exécutoire. En ce cas, l'essai doit être considéré comme satisfaisant. Dans l'hypothèse où l'on admet que le résultat attendu de l'essai est non seulement une condition suspensive, mais qui n'affecte en outre que l'exercice des droits issus de la vente, la règle *res perit domino* serait, comme à l'accoutumée, préférée. On

---

1087 Ces arrêts paraissent respectueux de la pensée des rédacteurs de l'article 1588 du Code civil : Civ., 1re, 19 juillet 1965, *Bull. civ.* 1965, I, n° 490 ; Civ., 1re, 7 juillet 1964, *Bull. civ*. 1964, I, n° 370.

1088 Pour les fausses ventes à l'essai : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 106.

1089 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAAT, *De la vente et de l'échange*, 1re éd., Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1900, n° 166 ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, 6e éd., par M. JUGLART, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 916 : « *L'acheteur se réserve la faculté de restituer au vendeur la chose achetée et de résoudre ainsi le contrat. La vente est dite à condition.* »

1090 L'ancien article 1183 du Code civil dispose que : « *La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive.* »

1091 Repris dans le nouvel article 1198 du Code civil, issu de la réforme de 2016.

1092 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, 6e éd., par M. JUGLART, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 914 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 107 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 105 ; c'est aussi ce qui ressort *a contrario* de cet arrêt : Civ. 10 janvier 1928, *D*. 1929, I, p. 126 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 10, 2e éd., *Contrats civils*, 1re partie, par J. HAMEL, LGDJ, 1956, n° 211 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 2e éd., Sirey, 1933, n° 1064.

1093 Civ., 10 janvier 1928, *D*. 1929, I, p. 126.

évoquerait que les risques sont transmis à l'acheteur au moment où l'essai s'avère satisfaisant, parce que c'est en ce moment que celui-ci devient propriétaire.

359. La règle res perit domino. Or, la perception du fonctionnement de la vente à l'essai, différente de celle des codificateurs, conduit des auteurs dans des difficultés à justifier ici l'attribution des risques à l'aliénateur par la règle *res perit domino*. Surtout lorsque l'on considère que l'essai suspend plutôt la formation de la vente [1094], on aura davantage du mal à dissimuler le caractère artificiel de la règle *res perit domino*. En effet, dans cette vision, l'on propose que la survenance du résultat concluant de l'essai opère rétroactivement [1095] ; autrement dit, la vente est formée au jour de l'essai, mais l'acquéreur est réputé propriétaire depuis la date à laquelle les volontés se sont rencontrées sur la chose et le prix. Cette rétroactivité n'a pas pu entraîner les risques, lesquels demeurent à la charge du vendeur [1096].

360. Conformément au droit commun. Évidemment, l'attribution des risques à l'acquéreur ne revêt pas ici un aspect différent de celui qui résulte du fonctionnement général de la condition suspensive. D'une part, l'effet de la réalisation de la condition suspensive n'est pas rétroactif ; il se déploie toujours, aux termes de l'ancien article 1181 du Code civil [1097], à compter de la survenance de la condition. Ainsi, lorsque la réalisation d'un événement est actuelle, mais connue des parties seulement plus tard, la date de sa prise d'effet, est celle de sa survenance : il ne s'agit pas là d'une rétroactivité de la condition. D'autre part, l'objet de toute acquisition doit être apprécié par l'acquéreur. Mais l'essai résultant de l'article 1588 du Code civil n'entraîne pas nécessairement la chose dans les mains de l'acquéreur.

Tout d'abord, la remise de la chose à celui-ci en vue de son essai dépend des circonstances. Il existe des hypothèses dans lesquelles la réalisation de l'essai nécessite que

---

1094 G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 10, 2e éd., *Contrats civils*, 1re partie, par J. HAMEL, LGDJ, 1956, n° 211 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 107 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux,* 7e éd., LexisNexis, 2013, n° 159.

1095 G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAAT, *De la vente et de l'échange*, 1re éd., Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1900, n° 167 ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, 6e éd., par M. JUGLART, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 914 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 107.

1096 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 2e éd., Sirey, 1933, n° 1064 ; G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 10, 2e éd., *Contrats civils*, 1re partie, par J. HAMEL, LGDJ, 1956, n° 211 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 107 ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, 6e éd., par M. JUGLART, vol. 2, *Principaux contrats*, Éditions Montchrestien, 1968, n° 914 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 107.

1097 « *L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement. Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée.* » Modifié par le nouvel article 1304 du Code civil.

la chose soit remise à l'acquéreur : tel l'achat de vêtement sur mesure [1098]. Ensuite, dans nombre de cas, l'essai s'effectue sans remise préalable de la chose, mais contradictoirement entre les deux parties. Il arrive même que l'acquéreur procède à l'essai par le biais du vendeur. Celui-ci se charge lui-même de tester la chose à l'usage envisagé par son partenaire, ou éventuellement de l'y adapter. La chose demeure ainsi sous la conservation du vendeur dans ces deux dernières hypothèses. Enfin, de commun accord, les parties peuvent s'en remettre à une tierce personne, un expert par exemple, pour apprécier l'aptitude de la chose [1099]. Il est inadmissible de voir dans cette hypothèse une remise de la chose à l'acquéreur : la tierce personne est ici liée à l'égard des deux parties, voire davantage envers le vendeur.

Il n'est donc pas exact de concevoir l'essai comme supposant absolument la remise de la chose à l'acquéreur. Même en cas de remise de la chose, celle-ci ne doit pas être considérée comme valant déjà la délivrance. L'intention des parties n'arrive pas encore à ce stade. Seul le résultat concluant de l'essai emporte la délivrance, au même titre que la propriété. Ainsi, en vertu de la faculté d'essayer la chose, l'acquéreur s'engage à payer le prix après le résultat satisfaisant de l'essai, et le vendeur à livrer la chose. Ce n'est qu'à compter de ce moment que ce dernier ne s'attend plus à voir restituée la chose. Les risques pèsent donc sur la tête de l'acquéreur conformément à l'ancien article 1182 du Code civil [1100] ; ils ne sont pas liés au transfert de la propriété, mais à la délivrance, laquelle demeure consensuelle ; dès qu'il ressort de l'essai que la chose est apte à son usage envisagé, la délivrance s'avère effective. L'exigibilité des obligations court de ce moment, marquant la période dans laquelle la résolution de la question des risques est inconcevable.

B. Période postérieure au résultat concluant de l'essai

361. Conséquence de l'extinction instantanée de la délivrance. Le résultat concluant de l'essai emporte l'exécution du contrat (1), du moins en ce qui concerne la délivrance. Ce dont il découle que la question de la charge des risques est inconcevable (2).

1098 C.A. Paris, 28 mai 1877, *D.* 1878, II, p. 211.

1099 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 2e éd., Sirey, 1933, n° 1064 : « *Il est entendu, expressément ou implicitement, que l'acheteur se réserve la faculté d'essayer la chose afin de vérifier si elle lui convient, si elle lui rendra les services qu'il attend. En principe, c'est lui-même qui est juge de l'essai, mais il dépendrait des parties de s'en remettre à une tierce personne, à un expert, du soin de décider si la chose est apte à la vente, dans les conditions prévues.* »

1100 *Ibid.*, n° 1064.

1. L'exécution du contrat

362. La vente et le résultat de l'essai. La tentation paraît grande de voir dans la vente à l'essai que le contrat n'est formé qu'au moment où le résultat de l'essai est déclaré satisfaisant [1101]. D'une part, le contrat ne produit aucun effet avant que ce résultat attendu ne soit connu. D'autre part, lorsque l'essai ne donne pas de résultat concluant, la vente se trouve résolue. Il s'ensuit que le sort de la vente en général dépend du résultat de l'essai. L'existence de la vente n'en demeure pas moins incontestable. Les parties ont simplement repoussé le moment de la prise d'effet de la vente. Les obligations deviennent exigibles dès la réalisation de l'événement attendu. Il en résulte une concomitance entre la date de l'exigibilité des obligations et l'exécution de la délivrance [1102]. Dès ce moment en effet la délivrance est consommée ; aucune autre remise de la chose, que celle effectuée en vue de l'essai, n'est nécessaire [1103].

363. L'exécution des obligations du vendeur. Ainsi, dès la prise d'effet du contrat, le vendeur se trouve acquitté de toute son obligation en ce qui concerne le transfert matériel de la chose. Il ne sera pas inquiété pour l'inexécution de la délivrance conforme, la vérification de la conformité s'étant effectuée antérieurement à la délivrance. La vente à l'essai exclut l'hypothèse de la conformité de la délivrance. Car, ce qui peut faire l'objet de la conformité se trouve rempli en amont de l'exécution de la délivrance [1104]. Certes, l'objet de la conformité varie [1105] : il peut être constitué des exigences convenues entre les parties [1106], ou, en l'absence de celles-ci, de l'usage habituel de la chose ; mais le but ultime, c'est de répondre aux services envisagés. Le résultat concluant de l'essai remplit, outre la délivrance, la conformité de la chose. La délivrance étant ainsi effectuée, la question de la charge des risques est purement et simplement inconcevable.

1101 J. GHESTIN (Sous la dir.), J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCYER et J. MOREL-MAROGER, *op. cit.*, n° 11169, p. 122 ; Civ., 1re, 13 octobre 1998, *Bull. civ.* 1998, I, n° 304 ; CA Poitiers, 28 juin 1873, *D.* 1874, II, p. 30.

1102 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 87 : « *La présence d'une faculté d'expérimentation confère à l'acheteur l'usage et par conséquent la maîtrise du bien durant la période d'essai.* »

1103 D. GARREAU, *Jurisclassseur civil*, art. 1441 et 1442 à 1589, fasc. 40, n° 156.

1104 CA Paris, 28 mai 1877, *D.* 1878, II, p. 211.

1105 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 233 et s.

1106 Civ., 1re, 3 décembre 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 440 : « *Mais attendu que la cour d'appel qui, pour statuer sur cet appel, s'est fondée sur d'autres éléments que le rapport d'expertise, ce qui est exclusif de tout grief de dénaturation, a pu, après avoir relevé qu'il s'agissait d'un matériel d'occasion, retenir, répondant par là même aux conclusions dont elle était saisie et justifiant ainsi légalement sa décision malgré une référence erronée à l'article 1641 du Code civil, qu'aucune faute ne peut être reprochée au fabricant du matériel informatique qui, n'ayant eu aucune relation avec le client, s'est borné à livrer à son distributeur les matériels qui se sont révélés impropres à l'usage spécifié par l'acheteur lors de la commande.* »

2. L'inconcevabilité de la charge des risques

364. La perte de la chose et la question des risques. Les effets de la vente semblent épuisés à l'égard du vendeur dès le constat du résultat concluant de l'essai. La délivrance est automatique. Par conséquent, la perte ou la détérioration fortuite survenue postérieurement au résultat satisfaisant de l'essai ne se rapporte nullement à la question des risques. Celle-ci suppose l'inexécution fortuite d'une obligation contractuelle. Les risques consistent seulement dans la perte de la chose survenue dans la période de l'essai. Or, ils ne sont pas en ce cas attribués à l'acquéreur, mais au vendeur. L'acquéreur détenteur de la chose dans le cadre de l'essai doit seulement veiller à sa conservation ; et les risques pèsent sur le vendeur en tant que créancier de l'obligation de conservation : la règle *res perit creditori*. Ainsi, dans l'hypothèse de la vente à l'essai, il n'existe nullement de risques à la charge de l'acquéreur. Il est sans doute incorrect de concevoir que l'essai concluant opère le transfert des risques à l'acquéreur, à moins de concevoir que la qualité de propriétaire en soi comporte des risques. L'essai satisfaisant emporte l'effectivité de la délivrance.

365. La vraisemblance de la survivance de l'obligation de garantie. Ce dont le vendeur paraît demeurer toutefois tenu postérieurement à l'essai, c'est l'obligation de garantie [1107] ; suivant en effet les dispositions du Code civil, il n'est par principe pas libéré de la garantie d'éviction, des défauts cachés ou des vices rédhibitoires [1108]. Cependant, l'on peut tout d'abord faire observer que ces obligations ne se trouvent pas dans la ligne droite du transfert matériel de la chose [1109]. Ensuite, elles ont un caractère éventuel, dans la mesure où elles apparaissent de façon hypothétique. D'ailleurs, leur apparition n'a aucun rapport avec la survenance de cas de force majeure qui pourrait frapper la chose chez l'acquéreur. Autrement dit, les vices cachés doivent être découverts avant que le cas fortuit ne se produise, sinon ils ne le seront jamais [1110]. Ainsi, la cause de la garantie doit toujours être décelée antérieurement à l'avènement de la perte fortuite de la chose. La disparition de la

---

1107 Aux termes de l'article 1603 du Code civil, le vendeur : « *[…] a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend.* »

1108 Art. 1625 du Code civil : « *La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires.* » ; CA Poitiers, 28 juin 1873, *D.* 1874, II, p. 30.

1109 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 349 : « *Ces deux obligations sont corollaires à l'obligation de délivrance : il ne servirait à rien à l'acheteur d'avoir reçu la chose si, ensuite, il en était dépossédé ou ne pouvait s'en servir. Obligations corollaires mais qui sont différentes de l'obligation de délivrance, […].* »

1110 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n° 92 : « *Il semble que la solution serait plus logique et plus équitable qui considérerait comme impossible, irréalisable, un transfert des risques, donc d'une charge, sur une chose dont le titulaire n'a pas voulu, qui ne correspond pas à la volonté exprimée dans le contrat. Cela aboutirait à ne permettre le transfert des risques qu'après contrôle de la conformité de la chose. Cette solution attrayante permet d'éviter un grave problème de preuve : en effet, comment l'acheteur va-t-il établir, après destruction de la chose fortuitement, qu'elle n'était pas conforme aux prévisions ? Preuve nécessaire s'il veut être déchargé rétroactivement des risques.* »

chose enlève toute possibilité à l'action en garantie, qu'elle soit d'éviction ou de vices cachés. Cette obligation ne peut ainsi avoir une relation de cause et effet avec les conséquences de la disparition fortuite de la chose.

C'est ce qui semble ressortir de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 1996 [1111]. Une expertise avait, en l'espèce, révélé qu'un véhicule d'occasion acheté était atteint de vices. L'acquéreur a alors intenté une action rédhibitoire ; le tribunal de grande instance de Lyon a prononcé la résolution de la vente ; le vendeur en a interjeté appel. Et, avant que l'arrêt de la cour d'appel ne soit rendu, un incendie a totalement détruit le véhicule ; l'acheteur a, alors, substitué l'action estimatoire à son action rédhibitoire initiale. La cour d'appel l'en a débouté au motif que l'article 1647 du Code civil exclut la possibilité d'exercer l'une ou l'autre de ces deux actions en cas de perte fortuite de la chose [1112]. Cet arrêt a justement été cassé et annulé par la Cour de cassation [1113].

L'action de l'acquéreur ne vise pas ici à déterminer laquelle des parties doit supporter la destruction fortuite de la chose, auquel cas l'article 1647 s'applique ; ce texte se borne en effet à repartir entre les parties, la perte de la chose, suite de ses vices cachés, et celle résultant d'un cas fortuit. Par conséquent, la destruction fortuite de la chose, postérieure à la découverte des vices cachés ne doit priver l'acquéreur du bénéfice des actions rédhibitoire ou estimatoire [1114]. Ainsi, la substitution de l'action estimatoire à l'action rédhibitoire constitue même une faveur faite par l'acquéreur au vendeur. De ce fait, en effet, l'acheteur a accepté volontiers de subir partiellement l'avènement du cas fortuit, puisque son action rédhibitoire initialement intentée pouvait se poursuivre. Les vices de la chose étant décelés antérieurement à la survenance de l'incendie, celle-ci ne doit avoir aucune incidence sur une action en résolution de la vente ou en diminution du prix. Le vendeur supportera, consécutivement à la résolution de la vente, cette destruction

---

1111 Civ. 1re, 3 décembre 1996, *Bull. civ.* 1996, I, n° 441.

1112 Aux termes de l'article 1647 du Code civil : « *Si la chose qui avait des vices, a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix, et aux autres dédommagements expliqués dans les deux articles précédents. Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur.* » La *règle res perit domino* ne résulte nullement de ce texte. Si l'acquéreur doit supporter la destruction fortuite de la chose, c'est en raison de ce qu'il détient la chose. Les défauts cachés ne seront connus par l'acquéreur que lorsque celui-ci aura pris la livraison de la chose. Voir : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 389.

1113 Certains auteurs n'approuvent pas la solution de l'arrêt : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 389 : « *Malgré le texte de l'article 1647, alinéa 2, un arrêt a admis, même en ce cas, l'exercice de l'action estimatoire s'il y avait un vice de la chose.* »

1114 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 242 : « *L'article 1644 ouvre à l'acheteur une option entre la résolution de la vente (qui l'oblige à rendre la chose et lui permet d'en récupérer le prix) et une simple diminution du prix : on parle dans le premier cas d'une action rédhibitoire et dans le second d'une action estimatoire (tendant à faire estimer le prix réel de la chose compte tenu du défaut).* »

postérieure à la découverte des vices, puisque l'acquéreur sera considéré en ce cas comme étant conservateur lors de la disparition de la chose : la règle *res perit creditori*.

366. La garantie des vices cachés dans la vente à l'essai. Enfin, il semble que « *presque toutes les ventes font naître une obligation de garantie* » [1115]. Cependant, celle-ci revêt un visage très réduit dans la vente à l'essai. En effet, la garantie d'éviction, se rapportant à la défense du droit de propriété ainsi que de la possession paisible [1116], joue sans conteste. En revanche, l'existence de l'obligation de garantie de vices cachés dans la vente à l'essai paraît purement théorique. L'on sait que l'obligation de garantie se met en jeu après la délivrance. Ainsi, la mise en jeu, postérieurement à l'essai concluant, de la garantie des défauts cachés ou des vices rédhibitoires semble n'avoir aucun autre objet que celui de l'essai [1117]. En vertu de cette garantie, le vendeur répond de l'inaptitude de la chose à son usage, laquelle doit résulter d'un défaut inconnu de l'acquéreur au moment de la conclusion de la vente. Or, l'essai permet de découvrir en amont ce défaut, dans la mesure où celui-ci doit rendre la chose impropre à son usage [1118]. Le but de l'essai, c'est de déceler un tel défaut. Par conséquent, l'acquéreur ne doit être recevable, après le résultat concluant de l'essai, à invoquer un pareil défaut. Il sera difficile dans la vente à l'essai de distinguer un vice rédhibitoire de celui susceptible de résulter de l'usage de la chose.

1115 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 386.

1116 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 220 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 349. ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., LexisNexis, 2013, n° 193.

1117 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 378 : « *Le Code civil (art. 1641) n'énonce pas une garantie de bon usage et de bon fonctionnement de la chose vendue, mais seulement une garantie contre les défauts cachés de la chose qui en empêchent un usage normal.* »

1118 Art. 1641 du Code civil : « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.* » ; CA Paris, 28 mai 1877, *D.* 1878, II, p. 211 ; CA Dijon, 10 avril 2003, *JCP E*, pan., n° 1455.

Conclusion du Chapitre II

367. Vente avec expérimentation. Le contrat de vente avec faculté d'expérimentation constitue l'une des hypothèses dans lesquelles la question de l'attribution des risques est par principe inconcevable. Il résulte de la faculté d'expérimentation que l'immédiateté de l'exécution de l'obligation de délivrance est particulièrement renforcée. Dans la vente à la dégustation envisagée à l'article 1587 du Code civil, la chose sur laquelle porte la vente se trouve par principe entre les mains de l'acheteur avant la formation du contrat. Il s'ensuit que l'exécution de l'obligation de délivrance est concomitante avec la formation du contrat ; autrement dit, l'agrément de la chose par l'acheteur épuise instantanément les effets du contrat en ce qui concerne le transfert matériel de celle-ci.

L'hypothèse de la vente à la dégustation pure et simple exclut ainsi la question de l'attribution de la charge des risques. Celle-ci ne peut apparaître, en revanche, que dans les hypothèses exceptionnelles. Dans la vente à la dégustation conclue à la fois à distance et à livrer, ou dans celle qui porte sur les choses de genre, la question des risques est envisageable. Dans ces deux dernières hypothèses, la faculté de dégustation ne s'exerce pas sur la chose vendue, mais sur un échantillon de celle-ci. Par conséquent, la délivrance ne peut s'effectuer immédiatement. La perte de la chose survenue dans cet intervalle constitue un risque ; elle pèse par principe sur le vendeur, autrement dit, libère les parties contractantes de leurs obligations réciproques lorsqu'il résulte des circonstances que la délivrance n'est pas effective ; en revanche, l'acheteur la supporte lorsqu'il n'appartient plus qu'à celui-ci de prendre livraison, le vendeur n'étant alors que conservateur.

Dans la vente à l'essai prévue à l'article 1588 du Code civil, la question de la charge des risques n'est concevable que dans la période de l'essai. La perte de la chose ou sa détérioration sans la faute de l'acheteur pendant l'essai incombe au vendeur ; elle libère les parties de l'exécution du contrat. Le résultat concluant de l'essai établit le moment de l'exigibilité des obligations qui résultent du contrat. Or, la chose vendue se trouve déjà entre les mains de l'acquéreur. L'exigibilité emporte la délivrance de la chose vendue. Ainsi, la question de la charge des risques est inconcevable dans la période postérieure au résultat satisfaisant de l'essai. Les effets de la vente sont épuisés instantanément en ce qui concerne le transfert matériel de la chose.

CONCLUSION DU TITRE II

368. L'attribution des risques dans la délivrance *solo consensu* et immédiate. La règle *res perit domino*, dans le nouveau système, résulte de la méprise sur le fonctionnement de l'obligation de délivrance. Il semble que la façon dont s'effectue la mise à disposition n'est pas bien suivie dans l'ancien article 1138 du Code civil. L'exécution *solo consensu* et immédiate de la délivrance se trouve simplement submergée par le retentissement doctrinal dont bénéficie le mécanisme de transfert *solo consensu* de la propriété. En outre, il est difficile dans l'opinion répandue de concevoir l'effectivité de la délivrance dans l'hypothèse où la chose se trouve encore sous la conservation de l'aliénateur. Or, en suivant de près DOMAT, les codificateurs conçoivent la délivrance comme une opération purement consensuelle, au même titre que le transfert de la propriété. L'obligation de conservation constitue une suite de la délivrance. Elle apparaît seulement dans l'hypothèse où l'acquéreur tarde à enlever la chose vendue. En revanche, celle où le vendeur se trouve à l'origine du retard dans la prise de livraison, il n'y a pas eu délivrance ; par voie de conséquence, on n'est pas en présence de l'obligation de conservation.

La délivrance résulte par principe du consentement même qui a noué les relations contractuelles. L'exception n'en consiste pas dans toutes les hypothèses où le vendeur détient encore la chose postérieurement à la formation du contrat. Ainsi, la délivrance est consommée, lorsqu'il ne dépend plus que de l'acquéreur de retirer la chose ; en ce cas en effet, le vendeur n'est plus débiteur de la délivrance, mais de l'obligation de conservation. En revanche, il n'y a pas eu délivrance, dans toutes les hypothèses où le vendeur est à l'origine du retirement tardif de la chose. Aux termes de l'ancien article 1138 du Code civil, l'acquéreur supporte la perte fortuite de la chose dans le premier cas, tandis qu'elle est à la charge du vendeur dans le second ; à proprement parler, les parties contractantes sont en ce dernier cas libérées de leurs obligations réciproques ; chaque contractant supporte les risques proportionnellement à l'étendue de son engagement. Ce n'est que dans ces hypothèses que la question de l'attribution des risques est concevable dans la vente pure et simple, et donc susceptible d'être réglementée. La vente à la dégustation ainsi que la vente à l'essai constituent des variétés de la vente pure et simple, dans lesquelles la question de la charge des risques n'apparaît que dans des cas encore très subsidiaires.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

369. Une séparation simplement occultée par l'immédiateté de la délivrance. L'ancien article 1138 du Code civil n'associe pas l'attribution des risques à l'acquéreur au transfert de la propriété. L'analyse de cette ancienne disposition à la base du règne de la règle *res perit domino*, ne paraît pas satisfaisante. Pas plus qu'en droit romain, le transfert des risques ne constitue, dans le système du Code civil de 1804, une conséquence du transfert de propriété. Le but du transfert *solo consensu* de propriété est ailleurs. Il consiste à conférer au contrat translatif de propriété son plein effet obligatoire ; c'est là la rupture fondamentale avec les systèmes juridiques antérieurs au Code civil de 1804. Indépendamment du contrat, le droit de propriété comporte des effets légaux propres ; il ne se manifeste d'ailleurs qu'à travers des prérogatives qui lui sont rattachées par la loi. Ainsi, l'action en revendication ne peut être exercée que par celui qui se prétend propriétaire.

Or, en droit romain, le consentement nu n'engendre pas d'obligation. L'*emptio-venditio* ne confère pas d'action à l'acquéreur en vue de forcer la délivrance en cas de résistance abusive du vendeur. Dans la vente romaine, les actions déterminées ne procèdent que de l'exécution des prestations stipulées, en vue de réaliser, à proprement parler, des stipulations accessoires ; elles visent en général à garantir la possession une fois délivrance effectuée ; si bien que la *mancipatio*, et l'*in jure cessio*, autrement dit, la délivrance, paraissent constitutives des contrats réels. Ce caractère de la vente romaine s'est prolongé dans l'Ancien droit français, mais avec des améliorations significatives ; l'exécution de la délivrance prend ainsi des formes simplifiées. Cette simplification rapproche l'Ancien droit français du système du Code civil de 1804.

L'absence de l'effet obligatoire de la vente romaine constitue justement un défaut aux yeux des codificateurs. C'est donc là l'inspiration majeure et négative que le Code civil de 1804 a reçue du système romain en ce qui concerne le transfert matériel de la chose vendue. À la lumière de la doctrine du droit naturel, il a été décidé de créer un système opposé à celui conçu depuis le droit romain. Il faudra que le vendeur soit obligé à respecter sa parole émise, quelle qu'en soit la forme. Le seul consentement suffit à lier les parties. Tous les effets essentiels de la vente s'épuisent par principe instantanément lors de la formation du contrat. Au-delà des actions personnelles qui résultent du contrat, le transfert *solo consensu* de propriété emporte les actions réelles. L'acquéreur se trouve ainsi en mesure de revendiquer la chose, dès la formation du contrat, entre les mains d'un tiers détenteur. Autrement dit, le transfert immédiat de la propriété vise à renforcer le caractère obligatoire de la remise matérielle de la chose aliénée.

La détermination du moment du transfert de la propriété ne vise nullement celui des risques. L'attribution des risques relève de l'exécution des obligations ; elle est étroitement liée à l'obligation de délivrance. Celle-ci implique un acte négatif de la part du vendeur ; elle est purement consensuelle. Le même consentement qui se trouve à la base de la formation

du contrat, opère par principe la délivrance, le vendeur ne devant observer qu'une attitude favorable au retirement de la chose par l'acquéreur. Ainsi, dans la catégorie de ventes pures et simples, la délivrance est par principe concomitante de la formation du contrat et, par conséquent, du transfert de la propriété. Lorsqu'il ne dépend plus que de l'acquéreur de retirer la chose, la délivrance est consommée ; en revanche, l'inexécution de la délivrance résulte de l'acte impute au vendeur, qui maintient la chose sous sa détention.

Le retentissement du transfert *solo consensu* de propriété d'une part, et l'immédiateté peu considérée de la mise à disposition, d'autre part, occultent l'étroitesse de relation entre la charge des risques et l'obligation de délivrance. Dans le système du Code civil, l'exécution ou l'inexécution de la délivrance résultent de la volonté expresse ou tacite des parties. La détention matérielle de la chose par le vendeur n'établit pas de façon automatique l'inexécution de la délivrance. En outre, deux systèmes de l'exécution de la délivrance coexistent dans ce Code : la mise à disposition immédiate, c'est-à-dire concomitante avec la formation du contrat constitue le principe, et la délivrance différée, dont résulte une séparation flagrante entre la charge des risques et le transfert de la propriété.

PARTIE II

SÉPARATION APPARENTE RÉSULTANT DE L'APPARITION DE LA DÉLIVRANCE

370. Conséquence de l'association des risques au droit de propriété. Le droit positif français fait varier le mécanisme de l'attribution de la charge des risques, organisé par les codificateurs, suivant son analyse du moment du transfert de la propriété. Les risques sont ainsi tantôt emportés *solo consensu* par le transfert de la propriété, tantôt dissociés de la formation du contrat, parce que le transfert de la propriété en est aussi dissocié [1119]. L'association entre le transfert de la propriété et la charge des risques constitue la règle de principe ; une hypothèse, dont il résulte que cette liaison est difficile ou impossible, est considérée comme une exception mineure. Cette présentation constitue simplement la conséquence de l'attribution d'un but autre que celui initialement envisagé par le Code civil de 1804, au mécanisme de transfert *solo consensu* de la propriété. Il ressort en effet des développements précédents que l'attribution des risques ne représente point le but poursuivi par la résolution de la question du transfert de la propriété.

371. Liaison constante des risques à la délivrance. La charge des risques entretient de façon constante un rapport étroit avec l'obligation de délivrance. Le rattachement de la charge des risques au transfert de la propriété, semble constituer la conséquence d'une attention doctrinale moins soutenue sur la façon dont s'exécute par principe l'obligation de délivrance. En effet, la délivrance paraît submergée par l'écho doctrinal particulier dont bénéficie le transfert *solo consensu* de la propriété [1120], en raison non seulement du caractère nouveau de celui-ci [1121], mais aussi du retentissement doctrinal qu'il a suscité. Cela peut se réaliser, d'autant que le transfert de la propriété dépendait aussi, antérieurement au système du Code civil, de l'obligation de délivrance.

Lorsqu'il se retrouve au même stade que ce qui était par le passé sa cause, le transfert de propriété, par son retentissement dans l'opinion doctrinale, manquera difficilement de détourner l'attention de la façon dont fonctionne désormais celle-ci. Le nouveau mécanisme du transfert de la propriété semble attirer sur lui toute considération de la part de la doctrine ; l'on ne réalise guère que la délivrance s'effectue aussi de façon consensuelle et, par principe, immédiate. D'ailleurs, l'immédiateté de la délivrance et le caractère consensuel de celle-ci relèvent aussi d'une nouveauté dans le Code civil. L'on sait en effet que dans le passé, la délivrance s'entourait par principe des formalités qui la dissocient de la formation du contrat. Bien que ce soit une nouveauté que la délivrance, au même titre que

---

1119 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 153 et suiv. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lexteso éditions, 2014, n° 254.

1120 Au point d'être même considéré comme conditionnant la perfection de la vente : F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECCQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n°188.

1121 F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 223 : « *La vente réalise un transfert de propriété immédiat sitôt les consentements des parties échangés : ce que l'on nomme le transfert "*solo consensu *de propriété". Par opposition avec l'exigence de réalisation d'un acte autonome, la* mancipatio *(solennités) ou la* traditio *(la remise de la chose), que posait le droit romain pour que s'opère le transfert de propriété, le seul consentements des parties ne pouvait y suffire.* »

le transfert de propriété, s'effectue *solo consensu*, seul celui-ci bénéfice d'un retentissement en doctrine au point d'occulter le rôle de celle-là.

372. L'origine des difficultés à démontrer la présence de la règle res perit domino. Dans la plupart des hypothèses qui révèlent de façon particulière les difficultés à démontrer la présence de la règle *res perit domino*, la détermination du moment du transfert de la propriété paraît moins pertinente à l'égard de la finalité assignée au mécanisme de transfert *solo consensu* de la propriété ; le moment du transfert de propriété apparaît ainsi, aux yeux des codificateurs, d'aucun intérêt d'être déterminé. Le but pour lequel ceux-ci déterminent souvent de façon impérative le moment du transfert de la propriété disparaît ici. Par voie de conséquence, l'évidence du rôle de l'obligation de délivrance, s'agissant de la charge des risques, met particulièrement en relief le caractère artificiel de la présence de la règle *res perit domino* dans le système du Code civil. L'obligation de délivrance n'est plus en concurrence ; la doctrine s'évertue cependant à la reléguer au second rang, en calquant sur elle le moment du transfert de la propriété ; or, en réalité, les codificateurs n'ont plus vu aucun intérêt à déterminer celui-ci.

Il convient donc de réaffirmer que l'obligation de délivrance surgit, dans ces hypothèses, en tant que seul effet principal des contrats visant le transfert de la chose. En effet, ces hypothèses ne sont pas constituées seulement des contrats translatifs de propriété ; elles englobent les contrats qui ne créent que l'obligation de conservation à la charge d'une partie ; or, les solutions à la question de la charge des risques sont les mêmes que celles analysées jusqu'ici ; ces hypothèses se caractérisent par la dissociation de l'obligation de délivrance du consentement qui a noué les relations contractuelles. On dénombre ici deux catégories de circonstances à la base de cette dissociation de l'obligation de délivrance. La délivrance tient son apparition, en tant que seul effet principal du contrat, d'une part, de la volonté des parties contractantes (Titre I), d'autre part, de l'état de son objet (Titre II), autrement dit, de la chose à transmettre. Ce sont là les causes de l'exécution de la délivrance dissociée de la formation du contrat.

TITRE I.

L'APPARITION DE LA DÉLIVRANCE RÉSULTANT DE LA VOLONTÉ DES PARTIES CONTRACTANTES

373. Exception à la délivrance *solo contractu*. Le principe de l'exécution *solo contractu* de l'obligation de délivrance, analysé précédemment, subit des exceptions. L'on sait que celle-ci résulte par principe du consentement ayant contribué à la formation du contrat. Dans le contrat de vente pure et simple, par exemple, la chose se trouve par principe, dès la formation du contrat, sous le pouvoir matériel de l'acquéreur. Il incombe à celui-ci de retirer la chose. L'attitude du vendeur ne consiste plus dans l'abstention à l'égard de la chose vendue. C'est le mode de principe de l'exécution de l'obligation de délivrance dans les contrats translatifs de propriété qui portent sur un corps certain et déterminé. C'est l'hypothèse qui exclut par principe la question de la charge des risques, la délivrance s'exécutant de façon immédiate et instantanée. Le contrat épuise ainsi tous ses effets principaux.

La délivrance *solo contractu*, au même titre que le transfert immédiat de la propriété [1122], étant un mode supplétif de volonté, il est loisible aux parties d'y déroger. Ainsi, il arrive que le contrat porte sur un corps certain et déterminé, mais néanmoins que la délivrance ne soit nullement concomitante de la formation du contrat. Certaines circonstances conduisent surtout l'acquéreur à accepter que la mise à disposition soit dissociée de la formation du contrat. Il existe certes un risque de confusion entre cette hypothèse et celle précédemment étudiée où la chose se trouve encore entre les mains de l'aliénateur, bien que la délivrance soit consommée. Cependant la différence paraît assez nette. En effet, celle-ci tient à ce que, dans cette dernière hypothèse, le vendeur conserve la chose du seul consentement de son cocontractant. Le retard dans l'exécution de l'obligation de prise de livraison substitue d'office à la délivrance ainsi exécutée l'obligation de conservation à la charge de l'aliénateur. En revanche, dans l'hypothèse où la détention de la chose par un non-propriétaire résulte de l'inexécution de la délivrance, soit de commun accord, soit sur sollicitation de celui-ci, les parties décident que la délivrance soit exigible plus tard.

374. Consentement des parties comme critère distinctif. Autrement dit, dans l'hypothèse réglementée à l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil, la délivrance est considérée comme exécutée lorsque l'aliénateur détient la chose du seul consentement de l'acquéreur ; la volonté unilatérale de celui-ci se trouve à la base de cette détention. Il n'y a pas, au contraire, eu délivrance, lorsque le vendeur est à l'origine de cette détention dont il résulte un retard dans la prise de livraison. En ce dernier cas, la détention de la chose par l'aliénateur procède de la volonté unilatérale de celui-ci. En résumé, la délivrance a été exécutée ou non selon que l'absence de la mise en possession effective de la chose résulte d'un consentement unilatéral de l'acquéreur ou de l'aliénateur.

1122 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 192 : « *Le Code civil n'impose pas le mode de transfert* solo consensu *de la propriété. Il est loisible aux parties de retarder ou de subordonner cet effet de la vente en utilisant tous les ressorts du droit des obligations.* » ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso, éditions, 2015, n° 136 ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 133.

En revanche, dans l'hypothèse où la délivrance apparait évidente comme le seul effet contractuel gouvernant le transfert matériel de la chose, le concours des consentements permet la détention de la chose par la partie qui devra la remettre ; il en résulte que celle-ci se trouve débitrice de l'obligation de restitution, autrement dit, de délivrance. Ainsi, aucun autre effet du contrat ne peut camoufler le rôle de l'obligation de délivrance dans l'attribution de la charge des risques ; la résolution de la question des risques paraît en effet envisagée en considération exclusive de l'obligation de délivrance (Chapitre I). De même, dans les contrats translatifs de propriété, ce rôle ne peut d'aucune façon être dénié à l'obligation de délivrance, lorsque la remise de la chose est soumise à un terme ou à une condition (Chapitre II).

CHAPITRE I.

LA CHARGE DES RISQUES ATTRIBUÉE EN CONSIDÉRATION EXCLUSIVE DE LA DÉLIVRANCE

375. Les dispositions des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux du Code civil. La dépendance exclusive de l'attribution de la charge des risques de l'obligation de délivrance s'observe sans difficulté dans le système du Code civil. On a démontré précédemment que l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil, consacré aux contrats translatifs de propriété, établit assez nettement une liaison étroite entre la charge des risques et l'obligation de délivrance. On peut encore faire observer que, de façon générale, la délivrance constitue le seul critère en fonction duquel la charge des risques est résolue. Ainsi, dans les anciennes dispositions générales qui portent sur l'extinction des obligations [1123], reprises par la réforme du 10 février 2016 [1124], certains textes sont consacrés à la résolution des conséquences de la perte fortuite de la chose entre les mains du débiteur de l'obligation de restitution. Le détenteur contracte l'obligation de remise de la chose, autrement dit, de délivrance. Il ressort notamment des dispositions des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil [1125] que la charge des risques est envisagée en considération exclusive de l'obligation de délivrance (Section II) [1126]. Or, il ne peut être dénié aux termes de ces dispositions une portée générale (Section I).

1123 Art. 1234 et suiv. du Code civil.

1124 Les nouveaux articles 1351 et 1351-1 du Code civil, issu de la réforme de 2016.

1125 Presque même règle dans l'article 1245 du Code civil : « *Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure.* »

1126 A. SÉRIAUX, « Res perit domino », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 387, spéc., p. 392 : « *Certes, ni l'article 1302 ni les dispositions propres à chaque contrat ne visent explicitement le propriétaire. L'article 1302 préfère employer les termes plus neutres de créancier ou de débiteur ; les règles spéciales à chaque contrat se bornent à désigner chacune des parties par son nom spécifique. Mais qui ne voit qu'au fond, derrière un bailleur, un prêteur ou un déposant, se profile neuf fois sur dix un propriétaire et que, même si tel n'est pas exceptionnellement le cas, de toute façon la charge des risques remontera, de contrat en contrat, jusqu'au propriétaire ?* »

SECTION I.
GÉNÉRALITÉ DES TERMES DES ARTICLES 1302 ANCIEN, 1351 ET 1351-1 NOUVEAUX DU CODE CIVIL

376. Les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, à l'égard de l'ancien article 1138. La doctrine établit tantôt une identité, tantôt une distinction [1127], entre les dispositions de l'ancien article 1138 du Code civil d'une part, et celles des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du même Code d'autre part. Il existe certes une identité entre les règles issues de ces dispositions, cependant, les termes des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, semblent plus généraux que ceux de l'ancien article 1138. Celui-ci est en effet spécifique des contrats translatifs de propriété. En revanche, les termes de l'ancien article 1302, repris de façon presque identique dans les nouveaux articles 1351 et 1351-1 du Code civil, visent, d'une part, la délivrance dans l'acquisition de propriété (§ 1) , et d'autre part, la délivrance marquant le terme de l'obligation de conservation (§ 2). Le moment de la naissance de l'obligation de délivrance varie suivant ces hypothèses.

§ 1. LES ARTICLES 1302 ANCIEN, 1351 ET 1351-1 NOUVEAUX, DU CODE CIVIL DANS L'ACQUISITION DE PROPRIÉTÉ

377. Les deux hypothèses. La règle des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, est considérée de façon générale comme une reprise de celle de l'ancien article 1138 du Code civil [1128]. Il ressort du rapprochement des hypothèses respectives de ces dispositions du Code civil que l'obligation de délivrance (A) fonctionne de façon alternative avec l'obligation de conservation (B) , dans l'hypothèse de l'acquisition de la propriété.

A. L'exécution de la délivrance dans les anciens articles 1138 et 1302 du Code civil

378. Ressemblance et nuance. Le droit positif établit une identité (1) entre les hypothèses prévues respectivement à l'ancien article 1138 et aux articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux du Code civil. Cette identification semble faite au détriment de la nuance fondamentale (2) qui existe entre les deux hypothèses.

1127 G. CORNU, obs. sur Com. 19 mars 1963, *RTD civ*. 1963, p. 565, spéc. 566.

1128 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2015, n° 203 ; M. DURANTON, *Traité des obligations en général, suivant le Code civil*, tome 2, 3e éd., Paris, Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 74.

1. Identité établie en droit positif entre les deux textes

379. L'ancien article 1302 du Code civil. La doctrine majoritaire suivie par la jurisprudence [1129], établit une identité entre les règles de ces deux anciennes dispositions du Code civil [1130], mais ne recherchent guère s'il existe entre celles-ci un trait caractéristique de chacune. Il semble en effet douteux que les codificateurs puissent se contenter de répéter la même règle dans presque même endroit [1131] sans que cela ne procède d'aucune nuance. Il est du style de ceux-ci, en présence d'un cas pareil, de faire un renvoi. Suivant les termes de l'alinéa 1, de l'ancien article 1302 du Code civil, « *lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure* ».

380. Facteur de rapprochement. On peut faire observer au préalable que l'objet de l'obligation inexécutée constitue l'élément qui autorise un rapprochement entre les deux textes ; cet objet permet d'aboutir au même résultat dans la mise en application de ces deux dispositions [1132]. L'objet de l'obligation inexécutée doit être un corps certain et déterminé [1133]. La doctrine s'accorde à voir dans les termes de l'ancien article 1138, alinéa 2,

---

1129 Com., 19 mars 1963, *D*. 1963, p. 345 ; *RTD civ*. 1963, obs. G. CORNU ; Civ., 25 avril 1895, *D*. 1895, I, p. 212.

1130 M. DURANTON, *Traité des obligations conventionnelles en général, suivant le Code civil*, tome 1, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 437 : « *[…], selon l'art. 1302, l'obligation du vendeur, de livrer le corps certain qu'il a vendu, s'éteint par la perte de cet objet, pourvu qu'elle soit arrivée sans sa faute, par cas purement fortuit, et avant qu'il fût en demeure de le délivrer.* » ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 346 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 5e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 316 : « *L'article 1138 du Code civil prévoit […] que si le débiteur non propriétaire a été mis en demeure de livrer ou de restituer la chose, les risques passent à sa charge. Le débiteur en demeure peut cependant s'exonérer en démontrant que "*la chose fût également périe chez le créancier si elle lui eût été livrée*" (art. 1302, al. 2, C. civ.).* » ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 14e éd., Sirey, 2014, n° 1268 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 254 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2015, n° 203 ; Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POURMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9e éd., Dalloz, 2012, n° 5947 et 5948 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 267 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 182 ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 737 et 740.

1131 Ces deux articles relèvent tous du titre III du Livre III du Code civil. Ils sont seulement répartis entre les chapitres différents.

1132 G. CORNU, obs. sur Com., 19 mars 1963, *RTD civ*. 1963, p. 565, spéc. 566 : « *Deux règles pour une conséquence : la perte tombe sur l'acquéreur, en ce sens qu'il est tenu, malgré tout, de payer le prix de la chose.* »

1133 M. DURANTON, *Traité des obligations conventionnelles en général, suivant le Code civil*, tome 3, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 490 : « *Ce mode d'extinction des obligations […] ne s'applique qu'aux dettes dont l'objet était un corps certain, ou une chose qui était devenue corps certain par des offres de paiement ; car pour celles qui consistent dans une chose indéterminée, comme un cheval en*

… / …

l'objet de même nature. La ressemblance entre la règle de l'ancien article 1138 et celle des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil, procède sans doute de cette nature de l'objet de l'obligation inexécutée. Il s'agit, dans l'un comme dans l'autre texte, du transfert matériel d'un corps certain et déterminé. Non seulement, la disparition de cet objet ne permettra pas l'effectivité de ce transfert, mais entraînera forcement la diminution de l'un des patrimoines en présence. En dehors de ce point de rapprochement, une grande nuance semble séparer les deux textes.

2. Grande nuance entre les deux hypothèses

381. Le fonctionnement de l'obligation de délivrance. Une nuance assez fondamentale a conduit le législateur à reprendre la règle de l'ancien article 1138, alinéa 2, dans les termes des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil. D'apparence identique, ces deux catégories de textes issus du Code civil renferment chacune un trait distinctif qui se rapporte au fonctionnement de l'obligation de délivrance. L'attention moins soutenue dans l'observation de cette nuance se trouve à la base du maintien de l'obligation de délivrance par la doctrine et la jurisprudence là où elle s'avère déjà exécutée [1134]. En effet, l'obligation de délivrance paraît présente dans les termes des deux textes, mais le moment de son exigibilité n'est pas le même dans leur fonctionnement respectif. L'on sait que l'hypothèse de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil se caractérise par le principe de l'immédiateté de la délivrance. Il résulte du caractère certain et déterminé de la chose, que les effets de la vente, dont la délivrance, s'épuisent par principe instantanément ; l'exécution de la délivrance, à moins de convention contraire, est concomitante de la formation du contrat. Autrement dit, elle s'effectue par la même occasion que la formation du contrat.

382. Un arrêt illustratif à cet égard. Ainsi, dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 19 mars 1963, ci-dessus cité [1135], les juridictions du fond paraissent attentives au fonctionnement exact de la délivrance. Celles-ci déduisent à juste titre la

---

général, ou dans une quantité de chose d'une certaine espèce, comme cent hectolitres de froment, elles ne sauraient s'éteindre par ce mode, puisque l'on ne peut pas dire qu'une chose indéterminée a péri [...]. »

1134 CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, tome 3, 4e éd., LGDJ, 1906, n° 107 : « *Parfois l'acheteur appose sa marque sur les marchandises. Cela constitue-t-elle une véritable délivrance ? L'apposition de la marque individualise les marchandises, qui, formant ainsi un véritable corps certain, appartiennent à l'acheteur et sont, dès lors, à ses risques ; enfin elle exclut le droit pour l'acheteur de ne pas agréer la marchandise ; mais, ce n'est pas là une délivrance. Les marchandises demeurent néanmoins en la possession du vendeur ; si elles étaient livrées à un second acheteur de bonne foi, il l'emporterait sur le premier (art. 1141, C. civ.).* » Ici, il semble adéquat de parler plutôt de l'absence de retirement, car la délivrance est effective. Voir aussi la même confusion dans cet arrêt : Com., 19 mars 1963, *D*. 1963, p. 345 : « *Mais attendu que le jugement, qui a conclu à tort de ce que la vente était parfaite, que Calvez n'était plus tenu par l'obligation de délivrance de la chose vendue, ne pouvait, sans violer les textes susvisés, statuer comme il l'a fait, alors qu'il ne constatait pas la preuve d'un cas fortuit susceptible de relever Calvez de son obligation ;* »

1135 Com., 19 mars 1963, *D*. 1963, p. 345.

délivrance du marquage, par l'acquéreur, de la marchandise. Non seulement, il s'agit d'une vente en bloc, mais même en cas de chose de genre, ce marquage emporte la mise à disposition de la chose vendue. Dans la période postérieure à l'opération de marquage, si la chose demeure sous la détention matérielle du vendeur, celui-ci ne doit plus être considéré comme tenu de l'obligation de délivrance, mais plutôt exclusivement de celle de conservation [1136]. Il semble ainsi inexact que la Cour de cassation estime en l'espèce que le vendeur est encore tenu de l'obligation de délivrance. La situation n'est pourtant pas très différente du contrat de dépôt, lequel peut être conçu ici comme résultant de la volonté de l'acquéreur de laisser la chose sous la conservation du vendeur.

383. Délivrance dans l'ancien article 1138 du Code civil. Il ne paraît pas technique que l'on voit l'inexécution de la délivrance dans toutes les circonstances où la chose se trouve sous la détention de l'aliénateur [1137]. Il est précédemment démontré que la réponse à la question de savoir si la délivrance est effective ou non, conduit à examiner plutôt la volonté des parties. Si la chose demeure entre les mains de l'aliénateur du seul consentement de l'acquéreur, il n'en résulte pas moins l'effectivité de la délivrance. En revanche, si le vendeur se trouve à l'origine de cette détention, il n'y a pas eu délivrance. Dans l'hypothèse de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil, le débiteur de la remise de la chose contracte l'obligation de délivrance dès la formation du contrat, mais laquelle s'exécute par principe concomitamment avec la formation du contrat et le transfert de propriété.

1136 C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 6 : « *La conservation est, en latin classique, l'action de conserver, l'action de garder soigneusement. Au XVI*ème *siècle, la définition du mot "conserver" évolue quelque peu à travers l'idée de prévention : conserver devient synonyme de préserver. Au XVII*ème *siècle, il prend son sens actuel : "maintenir en bon état". Depuis lors, le verbe "conserver" est couramment défini par l'expression "maintenir en état", "maintenir hors de toute atteinte destructive, s'efforcer de faire durer, de garder en bon état ou dans le même état". S'obliger à conserver consiste donc à s'engager, vis-à-vis du créancier, à donner des soins aptes à maintenir en état ou en bon état une chose corporelle.* » ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 153 : « *Si le vendeur est encore en possession, on doit considérer qu'il est tenu d'une obligation de conservation analogue à celle d'un dépositaire [...].* »

1137 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 10, *Contrats civils*, 2e éd., par J. HAMEL, LGDJ, 1956, n° 80 : « *Si l'impossibilité d'effectuer la délivrance est occasionnée par la perte fortuite de la chose vendue, l'acheteur, devenu normalement propriétaire au jour de la vente, subira cette perte ; il devra payer son prix sans que le vendeur soit tenu de délivrer la chose (art. 1624).* » ; M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ*. 1993, p. 757, spéc., p. 758, note de bas de page n° 3 : « *[...], le vendeur d'une chose restée entre ses mains est tenu d'une obligation de conserver la chose (art. 1136 c. civ.), puis de délivrance, non d'une obligation de restituer puisque la chose ne lui a pas été préalablement confiée.* » ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 182 : « *Dans un système qui, tel celui établi par le Code civil en 1804, n'arrime pas le transfert de la propriété à la remise matérielle de la chose, l'acquéreur devient propriétaire d'une chose dont il n'a pas le corpus, serait-il, dès cet instant, possesseur par l'intermédiaire de l'aliénateur. Jusqu'à la livraison de la chose, ce dernier a la maîtrise matérielle de la chose. C'est pourquoi la loi lui fait obligation de la conserver jusqu'à sa livraison (art. 1136 C. civ.).* »

384. Délivrance dans les articles 1302, 1351 et 1351-1 nouveaux. En revanche, dans celle des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil, l'obligation de délivrance, sinon son exigibilité, ne résulte pas directement du contrat. L'obligation de conservation s'interpose entre la formation du contrat et la délivrance [1138]. Les parties conviennent lors de la formation du contrat que l'obligation de délivrance apparaisse plus tard. Celle-ci devra procéder notamment de la mise en demeure de remettre la chose, adressée au détenteur [1139]. Tant que le débiteur n'est en demeure de livrer, ou le terme fixé en vue de l'exécution de l'obligation de délivrance n'est arrivé, celle-ci n'est nullement en vigueur.

L'arrêt de la cour d'appel de Caen du 7 janvier 1901 semble bien illustrer l'hypothèse [1140]. En l'espèce, les parties ont vendu et acheté, le 4 juin 1899, un poulain de lait âgé de six semaines devant être livré au sevrage, fin octobre ou commencement de novembre. Le poulain est mort suite d'une maladie avant la date prévue pour sa remise. Le vendeur réclame que le prix soit payé. Il ressort ainsi de cette espèce que l'obligation de conservation et celle de délivrance s'exécutent l'une après l'autre. Le poulain est mort en cours de l'exécution de l'obligation de conservation. Dès la formation du contrat, le vendeur commence à s'acquitter de l'obligation à exécution successive de conservation. La délivrance étant une obligation à exécution instantanée, n'apparaîtra qu'à l'arrivée du terme stipulé en vue de la remise.

385. L'obligation en vigueur dès la formation du contrat. De façon générale, il n'est pas à la charge du détenteur de la chose, antérieurement à la mise en demeure, l'obligation de mise à disposition, mais de conservation. Dans cet intervalle, la volonté du propriétaire, ou du possesseur de la chose, met à la charge du détenteur l'obligation de conservation. L'obligation en vigueur dès la formation du contrat, c'est celle de conserver la chose. Dès lors, on ne peut reprocher au détenteur une inexécution de la délivrance, mais de l'obligation de conservation. D'ailleurs, une tentative de mettre la chose à la disposition du créancier sans l'accord de celui-ci peut être caractéristique de l'inexécution de l'obligation

---

1138 C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 75 : « *La recherche d'une obligation de conservation en dehors du dépôt révèle que cette obligation intervient exclusivement dans le cadre de situation juridique impliquant une dissociation entre la détention et la propriété, soit qu'il y ait simple détention (vente avant livraison, gage…), soit qu'il y ait détention et droit d'usage sur la chose (commodat, bail).* »

1139 L'ancien article 1139 du Code civil, modifié par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, dispose que : « *Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante, soit par l'effet de la convention lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.* » Le nouvel article 1344 dispose que : « *Le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation.* »

1140 CA Caen, 7 janvier 1901, *D.* 1903, II, p. 111.

de conservation [1141]. Une telle démarche ne s'inscrit dans la délivrance que lorsqu'elle semble régulière ; il en va ainsi lorsque le créancier est disposé à recevoir la chose, donc après que celui-ci ait formulé une mise en demeure. L'exigibilité de la délivrance qui procède de la mise en demeure a pour effet d'éteindre l'obligation de conservation.

B. L'obligation de conservation dans l'articulation des hypothèses des anciens articles 1302 et 1138, alinéa 2

386. L'analyse dominante. L'obligation de conservation résulte de l'analyse dominante comme accessoire de l'obligation de délivrance. Il convient donc ici de signaler cette analyse hasardeuse en indiquant l'autonomie de l'obligation de conservation. En effet, celle-ci s'observe aussi bien dans l'hypothèse de l'ancien article 1138, alinéa 2 (1), que dans celle de l'ancien article 1302 du Code civil (2).

1. Dans l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil.

387. Les obligations de conservation et de livraison. Le Code civil de 1804 présente l'obligation de conserver la chose ainsi que celle de la livrer, comme procédant de l'obligation de donner. L'ancien article 1136 du Code civil dispose en effet que : « *l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier* ». Cette disposition est reprise par la réforme de 2016, mais avec suppression de l'obligation de donner, dans le nouvel article 1197 du Code civil, aux termes duquel, « *l'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable* ». Bien que la présentation qui résulte de l'ancien article 1136, ne semble pas équivoque, l'obligation de conservation apparaît dans certaines opinions comme accessoire de l'obligation de livraison [1142]. L'influence de cette

---

1141 N. CATALA, *La nature juridique du payement*, « Bibliothèque de droit privé, tome 25 », préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1961, n° 116 : « *Pour que le payement — c'est-à-dire l'extinction et non pas seulement l'exécution d'une obligation — soit l'objet d'un contrat, il faudrait [...] que la participation du créancier soit en toute hypothèse requise.* »

1142 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 149 : « *Le Code (art. 1136) indique que l'obligation de donner "*emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison à peine de dommages-intérêts envers le créancier*". Ce texte vise donc l'obligation accessoire de conserver, mais l'article suivant généralise et envisage l'obligation principale de conserver.* » ; H. BOUCARD, *L'agréation de la délivrance dans la vente, Essai de théorie générale*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2005, n° 395, p. 380 : « *L'article 1603 ne mentionne pas non plus l'obligation du vendeur de conserver l'objet, pourtant issue des articles 1136 et suivants, et 1614. Ce silence s'explique par l'absence d'autonomie de cette obligation "accessoire" par rapport à celles "principales" de délivrance et de garantie.* » ; C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 75 : « *En dehors de l'hypothèse du dépôt, l'obligation de conservation présente un caractère secondaire par rapport à l'économie du rapport de droit considéré. Elle est alors surtout envisagée comme l'accessoire de l'obligation qui vient mettre fin à la détention matérielle. Le mot "accessoire" est envisagé en l'occurrence comme recouvrant ce qui sert l'exécution de l'obligation : ce qui est accroché*

… / …

analyse s'observe même dans la nouvelle formulation. Cette vision découle de la traduction de l'obligation de donner par celle de livrer [1143]. Il est vrai que l'obligation de livrer renvoie à la matérialité de l'obligation de donner ; elle figure dans les termes de l'ancien article 1136 à titre démonstratif ; la livraison représente l'acte matériel de l'obligation de donner. Cependant, l'autonomie de l'obligation de conservation n'en résulte pas altérée ; et elle devrait être observée en vue de la meilleure analyse du fonctionnement du système du Code civil. L'ancien article 1136 du Code civil ne la présente nullement comme accessoire de l'obligation de livraison ; non seulement elle apparaît dans cette disposition en tant qu'une obligation bien distincte de celle de livrer, mais son inexécution fautive est sanctionnée à titre indépendant [1144].

388. La frontière entre l'obligation de conservation et celle de délivrance. Les codificateurs étaient conscients du caractère instantané de l'obligation de délivrance, contrairement à l'opinion doctrinale qui a du mal à s'en rendre compte [1145]. Soit elle est exécutée dès la

---

structurellement à elle pour que le rapport de droit soit plénier. », *Ibid.*, n° 177, p. 184 : « *[...], l'obligation de conservation est plus exactement, dans tous les cas, l'accessoire d'une obligation de livraison ou de restitution que l'accessoire d'une obligation de donner. Elle est, à proprement parler, la suite du transfert de propriété de la chose, c'est-à-dire, en tenant compte de la terminologie du Code civil, la suite d'une obligation de donner.* »

1143 C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 177, p. 176.

1144 Civ. 1re, 6 février et 25 mars 1963, *D.* 1964, p. 17, note de R. RODIÈRE ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Les obligations, Le contrat*, tome 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 59 : « *[...], une obligation de conservation pesant sur l'aliénateur, celui-ci engagera sa responsabilité envers l'acquéreur dans le cas où il lui remettrait une chose qui n'est pas dans l'état dans lequel elle devrait être ou bien si la chose avait totalement péri. En principe, l'obligation de conservation est une obligation de moyens, alors que l'obligation de livrer est, en raison de sa nature, une obligation de résultat.* » ; C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 381 et suiv. ; M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 292 : « *Le débiteur du corps certain qui restitue une chose détériorée ou qui ne restitue pas peut avoir été négligent dans sa conservation : il n'y a pas apporté tous les soins promis. Ici, les articles 1245 et 1302 ne sont pas applicables, il faut se tourner vers le droit commun : déterminer d'abord l'étendue de l'obligation de conservation pour rechercher si elle a été exécutée (entrée en jeu de l'art. 1137) puis prononcer les dommages et intérêts en cas d'inexécution et à défaut de cause étrangère (art. 1147).* » ; P. JOURDAIN, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 1994, p. 611, spéc., p. 612 : « *Si l'obligation de restitution est incontestablement de résultat par sa nature même, celle de conserver les choses confiées n'est que de moyen. Pratiquement, surtout en cas de détérioration, c'est cette dernière obligation qui sera en cause.* »

1145 C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 177, p. 184 : « *[...], si la conclusion du contrat a pour objet d'entraîner un transfert instantané de la propriété (articles 1138 alinéa 2 et 1583 du Code civil), la tradition matérielle de la chose, quant à elle, ne saurait participer de la même instantanéité. Et, entre le moment du transfert juridique et celui de la tradition matérielle de la chose, le vendeur est, accessoirement à son obligation de délivrance, laquelle demeure la seule expression d'une obligation de donner partiellement réalisée, tenu de conserver la*

… / …

formation du contrat, soit elle ne l'est pas. Et tant que la délivrance ne peut être considérée comme exécutée, il ne peut être question à proprement parler de l'obligation de conservation [1146]. En ce cas en effet, le débiteur devra délivrer la chose dans l'état où elle se trouve lors de la conclusion du contrat [1147]. Et l'exécution de la délivrance suppose que la chose soit remise dans l'état où elle se trouve lors de la formation du contrat [1148]. Or, l'obligation de conservation implique que la chose soit protégée dans la mesure du possible de toute atteinte destructive ou dégradante à son état. La remise d'une chose détériorée ne peut que démontrer l'inexécution ou l'exécution défectueuse de la délivrance [1149]. Cette détérioration ne sera pas sanctionnée à titre de manquement à l'obligation de conservation, mais plutôt à la délivrance. Il paraît difficilement concevable qu'il puisse en ce cas être reproché au détenteur de la chose l'inexécution de l'obligation de conservation plutôt que celle de délivrance conforme. Toute obligation de conservation suppose que la détention de la chose par la partie qui contracte l'obligation de la remettre soit consentie par l'autre. Le rapport juridique entre le créancier et le débiteur consiste exclusivement dans la remise de la chose prévue au contrat.

389. L'obligation de conservation. Le débiteur n'est tenu en revanche que de l'obligation de conservation lorsque la délivrance paraît effective, mais que l'acquéreur tarde à retirer la chose. À cet égard, on peut relever une petite maladresse dans la rédaction de l'ancien article 1136 du Code civil. En effet, la lettre de cette disposition paraît un peu contradictoire avec l'immédiateté de la délivrance, qui résulte de façon incontestable de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil. Les termes « *jusqu'à la livraison* » doivent être remplacés par « *jusqu'à la prise de livraison, ou au retirement de la chose* » . D'une part, il en résulte, non seulement mieux, que l'obligation de conservation, mise à la charge du détenteur de la chose, reflète le principe de bonne foi qui encadre l'exécution des

---

chose qui appartient déjà à l'acquéreur. » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Les obligations, Le contrat*, tome 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 57.

1146 D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 136 : « *[…], lorsque le transfert de propriété n'est pas retardé mais que le vendeur n'a pas encore livré, c'est le vendeur qui assume une telle obligation de conserver la chose (cf. C. civ., art. 1138, al. 2).* »

1147 Art. 1614, alinéa 1 : « *La chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente.* »

1148 Ph. RÉMY, obs. sur Civ. 1re, 1er décembre 1987, *RTD civ*. 1988, p. 368 : « *Il est acquis que l'obligation du vendeur, définie par le Code comme "l*e transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur*" (art. 1604, c. civ.), comporte une obligation de conformité : le vendeur doit délivrer "la chose qu'il vend" […].* »

1149 H. BOUCARD, *L'agréation de la délivrance dans la vente, Essai de théorie générale*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », Ph. REMY, diff. LGDJ, 2005, n° 395, p. 381 : « *[…], le manquement du vendeur à son obligation de conservation provoque, soit la disparition de l'objet et cela entraîne une défaillance de la délivrance, soit sa détérioration et la garantie prend le relais.* » ; C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 380 : « *[…] l'obligation de livraison est inexécutée lorsque la délivrance de la chose due n'est pas réalisée : le débiteur remet une chose non conforme ; il n'est plus en mesure de livrer la chose promise […].* »

contrats [1150], mais en outre que l'aliénateur n'attend plus que la prise de livraison pour être libéré de l'obligation de conservation. D'autre part, la répétition de l'obligation de livraison dans les termes de l'ancien article 1136 porte à croire, faussement, que l'exécution de l'obligation de conservation précède par principe la délivrance, ou livraison, dans l'opération de transfert de propriété d'un corps certain. Ce dont abusent d'ailleurs les auteurs en prêtant ici à l'obligation de conservation le statut de l'accessoire de la délivrance [1151].

390. L'hypothèse de la délivrance non immédiate. Il existe des circonstances dans lesquelles la question de la délivrance ne peut éclipser celle de l'obligation de conservation [1152]. En effet, c'est seulement lorsque la délivrance se trouve en vigueur, autrement dit, dissociée de la formation du contrat, que l'obligation de conservation encourt le risque d'être reléguée au rang d'accessoire. Car, le débiteur exécutera en ce cas l'obligation de délivrance postérieurement à la formation du contrat. L'on perçoit alors de façon inexacte qu'il est en même temps tenu de veiller à la préservation de l'état dans lequel la chose se trouve lors de la conclusion du contrat [1153]. L'on peut se rappeler que l'exigence de la remise de la chose dans l'état où celle-ci se trouve lors de la formation du contrat relève de l'obligation de délivrance [1154].

1150 L'ancien article 1134 du Code civil : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.* » Cette ancienne disposition est sensiblement modifiée par la réforme de 2016 : le nouvel article 1193 du Code civil dispose que : « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.* »

1151 C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 177, p. 184 : « *L'article 1136 du Code civil le prévoit expressément puisqu'il énonce que "l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver avant sa livraison". L'obligation de donner a donc un corollaire : l'obligation de délivrance et, accessoirement à cette dernière, l'obligation de conservation : "avant sa livraison", c'est-à-dire en vue de sa livraison et parce que vient d'être constituée par l'échange des consentements une situation de détention temporaire de la chose d'autrui. L'obligation de conservation est bien l'accessoire de l'obligation de délivrance — en ce qu'elle sert l'exécution de cette dernière — et la suite de l'obligation de donner ou, autrement dit, du transfert instantané de la propriété.* »

1152 Com., 19 octobre 1982, *Bull. civ*. 1982, IV, n° 321.

1153 Aux termes de l'ancien article 1137, alinéa 1, du Code civil : « *L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.* » ; M. DURANTON, *Traité des obligations conventionnelles en général, suivant le Code civil*, tome 1, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 396 : « *[…], dans toute obligation de donner une chose, le débiteur doit bien la livrer, et la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages-intérêts du créancier ;* ». P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., LexisNexis, 2013, n° 336 : « *Cette obligation de restitution est à la source d'une obligation de conservation de la chose pendant la durée du bail.* »

1154 Art. 1614 du Code civil pour les meubles, et 1616 pour les immeubles.

Il va de soi que le débiteur, soucieux de s'acquitter de bonne foi de son obligation de délivrance, veille sur l'état de la chose vendue. Il n'en résulte pas, contractuellement parlant, une obligation de conservation distincte de la délivrance. La dissociation de la délivrance de la formation du contrat n'emporte pas l'obligation de conservation. Le report de la délivrance suppose un acte imputable au détenteur de la chose. On n'est en effet en présence de la délivrance tardive que dans l'hypothèse où le défaut du retirement de la chose est imputable au détenteur. Car, la détention de la chose par le vendeur du seul consentement de l'acquéreur n'enlève rien à l'effectivité de la délivrance.

391. Dans l'hypothèse de la délivrance immédiate. En dehors de l'hypothèse de la délivrance non immédiate, où l'on peut être tenté de reléguer l'obligation de conservation au rang d'accessoire [1155], aucun doute ne plane sur l'autonomie de celle-ci. L'obligation de conservation suppose que l'objet de l'obligation soit un corps certain [1156]. Dans l'hypothèse de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil, le vendeur n'est plus tenu que de l'obligation de conservation lorsqu'il n'incombe plus qu'à l'acquéreur de retirer la chose. En ce cas, en effet, la mise à disposition est effective, autrement dit, exécutée. La chose demeure entre les mains du vendeur du seul consentement de l'acquéreur. En retardant l'enlèvement de la chose, celui-ci charge par contrecoup son cocontractant de la conserver. Ce dont résulte l'obligation de conservation dans l'hypothèse de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil, c'est moins le transfert de propriété que l'effectivité de la délivrance. Celle-ci s'effectue par principe immédiatement ; le contrat ne vise pas à constituer le vendeur gardien de la chose, mais à opérer immédiatement aussi bien le transfert de propriété que la remise de la chose. Lorsqu'il résulte des circonstances que la délivrance est effective, l'aliénateur n'est plus tenu que de l'obligation de conservation.

C'est ici que l'on peut en réalité relever l'existence de l'obligation de conservation. La chose n'étant pas retirée par l'acquéreur à la suite de la délivrance effective, l'obligation de conservation surgit à la charge de l'aliénateur [1157]. Celle-ci constitue une forme d'expression

---

1155 C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 177, p. 184.

1156 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 1, vol. 24, éd., Auguste Durand et L. Hachette, 1868, n° 403 : « *[...] l'obligation de veiller à la conservation de la chose ne peut évidemment résulter que de l'obligation qui a pour objet un corps certain ; car, si l'obligation a pour objet une chose, qui ne soit déterminée que quant à son espèce, il serait impossible de dire quels sont les individus de cette espèce, que le débiteur doit conserver, puisque aucun d'eux n'y est spécialement compris, et que la perte même, par cas fortuit, de ceux qui appartenaient au débiteur, et qu'il avait l'intention de livrer au créancier, ne le libérerait pas, tant que la livraison n'en aurait pas été faite.* » ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 149 : « *L'obligation de conservation existe parfois comme accessoire de l'obligation de livrer. Mais cela suppose qu'il s'agit d'un corps certain.* »

1157 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 149 : « *L'obligation de conserver est une obligation de faire qui se rencontre dans beaucoup de contrats,*

… / …

du principe de bonne foi. La garde de la chose par le vendeur se poursuit dans l'intérêt exclusif du propriétaire. Une tentative de reprocher au détenteur de la chose une inexécution de la délivrance, paraît déplacée, dans la mesure où il n'appartient plus qu'à l'acquéreur, dès la formation du contrat, de l'enlever. La charge pour le vendeur de veiller à la conservation de la chose se substitue à la délivrance déjà consommée. L'exécution de celle-ci revêt un caractère instantané, tandis que l'obligation de conservation s'exécute de façon successive. En général, l'obligation de conservation se conçoit, dans l'hypothèse de l'ancien article 1138, alinéa 2, à la suite de la délivrance, c'est-à-dire lorsque l'acquéreur tarde à enlever la chose mise à sa disposition. Il s'ensuit que le cas fortuit décharge plutôt le vendeur de l'obligation de conservation. Ainsi, l'obligation de conservation ne se rencontre pas dans le même endroit que dans l'hypothèse de l'ancien article 1302, du Code civil [1158].

2. Dans l'hypothèse de l'ancien article 1302 du Code civil

392. Dans l'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux. La délimitation de l'obligation de conservation n'implique pas ici beaucoup d'observations. Dans l'hypothèse réglementée à l'ancien article 1302, et reprise dans les articles 1351 et 1351-1, du Code civil, l'obligation de conservation précède la délivrance ou la restitution [1159]. En effet, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le contrat crée *a priori* l'obligation de conservation à la charge du détenteur de la chose [1160]. Une telle convention peut être conclue dans l'intérêt, soit du créancier de la remise de la chose [1161], soit du détenteur. Celui-ci peut être chargé exclusivement de veiller à la conservation de la chose, ou autorisé à utiliser celle-ci ; il en va ainsi, dans le premier cas, du dépositaire, et dans le second, du locataire ou de l'emprunteur. Il ne s'agit nullement de la délivrance, mais de garder la chose, ou d'en jouir avant de la remettre. Aux termes de ces dispositions, l'obligation de délivrance apparaîtra plus tard ; ou bien on peut concevoir qu'elle est suspendue par le contrat, lequel a stipulé une période dans laquelle la chose doit être conservée par le détenteur. La délivrance procédera de la mise en demeure de livrer adressée au détenteur, ou de l'arrivée du terme convenu. Son

---

visant des corps certains. Elle peut viser même une chose agréée par l'acheteur : par exemple, des vins déjà agréés qui restent provisoirement chez le vendeur. »

1158 Les nouveaux articles 1351 et 1351-1 du Code civil, issu de la réforme de 2016.

1159 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 149 : « *[…] l'obligation de conserver existe comme suite d'une livraison d'un corps certain. Ainsi, le locataire, le dépositaire sont obligés de conserver le corps certain qui leur a été remis. Il en est de même pour l'ouvrier à raison des outils ou matériels que lui remet le patron.* »

1160 M. TROPLONG, *Le droit expliqué suivants l'ordre des articles du Code civil, De la vente*, tome 1, Charles Hingray, Libraire — éditeur, 1834, n° 357 : « *Lorsque la chose est livrée à l'acheteur, il tombe sous le sens que c'est lui qui est chargé de la détérioration ou de la perte de la chose vendue, puisque le vendeur n'y conserve plus rien, ni propriété, ni possession. Mais la question est plus complexe, lorsque le vendeur n'en a pas encore fait la tradition. Toute cette matière se rattache à deux principes fondamentaux ; le premier est que, pendant le temps qui s'écoule entre le contrat et la tradition, le vendeur est chargé d'apporter à la conservation de la chose les soins d'un bon père de famille […].* »

1161 CA Caen, 7 janvier 1901, *D.* 1903, II, p. 111.

exécution doit s'effectuer instantanément après cette mise en demeure ou le terme convenu.

393. Conclusion. Les règles de l'ancien article 1138, alinéa 2, et celle de l'ancien article 1302, reprise aux articles 1351 et 1351-1, du Code civil se rapprochent par leurs contenus. Le fonctionnement de chacun de ces textes renferme les obligations de conservation et de délivrance. Cependant chacune de ces dispositions est conçue pour un domaine spécifique. L'obligation de conservation intervient dans le premier texte de façon exceptionnelle. Car, toute obligation de conservation suppose la volonté du propriétaire, ou en général de la partie titulaire d'un droit sur la chose. L'esprit du contrat, c'est d'opérer le transfert matériel de la chose du débiteur au créancier ; la délivrance intervient par principe immédiatement. En revanche, dans l'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil, la délivrance constitue plutôt un terme à l'obligation de conservation.

§ 2. LA DÉLIVRANCE DANS LES ARTICLES 1302 ANCIEN, 1351 ET 1351-1 NOUVEAUX DU CODE CIVIL, COMME UN TERME À L'OBLIGATION DE CONSERVATION

394. Le domaine spécifique. Le développement précédent est consacré au fonctionnement des dispositions des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil dans le domaine d'élection de l'ancien article 1138, alinéa 2, autrement dit, lorsqu'il s'agit de transfert de propriété. Il ne résulte pas moins de ce rapprochement que chacune de ces dispositions conserve son domaine spécifique. Les dispositions des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil visent exclusivement l'hypothèse dans laquelle l'obligation de conservation constitue l'objet principal, sinon *caractéristique* [1162] du contrat (A). L'exécution de l'obligation de délivrance, autrement dit, de restitution n'a ici pour effet que de marquer le terme de l'obligation de conservation (B).

A. L'obligation de conservation : prestation caractéristique du contrat dans l'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux.

395. Droit commun. Les dispositions des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 du Code civil relèvent du régime général des obligations (1). Cependant, elles ne constituent le droit commun que d'une catégorie de contrats spéciaux (2).

[1162] M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2002, n° 5 : « *Au sens juridique, l'expression dénote une idée de domination. En effet, la supériorité de la prestation caractéristique sur le "reste du contrat" est souvent évoquée pour faire jouer à cette prestation un rôle déterminant quant au sort de l'acte entier, quant à la "vie" de celui-ci, considéré dans la durée ou dans l'espace.* »

1. Le caractère général du régime des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux du Code civil

396. Point de jonction entre l'ancien article 1138, aliéna 2, et les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux. Les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil sont placés dans les dispositions générales consacrées à l'organisation des différentes façons dont s'éteignent les obligations [1163]. Leurs termes sont particulièrement plus généraux que ceux de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil en ce qu'ils ne sont pas limités aux opérations contractuelles de transfert de la propriété. Les solutions qu'ils portent concernent toutes les circonstances dans lesquelles une chose de corps certain et déterminé se trouve sous la détention de celui qui n'en est pas le propriétaire. En outre, à la différence de cette dernière disposition, le domaine des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, est largement constitué de l'hypothèse où le contrat crée *a priori* la détention momentanée de la chose par le non propriétaire [1164]. En effet, il peut résulter d'un contrat, bien que translatif de propriété, que l'aliénateur conserve la chose momentanément : c'est l'hypothèse où la délivrance paraît avoir eu effectivement lieu mais celui-ci se trouve obligé de veiller à la conservation de la chose jusqu'à la prise de livraison par l'acquéreur [1165]. Il s'agit, autrement dit, de la conservation de la chose dans l'attente de prise de livraison.

Et, c'est cette situation s'inscrivant forcément dans la durée qui constitue la seule hypothèse où, à observer de près le mécanisme de la délivrance, la jonction entre l'ancien article 1138, alinéa 2, et les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux du Code civil, semble concevable. Ces deux catégories de textes issus du Code civil sont susceptibles d'être invoqués, soit cumulativement, soit l'un ou l'autre, de façon indifférente. L'obligation de conservation qui surgit à la suite de la délivrance, pour défaut de prise de livraison immédiate, constitue le domaine d'élection du premier texte, dont les termes sont conçus de sorte à permettre de résoudre précisément la question de savoir si la délivrance est consommée bien que la chose se trouve encore sous la détention de l'aliénateur tenu de la remettre. L'on sait que la réponse à cette question varie suivant deux circonstances.

397. Le caractère incident de l'obligation de conservation dans le domaine de l'ancien article 1138. Il n'y a en effet pas eu délivrance en cas de détention de la chose par l'aliénateur de son seul consentement, ou qui découle de son comportement. La délivrance

---

[1163] L'intitulé du chapitre dans lequel se place l'ancien article 1302 du Code civil : « *chapitre V de l'extinction des obligations* ».

[1164] M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 287 : « *Les contrats emportant une obligation de restitution contiennent […] une obligation préalable de conservation, formulée à l'article 1137. Restitution et conservation sont deux obligations imbriquées : l'exécution satisfaisante de la première suppose le respect de la seconde.* »

[1165] R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 156 : « *L'obligation de conserver ce qu'on détient existe même si la mise en place de la chose à conserver est le fait du créancier.* »

est au contraire effective lorsque cette détention procède du seul consentement de l'acquéreur. En ce dernier cas, alors, le détenteur n'exécute que l'obligation de conservation. Il n'est plus attendu que de l'acquéreur de prendre livraison, laquelle mettra un terme à l'exécution successive de l'obligation de conservation. L'obligation à la charge de l'acquéreur de conserver la chose apparaît donc de façon incidente dans l'opération de transfert de propriété. Celle-ci entraîne par principe instantanément le transfert matériel de la chose à l'acquéreur.

398. Le caractère principal de l'obligation de conservation dans le domaine des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux. En revanche, les dispositions des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil sont conçues en vue d'une hypothèse qui s'inscrit dans la durée. Il semble que le corps certain et déterminé doive faire ici l'objet d'une obligation à exécution successive de la part du détenteur. Ainsi, le domaine naturel des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, consiste dans la naissance de façon principale de l'obligation de conservation [1166], à laquelle la doctrine paraît accorder peu d'égard [1167]. Cette disposition, autrement dit, vise toute détention de la chose incluant à titre principal l'obligation de conservation à la charge du détenteur. La volonté du titulaire du droit sur la chose, qui a fondé le contrat, autorise la détention de celle-ci par son cocontractant. En pratique, le contrat opère la remise d'un corps certain à une partie contractante devant veiller à sa conservation [1168]. Le Code civil prévoit une catégorie de contrats que semblent, à titre principal, viser les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux.

2. La catégorie de contrats visés par les dispositions générales des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux du Code civil

399. Contrats créateurs de l'obligation de conservation. Certains contrats paraissent de nature à justifier l'existence du régime général des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1

1166 M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ*. 1993, p. 757, n° 13.

1167 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 5, Rousseau, 1925, n° 1237, p. 544 : « *l'art. 1302 Civ. comporte un paragraphe important d'où il résulte que le débiteur doit prouver le cas fortuit. […]. Cela ne s'explique que par des considérations pratiques. Le débiteur a la possession de la chose, il est juste qu'il soit tenu de faire connaître comment elle a péri. Cette dernière observation est juste et nous pouvons la ramener à cette idée, le débiteur d'une chose est tenu d'une obligation de résultat. Il doit rendre la chose. Ceci s'applique à tout débiteur de corps certain qui en avait la complète maîtrise. Mais cet article est par sa raison même spécial à la remise de chose.* »

1168 A. SERIAUX, *Contrats civils*, Puf, 2001, n° 47 : « *Nombre de contrats ont pour objet, non de disposer d'un bien mais (seulement) de le mettre à la disposition d'autrui. Il n'y s'agit pas de transférer la propriété de ce bien. Seule sa possession est concernée, dans la mesure où l'une des parties va se trouver investie pendant une plus ou moins longue durée de sa détention légitime : possession provisoire et non précaire, par conséquent.* »

nouveaux, du Code civil [1169]. Les dispositions de ces articles semblent en effet particulièrement nécessaires à l'égard des effets notamment des contrats de prêt à usage et de bail [1170] et des contrats de gage avec dépossession [1171] et de dépôt [1172]. Ce sont des contrats générateurs d'obligations à exécution successive. Ils ont en commun d'entraîner le transfert de la détention de la chose du propriétaire au non-propriétaire, donc de créer formellement à titre principal l'obligation de conservation. Il est de leur essence d'opérer la remise matérielle de la chose à une partie qui a contracté par la même occasion l'obligation de la restituer. Ces opérations contractuelles peuvent être regroupées en deux catégories. Certaines permettent au détenteur l'usage de la chose, tandis que d'autres le lui interdisent par principe. Dans la première catégorie, on peut ranger à titre illustratif les contrats de prêt à usage et de bail, et dans la dernière catégorie, les contrats de dépôt et de gage.

Il ressort ainsi des dispositions des articles 1915 et 1927 du Code civil [1173] que le contrat de dépôt est créateur par excellence de l'obligation de conservation [1174]. Ce contrat se forme par la remise, réelle ou fictive, de la chose [1175]. Il met à titre principal à la charge du dépositaire de veiller au bon état de la chose. Celui-ci reçoit la chose en vue de la garder. L'effet caractéristique du contrat de dépôt, c'est la conservation de la chose déposée. Par principe, le dépositaire ne bénéficie pas de l'usage de la chose [1176] ; il doit se contenter de

---

1169 M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2002, n° 6 : « *Pour se convaincre de la supériorité d'une prestation sur le reste du contrat, il faut montrer que même dans un contrat interne et en dehors de toute opération de cession, il y a bien une prestation qui impose sa prépondérance aux autres prestations et qui, partant, peut prétendre déterminer le sort du contrat pris dans son ensemble.* »

1170 Art. 1709 du Code civil dispose que : « *Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer.* »

1171 Aux termes de l'article 2337, aliéna 1, du Code civil : « *Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite. Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet.* » ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 9e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 498, p. 263 : « *Auparavant, la dépossession du constituant était au contraire une condition de formation de la sûreté […].* »

1172 Art. 1915 du Code civil : « *Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature.* »

1173 Art. 1927 dispose que : « *Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent.* »

1174 C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 14 et suiv.

1175 Art. 1919 du Code civil.

1176 Art. 1930 du Code civil énonce que : « *Il ne peut se servir de la chose déposée, sans la permission expresse du déposant.* » ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 758 : « *[…], le dépositaire ne doit pas user de la chose […]. C'est là, la différence fondamentale avec le prêt. À plus forte raison ne peut-il pas en consommer les fruits (art. 1936). Se servir de la chose, à quelque usage que ce soit, l'exposerait non seulement à une responsabilité civile mais encore à une responsabilité pénale pour abus de confiance […].* »

veiller à sa conservation. De même, qu'il soit mobilier ou immobilier [1177], le gage avec dépossession entraîne le transfert de détention de la chose au créancier gagiste, donc crée une obligation de conservation à la charge de celui-ci [1178], lequel ne doit pas utiliser la chose [1179]. L'effet principal du contrat de bail, en faveur du locataire, c'est d'opérer la délivrance de la chose à celui-ci afin qu'il en jouisse [1180]. À l'inverse, au-delà du loyer dû au bailleur, le preneur doit conserver et entretenir la chose qu'il a reçue en bon état [1181]. Le contrat de prêt en général et, en l'occurrence, le prêt à usage opère le transfert de détention à l'emprunteur [1182]. Au-delà de l'obligation de ne se servir de la chose qu'à l'usage pour lequel elle est prêtée, l'emprunteur est tenu de garder la chose qu'il devra restituer au terme prévu [1183]. Ces contrats créateurs par excellence de l'obligation de conservation entraînent la restitution de la chose, c'est-à-dire la délivrance dans le sens inverse.

400. Conclusion. Les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux du Code civil constituent le droit commun d'une catégorie de contrats. La prestation caractéristique de ceux-ci consiste dans la conservation de la chose, obligation à exécution successive. Dans cette hypothèse, l'obligation de conservation est entourée de l'obligation de délivrance. L'obligation de conservation découle de la délivrance ; le conservateur de la chose effectuera aussi la délivrance dans le sens inverse, dénommée autrement la restitution, dont il résultera l'extinction de l'obligation de conservation.

1177 L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 9e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 499 : « *Bien qu'elle soit une sûreté grevant un immeuble, l'antichrèse, rebaptisée "gage immobilier" par une loi dite de simplification du droit du 12 mai 2009, constitue un gage avec dépossession : le droit du créancier a pour objet la possession de cet immeuble.* »

1178 C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 84 : « *Le créancier gagiste a l'obligation de veiller à la conservation de la chose qui lui est confiée jusqu'à la restitution de cette dernière. Et lorsque le créancier exerce un droit de rétention sur la chose parce que le débiteur ne l'a pas encore remboursé en fin de gage, l'obligation de conservation se perpétue à sa charge jusqu'à sa dépossession effective.* »

1179 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 411 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 9e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 511 : « *[…], il doit conserver la chose remise en gage (sauf si elle est périssable) et est donc responsable de sa perte ou de sa détérioration imputable à sa négligence […], il n'a pas le droit de jouir et d'user de la chose […].* »

1180 Aux termes de l'article 1719 du Code civil : « *Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière : 1° De délivrer au preneur la chose louée […].* »

1181 Notamment les articles 1720, 1730, 1731, 1732, 1733, 1734 et 1735 du Code civil.

1182 Art. 1875 du Code civil énonce que : « *Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.* »

1183 Art. 1881 du Code civil.

B. L'extinction de l'obligation de conservation par la délivrance de la chose

401. Deux hypothèses à distinguer. Il convient de distinguer ici entre la délivrance décalée, autrement dit, extinctive de l'obligation de conservation d'une part (2) , et la remise de la chose par l'aliénateur à titre de prise de livraison (1) d'autre part, dont il résulte, à la charge de celui-ci, l'obligation de veiller à la conservation de la chose.

1. La remise de la chose à titre de prise de livraison

402. La remise de la chose à titre de prise de livraison dans l'ancien article 1138, alinéa 2. Il n'est pas habituel d'opérer une distinction entre la remise de la chose à titre de prise de livraison, d'une part, et celle effectuée à titre de délivrance d'autre part [1184]. La distinction permet pourtant de percevoir le fonctionnement des règles de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil. Ces circonstances sont d'une si grande similitude du point de vue des faits, que le manque d'attention conduit souvent en droit à les confondre. Elles coexistent dans le mécanisme qui résulte des termes de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil. La remise de la chose effectuée à titre de prise de livraison a également pour effet d'éteindre l'obligation de conservation. Il est mis l'obligation de conservation à la charge du détenteur dans toutes les circonstances où la personne à laquelle il incombe de détenir matériellement la chose tarde à le faire.

L'on sait qu'il n'est pas exclu, dans le fonctionnement de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil, que la délivrance soit effective bien que la chose demeure sous la détention matérielle de l'aliénateur. Il en va ainsi lorsque le vendeur est conduit à emprunter la voie contraignante pour amener l'acquéreur à retirer la chose [1185]. Dans les opérations de transfert de propriété, soit la délivrance n'est pas encore exécutée, soit elle l'est déjà, mais que la chose demeure néanmoins entre les mains de l'aliénateur ; en ce dernier cas, il n'y a plus que l'obligation de conservation en cours d'exécution. Celle-ci commence après l'exécution de la délivrance, laquelle résulte des circonstances. La délivrance est exécutée lorsqu'il ne dépend plus que de l'acquéreur de retirer la chose qui demeure sous la détention de l'aliénateur.

1184 Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Les obligations, Le contrat*, tome 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 57 : « *[…], en droit français, le transfert de la propriété d'un corps certain, en vertu d'un contrat translatif de propriété, n'intervient pas normalement au moment de la livraison de la chose, pour la raison qu'il a été déjà réalisé au moment de la conclusion définitive du contrat.* » Dans le système du Code civil, il est de principe que la délivrance s'effectue immédiatement et *solo consensu*.

1185 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 512 : « *L'acheteur doit prendre livraison de la chose ; il ne peut s'y refuser si la chose est conforme au contrat. Ce qui présente un intérêt particulier en matière mobilière où cette obligation porte le nom de retirement. La loi prévoit une sanction rigoureuse pour l'inexécution du retirement, afin de permettre au vendeur de libérer rapidement son magasin. Selon le droit commun, le contractant, victime d'une inexécution, a le choix entre l'exécution forcée et la résolution judiciaire.* »

403. Prise de livraison tardive. La prise de livraison tardive imputable à l'acquéreur donne lieu à l'obligation de veiller à la conservation de la chose à la charge de l'aliénateur. La disposition de l'ancien article 1136 du Code civil, reformulée au nouvel article 1197 [1186], constitue d'office celui-ci gardien de la chose lorsque l'acquéreur tarde à la retirer. Il a été fait observer que la remise de la chose qui va s'effectuer en ce cas ne représente pas la délivrance à proprement parler, mais s'incorpore plutôt à la prise de livraison ou au retirement [1187]. Celui qui est ainsi chargé de conserver la chose n'attend plus que la prise de livraison pour se libérer. Par conséquent, la remise de la chose ne doit pas être vue ici comme l'exécution de l'obligation de délivrance. Celle-ci est effective dès qu'il n'appartient qu'à l'acquéreur de retirer la chose. La remise constitutive, ou compréhensive de la délivrance procède du seul engouement du détenteur, tandis que celle effectuée exclusivement à titre de prise de livraison intervient selon la convenance de l'acquéreur. Cette prise de livraison, habituellement confondue à la délivrance, aura aussi pour effet d'éteindre l'obligation de conservation, donc de libérer le détenteur.

2. La remise de la chose à titre de délivrance

404. L'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux. Le détenteur peut effectuer une remise de la chose, qui constitue une véritable exécution de l'obligation de délivrance. Il n'appartient qu'à lui d'engager la remise de la chose dans le respect du contrat. Dans l'hypothèse où l'obligation de conservation découle du contrat comme son effet direct et principal, il s'agira de la remise de la chose constitutive de l'exécution de l'obligation de délivrance, ou de restitution. En l'occurrence, l'exigibilité de l'obligation de délivrance a été suspendue par le contrat. Cette délivrance s'effectuera à titre extinctif à l'égard de l'obligation de conservation exécutoire, quant à elle, dès la formation du contrat [1188]. C'est en cela d'ailleurs que c'est plutôt la délivrance qui doit être vue ici comme une obligation accessoire [1189]. L'obligation de délivrance, ou de restitution constitue le

---

1186 « *L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable.* »

1187 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n° 70 : « *Parfois la livraison par le vendeur ne signifie plus un déplacement matériel de la marchandise par ses soins, mais une simple attente du retirement par l'acheteur.* »

1188 M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ*. 1993, p. 757, spéc., p. 761 : « *L'obligation de restitution a un contenu complexe et ambigu. Elle n'est qu'apparemment exécutée par la remise de la chose. Car si celle-ci a subi quelque détérioration et ne peut être restituée dans un état satisfaisant, le débiteur se verra reprocher l'inexécution de son obligation de conservation. En effet, parce qu'il n'est possible de restituer que ce qui a été conservé, obligation de conservation et de restitution sont imbriquées, ce qui produit un effet direct sur l'étendue des obligations du débiteur.* »

1189 C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 379 : « *L'obligation de conservation est bien distincte, dans l'échelle du temps, des obligations de*

… / …

corollaire de l'obligation de conservation [1190]. Celle-ci se présente comme le seul rapport juridique sur lequel l'attention des parties se concentre ; l'économie du contrat réside dans la conservation de la chose [1191]. Le détenteur doit conserver la chose afin de la restituer dans l'état où il l'a reçue. La conservation d'une part, et la restitution ou la délivrance d'autre part, constituent toutes des obligations à la charge du détenteur.

405. L'incidence de l'exécution de l'une sur l'existence de l'autre. Cependant, l'exécution de l'une a une incidence sur l'existence de l'autre. L'exécution de l'obligation de conservation suspend en effet l'exigibilité de l'obligation de restitution. À l'inverse, l'exécution de celle-ci à pour effet, au même titre que le cas de force majeure, d'éteindre la charge de conserver la chose [1192]. On peut néanmoins relever une différence insignifiante, soit-elle, entre l'effet de la force majeure et celui de la délivrance à titre de restitution. En effet, la restitution permettra au propriétaire de contrôler la conformité de l'exécution de l'obligation de conservation [1193], et d'engager éventuellement la responsabilité du conservateur. Tandis qu'il résultera du cas de force majeure que ce contrôle ne pourra s'effectuer, et donc, qu'aucune possibilité d'obtenir le payement des dommages et intérêts n'est concevable.

---

restitution ou de délivrance : pendant la durée du rapport de droit, le débiteur doit conserver la chose d'autrui ; à la fin du rapport de droit, il doit la livrer, ou bien la restituer suivant les cas. »

1190 A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, Puf, 2001, n° 47 : « *Au centre des contrats de mise à disposition se situe […] toujours à la fois l'obligation de transmission et celle, corollaire, de restitution : elles sont de leur essence. Se trouvent dès lors exclues de ce type de conventions toutes les opérations par lesquelles une chose est remise à autrui pour que, le cas échéant, il puisse en disposer.* » ; M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ*. 1993, p. 757, spéc., p. 761 : « *L'obligation de restitution apparaît […] dépendante de l'obligation de conservation qui exerce sur elle une véritable attraction.* »

1191 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 880 : « *La garde, prévue par l'article 1927, est l'obligation essentielle du dépositaire ; là où elle n'est pas due, il n'existe pas de dépôt.* »

1192 C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 25 : « *[…], l'obligation de conservation du dépositaire est une conséquence du transfert de détention qui se prolonge jusqu'à la restitution matérielle de la chose à son propriétaire. L'important, s'agissant de l'obligation de restitution, est que cette dernière vienne mettre fin au transfert de détention concrétisé par la remise de la chose au dépositaire.* » ; A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, Puf, 2001, n° 93 : « *Plus qu'une obligation, certes elle aussi essentielle, la restitution de la chose confiée se situe dans la dépendance nécessaire de l'obligation de conserver et s'analyse sans doute mieux en la conséquence de l'extinction de l'opération.* » ; M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ*. 1993, p. 757, spéc., p. 762 : « *Les articles 1245 et 1302 du Code civil, bien que relatif à la livraison d'un corps certain, concernent l'obligation de restitution. Lorsqu'il résulte d'un engagement contractuel qu'une chose doit être restituée à son propriétaire à une certaine date, il y a bien "livraison" au sens de ces dispositions, qui produira en principe extinction de l'obligation.* »

1193 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 881 : « *[…] c'est lors de la restitution que le déposant pourra s'apercevoir de la mesure dans laquelle le dépositaire s'est acquitté de ses obligations, ou a été fidèle ou négligent.* »

406. Conclusion de la Section I. Les termes des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil sont conçus de sorte qu'ils recoupent l'hypothèse de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil. Dans les opérations de transfert de propriété d'un corps certain et déterminé, l'aliénateur peut se trouver chargé de veiller à la conservation de la chose, alors que la mise à disposition s'avère effective ; il n'appartient qu'à l'acquéreur de prendre livraison. Dans ce cas, l'exécution de la délivrance précède celle de l'obligation de conservation. Ainsi, l'application des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, dans cette hypothèse vise à libérer le vendeur, en cas de force majeure, de l'obligation de conservation, autrement dit, celui-ci ne supporte pas les risques survenus au moment où il n'est plus que le gardien de la chose.

SECTION II.
L'ATTRIBUTION DES RISQUES

407. Les éléments révélateurs. L'on voit dans les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil le second siège de la règle *res perit domino* [1194]. Il ressort pourtant de façon la plus formelle de ces dispositions que la résolution de la charge des risques entretient plutôt une liaison très étroite avec l'obligation de délivrance. Non seulement, les termes de ces dispositions renferment les signes (§ 1) indicatifs du rattachement de la charge des risques à l'obligation de délivrance. Mais, l'attribution de cette charge en fonction des comportements (§ 2) des parties contractantes traduit évidemment cette liaison.

§ 1. LES SIGNES DU RATTACHEMENT DE LA CHARGE DES RISQUES À L'OBLIGATION DE DÉLIVRANCE

408. Deux signes indicatifs. Les dispositions des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil fournissent deux traits caractéristiques du rattachement de la charge des risques à l'obligation de délivrance. À cet égard, il ressort de ces textes, d'une part, que le cas de force majeure a pour effet d'éteindre l'obligation dont l'objet est détruit (A), et d'autre part, que la portée de l'événement de force majeure est prise en considération dans la résolution de la charge des risques (B).

A. L'obligation éteinte par le cas fortuit

409. Impossibilité de considérer le transfert de propriété comme une obligation dans les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux. À propos de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil, on a vu qu'il a été, de par les justifications de la règle *res perit domino*, prêté au mécanisme du transfert *solo consensu* de la propriété la nature obligationnelle, lequel se serait exécuté aussitôt que le contrat est formé [1195]. Il semble difficile que cette justification ait pu être transposée dans le contexte des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil ; elle paraît d'ailleurs n'avoir jamais été évoquée ici. Or, il est indéniable que ces

---

1194 A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 346 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 5e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 316.

1195 J. FLOURT, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 265 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 669 ; J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 91 », préf. J. BRETHE DE LA GESSAYE, LGDJ, 1969, p. 43 : « *L'obligation de transférer la propriété offre la particularité de s'exécuter automatiquement du seul fait de sa naissance.* »

deux dispositions issues du Code civil de 1804 renferment une règle identique [1196]. Et, c'est d'ailleurs ce qui permet qu'il soit souvent fait référence à l'alinéa 2 de l'ancien article 1302, en vue notamment de pallier l'absence, dans l'ancien article 1138, alinéa 2, de l'hypothèse de l'exonération absolue du détenteur de la chose fortuitement détruite ou perdue [1197]. Justifier la règle *res perit domino* en conférant la nature d'obligation au mécanisme de transfert de propriété, ne peut tenir un instant que dans l'hypothèse où la transmission du droit de propriété, d'une part, et la délivrance, d'autre part, s'effectuent dans le même sens, et à la même occasion ; le transfert de propriété se trouve mis en exergue au détriment de l'obligation de délivrance. Autrement dit, seuls les contrats translatifs de propriété sont susceptibles de donner lieu à une telle tentative de justification de la règle *res perit domino*.

410. Démenti porté par les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, à la règle res perit domino. Les articles 1302, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil doivent être considérés comme porteurs d'un flagrant démenti à la règle selon laquelle la charge des risques est rattachée au droit de propriété dans le système du Code civil. La reprise sous une autre forme de la règle de l'alinéa 2 de l'ancien article 1138 du Code civil dans les dispositions des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, ne peut que constituer l'un des éléments susceptibles de susciter l'interrogation sur l'existence de la règle *res perit domino* dans le Code civil. Les deux contextes diffèrent en effet incontestablement l'un de l'autre. Il s'agit dans le premier cas de l'hypothèse de transfert de la propriété. Dans le second cas, il n'est sans doute nullement question de ce transfert, mais de la simple détention. Car, il existe des contrats qui ne créent que l'obligation de détention ; et, les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil portent une règle générale dans le domaine de ces contrats. On se demande alors s'il est assez correct que les termes de l'ancien article 1302 soient habituellement expliqués par la règle *res perit domino* [1198].

411. Portée de l'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux. L'on pourra objecter en réponse à cette question que le créancier de la restitution supporte la perte de la chose en tant que propriétaire. Or, outre qu'il n'est fait nullement référence, dans cette

---

1196 M. DURANTON, *Traité des obligations en général, suivant le Code civil*, tome 2, 3e éd., Paris, Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 74 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 203.

1197 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 154.

1198 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 203 : « *On observe ici l'exception que cette règle du transfert des risques introduit dans l'équilibre du contrat synallagmatique de vente si l'on fait référence aux seules obligations de délivrance et de paiement du prix. Bien que ces deux obligations soient présentées comme se servant mutuellement de cause, le transfert des risques conduit à maintenir l'obligation de payer le prix alors que le vendeur peut être déchargé de la délivrance en cas de perte de la chose (C. civ., art. 1302). Cependant le déséquilibre apparent disparaît si l'on met en regard de l'obligation de payer le prix, non pas l'obligation de délivrance, mais l'obligation de transférer la propriété […]. L'article 1138 du Code civil prend alors tout son sens.* »

disposition, à la qualité de propriétaire, l'hypothèse concernée n'exclut pas que le contrat qui a permis la remise de la chose au détenteur ne soit établi entre celui-ci et un non-propriétaire. Il n'est pas exigé de façon rigoureuse que le contrat de dépôt, par exemple, d'ailleurs représentatif en la matière, soit consenti par le propriétaire de la chose déposée ; ce n'est qu'en cas de dépôt volontaire que le consentement exprès ou tacite du propriétaire de la chose déposée semble requis [1199]. L'organisation du rapport entre le déposant et le dépositaire est faite sans égard à celui qui existe entre le propriétaire et le déposant. Les solutions générales prévues aux articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, se retrouvent même dans les dispositions particulières relatives à la réglementation du contrat de dépôt [1200], lequel ne met pas forcément en présence le propriétaire et le détenteur.

412. **Les termes formels des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux.** En outre, les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil disposent de façon formelle que l'obligation dont l'objet est détruit par cas de force majeure est éteinte. Il s'agit d'obligation. Et, à observer ce qui ressort du développement précédent, on s'aperçoit que la survenance de l'événement de force majeure a vocation à affecter ici plusieurs obligations à la charge du détenteur de la chose. On a vu que dans l'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, le corps certain fait absolument l'objet de deux obligations à la charge du détenteur, lesquelles s'exécutent l'une après l'autre. Le détenteur de la chose est en effet chargé d'abord de la conserver en vue de la remettre ensuite en bon état à celui duquel il l'a reçue. Le débiteur est ainsi tenu de deux obligations, lesquelles sont devenues inexécutables par suite de cas fortuit. C'est par hypothèse l'obligation de conservation qui est en cours d'exécution lors de la survenance de l'événement de force majeure. Le cas fortuit, au même titre que la délivrance ou la restitution, met fin à l'exécution de l'obligation de conservation [1201]. Il résulte de la disparition de la chose que l'obligation de conservation devient sans objet ; elle est par conséquent caduque, autrement dit, éteinte. L'impossibilité fortuite d'arriver au terme de l'exécution de l'obligation de conservation emporte l'extinction de l'obligation de délivrance ou de restitution.

1199 Art. 1922 du Code civil dispose que : « *Le dépôt volontaire ne peut régulièrement être fait que par le propriétaire de la chose déposée, ou de son consentement exprès ou tacite.* » ; aux termes de l'article 1938, alinéa 1, du Code civil, le dépositaire : « *[...] ne peut pas exiger de celui qui a fait le dépôt, la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée.* »

1200 Art. 1929 du Code civil : « *Le dépositaire n'est tenu, en aucun cas, des accidents de force majeure, à moins qu'il n'ait été mis en demeure de restituer la chose déposée.* » ; art. 1934 du Code civil : « *Le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit restituer ce qu'il a reçu en échange.* »

1201 C. BRUNETTI-PONS, *L'obligation de conservation dans les conventions*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003, n° 385 : « *Elles* (obligations de livraison et de restitution) *représentent une sorte de point final du rapport de détention de la chose d'autrui.* »

413. L'absence de la mention du droit de propriété dans l'article 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux. Dans l'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil, le transfert de propriété ne se trouve pas en compagnie de l'obligation de délivrance. Il est absent dans les mouvements effectués par celle-ci : la remise de la chose en vue de sa conservation, et sa restitution. Il n'est pas exclu qu'un simple détenteur puisse constituer à son tour une autre personne détentrice de la chose. La vocation de l'obligation de délivrance à être dans le contrat le seul élément auquel se rattache la charge de la perte de la chose ne peut être dérobée. Le droit positif continue cependant de rechercher ici la présence du droit de propriété. Rattacher la charge des risques au droit de propriété peut conduire ici à un résultat particulièrement fâcheux.

En cas d'une chaine de détentions, une telle solution fera abstraction du rapport entre le détenteur initial et le propriétaire de la chose. La seconde détention peut être consentie sans l'accord de celui-ci, dans la mesure où le dépositaire, par exemple, n'est pas tenu de savoir si le déposant est le propriétaire de la chose déposée [1202]. Le propriétaire supporte les risques bien que la première détention soit frauduleuse. En vue d'éviter une telle solution, l'on doit se limiter sans hésitation aux termes mêmes des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil, lesquels ignorent la qualité de propriétaire du créancier de la détention ; ces dispositions résolvent formellement la question de la charge des risques par référence exclusive à l'obligation inexécutable, et en prenant en considération la portée spatiale de l'impact de la force majeure.

B. La prise en considération de la portée spatiale de la force majeure

414. Fonction de la mise en demeure dans les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux. La propagation de la règle *res perit domino* dans le droit positif peut aussi conduire à s'interroger sur le rôle que doit jouer la portée spatiale de l'impact de la force majeure, qui apparait dans la résolution de la charge des risques. La portée de la force majeure est particulièrement prise en considération dans la règlementation de la charge des risques. Ce qui ne semble pas moins révélateur. En effet, la portée terrestre de l'impact de l'événement de force majeure résulte des termes des articles 1302 ancien, et 1351-1 nouveau, du Code civil, en tant que critère permettant de désigner la partie contractante qui doit supporter la perte de la chose. Aux termes de l'alinéa 2 de l'ancien article 1302, « *lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également péri chez le créancier si elle lui eût été livrée.* » Cette disposition a subi une

[1202] Art. 1938 du Code civil dispose que : « *Il ne peut pas exiger de celui qui a fait le dépôt la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée. Néanmoins, s'il découvre que la chose a été volée, et quel en est le véritable propriétaire, il doit dénoncer à celui-ci le dépôt qui lui a été fait, avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant. Si celui auquel la dénonciation a été faite néglige de réclamer le dépôt, le dépositaire est valablement déchargé par la tradition qu'il en a faite à celui duquel il l'a reçu.* »

légère modification par l'alinéa 1 du nouvel article 1351-1 aux termes duquel, « *lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée* ». En s'attachant à la règle *res perit domino* [1203], la doctrine fait produire, dans ces dispositions, à la mise en demeure des effets qui ne semblent pas ceux qui étaient dans la pensée des codificateurs. Il résulterait en effet de celle-ci une faute imputable au débiteur (1), laquelle serait sanctionnée (2) par l'attribution des risques à son auteur. Cette explication a pour conséquence de jeter de l'ombre sur la règle qui doit résulter de la prise en considération de la portée spatiale de la force majeure (3).

1. Sur la prétendue faute comme effet de la mise en demeure

415. Le regard de la doctrine sur l'ancien article 1302, alinéa 2. Dans les termes de l'alinéa 2 de l'ancien article 1302 du Code civil, l'attention de la doctrine n'est portée que sur l'exonération absolue du débiteur, c'est-à-dire sur l'exclusion des dommages et intérêts et la libération de celui-ci de l'obligation de délivrance ou de restitution nonobstant la mise en demeure qui lui a été faite [1204]. Selon la doctrine, il résulterait de la mise en demeure que le débiteur est en faute [1205] ; la perte de la chose pèse donc sur celui-ci, après la mise en demeure, à titre de sanction [1206], puisque par principe les risques seraient pour le propriétaire [1207]. L'exonération du débiteur aux termes de l'alinéa 2 de l'ancien article 1302, autrement dit, le retour des risques à la charge du propriétaire malgré la mise en demeure, ne constituerait donc qu'une exception à cette sanction [1208]. Le fait que, même livrée, la

---

1203 J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 267 : « *[…] pour les contrats translatifs de propriété, seuls sont en cause les risques de la chose, qui pèsent, ceux-là, sur le propriétaire. À ce titre, ils incombent normalement à l'acheteur, sauf lorsque le transfert de propriété ne s'opère pas dès la conclusion du contrat.* »

1204 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 900 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 254 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, « Domat droit privé », 11e éd., LGDJ, 2015, n° 154 : « *[…] mais cette exception est fortement atténuée par l'article 1302, alinéa 2 qui permet au vendeur de s'exonérer en prouvant que "la chose fût également périe chez le créancier (l'acheteur) si elle lui eût été livrée".* » ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 2011, n° 355 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 13e éd., Sirey, 2012, n° 1268.

1205 J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 267 ; Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POURMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9e éd., Dalloz, 2012, n° 5948.

1206 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, « Domat droit privé », 11e éd., LGDJ, 2015, n° 154 ; Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POURMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9e éd., Dalloz, 2012, n° 5948.

1207 J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 267.

1208 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, « Domat droit privé », 11e éd., LGDJ, 2015, n° 154 ; J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 267 : « *[…], l'article 1138, alinéa 2, dispose que, pour le cas de*

… / …

chose pourrait aussi périr chez le créancier aurait pour conséquence l'annulation de cette sanction.

416. Opinion contraire à la vision des codificateurs. Il y a sans doute quelque chose, dans cette opinion, qui affecte la cohérence du système du Code civil. En effet, il ne paraît pas cohérent que le débiteur soit sanctionné pour manque de livraison ou une livraison tardive bien qu'il ne soit pas de mauvaise foi [1209], c'est-à-dire pour faute contractuelle [1210], alors qu'il se trouve exonéré par la seule certitude que la chose aurait aussi péri chez le créancier. L'extinction de l'obligation de livrer la chose emporte par hypothèse l'extinction de toute obligation de payer des dommages et intérêts [1211]. Or, le retard fautif dans la livraison doit toujours être sanctionné, autrement dit, même dans l'hypothèse où la chose aurait aussi péri chez le créancier ; il ne peut être fait abstraction de ce retard. Car, le créancier aurait peut-être pu revendre la chose, et donc écarter les dommages consécutifs à sa perte [1212].

417. Sanction absolue de la faute consistant dans le vol. Ainsi, il doit résulter de cette possibilité pour le créancier de revendre la chose, que la sanction demeure, comme à l'égard de celui qui détient la chose par suite de vol. À suivre en effet de façon stricte cette conception doctrinale, le débiteur doit plutôt subir le même traitement que le voleur, au lieu d'être libéré ; car ils sont tous en faute. Il ne paraît d'aucune logique que la faute du débiteur soit effacée, alors que celle du voleur soit maintenue [1213]. Quel que soit son degré d'immoralité, la faute demeure telle, et toujours sanctionnée dans le système du Code civil [1214]. Bien que la faute du voleur soit de nature délictuelle, ce qui peut résulter de la

---

vente ferme et lorsque la chose périt fortuitement après que le débiteur a été mis en demeure de la livrer, les risques sont à sa charge. La solution déroge à la règle car dans ce cas le débiteur n'est pas propriétaire… Mais il s'agit là d'une sanction : sanction de la faute du débiteur-vendeur qui n'a pas livré malgré la mise en demeure. Et le transfert des risques sur sa tête assure la réparation du dommage subi par l'acheteur. Cela est confirmé par le fait que, si le vendeur prouve que la chose aurait quand même péri chez le créancier, les risques ne seront plus à sa charge (art. 1302, al. 2) : c'est qu'alors le préjudice de l'acheteur n'est qu'apparent — en toute hypothèse il aurait perdu son bien. »

1209 Les termes mêmes de l'ancien article 1147 du Code civil.

1210 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 14e éd., Sirey, 2014, n° 2165 : « *Le fait générateur du dommage est évidemment l'inexécution ou l'exécution tardive ou défectueuse du contrat, par le contractant.* » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 570.

1211 Cass., ass. plén. 14 avril 2006, *D*. 2006, p. 1577, note de P. JOURDAIN.

1212 R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome 2, Cosse et Delamotte, 1848, publié par M. BUGNET, p. 67, n° 143 : « *C'est encore un effet de l'obligation de donner, de la part du débiteur, que, lorsqu'il a été mis en demeure de satisfaire à son obligation, il soit tenu des dommages et intérêts du créancier, résultant de cette demeure, et qu'il doive en conséquence l'indemniser de tout ce qu'il aurait eu, si la chose eût été donnée aussitôt qu'il l'a demandée.* »

1213 Aux termes de l'alinéa 3 de l'ancien article 1302 du Code civil, « *De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix.* »

1214 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 572 : « *À lire l'alinéa 2 de l'article 1137 qui dispose "cette obligation" de veiller à la conservation est "plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets à cet égard sont expliqués sous les titres*

… / …

nature de la faute, c'est la nature de la sanction ; en outre, la différence de faute n'entraîne que des sanctions différentes. Et, c'est essentiellement, soit en gravité [1215], soit par sa nature ou son mécanisme que la sanction diffère. Si la faute, contractuelle ou délictuelle, était vraiment dans la vision du législateur concernant le sort du débiteur, aucun cas n'aurait soustrait celui-ci à la responsabilité. Le législateur ne peut, d'un côté, effacer la faute du débiteur par cela seul que la chose aurait aussi péri chez le créancier, et de l'autre, maintenir par la même occasion la sanction à l'égard du voleur. La mise en demeure ne peut donc établir dans l'hypothèse de l'ancien article 1302 du Code civil une faute du débiteur, qui serait sanctionnée par le maintien des risques à sa charge.

2. Sur la prétendue sanction comme effet de la mise en demeure

418. Les différents effets de la mise en demeure. Il suit de ce qui précède qu'il semble douteux que les codificateurs conçoivent dans l'ancien article 1302 du Code civil l'effet de la mise en demeure comme la sanction d'une faute. La certitude de la perte de la chose ne peut nullement constituer un critère qui permet d'effacer une faute. L'effet de la mise en demeure s'apparente certes à une sanction, mais il n'en résulte pas moins qu'il diffère de celle-ci. Non seulement l'extinction de l'obligation en elle-même procède de l'absence de faute [1216], mais l'effet de la mise en demeure diffère suivant les cas.

419. Mise en demeure comme preuve de la faute. D'une part, la mise en demeure ne peut constituer la preuve de la faute du débiteur que lorsqu'elle est faite après le délai prévu pour l'exécution de l'obligation [1217]. Et, la sanction qui résulte de cette mise en demeure [1218], à l'égard de la faute ainsi commise par le débiteur, consiste dans l'allocation des dommages et intérêts au cocontractant de celui-ci [1219], mais non dans l'attribution des risques au

---

qui les concernent", on pourrait être porté à considérer que ce rejet (division tripartite des fautes dans l'Ancien droit) est purement théorique. En réalité, il n'en est rien, car, comme l'indique cette disposition, il s'agit alors de faire varier l'étendue de l'obligation qui pèse sur le débiteur. Autrement dit, toute faute engage la responsabilité contractuelle, Mais le contenu de l'obligation est variable. »

1215 B. FAGES, *Droit des obligations*, 5e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 333 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 571 ; J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 193.

1216 J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, 1965, n° 37 : « *La preuve de la force majeure n'était [...] rien d'autre que la preuve de l'absence de faute.* » ; R. RODIÈRE, « Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats », *RTD civ*. 1954, p. 201, n° 3, spéc., p. 207 : « *Prouver la force majeure, c'est prouver avec certitude l'absence de faute.* » ; M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 314.

1217 M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1— Contrat et engagement unilatéral*, « Thémis droit », 2e éd., Puf, 2010, p. 642.

1218 La mise en demeure n'est pas nécessaire lorsque l'inexécution de l'obligation est acquise. Les dommages et intérêts peuvent être alloués sans égard à la mise en demeure : Cass. Ch. mixte, 6 juillet 2007, *Bull. civ*. 2007, n° 9.

1219 Art. 1147 du Code civil.

débiteur [1220]. Le débiteur peut toutefois échapper à la condamnation à dommages et intérêts moratoires en exécutant immédiatement son obligation, puisque ceux-ci courent par principe du jour de la mise en demeure [1221]. Si, en revanche, au-delà du délai prévu, le créancier ne manifeste pas, par la mise en demeure, son intention de recevoir l'exécution de l'obligation, il est censé avoir accepté le retard, donc n'avoir subi aucun préjudice [1222].

420. Mise en demeure comme point de départ de l'exigibilité de l'obligation. La mise en demeure établit d'autre part la date à compter de laquelle l'obligation doit être exécutée, lorsqu'aucune date expresse ou tacite n'est prévue au départ pour cette exécution [1223] ; ce cas peut être fréquent dans l'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil. En effet, le débiteur reçoit ici la chose en vue de la conserver. La restitution doit être précédée de la mise en demeure toutes les fois qu'aucun délai n'est stipulé pour la conservation de la chose [1224] ; même en présence d'un délai, le créancier doit réitérer son intention de recevoir la restitution au terme de ce délai. La mise en demeure, du moins celle qui résulte des termes des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil, paraît donc prévue pour l'hypothèse où le débiteur exécute l'obligation de conservation ; elle marque non seulement le terme de cette obligation, mais aussi la date d'où commence l'exigibilité de la délivrance [1225]. Elle n'établit pas de façon automatique que la délivrance est tardive.

1220 Pour ces auteurs, l'attribution des risques au débiteur assure la réparation des préjudices subis par le créancier : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 267.

1221 B. FAGES, *Droit des obligations*, 5e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 322 : « *[…], la mise en demeure est nécessaire pour faire courir les dommages-intérêts moratoires […], car en droit français la seule échéance du terme ne suffit pas à rendre le débiteur de plein droit responsable de son retard : il faut que le créancier l'ai préalablement rappelé à l'ordre (art. 1146 C. civ.).* »

1222 Art. 1146 du Code civil ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 973 : « *[…] le créancier qui ne proteste pas solennellement à l'échéance est censé avoir consenti à son débiteur une prorogation tacite d'échéance […].* » ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1— Contrat et engagement unilatéral*, « Thémis droit », 2e éd., Puf, 2010, p. 642 : « *[…] ces dommages-intérêts ne sont dus que du jour de la sommation de payer ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en résulte une interpellation suffisante, […].* » ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, tome 2, refondu par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Dalloz, 1959, n° 838.

1223 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 975 : « *Lorsque le préjudice du créancier n'est pas acquis, la mise en demeure est nécessaire. Ainsi en est-il lorsqu'aucune date n'avait été précisée pour l'exécution, si celle-ci reste encore possible, ou l'exécution tardive est susceptible de le satisfaire.* »

1224 *Ibid*., n° 975 : « *Quand on ne sait pas quel est le cocontractant responsable de l'inexécution, la mise en demeure est nécessaire afin de manifester la volonté du créancier, sans laquelle le débiteur ne peut exécuter.* »

1225 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 14e éd., Sirey, 2014, n° 1802 : « *Le débiteur n'est tenu de s'exécuter que lorsqu'il a été mis en demeure de le faire, sauf s'il s'agissait d'obligation de ne pas faire ou d'obligation à exécution successive […]. C'est donc la mise en demeure qui sera, normalement, le point de départ des dommages-intérêts moratoires (sanctionnant le retard dans l'exécution).* »

À l'image des contrats translatifs de propriété dans lesquels la délivrance est par principe concomitante de la formation du contrat, la mise en demeure détermine ici le moment à compter duquel la délivrance doit s'effectuer. À la différence de l'obligation de conservation, la délivrance est une obligation à exécution instantanée. Son exécution peut s'effectuer dès la mise en demeure, et ainsi permettre d'écarter toute hypothèse de dommages et intérêts, puisqu'il n'y a pas de retard, donc pas de faute. Il arrive toutefois que la délivrance soit tardive, mais sans que le débiteur soit en faute *stricto sensu* [1226] ; tel est le cas lorsque celui-ci éprouve des difficultés à l'exécuter. Il peut résulter de la bonne foi du débiteur que le créancier supporte ici les conséquences de la force majeure, dans la mesure où la chose pourrait aussi périr chez lui.

3. La règle devant résulter de la portée spatiale de la force majeure

421. Révélateur de critère. L'exonération du débiteur malgré sa mise en demeure ne constitue une exception à aucune sanction. L'opinion contraire de la doctrine rappelée ci-dessus résulte simplement du refus d'examiner de près la démarche du législateur de 1804. L'exonération du débiteur dans ce cas de figure traduit plutôt le rôle de la portée de l'événement de force majeure dans l'attribution de la charge des risques. La doctrine ne s'interroge pas sur la prise en considération de la portée spatiale de la force majeure ; aucune attention ne lui est prêtée, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence. Sinon, sa présence détermine suffisamment la règle qui résulte du système du Code civil en matière de résolution de la charge des risques. Il n'est pas en effet contesté que, du point de vue géographique, les effets de la force majeure peuvent être plus ou moins étendus [1227]. Évidemment, ils peuvent être limités non seulement dans le temps, mais aussi dans l'espace [1228].

À titre d'illustration, le séisme survenu au Japon n'est pas parvenu en Europe, ni en Afrique, encore moins dans les pays limitrophes de celui-ci. Le tremblement de terre en Haïti n'a affecté que quelques quartiers. Jusqu'à nos jours, l'humanité assiste encore à des

---

1226 Aux termes des articles 1382 et 1383 du Code civil, la faute *stricto sensu* se divise entre faute intentionnelle et faute d'imprudence et de négligence. J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 195 : « *Conformément à la tradition, le Code civil oppose nettement la faute intentionnelle — le dol dans l'exécution du contrat ou faute dolosive, consistant dans l'intention de ne pas exécuter le contrat — à la faute non-intentionnelle (art. 1150).* »

1227 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., Montchrestien, 1968, n° 904 : « *À moins de supposer un cataclysme atteignant toute la surface de la terre, tout le blé de la qualité indiquée ne peut disparaître.* »

1228 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier, 1978, n° 108 : « *[…] l'art. 1302, al. 2, prévoit que si le vendeur prouve, après sa mise en demeure, que la chose aurait péri même chez l'acheteur, il sera libéré. Une telle preuve implique l'existence d'un cas fortuit plus généralisé dans l'espace et touchant à la fois le débiteur et le créancier de la livraison. La loi, en toute équité, soumet au même régime les conséquences d'un tel sinistre puisque l'objet, livré ou non, aurait été détruit pareillement. Une mesure de confiscation générale aurait le même effet.* »

événements de force majeure de portée spatiale limitée. Les guerres mondiales connues, n'ont pas été telles par leurs effets directs ou physiques sur toute la terre. Dans les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil, la distance qui sépare le lieu où le créancier envisage de conserver la chose, de celui où celle-ci se trouve chez le débiteur, constitue naturellement l'instrument de mesure de la portée spatiale de l'impact du cas de force majeure dans l'attribution de la charge des risques. Le droit n'a en effet pas d'égard qu'à sa portée temporelle [1229], il prend aussi en considération sa portée spatiale.

422. La portée spatiale de l'impact de la force majeure et le droit de propriété. La prise en considération de la portée spatiale de l'événement de force majeure, ne relève pas d'un fait fortuit dans la réglementation de la charge des risques ; elle constitue un signe qui révèle suffisamment que la charge des risques n'a aucun rapport avec la qualité de propriétaire de la chose détruite. Elle traduit, à elle seule, de façon suffisante l'intention du législateur ; celle-ci n'est sans doute pas de rattacher les risques de perte de la chose au droit de propriété. Il paraît en effet difficile d'expliquer autrement la prise en considération par les codificateurs de la portée spatiale de l'événement de force majeure. On ne peut comprendre un rapport qui pourrait exister entre la portée spatiale de la survenance de cet événement et le droit de propriété en lui-même. Le transfert de ce droit relève exclusivement du contrat lorsqu'il s'agit de corps certain [1230] ; on sait qu'il n'est pas rattaché, dans cette hypothèse, à la chose à délivrer. Dès la formation du contrat, le droit de propriété se trouve transféré. Dans les contrats qui n'engendrent que le transfert de détention, le droit de propriété ne se déplace pas ; il n'a en outre aucune existence spatiale [1231].

423. La perte du droit de propriété. Il s'ensuit que le droit de propriété ne peut être détruit par cas fortuit, ou de force majeure indépendamment de la perte de son objet ; il existe tant que la chose existe, où que se trouve celle-ci. Il n'a d'existence physique que par celle de son objet, et il est aussi éteint en cas de la perte de la chose. Dès lors, on ne peut que se demander quelle serait l'incidence de cette portée de la force majeure sur le lien entre le droit de propriété et la charge des risques. Ce n'est absolument pas ce lien qui commande la prise en considération de la portée spatiale du cas de force majeure. En revanche, l'atteinte par la force majeure de l'état physique de la chose, objet du droit de propriété, se passe de démonstration. Ainsi, la position spatiale de la chose peut épargner celle-ci des effets de la

---

1229 Req. 12 décembre 1922, *D*. 1924, I, p. 186 ; Civ. 3e, 22 février 2006, *D*. 2006, p. 2972.

1230 Entre autres les articles 1138 ancien et 1583 du Code civil.

1231 Dans le même sens, W. DROSS, « Le transfert de propriété en droit français », *RDC* 2013/4, p. 1693, n° 6 : « *Le réflexe le plus immédiat conduit à considérer que c'est la chose elle-même qui est transférée. C'est l'image de la vente d'un bien mobilier corporel qui, revenant à la charge, s'impose à l'esprit : ce que l'on voit, c'est une chose qui change de mains. Certes, il est plus délicat de l'admettre pour les choses dépourvues de corps. L'œuvre, l'invention, ne peuvent guère être déplacée par cela que, dotées d'ubiquité, elles sont partout et nulle part à la fois.* »

force majeure [1232]. Or, c'est par l'acte matériel consistant dans la délivrance ou la restitution que la chose va du débiteur au créancier, qu'elle se déplace d'un point géographique à un autre, autrement dit, qu'elle peut échapper à la survenance de force majeure. Si la portée spatiale de la force majeure a pu apparaître comme critère qui permet la résolution de la charge des risques, c'est que cela incarne en plus un signe que seule la délivrance constitue l'effet du contrat, dont dépend cette charge.

§ 2. LA CHARGE DES RISQUES RÉSOLUE FORMELLEMENT EN FONCTION DE L'OBLIGATION DE DÉLIVRANCE

424. Raison de s'attarder ici sur l'ancien article 1137 du Code civil. La liaison entre la charge des risques et l'obligation de délivrance apparaît de façon formelle dans les dispositions des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil : c'est la fonction assumée par la mise en demeure (B) , dont la nécessité résulte de la coexistence, à la charge du débiteur, des obligations de conservation et de délivrance. De vifs débats doctrinaux se sont élevés à propos des termes de l'ancien article 1137 aujourd'hui supprimé [1233], lequel paraît fixer le contenu de l'obligation de conservation. Cette controverse interpelle, bien que l'article 1137 soit purement et simplement supprimé. En effet, elle a non seulement contribué à forger la vision contraire du droit positif par rapport au système du Code civil de 1804, mais entraîné en outre un changement de terminologie par le biais de la réforme de 2016. Il convient donc de s'attarder au préalable sur les termes de l'ancien article 1137 ; car ils ont vocation notamment à jeter de l'obscurité sur la nature de l'obligation de conservation (A), dont le droit positif semble porter définitivement l'empreinte.

A. Controverse doctrinale sur le sens de l'ancien article 1137 du Code civil

425. L'objet de la controverse. Des discussions doctrinales se sont élevées précisément à propos de la responsabilité du débiteur susceptible de résulter d'un manquement à son obligation de conservation. La doctrine majoritaire voit en effet une contradiction entre les anciens articles 1137 et 1147 du Code civil, dont le rappel préalable semble ici nécessaire (1). On verra ensuite que les règles issues de ces deux textes ne se contredisent nullement en réalité (2).

1232 M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 260, note de bas de page n° 910 : « *[...], dans l'article 1302, il faut que la chose ait péri fortuitement avant que le débiteur ne soit en demeure pour qu'il soit libéré car, sinon, on peut supposer que l'événement par lequel la chose a péri ne l'aurait pas atteinte si le débiteur avait remis à temps la chose à son créancier.* »

1233 Cette disposition disparaît du Code civil par suite de la réforme du 10 février 2016.

1. La prétendue contradiction entre les anciens articles 1137 et 1147 du Code civil

426. Les termes des anciens articles 1137 et 1147. Aux termes de l'alinéa 1 de l'ancien article 1137 du Code civil, « *l'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille* ». Le terme de « *bon père de famille* » [1234], est remplacé par la réforme de 2014 par celui de « *personne raisonnable* », ou « *raisonnablement* » [1235]. L'alinéa 2 de l'ancien article 1137 du Code civil dispose que les soins devant être apportés par le débiteur à la chose peuvent être plus ou moins étendus suivant les cas. La doctrine confronte les dispositions de l'ancien article 1137 avec celles de l'ancien article 1147 du Code civil [1236], aux termes duquel, « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

Par suite de la réforme du 10 février 2016, les termes de l'ancien article 1147 sont repris, avec une légère modification, à l'article 1231-1, lequel dispose que : « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été imposée par la force majeure.* » On observe ainsi que les termes « *aucune mauvaise foi* » disparaissent de la nouvelle formulation. L'ancien article 1137 du Code civil impose au débiteur de l'obligation de conservation d'apporter à la chose « *tous les soins d'un bon père de famille* ». La majorité d'auteurs voient alors une contradiction entre les anciens articles 1137 et 1147 du Code civil [1237]. La minorité

1234 L'expression figurant dans les termes de l'ancien article 1137 du Code civil dans sa version de 1804, laquelle est remplacée par celle de « *personne raisonnable* » par la loi de 2014.

1235 Les termes issus de la loi modificative de 2014.

1236 J. GHESTIN (Sous la dir.), G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 519 et suiv.

1237 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 153, p. 164 : « *Il y a quelque difficulté à concilier l'art. 1137 qui parle de se conduire en bon père de famille et l'art. 1147 qui n'admet la libération qu'en cas de force majeure.* » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 2e éd., Sirey, 1933, n° 613 : « *Il semble qu'une contradiction existe entre l'article 1137 d'une part, les articles 1147 et 1148 d'autre part : le premier de ces textes ne demande au débiteur que la diligence d'un bon père de famille ; les articles 1147 et 1148 le rendent responsable de toute inexécution autre que celle provenant d'une cause étrangère, donc de sa faute, même très légère, voire de son fait : comment appliquer ces deux règles très différentes ?* » ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, tome 2, refondu par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Dalloz, 1959, n° 691 ; H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome 1, 6e éd., préf. H. CAPITANT, Montchrestien, 1965, n° 659 et suiv. ; R. RODIÈRE, « Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats », *RTD civ.* 1954, p. 201, n° 3 : « *Trois dispositions générales forment l'armature de nos règles dans le Code civil : les articles 1137, 1147 et 1148. Malheureusement, ils semblent en contradiction. D'après l'article 1137, le débiteur est libéré lorsqu'il a pris tous les soins d'un bon père de famille. D'après les articles 1147 et 1148, cela ne suffit pas ; il faut encore démontrer que l'inexécution tient à une cause étrangère non imputable au débiteur. La contradiction semble indéniable.* » ; J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des*

… / …

soutient le contraire ; celle-ci estime en effet que les deux dispositions ne se contredisent nullement [1238].

427. Différentes propositions doctrinales en vue de la conciliation des deux textes. La doctrine soutenant une contradiction entre les deux anciennes dispositions du Code civil, est à son tour divisée sur les interprétations proposées en vue de leur conciliation. L'ancien article 1137 aurait ainsi imposé au débiteur une obligation moins sévère, c'est-à-dire une simple diligence d'un « *bon père de famille* » [1239], que celle qui se déduit de l'ancien article 1147, lequel sanctionne même les fautes les plus légères [1240]. Les interprétations qui visent à aplanir la prétendue contradiction sont divergentes. Certains tentent en général de proposer autres délimitations, que celle qui résulte du Code civil, des domaines respectifs de ces deux textes ; tandis que pour d'autres les anciens articles 1137 et 1147 du Code civil ne peuvent être répartis sur des domaines différents. Les domaines proposés par les premiers varient en nature suivant l'auteur.

428. Opinion limitant par principe l'ancien article 1137 à l'obligation de donner. Ainsi, les dispositions de l'ancien article 1137 contiendraient des règles qui ne visent par principe que l'ancienne obligation de donner [1241] ; elles ne s'appliqueraient aux obligations de faire qu'en l'absence de détermination par le contrat de l'étendue de la prestation attendue [1242]. Cette conception semble respectueuse du contexte même de l'ancien article 1137 ; on ne peut en

---

obligations de résultat, LGDJ, 1965, n° 37 ; L. SÉGUR, *La notion de faute contractuelle en droit civil français : étude jurisprudentielle*, thèse Bordeaux, 1954, p. 92 et suiv. ; J. GHESTIN (Sous la dir.), G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 520 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 939 ; J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 201 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 572-1.

1238 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 2e éd., LGDJ, 1926, n° 884 ; D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard Cornu*, Puf, 1994, p. 429, spéc., p. 434 ; M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 284 : « *L'article 1137 intéresse la définition de l'obligation de conservation d'un corps certain alors que la référence à la cause étrangère dans l'article 1147 détermine […] la limite ordinaire de l'obligation contractuelle.* »

1239 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 2e éd., Sirey, 1933, n° 613.

1240 La faute s'entend ici de celle résultant des anciens articles 1382 et 1383 du Code civil, repris respectivement dans les nouveaux articles 1240 et 1241 : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 939 : « *Selon l'article 1137, l'obligation de veiller à la conservation de la chose (dans un bail, un prêt à usage, un dépôt…) "soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille" ; ce texte impose au créancier la preuve d'une faute du débiteur, comme l'allusion au "*bon père de famille*" le suggère ; cette faute consiste en un comportement anormal, comme dans les articles 1382 et 1383 ; le seul fait que la chose ait péri ne suffit pas à engager la responsabilité du "conservateur".* »

1241 A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, 9e éd., par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Dalloz, 1942, n° 123.

1242 *Ibid.*, n° 123.

effet contester que ce texte traite expressément de l'obligation de donner. Toutefois, on peut lui reprocher de considérer les « *soins d'un bon père de famille* » qui résultent de l'ancien article 1137 non comme constituant le contenu même de l'obligation de conservation, mais un simple critère de détermination de ce contenu, lequel pourrait le rendre applicable aux obligations de faire.

429. Opinion de M. Josserand. Le prof. JOSSERAND, pour sa part, observe un domaine illimité dans les termes de l'ancien article 1147 en matière de responsabilité contractuelle, mais un autre très limité à propos de ceux de l'ancien article 1137 du Code civil [1243]. Selon cet auteur, en effet, les anciens articles 1147 et 1148 constitueraient le siège du droit commun de la responsabilité ; le débiteur devrait être « *responsable de toute faute et même de son fait* » en cas d'inexécution de son obligation ; le créancier n'aurait qu'à prouver l'existence de l'obligation et son inexécution [1244] ; seule une cause étrangère pourrait libérer le débiteur. En revanche, celui-ci ne répondrait, en vertu de l'ancien article 1137, que « *de la faute qu'un bon père de famille ne doit pas commettre* » [1245]. Autrement dit, dans les deux hypothèses, le débiteur pourrait répondre de sa faute, cependant dans celle de l'ancien article 1137 il répondrait seulement de sa faute légère. L'ancien article 1137 contiendrait alors une règle spéciale en matière de responsabilité. Cette explication, critiquée et rapportée moins fidèlement par certains auteurs [1246], obéit partiellement à la pensée du législateur. On ne peut en effet dénier à l'ancien article 1147 d'être le siège du droit commun de la responsabilité [1247]. Cependant, on ne comprend pas que la question de la gravité de la faute soit ainsi exclue des termes de l'ancien article 1148, alors qu'il en soit tenu compte dans l'ancien article 1137. En outre, cet auteur ne peut être suivi non seulement en ce qu'il refuse de faire le départ entre la faute contractuelle et la faute délictuelle, mais en outre en ce qu'il estime que l'ancien article 1137 concernerait aussi la question de la responsabilité.

430. Opinion de MM. Mazeaud et Tunc. Pour les profs. MAZEAUD et TUNC, on ne pourrait attribuer aux anciens articles 1137 et 1147 du Code civil deux domaines différents [1248] ; ils

---

1243 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 2e éd., Sirey, 1933, n° 613.

1244 L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 2e éd., Sirey, 1933, n° 613.

1245 *Ibid*., n° 613.

1246 R. RODIÈRE, « Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats », *RTD civ*. 1954, p. 201, n° 3 : « *Cette opinion ne saurait être retenue. Outre les règles spéciales dont elle ne rend pas compte, elle succombe devant la remarque que les articles 1146, 1147 et 1148 forment évidemment un tout et que l'article 1147 doit avoir sans doute le même domaine que les deux autres qui l'encadrent ; or, les articles 1146 et 1148 visent* expressis verbis *les obligations de donner et de faire qu'ils soumettent au même régime.* » ; J. GHESTIN (Sous la dir.), G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 521.

1247 M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 286 et suiv.

1248 H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome 1, 6e éd., préf. H. CAPITANT, Montchrestien, 1965, n° 665.

rejoignent M. JOSSERAND en ce qu'ils voient aussi dans l'ancien article 1137 une extension à la question de la responsabilité [1249]. Sans contester que cette disposition règle à titre principal le contenu de l'obligation, ils estiment que le « *problème de principe de la responsabilité a été épuisé par le problème de la détermination du contenu de l'obligation.* » [1250] La question de l'inexécution de l'obligation aurait trouvé sa solution lors de la résolution de celle relative au contenu de l'obligation. Une telle explication ne semble pas devoir résulter spécifiquement de l'ancien article 1137 ; car dans le système du Code civil, le contenu de l'obligation commande toujours, en matière contractuelle, l'étendue de la responsabilité ; il permet de savoir dans quelle mesure le débiteur a rempli ou pas son obligation [1251]. Le contrat en lui-même peut impliquer tacitement ou implicitement l'accomplissement de certains actes particuliers à la charge du débiteur, c'est-à-dire déterminer l'étendue de l'obligation. La question de la responsabilité conduit dans tous les cas à comparer ce qui est réalisé ou pas à la prestation qui devait être normalement fournie.

431. Opinion de M. Rodière. Tout en voyant dans l'ancien article 1137 du Code civil « *un texte formulant l'une des manières d'apprécier la diligence du débiteur* », M. RODIÈRE cantonne celui-ci au contenu de l'obligation [1252]. En cas de défaillance, l'ancien article 1147 imposerait au débiteur d'écarter la présomption de faute, en démontrant la survenance d'un cas de force majeure. Selon cet auteur, l'ancien article 1147 constituerait une règle générale de présomption de responsabilité pour faute. Cette présomption peut seulement être plus ou moins rigoureuse suivant les circonstances.

432. L'opinion démarquant les anciens articles 1137 et 1147 suivant la théorie de Demogue. Une autre opinion, majoritaire de nos jours, opère la démarcation des deux textes selon une théorie proposée par M. DEMOGUE [1253]. Cet auteur a élaboré en 1925 une théorie dans laquelle il distingue entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyen. Dans le premier cas, le débiteur s'est engagé à atteindre un résultat déterminé, tandis que dans le second, à mettre en œuvre des moyens susceptible de permettre d'obtenir un résultat [1254]. Il résulterait de cette distinction qu'en présence de l'obligation de résultat, la

---

1249 *Ibid.*, n° 661.

1250 *Ibid.*, n° 661, p. 737.

1251 M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 282 : « *[…], le problème de la détermination du contenu de l'obligation épuise le problème de la responsabilité du débiteur ou de son exonération, et ce, dans toutes catégories d'obligations ; une fois déterminé ce contenu, il ne reste plus qu'à comparer ce qu'a fait le débiteur avec ce que lui imposait son obligation, ce qui relève encore de la question de l'étendue de l'obligation.* »

1252 R. RODIÈRE, « Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats », *RTD civ.* 1954, p. 201, n° 3.

1253 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 5, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 1237.

1254 *Ibid.*, n° 1237, p. 539 : « *Au lieu de promettre un résultat, on peut être obligé légalement ou conventionnellement de prendre certaines mesures qui normalement sont de nature à amener à un résultat. Ainsi un banquier au lieu de prendre des titres en dépôt aux guichets (obligation de résultat quant à leur conservation) loue un coffre-fort. Il s'engage à prendre les précautions d'usage pour*

… / …

preuve est établie par l'absence de ce résultat ; ainsi, il n'y a aucune difficulté particulière à fournir cette preuve ; s'agissant de l'obligation de moyen, en revanche, l'absence du résultat escompté ne suffit pas, il faudrait encore démontrer que le débiteur n'a pas mis en œuvre les moyens promis. Une partie de la doctrine s'est servie de cette théorie pour résoudre la prétendue opposition entre les anciens articles 1137 et 1147 du Code civil.

L'on observe alors que la distinction entre les deux dispositions est possible sur le terrain du fardeau de la preuve [1255]. L'opposition entre les deux règles ne serait donc qu'apparente. Chacun de ces textes régirait la charge de la preuve dans un domaine spécifique. L'ancien article 1147 réglerait ainsi la charge de la preuve lorsqu'il s'agit d'obligation de résultat, tandis que l'ancien article 1137 s'appliquerait en cas d'obligation de moyen. Autrement dit, le créancier n'a rien à prouver dans le premier cas, alors qu'il doit démontrer non seulement l'inexécution du contrat, mais en outre la faute du débiteur dans le second. Cette répartition, à laquelle la doctrine s'est de nos jours majoritairement ralliée en vue d'affermir la distinction entre les obligations dites de moyen et de résultat [1256], ne paraît pas non plus satisfaisante. L'ancien article 1137 renseigne en effet sur le contenu de l'obligation de conservation. Or, dans la théorie de M. DEMOGUE, que d'ailleurs l'auteur ne ramène nulle part à un texte particulier [1257], certaines obligations de conservations sont aussi considérées comme de résultat [1258]. Cette théorie ne pouvant ainsi rendre compte de

---

l'admission dans la salle des coffres, l'ouverture. Si les titres étaient volés, je devrais prouver que le banquier a manqué une de ses obligations : laissant une personne ouvrir un coffre sans s'être assuré de son identité, car la banque ne m'a pas promis un résultat : à savoir que je retrouverai mes titres, elle m'a promis de surveiller l'accès à mon coffre-fort. »

1255 L. SÉGUR, *La notion de faute contractuelle en droit civil français : étude jurisprudentielle*, thèse Bordeaux, 1954, p. 94 : « *En réalité nous ne pensons pas qu'un de ces textes ait le pas sur l'autre, mais nous croyons qu'ils peuvent servir chacun selon l'objet de l'obligation. Est-ce un résultat qui a été promis, la charge de la preuve doit être répartie suivant l'article 1147 ; est-ce simplement une obligation de prudence et de diligence qui a été souscrite ; l'article 1137 entrera en jeu : ainsi expliqué, les textes loin de se contredire, se compénètrent ayant chacun un rôle bien déterminé.* »

1256 J. GHESTIN (Sous la dir.), G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 521, p. 591.

1257 DEMOGUE (R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 5, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 1237) élabore sa théorie pour soutenir son opposition à la distinction radicale, proposée par des auteurs, de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle sur le terrain de la preuve. Sa théorie n'est nullement fondée sur les articles concernant les contrats. Or, voir ce que ces auteurs ont prêté à DEMOGUE : J. GHESTIN (Sous la dir.), G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 521.

1258 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 5, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 1237, p. 544. L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 avril 1953 (*JCP* 1954, II, 7676) ne fait nullement référence à l'obligation de résultat, mais se borne à appliquer la règle de l'ancien article 1137 du Code civil : « *Mais attendu que l'arrêt attaqué constate souverainement que les coffres étant alors intacts "l'accès de la ville de Bizerte était sinon aisé du moins possible" et qu'il le fut d'ailleurs pour d'autres banques "qui se préoccupèrent en temps utile du sort de leurs coffres et prirent toutes les mesures de sauvegarde", ce que ne fit pas la banque de Tunisie ; — Attendu que le contrat constitué par la mise d'un compartiment de coffre-fort à la disposition d'un client par une banque comporte pour celle-ci une obligation particulière de surveillance, et le devoir de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer, sauf impossibilité majeure, la sauvegarde du coffre et des objets qu'il*

… / …

toutes les situations, ses partisans se livrent à d'autres subdivisions internes des obligations de moyens et de résultat [1259]. L'on voit alors apparaître d'une part les obligations de moyens dites renforcées et des obligations de moyens allégées, et d'autre part les obligations de résultats aggravées et les obligations de résultats atténuées. Une autre subdivision apparaîtra peut-être dans l'avenir. En réalité, cette divergence traduit non seulement la transposition forcée, autrement dit, artificielle de l'ancien article 1137 dans le domaine de la responsabilité, mais en outre qu'il n'y a aucune contradiction entre ce texte et l'ancien article 1147, que l'on prétend concilier.

2. L'inexistence de contradiction entre les anciens articles 1137 et 1147 du Code civil

433. Confusion entre deux conceptions différentes. L'on reproche à tort aux auteurs de n'avoir pas relevé, au cours du 19e siècle, une contradiction entre les anciens articles 1137 et 1147 du Code civil [1260]. On retient en effet de l'analyse de toutes ces opinions que la prétendue contradiction n'est que le résultat de la confusion de deux conceptions différentes [1261]. Ces auteurs transposent dans l'ancien article 1137 le type abstrait de « *bon père de famille* » tel qu'il est conçu dans la théorie de la gradation des fautes dans les droits antérieurs au Code civil. Leur regard sur l'ancien article 1137 se présente comme celui d'un traducteur. Ils ne recherchent guère si cette disposition reprend ce modèle abstrait du bon père de famille sous une conception différente. L'on ne paraît par conséquent pas se rendre compte que, suivant le Code civil ou l'Ancien droit, ce modèle de conduite procède d'une considération différente. La seule distinction sur laquelle la majorité d'auteurs semblent s'accorder consiste dans la suppression de la gradation de fautes [1262]. Or, la distinction est plus profonde que cela. Il convient donc de rappeler au préalable les traits caractéristiques

---

contient ; […]. ». Or, il s'agirait là, selon M. SÉGUR (L. SÉGUR, *La notion de faute contractuelle en droit civil français : étude jurisprudentielle*, thèse Bordeaux, 1954, p. 96) de l'obligation de résultat, autrement dit, du domaine de l'ancien article 1147 du Code civil. Ces auteurs considèrent aussi l'obligation de conservation de l'ancien article 1137 comme une obligation de résultat : H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome 1, 6e éd., préf. H. CAPITANT, Montchrestien, 1965, n° 663, p. 741 : « *[…], il semble que l'obligation de veiller à la conservation d'une chose soit normalement une obligation de résultat, puisqu'elle n'a rien d'aléatoire ; le dépositaire, le locataire, l'emprunteur, le créancier gagiste, ne promettent pas seulement de rendre la chose […]*. »

1259 J. GHESTIN (Sous la dir.), G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 521, p. 531 et suiv.

1260 R. RODIÈRE, « Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats », *RTD civ*. 1954, p. 201, spéc., p. 205, n° 3.

1261 D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard Cornu*, Puf, 1994, p. 429, spéc., p. 434.

1262 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., 2013, n° 572-1 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Précis de droit civil publié d'après le Cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Dalloz, 1957, n° 442.

de la faute de l'Ancien droit ; ils sont de deux ordres : d'une part, la gradation de cette faute s'est effectuée sur la base de l'inégalité naturelle d'aptitudes mentales dans la société humaine ; d'autre part, la détermination de la responsabilité découlant de la faute prend en considération l'état psychologique du débiteur. Ce sont là des considérations extracontractuelles.

434. L'appréciation de la faute dans l'Ancien droit. S'agissant en effet de la source de la faute dans l'Ancien droit, l'aptitude mentale constitue le principal critère. La gradation des fautes reflète sans conteste l'inégalité des aptitudes mentales. Plus la diligence requise pour la conservation de la chose paraît complexe ou subtile, plus la faute est légère. Ainsi, la faute dite très légère résulte d'un manquement nécessitant une attention particulièrement élevée [1263]. La faute légère, quant à elle, caractérise un manquement à la diligence digne d'un commun des hommes, autrement dit, le défaut de diligence que l'homme ordinaire peut accorder à ses affaires [1264]. La faute lourde, enfin, « *consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires. Cette faute est opposée à la bonne foi* [1265] ». Comme tout autre faute, la faute lourde tient ce caractère de la nature de la diligence, laquelle paraît susceptible d'être effectuée par toute personne qui possède sa faculté mentale, c'est-à-dire qui conserve encore le minimum de raison [1266].

Ainsi, la faute de l'Ancien droit se détermine plus en considération de l'inégalité naturelle que de la portée d'un fait concret individuel [1267]. La nature est considérée comme exerçant un pouvoir déterminant, auquel la société doit se conformer. Il s'ensuit que la volonté de la société prime sur celle de l'individu dans la recherche de la faute en matière contractuelle. L'épanouissement de la volonté contractuelle paraît limité. La théorie dite de

---

1263 R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome 2, Cosse et Delamotte, 1848, publié par M. BUGNET, p. 497 : « *[...]* levissima culpa *est la faute qui consiste à ne pas apporter le soin que les personnes les plus attentives apportent à leurs affaires. Cette faute est opposée à la diligence très exacte,* exactissima diligentia. »

1264 *Ibid*., p. 497 : « Levis culpa*, la faute légère, est celle qui consiste à ne pas apporter à l'affaire d'autrui le soin que le commun des hommes apporte ordinairement à ses affaires. Elle est opposée à la diligence commune.* »

1265 *Ibid*., p. 497 ; M. L. LAROMBIÈRE, *Traité théorique et pratique des obligations*, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, sur l'art. 1137, p. 413, n° 2.

1266 M. L. LAROMBIÈRE, *Traité théorique et pratique des obligations*, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, sur l'art. 1137, p. 413, n° 2 : « *[...] la faute grave était le manque des soins qu'un père de famille, même insouciant, a l'habitude d'apporter à la gestion de ses propres affaires ;* ».

1267 P. ESMEIN, « Le fondement de la responsabilité rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD civ*. 1933, 627, n° 4 : « *La faute consiste à ne pas apporter à l'exécution de l'obligation les soins d'un bon père de famille. C'est cela que les romains appelaient la faute (*culpa*). Le caractère fautif de la conduite du débiteur, condition de la responsabilité, s'appréciait en principe par une comparaison avec la conduite d'un bon administrateur typique, d'où le nom de* culpa levis in abstracto *inventés par les interprètes. On n'est en faute lorsqu'on a commis un acte ou une omission que n'eût pas commis dans les mêmes circonstances cet administrateur idéal.* »

gradation des fautes ne réserve aucune place à l'intention des parties contractantes ; elle fait abstraction de la portée des engagements pris. La prestation maximale que le créancier est en droit d'attendre du contrat ne dépend pas de la volonté de celui-ci, encore moins des parties, mais exclusivement du vœu de la société. La capacité du débiteur à tenir son engagement s'apprécie toujours par comparaison à celle préétablie en fonction du vœu de la nature ; elle n'est pas liée à la portée de cet engagement. La faute issue de l'ancien système tient largement compte de la disposition mentale du débiteur qu'elle a pour conséquence de protéger.

435. L'étendue de la responsabilité. En ce qui concerne la responsabilité qui découle de la faute, elle dépend, pour sa part, de l'état psychologique supposé être celui du débiteur. Il ne suffit pas en effet que le degré de la faute soit déterminé pour que son auteur en réponde des conséquences [1268]. Le but de la gradation des fautes est de protéger doublement le débiteur ; d'une part, elle réduit la portée fautive des comportements de celui-ci ; d'autre part, elle paraît exonératoire de responsabilité. Autrement dit, elle vise dans certaine mesure à soustraire le débiteur à la responsabilité sur la base de son état psychologique supposé.

436. Dépendance de la responsabilité de la finalité du contrat. La responsabilité du débiteur dépend par principe de la finalité du contrat [1269] : celui-ci ne répond pas des conséquences de sa faute lorsqu'il ne tire aucune utilité du contrat conclu. D'ailleurs, l'absence de l'intérêt pour le débiteur était en général une cause de nullité du contrat [1270]. En cas d'inexistence d'intérêt dans le contrat pour le débiteur, celui-ci est tenu seulement de la « *faute lourde* » , laquelle résulte de sa mauvaise foi consistant à refuser d'apporter

---

1268 A. COLIN et H. CAPITANT, *Précis de droit civil publié d'après le cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, 9e éd., par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Dalloz, 1957, n° 442 : « *La plupart des anciens auteurs, à la suite des glossateurs […] soutenaient en cette matière la théorie dite de la gradation des fautes. Ils distinguaient :1° le dol ou faute intentionnelle, à laquelle ils assimilaient la négligence grossière ou faute lourde (*culpa lata aequiparatur dolo*) : cette faute engageait toujours la responsabilité du débiteur ; 2° la faute légère, appréciée par comparaison avec le type abstrait du bon père de famille (*culpa levis in abstracto*) : le débiteur répondait de cette faute, si le contrat était conclu pour l'utilité des deux parties ; 3° la faute légère, appréciée par comparaison avec la conduite du débiteur dans ses propres affaires (*culpa levis in concreto*) : elle donnait la limite de l'obligation lorsque celle-ci n'avait été assumée que dans l'intérêt du créancier ; le débiteur rendait service au créancier, on ne pouvait lui demander d'être plus diligent que pour ses propres affaires ; 4° enfin la faute très légère, que ne commettrait pas l'homme le plus diligent (*culpa levissima*) le débiteur n'en était tenu que si le contrat avait été conclu dans son intérêt à lui.* »

1269 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 571.

1270 R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome 2, Cosse et Delamotte, 1848, publié par M. BUGNET, p. 65, n° 139 : « *Un fait auquel la partie qui le stipule n'a aucun intérêt, ne peut, à la vérité, être l'objet d'une obligation ; mais il peut en être la condition ou la charge. Par exemple, si j'étais convenu avec vous "que vous viendriez à Orléans étudier en droit pendant un an", cette convention serait nulle, et il n'en résulterait aucune obligation, parce ce fait auquel je n'ai aucun intérêt, ne peut être l'objet d'une obligation envers moi. Mais si nous étions convenus "que je vous donnerais dix pistoles, si vous veniez étudier en droit à Orléans, ou à la charge que vous y viendriez", la convention serait valable ; car ce fait, quoiqu'il ne m'intéresse aucunement, peut être la condition ou la charge de l'obligation qui résulte de notre convention.* »

même les moindres soins à la chose dont il a consenti à la conservation [1271]. Le débiteur n'est certes pas tenu d'avoir même la diligence d'un commun des hommes, mais il doit toutefois montrer sa bonne foi, puisqu'il a reçu la chose en vue de la conserver. On suppose qu'il est animé de l'intention de rendre service, et qu'il doit par conséquent apporter le minimum de soins à la chose. Cette volonté doit le disposer dans la mesure de son possible à veiller à la conservation de la chose.

437. En cas d'intérêt pour le débiteur. Le débiteur est tenu en revanche même de sa « *faute légère* » lorsque le contrat est conclu dans l'intérêt réciproque des deux parties, par exemple en cas de vente [1272]. En vertu de l'utilité que lui procure le contrat [1273], le débiteur est tenu, à l'égard de la chose, d'une diligence caractéristique d'un commun des hommes. S'il n'a pas pu atteindre le niveau normal des soins à apporter à la chose, et s'il en résulte un dommage, il doit en répondre. L'intérêt qu'il tire du contrat doit le motiver à bien conserver la chose. Il est en outre tenu de la « *faute très légère* » , lorsque le contrat est conclu dans son seul intérêt ; cette faute consiste dans le défaut d'une diligence qui nécessite une attention particulièrement élevée ; le débiteur est tenu de cette diligence en contrepartie de ce qu'il est le seul bénéficiaire du contrat, tel le prêt à usage [1274].

438. La réalité concernant la faute de l'Ancien droit. Ainsi, on peut observer que la faute de l'Ancien droit n'est telle que de façon inexacte. On ne peut en effet comprendre autrement qu'un fait soit considéré comme faute, sans que l'auteur puisse répondre des dommages qui en résultent. Un fait constitue réellement une faute en ce sens qu'il est jugé contraire au comportement qui devait être suivi par l'auteur. Il paraît donc très étrange de nos jours

---

1271 *Ibid*., p. 497 : « *Le premier* (principe) *est que "dans les contrats qui sont faits pour le seul intérêt du créancier, on n'exige du débiteur que de la bonne foi, et il n'est tenu en conséquence que de la faute lourde". Nous avons, suivant ce principe, décidé dans notre Traité du Contrat de Dépôt, que, dans ce contrat, on n'exige ordinairement du dépositaire que de la bonne foi, et qu'il n'est tenu que de la faute lourde, de* lata culpa. »

1272 *Ibid*., p. 498 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 951.

1273 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 571 ; J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 193 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Précis de droit civil publié d'après le cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, 9e éd., par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Dalloz, 1957, n° 442.

1274 R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome 2, Cosse et Delamotte, 1848, publié par M. BUGNET, p. 500 : « *[…], dans le contrat de prêt à usage, qui est fait pour le seul intérêt de l'emprunteur, la négligence de l'emprunteur, à l'égard de la chose, qui lui a été prêtée, s'estime dans toute la rigueur : le prêteur, qui ne doit pas souffrir du bienfait qu'il a fait à l'emprunteur en lui accordant gratuitement l'usage de sa chose, a droit d'exiger de lui, pour la conservation de la chose qu'il lui a prêtée, non seulement le soin ordinaire que le commun des hommes apporte à la conservation de son bien, mais tout le soin possible (eu égard néanmoins à la qualité de la personne de l'emprunteur). Si l'emprunteur ne se sent pas capable de ce soin, il ne doit pas emprunter ; c'est pourquoi on lui impute à négligence, non seulement le défaut du soin que le commun des hommes apporte ordinairement à ses affaires, mais même le défaut d'une attention ou d'une prévoyance qui n'eût pas échappé aux personnes de la qualité de celle de l'emprunteur, qui sont les plus attentives.* »

qu'on estime qu'il y a faute, mais que néanmoins il est permis à l'auteur d'agir ainsi. En l'occurrence, la défaillance à l'égard de la règle de conduite du « *bon père de famille* » n'est pas, en soi, constitutive de faute. Elle ne devient en réalité fautive que lorsque l'auteur tire aussi une utilité du contrat dans lequel il est nécessaire d'observer ce comportement. L'Ancien droit français autorise ainsi une personne à ne pas respecter pleinement son engagement s'il ne lui est d'aucun intérêt. On peut s'engager à rendre service à autrui, mais on n'est pas tenu de rendre effectivement ce service. Se comporter comme bon père de famille pouvait donc être une obligation, sinon une exigence contractuelle dans un cas seulement exceptionnel consistant dans l'existence de l'utilité réciproque pour les parties.

439. Le type abstrait du bon père de famille au sens du Code civil. La transposition sans réserve de la faute issue de l'Ancien droit dans le système du Code civil ne saurait donc qu'être source d'obscurité [1275]. Le type abstrait du « *bon père de famille* » résultant des dispositions du Code civil, notamment de l'ancien article 1137, se présente autrement ; son système est largement opposé à celui de l'Ancien droit [1276]. D'emblée, on peut observer que les deux systèmes s'opposent sur l'exigence même du respect du comportement de « *bon père de famille* ». L'on sait, en effet, que le caractère obligatoire de cette norme de conduite, dans l'Ancien droit, s'avérait aléatoire, sa violation étant bien considérée comme constitutive de faute, mais la sanction devant en résulter n'étant possible que dans un cas. Le débiteur n'est tenu des conséquences dommageables de son manquement à la diligence du bon père de famille que lorsqu'il tire une utilité du contrat conclu. La violation du type abstrait de bon père de famille est fautive dans un cas, mais pas dans l'autre. Tel n'est pas le cas dans le Code civil ; l'alinéa 1 de l'ancien article 1137 supprime de façon formelle la fluctuation de l'importance attachée au respect de la règle de « *bon père de famille* ». Le débiteur est tenu ici d'apporter à la chose les soins d'un bon père de famille dans tous les cas, c'est-à-dire qu'il résulte ou non du contrat un intérêt pour celui-ci.

440. Regard de certains auteurs sur l'alinéa 2 de l'ancien article 1137. Les auteurs semblent entendre que l'alinéa 2 de l'ancien article 1137 fait référence à cette fluctuation que

---

1275 Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 605 : « *Il est vrai que, dans l'ancien droit français, la responsabilité contractuelle apparaissait comme étant subjective. Seulement, la faute ne consistait pas simplement dans le fait de ne pas exécuter l'obligation. Elle supposait une appréciation du comportement du débiteur pour déterminer si celui-ci était fautif et ce n'est que si le fait qui était à l'origine de l'inexécution apparaissait comme tel que le débiteur était responsable.* »

1276 M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 317 : « *Cette unité (de la notion de faute) n'est vraie que si l'on assimile la faute contractuelle à la faute civile abstraitement définie selon un standard unique ; ce standard est juste pour la faute délictuelle, point pour la faute contractuelle aussi diverse par nature que le sont les obligations contractuelles. Le développement des fautes contractuelles qualifiées dans le droit contemporain n'est qu'une illustration supplémentaire de cette variété. Depuis le Code civil en effet, les conséquences attachées au dol se sont multipliées et la gamme des fautes contractuelles qualifiées s'est diversifiée.* »

subissait, dans l'Ancien droit, le caractère obligatoire du « *bon père de famille* »[1277]. Or, ce n'est pas ce qui ressort expressément de cette disposition. Aux termes de cet alinéa, en effet, l'obligation de veiller à la conservation de la chose « […] *est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent* ». Ce n'est absolument pas cette fluctuation qui ressort de cette disposition. Il ne s'agit pas du caractère aléatoire de la responsabilité consécutive à la violation du comportement de bon père de famille, mais plutôt de l'étendue du contenu de l'obligation de conservation[1278]. L'on sait d'ailleurs que la sanction de la *culpa levis in abstracto* reposait sur la finalité du contrat, le débiteur n'étant sanctionné que si le contrat était conclu dans l'intérêt des deux parties[1279]. La seule condition de condamnation du débiteur, c'est le fait que celui-ci tire aussi du contrat une utilité. Une telle considération procède strictement d'un ordre moral ou social particulier ; elle fait abstraction de l'étendue de l'obligation[1280]. L'aliéna 2 de l'ancien article 1137 dispose simplement que les actes qu'implique la conservation de la chose seront plus ou moins étendus dans d'autres hypothèses[1281]. Le débiteur demeure tenu des conséquences d'une violation de tout acte considéré comme rentrant dans l'obligation de conservation.

441. L'appréciation de la faute dans le Code civil. Dans le système du Code civil la faute en matière contractuelle ne s'apprécie ni *in abstracto*[1282], ni *in concreto*, c'est-à-dire en

---

1277 J. GHESTIN (Sous la dir.), G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 520 : « *Ce texte* (art. 1147 du Code civil) *impose […] une définition stricte de l'obligation contractuelle. Or, comme il figure parmi les dispositions qui réglementent, de façon générale, la responsabilité contractuelle, on est tenté d'y puiser une directive valable pour l'ensemble des obligations contractuelles. Cependant, cette interprétation se heurte directement à d'autres dispositions du Code civil, en particulier à l'article 1137 qui paraît prendre le contrepied du texte précédent aussi bien quant à la portée du type d'obligation qu'il vise que quant à l'existence même d'une règle générale en la matière. […]. Et l'alinéa 2 de l'article 1137 semble encore plus nettement en contradiction avec l'interprétation qui a été donnée plus haut de l'article 1147 car il admet expressément que cette obligation n'a pas toujours la même intensité, […].* »

1278 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 2e éd., LGDJ, 1926, n° 884 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 572 : « *En réalité, […], il s'agit […] de faire varier l'étendue de l'obligation qui pèse sur le débiteur. Autrement dit, toute faute engage la responsabilité contractuelle, mais le contenu de l'obligation est variable.* »

1279 A. COLIN et H. CAPITANT, *Précis de droit civil publié d'après le cours élémentaire de droit civil français*, tome 2, 9e éd., par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Dalloz, 1957, n° 442 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 571 ; J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 193.

1280 J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 194 : « *Même s'il reflétait une idée juste, le système ainsi conçu, était erronée en ce qu'il affirmait que le débiteur pouvait ne pas être responsable tout en ayant commis une faute, c'est-à-dire bien que l'obligation n'eût pas été exécutée. L'inexécution appelle la responsabilité.* »

1281 *Ibid*., n° 195 : « *Il n'est jamais question que de préciser l'obligation assumée par le débiteur, non de le décharger de telle ou telle sorte de faute.* »

1282 Voir l'opinion contraire : Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 605 : « *Aussi bien à l'article 1147 qu'à l'article 1137, le Code civil a fait de la faute une condition de la responsabilité contractuelle, en se contentant de la faute légère, qui doit être*

… / …

considération ni d'un modèle abstrait [1283], ni d'aptitudes personnelles du débiteur. Autrement dit, le Code n'a pas supprimé que la gradation des fautes ; il rejette la caractérisation de la faute sur la base de l'inégalité naturelle d'aptitudes mentales [1284]. La faute procède désormais moins des facteurs externes au contrat que du contenu de celui-ci [1285]. Le débiteur est tenu de remplir pleinement son engagement exprimé lors de la conclusion du contrat. L'on n'a pas à préjuger de sa capacité, il en est seul juge. Sa responsabilité ne dépend pas de son état psychologique, mais de l'existence du préjudice, qu'il se soit engagé avec ou sans contrepartie. Un fait fautif s'apprécie en considération du dommage qui en résulte [1286]. Aucune faute n'est plus grave que l'autre indépendamment du dommage [1287]. La faute ne se distingue en général plus que par sa nature intentionnelle ou non-intentionnelle [1288]. Seul le préjudice résultant de la faute varie en gravité. La nature intentionnelle ou dolosive de la faute a seulement pour effet d'étendre la réparation du dommage [1289]. Le système du Code civil, à la différence de celui de l'Ancien droit, pousse le débiteur à faire davantage dans l'exécution de son obligation.

---

appréciée in abstracto*, c'est-à-dire par référence à un type abstrait de débiteur normalement diligent, et non pas* in concreto*, c'est-à-dire en tenant compte des aptitudes particulières de tel ou tel débiteur. Commettre une faute, c'est se comporter comme ne l'aurait pas fait un homme raisonnable et non pas se comporter de telle façon plutôt que telle autre en fonction de ses aptitudes personnelles.* »

1283 M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 296 : « *[…], l'emploi du critère du bon père de famille par l'article 1137, alinéa premier — nonobstant l'utilisation par certains de ce critère pour définir la faute délictuelle — ne permet pas d'affirmer que cet article exige, en sus de l'inexécution, une faute de comportement, comparable à la faute des articles 1382 et 1383, comme condition du droit à dommages et intérêts contractuels.* »

1284 H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préf. H. CAPITANT, tome 1, 6e éd., Montchrestien, 1965, n° 661 : « *Il faut reconnaître […] que le mot faute ne doit pas aujourd'hui être pris dans un sens purement subjectif. Le débiteur contractuel, de nos jours, est très souvent une entreprise. La faute, dans ce cas, se détache de l'idée de faute morale, de péché, avec laquelle elle s'est confondue pendant des siècles.* »

1285 D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard Cornu*, Puf, 1994, p. 429, spéc., p. 439 : « *Parler de faute en matière contractuelle doit rester exceptionnel et se référer à une notion autonome.* »

1286 Civ. 1re, 18 janvier 1984, *Bull. civ*. 1984, n° 27 ; Civ. 1re, 2 décembre 1997, *Bull. civ*. 1997, I, n° 349.

1287 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 951 : « *Aujourd'hui, l'efficacité des limitations de responsabilité dépend de la gravité de l'inexécution : on distingue les fautes dolosive, lourde, inexcusable et ordinaire.* »

1288 J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 195.

1289 Les anciens articles 1150 et 1151 du Code civil disposent respectivement que : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.* », « *Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.* » (Ces dispositions sont reprises dans les nouveaux articles 1231-3 et 1231-4 du Code civil, issus de la réforme de 2016) ; Civ. 1re, 25 mars 1963, *D*. 1964, p. 17, note de R. RODIÈRE. En cas de faute inexcusable en matière de contrat de travail : Civ., 12 mars 1947, *D*. 1947, p. 269.

Autrement dit, les instruments d'appréciation, non seulement de la faute, mais aussi de la gravité et de la sanction de celle-ci, ne proviennent plus de l'extérieur du contrat, mais de la portée du dommage subi par le créancier. Constitue désormais une faute contractuelle toute inobservation du contenu du contrat [1290]. De même qu'une faute ordinaire est un manquement à l'égard d'un ordre social, l'inobservation d'un engagement contractuel est bien constitutive de faute contractuelle. La distinction ne réside que dans la source de la faute [1291]. L'intention de l'auteur n'est pas toujours requise dans l'appréciation de la faute ; celle-ci peut résulter d'une simple imprudence.

442. Le sens de l'ancien article 1137 du Code civil. Si l'on suit ainsi strictement cette logique caractéristique du système du Code civil à l'égard de l'Ancien droit, l'on ne peut se méprendre sur la portée des termes de l'ancien article 1137. Mme. ABBAD, l'a éloquemment souligné [1292], cette disposition ne fait aucune allusion à la faute, laquelle relève du domaine exclusif de l'article 1147 ancien, ou 1231-1 nouveau, du Code civil. L'inobservation de l'obligation d'apporter à la chose les soins dignes d'un bon père de famille ne constitue pas une faute légère. Contrairement à certaine opinion [1293], le type abstrait du bon père de famille qui résulte de l'ancien article 1137 ne constitue pas un critère général d'appréciation de la faute ; il incarne le contenu de l'obligation de conservation [1294]. Dans l'Ancien droit, le

---

1290 M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 286 : « *La faute contractuelle n'est pas autre chose que l'inexécution d'une obligation, la différence entre le "promis" et "l'accompli". Si l'on prend le mot dans ce sens là, alors l'absence de faute se ramène simplement à l'exécution correcte du contrat. Celui qui restitue une chose détériorée alors qu'il y a apporté les soins promis ne peut être inquiété : il n'est pas défaillant. C'est ce que nous enseignent les principes généraux de la défaillance contractuelle : à défaut d'inexécution, les dommages et intérêts ne sont pas dus (art. 1147) et le débiteur qui démontre avoir fourni les soins promis établit le paiement et se libère (art. 1315, al. 2.* »

1291 H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD civ*. 1936, p. 1, n° 24 : « *Que l'obligation naisse de la loi ou du contrat, elle est susceptible d'avoir le même contenu : un débiteur contractuel peut assumer une obligation identique à celle d'un débiteur extracontractuel.* »

1292 M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 309 : « *[…], le propos décrivant des fautes de comportement, la parenté avec la faute délictuelle ou quasi-délictuelle est naturelle. Mais parenté n'est pas identité : le recours au standard du médecin, du bon avocat, du bon architecte, du bon mandataire, du bon dépositaire, etc. a moins pour objet de révéler la "faute" de comportement du débiteur/défendeur que de déterminer ce à quoi il s'était engagé. Ainsi, lorsque la jurisprudence déclare un médecin en faute, c'est simplement parce qu'il n'a pas exécuté son obligation de soins conformément à ce qu'un patient pouvait raisonnablement attendre d'un médecin normalement informé et consciencieux.* »

1293 R. RODIERE, « Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats », *RTD civ*. 1954, p. 201, spéc., p. 206, n° 3 ; M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ*. 1993, p. 757, spéc., p. 766, n° 16.

1294 D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard Cornu*, Puf, 1994, p. 429, spéc., p. 434 : « *L'article 1137 a une portée beaucoup plus limitée. Il détermine le niveau de diligence que doit respecter le débiteur d'une obligation de conserver une chose : diligence moyenne, que le contrat peut atténuer ou aggraver. Les deux textes ne se situent pas sur le même plan.* »

manquement, en soi, à cette norme ne suffisait pas à caractériser la faute légère ; à cela s'ajoutait une autre considération la plus déterminante, ci-dessus rappelée [1295]. L'ampleur du dommage ne rentrait nullement dans la qualification de la faute. Ainsi, la compréhension de l'ancien article 1137 ne peut passer que par son analyse respectueuse de son contexte. La doctrine qui voit une reprise, dans l'ancien article 1137, du critère d'appréciation de la faute légère, entretient une confusion qu'il importe de relever. Elle semble, en effet, considérer que la faute légère consiste dans un manquement à une obligation légère ou moins stricte [1296] ; ce serait par conséquent une telle obligation qui résulte des termes de l'ancien article 1137. Or, c'est, au contraire, la faute lourde que caractérisait ce manquement [1297]. La faute légère consistait plutôt dans un manquement à la diligence qui requiert un degré assez élevé d'attention, c'est-à-dire du bon père de famille [1298].

443. L'importance du contenu de l'obligation résultant de l'ancien article 1137. Et pourtant, c'est cette prudence qui est exigée dans l'ancien article 1137 du Code civil. On ne comprend alors pas que la doctrine paraît voir dans cette disposition une obligation légère au sens de l'Ancien droit français. Apporter à la chose d'autrui les soins d'un bon père de famille, ce n'est pas rien [1299]. Il suffit de se résigner à considérer l'obligation de conservation comme accessoire à la délivrance ou la restitution, pour se rendre compte de l'importance de la diligence du bon père de famille. Ce n'est pas ici la diligence d'un commun des hommes qui est exigée, mais les soins qu'une personne soucieuse de sa famille accorde à celle-ci. En outre, en considération de l'hypothèse de l'ancien article 1137, cette obligation paraît davantage énorme [1300]. Le débiteur est tenu d'entourer la chose de ces soins dans

---

1295 L'existence de l'utilité du contrat pour le débiteur.

1296 H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD civ*. 1936, p. 1, n° 31 : « *Dans l'article 1137, ils* (les rédacteurs du Code civil) *visent l'obligation de conserver un corps certain, obligation que notre ancien droit considérait comme une obligation générale de prudence et de diligence ; aussi écrivent-ils que le débiteur doit exécuter en bon père de famille ; il n'est pas tenu à plus, sauf dispositions contraires de la convention.* » ; J. GHESTIN (Sous la dir.), G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 520. C'est ce que l'on tente d'expliquer par la théorie de l'obligation de moyen : l'obligation dite de moyen renforcée est celle considérée comme exigeant une diligence particulière.

1297 R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome 2, Cosse et Delamotte, 1848, publié par M. BUGNET, p. 66, n° 142 : « *La loi 5, § 2, ff. Commodat., donne cette règle, "que, lorsque le contrat ne concerne que la seule utilité de celui à qui la chose doit être donnée ou restituée, le débiteur qui s'est obligé à la donner ou restituer, n'est obligé qu'à apporter de la bonne foi à la conservation de la chose, et n'est tenu par conséquent à cet égard que de la faute lourde, qui, à cause de son énormité tient du dol […]".* »

1298 M. L. LAROMBIÈRE, *Traité théorique et pratique des obligations*, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, sur l'art. 1137, p. 413, n° 2.

1299 *Ibid*., p. 420, n° 4 : « *Le plus de soins que la loi exige, ce sont les soins d'un bon père de famille. Voilà le maximum de diligence.* »

1300 R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome 2, Cosse et Delamotte, 1848, publié par M. BUGNET, p. 66, n° 142 : « *Lorsque c'est un corps certain qui est l'objet de l'obligation, l'obligation a encore cet effet à l'égard du débiteur, "qu'elle oblige à apporter un soin convenable à la conservation de la chose due, jusqu'au paiement qu'il en fera" : et si, faute d'avoir apporté ce soin, la chose vient à périr, à se perdre, ou à être détériorée, il est tenu des dommages et intérêts du créancier qui en résultent.* »

l'hypothèse où il n'appartient plus qu'au créancier de la retirer. L'acquéreur tardant à enlever la chose, le débiteur est tenu d'accorder à celle-ci, dans sa conservation, les mêmes soins qu'à l'égard de sa chose. Dans les contrats qui entraînent la remise de la chose par le propriétaire au débiteur, tels le dépôt, le prêt à usage, cette obligation est étendue, comme l'a annoncé l'alinéa 2 de l'ancien article 1137.

444. Le contenu de l'obligation de conservation et la bonne foi. Prétendre que l'ancien article 1137 reprend l'idée de faute [1301], c'est donc se placer hors du système du Code civil ; ce texte fournit une précision, comme dans toute hypothèse, sur le contenu d'une obligation [1302], mais pas sur la conséquence de la violation d'une obligation. Reproche-t-on aux codificateurs de renseigner sur le contenu de l'obligation de conservation par référence au type abstrait de bon père de famille ? La faute contractuelle issue du Code civil consiste dans le manquement à l'obligation contractuelle [1303]. L'on peut comprendre par ailleurs la difficulté éprouvée par la doctrine à démontrer que l'ancien article 1137 relève aussi du domaine de la responsabilité. La répartition des anciens articles 1137 et 1147 selon que l'obligation est de moyen ou de résultat demeure insatisfaisante [1304]. L'ancien article 1137 n'a absolument pas trait à une faute contractuelle [1305] ; il se contente de préciser le contenu d'une obligation déterminée, celle de conservation, bien distincte de la bonne foi. Même l'Ancien droit distingue entre la diligence du bon père de famille et la bonne foi. La violation de la bonne foi caractérisait la faute lourde, tandis que la faute légère résultait du manquement à la diligence du bon père de famille. Cette distinction découle de la différence entre le contenu de la diligence du bon père de famille et celui de la bonne foi.

1301 Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 604 : « *En droit français, l'article 1137 du Code civil, relatif à l'obligation de conserver une chose, suppose à l'évidence la faute.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 939 : « *[…] ce texte impose au créancier la preuve d'une faute du débiteur, comme l'allusion au "bon père de famille" le suggère ; cette faute consiste en un comportement anormal, comme dans les articles 1382 et 1383 ; le seul fait que la chose ait péri ne suffit pas à engager la responsabilité du "conservateur".* »

1302 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 2e éd., LGDJ, 1926, n° 884.

1303 D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard Cornu*, Puf, 1994, p. 429, spéc., p. 437 ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 604 : « *[…], l'article 1147 du Code civil, peut être interprété comme exigeant la faute comme condition de la responsabilité du débiteur contractuel. En effet, sur le fondement de ce texte, on peut considérer que c'est commettre une faute de ne pas exécuter l'obligation engendrée par le contrat ou l'exécuter en retard, la preuve d'une cause étrangère, c'est-à-dire d'un fait à l'origine de l'inexécution ou du retard non imputable au débiteur, ayant pour objet et pour effet de démontrer l'absence de faute.* »

1304 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 948 et suiv. ; J. GHESTIN (Sous la dir.), G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 531 et suiv. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 577.

1305 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 2e éd., LGDJ, 1926, n° 884.

445. La mauvaise foi résultant des termes de l'ancien article 1147. C'est donc tout à fait logique que l'ancien article 1137 porte sur la diligence du bon père de famille, alors que l'ancien article 1147 sur la mauvaise foi [1306], laquelle est opposée plutôt à la bonne foi. L'ancien article 1147 s'entend que la bonne foi dans le manquement à l'obligation contractuelle ne soustrait nullement le débiteur à sa responsabilité. C'est aussi là le contrepied de l'Ancien droit, lequel ne sanctionne pas le débiteur qui a manqué de bonne foi à son obligation, dans l'hypothèse où le contrat est conclu dans l'intérêt exclusif du créancier [1307]. Dans le système du Code civil, il est de principe que la bonne foi dans l'inexécution [1308] du contrat n'a aucune incidence sur la responsabilité ; la bonne foi entoure plutôt l'exécution de l'obligation [1309], elle consiste dans une attitude de bienfaisance dans l'accomplissement de l'engagement.

Si l'on s'était ainsi rendu à l'évidence, d'une part, que la mauvaise foi ne constitue pas l'opposé de la diligence du bon père de famille et, d'autre part, que l'obligation de conservation est autonome, l'on aurait arrêté de se livrer à une tentative de transférer l'ancien article 1137 dans le domaine de la responsabilité [1310], à côté de l'ancien article 1147 ; en outre, les termes « *bon père de famille* » ne seraient pas supprimés. L'ancien article 1147 du Code civil concerne toute question de responsabilité contractuelle ; par la mention de la mauvaise foi, il suggère simplement la distinction selon la nature intentionnelle et non-intentionnelle de la faute contractuelle [1311], laquelle est indifférente et consiste dans un manquement à une obligation contractuelle. Si l'auteur de la théorie de

---

1306 A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 406 : « *Le Code civil comporte […] deux textes d'apparence contradictoire. L'article 1137, écrit pour l'obligation précise de "veiller à la conservation de la chose", parle seulement des "soins d'un bon père de famille", ce qui paraît imposer à celui qui se plaint de prouver que son partenaire n'a pas donné à sa mission des soins suffisants. Mais l'article 1147 ouvre droit à dommages-intérêts contre celui qui n'exécute pas, même sans "aucune mauvaise foi" […].* »

1307 R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome 2, Cosse et Delamotte, 1848, publié par M. BUGNET, p. 497.

1308 L'exception consiste dans l'inexécution due au cas de force majeure.

1309 Le principe se trouve dans l'ancien article 1134 du Code civil.

1310 Un arrêt assez ancien vise expressément l'ancien article 1137 au lieu de l'ancien article 1147 en matière de responsabilité : CA de Lyon, 1er avril 1922, *D.* 1924, II, p. 52, 1er arrêt : « *[…] ; qu'il suit de là que c'est l'art. 1137 c. civ., relatif à la responsabilité contractuelle, qui doit en l'espèce être appliqué ; qu'aux termes de cet article, celui qui contracte une obligation est responsable de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille, c'est-à-dire un propriétaire soigneux et diligent ; […].* » C'est l'application de la règle du bon père de famille telle que conçue dans l'ancien droit français : elle n'apparaissait que dans l'appréciation d'une faute. Or, le bon père de famille constitue plutôt le contenu de l'obligation de conservation dans le système du Code civil.

1311 M. L. LAROMBIÈRE, *Traité théorique et pratique des obligations*, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, sur l'art. 1137, p. 420, n° 4 : « *Le moins sera […] moins que les soins d'un bon père de famille. C'est le minimum de vigilance, au-delà duquel commencent le dol et la mauvaise foi.* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 604 : « *[…], en précisant que la mauvaise foi du débiteur n'est pas nécessaire, l'article 1147 permet de supposer que la faute non volontaire ou légère est suffisante pour engager sa responsabilité, la mauvaise foi correspondant à la faute dolosive, c'est-à-dire la volonté ou la conscience de causer un dommage à autrui en acceptant délibérément de ne pas exécuter l'obligation à laquelle on est tenu.* »

l'obligation de moyen et de l'obligation de résultat [1312], ne l'a nullement illustrée par les termes des anciens articles 1137 et 1147 du Code civil, cela n'est pas dû à un manque d'attention de sa part. L'ancien article 1147 traite de la conséquence de toute inexécution injustifiable par un cas de force majeure, donc de la faute contractuelle [1313]. La preuve tant de l'existence que de l'inexécution de l'obligation incombe au créancier dans tous les cas en vertu de l'article 1315 ancien [1314], ou 1353 nouveau [1315], du Code civil. Certains auteurs voient justement que toute obligation vise un résultat.

446. La finalité de l'obligation dite de moyen. Dans ce que l'on appelle, en effet, obligation de moyen [1316], l'exécution de l'obligation a directement pour but, à l'exception de chirurgie esthétique [1317], ou de l'opération de ligature des trompes [1318], soit d'éviter un cas fortuit [1319],

---

1312 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 5, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 1237. Voir une critique de la théorie : Ph. DELEBECQUE, note sous Civ. 1re, 12 janvier et 2 février 1994, *JCP G* 1994, II, 22294 : « *On se persuade ainsi et une fois de plus du caractère approximatif de la fameuse distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat. Si pédagogique soit-elle, cette distinction ne rend pas compte de la diversité des situations et de la richesse du contenu contractuel. L'appréciation de la responsabilité contractuelle passe par la détermination préalable des obligations incluses dans le contrat. Or ces obligations varient d'un contrat à l'autre et varient même au sein d'un même contrat. La liberté des conventions est une règle de base du droit des contrats. Est-elle respectée lorsque la jurisprudence cherche à réduire les obligations contractuelles et leur donner une même expression ?* »

1313 R. RODIÈRE, « Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats », *RTD civ*. 1954, p. 201, spéc., p. 207, n° 3 : « *L'article 1137 demande au débiteur d'apporter à l'exécution de son obligation tous les soins d'un bon père de famille. En cas de défaillance, l'article 1147 précise que c'est au débiteur d'écarter la présomption que l'inexécution fait peser contre lui, celle de n'avoir pas fait montre de la diligence d'un bon père de famille, et il indique qu'il n'y réussira qu'en démontrant que cette inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée.* »

1314 « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.* »

1315 « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.* »

1316 Les partisans de cette théorie distinguant entre les obligations de moyens et de résultats : J. GHESTIN (Sous la dir.), H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome 1, 6e éd., préf. H. CAPITANT, Montchrestien, 1965, n° 663, p. 741 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 521 et suiv. D'autres termes sont aussi utilisés pour désigner la même obligation : « *obligation générale de prudence et de diligence* » opposée à « *obligations déterminées* » (obligation de résultat) : H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD civ*. 1936, p. 1, n° 3, 24 et suiv., ou en l'occurrence, n° 31 ; M. G. MARTON, « Obligations de résultat et obligations de moyens », *RTD civ*. 1935, p. 499, n° 1. ; M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ*. 1993, p. 757, spéc., p. 762 et suiv. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 577 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 406 ; B. Starck, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, 5e éd., Litec, 1995, n° 1453 et suiv. ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 606 ; M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges Christian Mouly*, tome 1, Litec, 1998, p. 53, n° 6. Une décision qualifiant de moyen l'obligation de garde qui paraît plutôt celle de sécurité : Civ. 1re, 1er février 1983, *Bull. civ*. 1983, I, n° 47 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 5e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 310.

1317 Civ. 1re, 7 octobre 1992, *JCP G*, II, 22071, note F. CHABAS.

1318 Civ. 1re, 9 mai 1983, *Bull. civ*. 1983, I, n° 140.

soit de tenter de résister à sa survenance [1320]. L'obligation du médecin consiste à tenter de contenir la maladie. C'est là une bataille engagée directement à l'égard d'un cas de force majeure. Les moyens ou la technique, utilisés par le médecin importent peu *a priori* [1321]. Ce qui est en réalité visé par l'obligation du médecin, c'est de guérir le patient. Le médecin est en effet maître de ses moyens, sinon on ne pourrait pas conduire le patient chez lui, on l'aurait soigné sans égard au médecin, puisque selon la logique de l'opinion contraire [1322], on connaît les moyens que celui-ci devra utiliser.

447. Moment du contrôle de l'adéquation des moyens employés par le médecin. En général, c'est seulement lorsqu'un incident particulier se sera produit qu'on recherchera à déterminer si les moyens déployés sont adéquats [1323], ou qu'on tentera d'en imputer la cause à un comportement du médecin [1324]. En l'absence d'un tel incident, on attend seulement de voir si le médecin résistera à ce cas de force majeure. Ce qu'on entend derrière le vocable « *soin* », c'est l'amélioration de la santé du patient, mais pas les moyens.

1319 Civ. 1re, 2 mai 1978, *Bull. civ*. 1978, I, n° 167 ; Civ. 1re, 25 janvier 2005, *Bull. civ*. 2005, I, n° 46; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 948 : « *On peut s'attacher à l'aléa. Lorsque l'exécution du contrat est aléatoire — le résultat dépend d'éléments que le débiteur ne peut maîtriser —, l'obligation constitue une obligation de moyens (ex. : le médecin).* »

1320 Civ. 1re, 12 novembre 1985, *Bull. civ*. 1985, I, n° 299.

1321 L'opinion contraire : J. GHESTIN (Sous la dir.), G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 527-1 : « *S'il est certain […] qu'un résultat est toujours pris en considération par les parties, cela n'empêche pas qu'elles ne font pas toujours de ce résultat l'objet de l'obligation. Les parties au contrat médical envisageant, bien sûr, la guérison ; mais ce qui est exigé du médecin, ce n'est pas cette guérison, c'est la mise en œuvre correcte des soins qui, dans l'état actuel de la science et des techniques médicales, sont considérées comme les mieux appropriés à l'amélioration du patient. Et si, en cas de guérison consécutive à de mauvais traitement, la responsabilité n'est pas engagée, ce n'est pas parce que l'obligation aurait été exécutée, mais parce qu'il n'y a pas de dommage.* » ; H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préf. H. CAPITANT, tome 1, 6e éd., Montchrestien, 1965, n° 662.

1322 H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préf. H. CAPITANT, tome 1, 6e éd., Montchrestien, 1965, n° 662, p. 736 : « *Prenons l'obligation générale du médecin. Son obligation de principe est claire : donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science. Ce problème, très clair en l'espèce, étant résolu, que reste-t-il à rechercher ? D'abord si le médecin a donné de tels soins. On va comparer son attitude à celle qu'il devait avoir. Ce peut être un problème de pur fait : étant donnés tels symptômes, le médecin a-t-il ordonné tel médicament ou tel régime qui, sans contestation possible, s'imposait ? Ce peut être aussi un problème mélangé de droit et de fait : devant de tels symptômes, le médecin ne devait-il pas ordonner tel médicament ou tel régime, et a-t-il bien les ordres nécessaires ? Mais on voit que le problème de droit est ici encore relatif à la détermination du contenu de l'obligation : il s'agit de savoir ce que le médecin devait faire dans les conditions concrètes où il se trouvait.* »

1323 Civ. 1re, 13 décembre 2005, *JCP G*, 2006, pan. jur., 1090 ; Civ. 1re, 14 mars 1995, *Bull. civ*. 1995, I, n° 122.

1324 Civ. 1re, 12 novembre 1985, *Bull. civ*. 1985, I, n° 299 ; Civ. 1re, 12 novembre 1985, *Bull. civ*. 1985, I, n° 298 ; Civ. 1re, 20 mars 1984, *Bull. civ*. 1984, I, n° 107 ; Civ. 1re, 9 mai 1983, *Bull. civ*. 1983, I, n° 140 ; Civ. 1re, 2 mai 1978, *Bull. civ*. 1978, I, n° 165 ; Civ. 1re, 2 mai 1978, *Bull. civ*. 1978, I, n° 166 ; Civ. 1re, 2 mai 1978, *Bull. civ*. 1978, I, n° 167.

C'est ce but qui recommande la nature des moyens à déployer. C'est ainsi mal concevoir la situation que de soutenir que le médecin s'engage seulement à déployer des moyens [1325]. L'irresponsabilité du médecin malgré l'absence de guérison ne peut démontrer que celui-ci ne s'est engagé qu'à déployer des moyens ; elle résulte plutôt de l'idée que l'exécution de son obligation consiste dans la résistance à un cas de force majeure déjà survenu. Le décès du patient, ou la persistance de la maladie traduit simplement le caractère irrésistible du cas de force majeure.

448. Dans l'obligation dite de résultat. Il en va de même dans l'obligation où l'on n'a aucune difficulté à voir le résultat recherché [1326]. Le contrat ne considère pas les moyens utilisés en vue d'un résultat. L'obligation vise en général à créer une chose. À la différence de l'obligation dite de moyen, l'exécution de l'obligation ne vise pas ici à résister à un événement de force majeure, ou à écarter l'éventualité de la survenance de celui-ci. La probabilité est donc plus élevée pour le débiteur, que dans le cas précédent, de réaliser ce qu'il a promis. Le cas de force majeure n'est pas encore survenu. Il en résulte que les parties ont une grande conviction d'obtenir la réalisation de ce qui est promis. L'événement de force majeure n'étant pas encore apparu lors de la conclusion du contrat, le débiteur doit en rapporter la preuve en cas d'inexécution de l'obligation. L'absence de preuve d'un empêchement indépendant de la volonté de celui-ci établit sa faute.

449. Présomption d'irrésistibilité de cas de force majeure dans l'obligation dite de moyen et présomption de faute dans celle dite de résultat. Ainsi, l'obligation dite de moyen est simplement celle contractée en vue de résister à la survenance de cas de force majeure ; il s'ensuit qu'il y a présomption d'irrésistibilité de cet événement, en cas de non réalisation du résultat, autrement dit, de la guérison ; démontrer que le débiteur n'a pas apporté à la chose les soins nécessaires [1327], c'est faire tomber cette présomption. Si un manquement a pu être observé dans l'exécution de l'obligation du médecin, il est donc normal d'en rapporter la preuve. La réussite du médecin traduit le caractère résistible de cet événement. En revanche, l'obligation qualifiée de résultat visant autre chose que la tentative

---

1325 J. GHESTIN (Sous la dir.), G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 527-1.

1326 Civ. 1re, 4 février 1963, *D.* 1964, p. 17, note R. RODIÈRE ; Civ. 1re, 6 décembre 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 462 ; Civ. 1re, 16 février 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n° 42 ; Civ. 1re, 20 juin 1995, *J C P G* 1995, IV, 2010 ; Civ. 1re, 2 février 1994, *JCP G* 1994, II, 22294 ; Civ. 3e, 1er avril 2009, *D.* 2009, p. 1083, note G. FOREST.

1327 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 577 : « *[…] tandis que l'article 1137 du Code civil donne à penser qu'il appartient au créancier de prouver non seulement que le débiteur n'a pas exécuté son obligation, mais encore que, s'il en a été ainsi, c'est parce qu'il ne s'est pas comporté en "bon père de famille", l'article 1147 ne mettrait à la charge du créancier insatisfait que la preuve de l'inexécution ; et c'est au débiteur qu'il appartiendrait, sur le terrain de la preuve, de se dégager, en démontrant l'existence d'une cause étrangère […].* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 939.

de résister à cet événement, il y a présomption de faute [1328], c'est-à-dire d'un manquement imputable au débiteur ; si celui-ci estime qu'il est plutôt empêché, il lui incombe de prouver l'existence de cas de force majeure. Toute obligation vise donc la réalisation d'un résultat [1329].

450. Présomption non transposable dans l'hypothèse de l'ancien article 1137. Toutefois, la présomption d'irrésistibilité de la force majeure dans le cas du médecin ne peut être transposée dans l'hypothèse de l'ancien article 1137 du Code civil. Celle-ci renferme en effet une particularité. Ici, bien que la conservation consiste à tenter d'éviter à la chose, la survenance d'un cas de force majeure, le débiteur ne peut bénéficier, en cas de l'absence de résultat, de la présomption d'irrésistibilité de cet événement. La conservation consiste dans la prévention de la disparition fortuite de la chose, autrement dit, le cas de force majeure n'est pas encore apparu lors de la conclusion du contrat. Il appartient par conséquent au débiteur de faire la preuve du cas de force majeure, ou de l'absence d'un manquement de sa part [1330] ; il en va ainsi de l'emprunteur à usage [1331]. Sans cela, il pèse contre lui la

---

1328 Civ. 1re, 16 février 1988, *Bull. civ*. 1988, I, n° 42 ; Civ. 1re, 2 février 1994, *JCP G* 1994, II, 22294, note de Ph. DELEBECQUE. Critique des termes de ces arrêts : obs. P. JOURDAIN, *RTD civ*. 1994, p. 613 et suiv. : « *[…] l'on ne peut s'empêcher de relever que l'affirmation d'une obligation de résultat s'accorde mal avec l'existence d'une présomption de faute susceptible d'être renversée par la preuve contraire. N'enseigne-t-on pas que le débiteur d'une obligation de résultat ne peut s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère l'ayant empêché d'accomplir son obligation ?* » ; Civ. 1re, 20 juin 1995, *J C P G* 1995, IV, 2010 ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 604 : « *L'article 1147 du Code civil permettrait même de considérer qu'il n'appartiendrait pas au créancier de prouver la faute du débiteur, celle-ci étant présumée du seul fait de l'inexécution ou du retard dans l'exécution. La preuve d'une cause étrangère constituerait le moyen de renverser la présomption de faute. En effet, si c'est une faute de ne pas exécuter l'obligation contractuelle, il n'empêche qu'il doit y avoir place pour des causes d'exonération de la responsabilité, en vertu desquelles il serait admis que le débiteur n'est pour rien dans l'inexécution de l'obligation et que, par conséquent, puisque l'inexécution ne lui est pas imputable, sa responsabilité ne saurait être retenue.* »

1329 M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 296 : « *Que l'objet de l'obligation réside dans un résultat ou dans les moyens à déployer pour réaliser l'objectif voulu par les parties, le débiteur s'engage toujours à un certain nombre de résultats : l'avocat est tenu d'accomplir les actes nécessaires à la défense des intérêts de son client ; le médecin doit procéder à telle ou telle investigation, prescrire tel ou tel traitement, etc. La référence au comportement du bon père de famille, du bon avocat, du bon médecin de la même spécialité, n'a d'autre utilité que de déterminer le contenu de l'obligation promise, à défaut de précision contractuelle.* »

1330 CA Lyon, 1er avril 1922, *D*. 1924, II, p. 52.

1331 Civ. 1re, 4 janvier 1977, *Bull. civ*. 1977, I, n° 4 ; Civ. 1re, 1er mars 2005, *Bull. civ*. 2005, I, n° 103. Un autre arrêt de la Cour de cassation, bien que rendu à propos de l'obligation d'un garagiste, considérée souvent comme le type de l'obligation de résultat, rappelle les termes de l'article 1137 du Code civil : Civ. 1re, 12 janvier 1994, *JCP G* 1994, II, 22294, note de Ph. DELEBECQUE : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que, contractuellement tenu lors de sa première intervention, qui portait sur le même organe, de restituer le véhicule en état de marche, le garagiste avait la charge, pour s'exonérer de sa responsabilité, de prouver qu'il avait, dès cette première intervention, apporté tous les soins nécessaires à cette remise, en démontrant que l'usure de la pièce défectueuse n'exigeait pas qu'elle fût alors remplacée, le tribunal n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé (art. 1315 du Code civil).* »

présomption d'avoir manqué à son obligation d'apporter à la chose les soins d'un bon père de famille. Cette preuve consiste à démontrer les circonstances dans lesquelles la chose est détériorée ou détruite. Le créancier n'étant pas le témoin oculaire de l'exécution de l'obligation de conservation, la preuve du cas de force majeure ne peut qu'être faite par le débiteur. Il n'est pas normal que le créancier soit d'office chargé de prouver la faute de son partenaire sans que celui-ci ait démontré les conditions dans lesquelles la chose a péri. Il peut résulter même de cette démonstration, c'est-à-dire de la preuve du cas de force majeure que le débiteur n'a pas satisfait à son obligation.

451. Conclusion. On ne doit pas suivre la doctrine qui voit un principe général d'appréciation de la faute dans l'ancien article 1137 du Code civil [1332]. Ce texte pose plutôt le contenu d'une obligation particulière : celle de conserver la chose de corps certain. Il contient une règle générale qui concerne toute hypothèse où une personne se trouve détentrice d'une chose d'un corps certain appartenant à autrui. Ce qui témoigne sa reprise dans certains contrats spéciaux, tels que le dépôt, le prêt à usage, le gage, ou le louage de la chose [1333]. Le principe de bonne foi, devant être observé dans l'exécution de toute obligation contractuelle [1334], constitue la seule règle morale fournie par le Code civil dans l'appréciation des manquements aux engagements contractuels. La mauvaise foi aggrave la condamnation à dommages et intérêts. L'article 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil réglemente à titre principal les conséquences de l'inexécution fortuite de l'obligation qui résulte des dispositions de l'ancien article 1137. Celles-ci sont supportées par l'une ou l'autre partie, selon que le débiteur est mis en demeure ou non.

B. La fonction distributive de la mise en demeure dans les solutions des risques

452. Avant ou après la mise en demeure. Dans l'hypothèse de l'article 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil, la mise en demeure établit la frontière entre les obligations de conservation et de délivrance. Ainsi, la perte fortuite de la chose survenue au cours de l'exécution de l'obligation de conservation, autrement dit, avant la mise en demeure, pèse sur le créancier (1). En revanche, le débiteur supporte par principe, suivant la conception des codificateurs, cette perte après la mise en demeure (2), dont il résulte, d'une part, la fin de la conservation, et, d'autre part, l'exigibilité de la délivrance.

1332 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 579 : « *Figurant à l'article 1137 du Code civil, qui vise l'obligation contractuelle de veiller à la conservation d'une chose (ex. dans les contrats : de vente — jusqu'à la livraison —, de louage, de prêt, etc.), la formule n'est pas limitée à ce type d'obligation ou de contrat. À supposer qu'il s'agisse de soins à donner à une personne (c'est le cas du médecin) ou à une affaire (c'est le cas du mandataire), il n'y a pas de raison de ne pas retenir la même solution que pour les soins donnés à la conservation d'une chose.* »

1333 M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ*. 1993, p. 757, spéc., p. 763.

1334 Art. 1134 du Code civil

1. La perte de la chose survenue avant la mise en demeure

453. L'effet de la mise en demeure résultant de l'article 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux. Il est précédemment rappelé que l'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil se caractérise par l'obligation de conservation en tant que celle devant par principe s'exécuter dès la conclusion du contrat. Il est indéniable que ces dispositions réglementent les conséquences de l'inexécution fortuite de l'obligation découlant de l'ancien article 1137 du Code civil ; ce dernier texte a en effet pour objet de préciser le contenu de l'obligation de conservation, lequel consiste à apporter à la chose les soins d'un bon père de famille. De l'exécution de l'obligation de conservation dépend celle de restituer la chose [1335]. La mise en demeure établit la frontière entre ces deux obligations successives, c'est-à-dire celles de conserver d'abord la chose et de la délivrer ensuite. L'effet de la mise en demeure issue des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, se distingue alors de celui de la mise en demeure qui résulte des anciens articles 1138 et 1146 du Code civil [1336]. À la différence de cette dernière hypothèse, la mise en demeure dans le premier cas n'a pas pour effet principal d'établir le retard dans l'exécution de l'obligation, mais plutôt de signaler le terme, sauf si celui-ci est prévu par le contrat, de l'obligation de conservation, et par conséquent, le moment à compter duquel la délivrance doit s'effectuer [1337]. Celle-ci peut être exécutée de façon immédiate.

454. L'obligation exécutoire avant la mise en demeure. Avant la mise en demeure, l'exécution de l'obligation de délivrance n'est pas envisageable ; elle subit une sorte de suspension. Le débiteur exécute son obligation de conservation, effet immédiat du contrat [1338]. Celui-ci est chargé de veiller au bon état de la chose jusqu'à son retirement par le créancier. Tant que le débiteur n'est en demeure de délivrer la chose, le délai de la conservation est réputé n'être pas arrivé à son terme [1339] ; il s'ensuit qu'il n'est pas encore

---

1335 M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ*. 1993, p. 757, spéc., p. 758 : « *[…] parce qu'il n'est possible de restituer que ce qui a été conservé, il est en général difficile de dissocier l'obligation de restitution de celle de conservation de la chose à restituer.* »

1336 Ancien art. 1146 : « *Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante.* »

1337 Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13e éd., LexisNexis, 2014, n° 433 : « *Certains effets du contrat peuvent se produire dès la formation du contrat, d'autres n'interviendront que dans le temps, en fonction de la nature des obligations et de ce que les parties auront décidé.* »

1338 Civ., 18 mai 1904, *Recueil général des lois et des arrêts,* 1905, I, p. 311.

1339 Voir chez ces auteurs la même analyse à propos de l'ancien article 1138 du Code civil : A. M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 5, Paris, Henri Plon, 1865, n° 58 : « *[…] même après l'exigibilité de la dette, la faveur du débiteur fait présumer que le créancier, qui a les moyens d'exiger son paiement, et qui n'en use pas, ne veut pas encore être payé, tant qu'il n'a pas démenti cette présomption par une interpellation, qui, du reste, peut n'être qu'extrajudiciaire, c'est ordinairement une sommation.* »

tenu de restituer la chose ; la délivrance n'est pas encore exécutoire. L'obligation en vigueur, c'est-à-dire en cours d'exécution, c'est donc celle d'apporter à la chose tous les soins d'un bon père de famille. L'obligation de conservation étant à exécution successive, elle est éteinte par la survenance de cas de force majeure, dont la preuve établit l'absence de faute du débiteur [1340]. Par conséquent, l'obligation de délivrance ou de restitution, devant être exécutée au terme de la conservation, se trouve éteinte [1341].

Aucune défaillance ne pouvant par hypothèse être relevée à la charge du débiteur [1342], il est normal que la perte de la chose soit supportée par le créancier. C'est l'hypothèse qui peut se traduire par la règle *res perit creditori*. Les risques pèsent sur le créancier de l'obligation de conservation. Celui-ci ne peut réclamer la restitution de sa prestation fournie ; inversement, il est tenu de l'obligation réciproque, par exemple de payer le prix. La contreprestation, c'est-à-dire l'obligation de conservation est exécutée en partie. Le créancier supporte les risques dans toute hypothèse où il n'a pas mis en demeure le débiteur de délivrer la chose. Le débiteur n'a pas pu exécuter, non seulement jusqu'à son terme, l'obligation de conservation, mais par contrecoup l'obligation de délivrance qui, par hypothèse, n'est pas exigible lors de la survenance de la force majeure.

455. Conclusion. Les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil lient ainsi de façon incontestable la charge des risques à l'obligation de délivrance ; ces dispositions sont reprises dans certains contrats spéciaux [1343]. La qualité de propriétaire ou le droit de propriété ne figure pas dans leurs termes. Acquises à l'existence de la règle *res perit domino* dans le système du Code civil, la doctrine ainsi que la jurisprudence semblent ne voir la dissociation entre la propriété et les risques que dans l'alinéa 2 de l'article 1302 ancien, repris à l'alinéa 1 de l'article 1351-1, du Code civil [1344]. Il est fait abstraction de la qualité du

---

1340 Civ. 1re, 4 janvier 1977, *Bull. civ*. 1977, I, n° 4. Aux termes de cet arrêt, la Cour de cassation met à la charge du débiteur de prouver son absence de faute. Ce qui paraît contradictoire au principe selon lequel il appartient au créancier de prouver la faute du débiteur lorsqu'il s'agit de l'obligation de moyen.

1341 M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ*. 1993, p. 757, spéc., p. 759 : « *La perte de la chose ou sa détérioration font […] obstacle à l'exécution de l'obligation de restitution.* » ; P. JOURDAIN, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RTD civ*. 1994, p. 611, spéc., p. 612 : « *[…] en cas de perte ou de destruction totale de la chose, le défaut de restitution matérielle n'est qu'une conséquence de l'inexécution de l'obligation de conservation. Rarement autonome, l'obligation de restitution est largement absorbée par celle-ci.* »

1342 M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 314.

1343 Par exemple, pour le contrat de prêt à usage : art. 1884 du Code civil ; pour le contrat de dépôt : art. 1929 du Code civil.

1344 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 154 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 254 ; Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 9e éd., 2012, n° 5947 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 5e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 315 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 182 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les*

… / …

créancier qui résulte de façon formelle des termes de ces dispositions. On fait ainsi dire aux codificateur ce que ceux-ci ne paraissent nullement entendre. Cette disposition met les risques à la charge du créancier des obligations de conservation et de délivrance, tant que celui-ci ne manifeste pas son intention de retirer la chose. La délivrance peut s'effectuer immédiatement après la mise en demeure.

2. La perte fortuite de la chose survenue après la mise en demeure

456. Principe et exception. La délivrance ou la restitution de la chose détenue par le débiteur s'effectue à compter de la mise en demeure. En conséquence, la survenance de la force majeure n'a aucune incidence sur l'obligation de restituer (a). Toutefois, il existe une hypothèse exceptionnelle dans laquelle la perte fortuite de la chose incombe au créancier (b).

a. La survivance de l'obligation de restituer à la perte de son objet

457. L'absence de la mise en demeure. Le Code civil attribue de façon générale les risques de la perte de la chose au créancier de l'obligation de conservation, par conséquent, de celle de délivrance ou de restitution, tant que le débiteur n'est pas en demeure d'exécuter celle-ci. La période antérieure à la mise en demeure, est celle de l'exécution de l'obligation de conservation. L'obligation de délivrance ou de restitution étant par principe à exécution instantanée, peut s'effectuer immédiatement après la mise en demeure. Même dans l'hypothèse où l'exécution de l'obligation de conservation est encadrée dans un délai, la mise en demeure paraît nécessaire [1345] ; elle traduit que le créancier est disposé à recevoir la garde de la chose. Il résulte de l'absence de mise en demeure, que la conservation de la chose par le débiteur se poursuit au-delà du terme initialement prévu avec l'accord du créancier.

458. Différents cas de retard résultant de la mise en demeure. Ainsi, dans l'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux du Code civil, la mise en demeure ne constitue pas d'office le débiteur en retard de délivrer la chose [1346]. On peut distinguer à cet égard deux circonstances. En matière de meuble, le débiteur peut être tenu dans certains

---

obligations, 3. Le rapport d'obligation, 8e éd., Sirey, 2013, n° 267 ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, 5e éd., Economica, 2003, n° 740.

1345 Cet arrêt de la Cour de cassation semble aller dans le sens contraire : Com., 7 décembre 1993, *Bull. civ*. 1993, IV, n° 461 : le créancier se contente de la durée déterminée du prêt. À l'expiration du délai, l'emprunteur n'a pas restitué la chose ; le prêteur a demandé et obtenu sa restitution en valeur. C'est lors du procès que l'emprunteur a offert de restituer la chose, mais il est condamné à restituer en valeur.

1346 B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. C. OPHÈLE, diff. LGDJ, 2006, n° 189 : « *Le retard appelé juridiquement demeure, représente le défaut de ponctualité du débiteur. En toute logique, il devrait s'apprécier comparativement au moment qu'ont choisi les parties pour l'exécution. La prestation tardive serait celle qui est fournie une fois l'exigibilité dépassée.* »

cas de livrer la chose, et dans d'autres, de s'abstenir simplement de la chose, autrement dit, d'exécuter seulement l'obligation de délivrance. En effet, la livraison implique ici le transport de la chose en vue de sa mise à disposition [1347]. Le contrat de prêt à usage paraît de nature à mettre une telle obligation à la charge de l'emprunteur [1348] ; en général, celui-ci se rend chez le créancier en vue de conclure le contrat, donc de retirer la chose. Il va de soi qu'au terme du délai consenti pour le prêt, le débiteur doit remettre la chose chez le créancier [1349]. Le contrat étant conclu dans l'intérêt exclusif du débiteur, les dépenses nécessaires pour le déplacement de la chose incombent à celui-ci [1350]. Ainsi, en présence de l'obligation de livraison, la mise en demeure portera sans doute le délai dans lequel la chose devra être livrée ; et elle ne constitue le débiteur en retard que lorsque la livraison n'est pas effectuée dans le délai qui en résulte. En l'absence de tel délai, le débiteur doit remettre la chose dans un délai raisonnable [1351], lequel permettra d'apprécier le caractère tardif de la livraison.

De même, en cas de l'obligation de délivrance, la mise en demeure ne doit pas constituer d'office le débiteur en retard. Tel est le cas par principe dans le contrat de dépôt. La délivrance étant quérable et ne consistant qu'à s'abstenir de la chose, tant que le créancier ne s'est pas rendu au lieu où la chose est conservée par le débiteur, il ne peut prétendre que celui-ci n'a pas exécuté son obligation. Dans la plupart de cas, en effet, le débiteur n'attend que la prise de livraison ou le retirement de la chose. La délivrance est par principe quérable, il appartient donc au créancier de se rendre au lieu où la chose est conservée par le débiteur en vue de l'enlever. Il informe d'abord celui-ci, par la mise en demeure de délivrer, de la date de prise de livraison, et se rend ensuite, à cet effet, au lieu de la conservation, ou à celui que le débiteur lui indiquera.

459. La perte fortuite de la chose. Ici, la particularité consiste dans la survivance de l'obligation de restituer à la perte fortuite de son objet. Cependant, il semble qu'on ne doive pas faire abstraction des différentes hypothèses précédemment rappelées. En effet, cette force majeure dépouillée d'effet juridique doit survenir postérieurement à la date de la mise en demeure. Ainsi, le point de sa localisation semble être plutôt le terme du délai devant

---

1347 H. BOUCARD, *L'agréation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2005, n° 2.

1348 Surtout par son caractère essentiellement gratuit (art. 1876 du Code civil), malgré les termes de l'article 1875 du Code civil qui dispose que : « *Le prêt à usage "ou commodat" est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.* »

1349 C'est ce qui ressort tacitement de cet arrêt : Civ. 1re, 30 septembre 2003, *Bull. civ.* 2003, I, n° 197.

1350 Civ. 1re, 30 septembre 2003, *Bull. civ.* 2003, I, n° 197.

1351 L'article 1888 du Code civil dispose en ce sens que : « *Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée.* »

résulter de la mise en demeure, mais non l'existence en soi de celle-ci [1352]. Il y a quelque chose d'anormal à laisser subsister l'obligation de restitution par la seule mise en demeure. On a observé que, particulièrement dans cette hypothèse, la mise en demeure ne constitue pas le débiteur en retard [1353]. La livraison ou la délivrance s'effectue à compter de la mise en demeure ; or, elle résulte de l'accomplissement de certains actes préparatoires. La perte fortuite de la chose n'affectera pas l'obligation de restituer que si elle survient après le délai résultant de la mise en demeure, ou après un délai raisonnable. En ce cas, il est normal que l'obligation de restituer, à s'en tenir à l'ancien article 1302 du Code civil, ne soit pas éteinte. On n'est pas ici en présence de risques. La force majeure ne menace pas l'existence de l'obligation. Le débiteur demeurera tenu de restituer la chose. Il devra la rembourser soit en nature soit par équivalent.

460. Conclusion. Certes les codificateurs ne sont pas entrés dans tout ce détail, mais on ne doit pas pour autant minimiser sa portée. Il est intrinsèque à la mise en demeure, c'est-à-dire qu'il résulte de l'effet même de celle-ci. La mise en demeure porte en général explicitement ou tacitement un délai dans lequel le créancier souhaite recevoir matériellement la chose. Elle n'établit aucun retard dans l'exécution de la délivrance ou la restitution. C'est en cela qu'elle ne suffit pas, dans un cas exceptionnel, à décharger le créancier des risques.

b. Les risques exceptionnellement à la charge du créancier

461. Règle exclue du domaine du transfert de propriété. Aucune référence n'est faite, ni au droit de propriété, ni à la qualité de propriétaire dans l'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil. C'est toujours dans la doctrine que la perte fortuite de la chose apparaît comme supportée par le propriétaire lorsque le détenteur n'est en demeure de délivrer. La doctrine n'a rien aperçu de particulier dans ce texte par rapport à l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil. Une identité absolue est établie entre ces deux dispositions, si bien que l'on n'invoque l'ancien article 1302 qu'en vue de transposer son alinéa 2 dans le domaine d'élection de l'ancien article 1138 [1354], celui-ci n'ayant pas

---

1352 B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. C. OPHÈLE, diff. LGDJ, 2006, n° 191 : « *Pour certains auteurs, le procédé revient à reporter implicitement le terme de l'obligation.* »

1353 En l'absence de délai, il est imposé au prêteur d'accorder un préavis raisonnable au débiteur en vue de la restitution de la chose : Civ. 1re, 3 février 2003, *Bull. civ*. 2003, I, n° 34.

1354 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, 5e éd., Litec, 1995, n° 1399 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 203 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 346 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 5e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 316 : « *L'article 1138 du Code civil prévoit […] que si le débiteur non propriétaire a été mis en demeure de livrer ou de restituer la chose, les risques passent à sa charge. Le débiteur en demeure peut cependant s'exonérer en démontrant que "la chose fût également périe chez le créancier si elle lui eût été livrée" (art. 1302, al. 2, C. civ.).* » ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 14e éd., Sirey, 2014, n° 1268 ; J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 267.

prévu l'hypothèse de l'exonération du débiteur par la certitude que la chose aurait aussi péri chez le créancier. Cette opinion semble reprise de l'Ancien droit français [1355]. Or, l'absence de cette règle dans la réglementation de l'ancienne obligation de donner ne semble pas résulter d'une simple omission ; le Code civil a plutôt supprimé cette faveur particulièrement injustifiable à l'égard du débiteur dans l'hypothèse de transfert de la propriété. La règle résultant de cet alinéa ne paraît pas conçue pour l'hypothèse de transfert de la propriété. Et, cela constituerait un trait distinctif entre les deux dispositions, surtout si la pensée des codificateurs était observée. Cette distinction semble difficile, mais possible.

462. Nuance incompatible avec la transposition de l'alinéa 2 de l'ancien article 1302, ou alinéa 1 de l'article 1351-1, dans le domaine de l'ancien article 1138. En effet, à considérer, dans son contenu global, le domaine d'élection de chacune de ces dispositions, l'on pourra s'apercevoir d'une nuance qui ne permettrait pas de reprendre de façon systématique la règle de l'alinéa 2 de l'article 1302 ancien, ou de l'alinéa 1 de l'article 1351-1 nouveau, dans l'hypothèse de l'ancien article 1138. Les dispositions de l'ancien article 1138 du Code civil sont propres aux opérations de transfert de la propriété, tandis que celles des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, sont limitées à une simple détention de corps de certain. Outre le transfert de la détention, l'hypothèse de l'ancien article 1138 assure à titre principal le transfert du pouvoir, c'est-à-dire du droit ; et dans le cas où la transmission matérielle de la chose n'est pas concomitante de celui du pouvoir, le transfert de celui-ci permettra de la forcer. Ainsi, la mise en demeure du débiteur justifie l'inexécution de la délivrance ou la délivrance tardive [1356], autrement dit, la faute contractuelle. La perte fortuite de la chose survenue après la mise en demeure n'exonère le débiteur dans aucun cas ; la certitude que la chose pourrait aussi périr chez l'acquéreur est indifférente.

Celui-ci est animé, en mettant en demeure son cocontractant, de la volonté de détenir matériellement la chose, et peut-être d'en tirer immédiatement l'utilité pour laquelle il l'a acquise ; autrement dit, la mise en demeure traduit non seulement son intention de ne pas laisser la chose sous la détention de l'aliénateur, mais aussi la nécessité urgente d'en tirer l'utilité escomptée. Le débiteur n'ayant contracté que l'obligation de transmettre la chose ne peut se voir exonéré par la force majeure survenue après sa défaillance dans l'exécution du

---

1355 R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome 2, Cosse et Delamotte, 1848, publié par M. BUGNET, p. 66, n° 143 : « *C'est en conséquence de ce principe* (obligation de donner un corps certain)*, que, si la chose due a été détériorée, ou même est totalement périe, depuis la demeure du débiteur, par quelques cas fortuit ou force majeure, le débiteur est tenu de cette perte, dans les cas auxquels la chose n'aurait pas également péri chez le créancier.* »

1356 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 1079 : « Stricto sensu *et conformément à son étymologie (*mora *: le retard), la mise en demeure n'est que la constatation formelle du retard, c'est-à-dire du défaut du débiteur.* » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 154 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 418.

contrat. Il est à l'origine du retard préjudiciable à l'acquéreur ; il a consenti à transférer la chose, il lui appartient par conséquent de prendre toutes les mesures susceptibles de permettre, à moins de clause contraire, le transfert matériel immédiat de la chose, auquel l'acquéreur tient d'ailleurs en le mettant en demeure. Un aliénateur défaillant à cet égard, dont le comportement frise ainsi l'escroquerie, ne doit être en aucun cas autorisé à encaisser le prix de la chose.

463. Le point de départ de l'exigibilité de la délivrance. En revanche, l'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil est caractérisée par la conservation de la chose à la charge du débiteur comme l'obligation principale résultant du contrat. Le propriétaire, ou le détenteur initial remet volontiers la chose au débiteur en vue de sa conservation. Il s'ensuit que celui-ci est tenu de conserver la chose, tant qu'il n'est pas en demeure de la délivrer [1357] ; aucun retard ne saurait lui être reproché. La mise en demeure marque seulement la date du départ de l'exigibilité de la délivrance. La détention de la chose par le débiteur de la remise résulte de la volonté du créancier ; et, la volonté contraire s'exprimera par la mise en demeure ; le débiteur est constitué gardien de la chose jusqu'à sa restitution. Cette volonté du créancier étant à la base de la détention de la chose par le débiteur de la remise, colore les rapports des parties concernant la délivrance. On peut supposer que la détention procède d'une relation de confiance, laquelle laisse présumer la bonne foi du débiteur dans ses rapports avec le créancier, donc à l'égard de la remise de la chose.

464. Décalage tolérable entre la date de la mise en demeure et la délivrance. Ainsi, si la délivrance, devant d'ailleurs libérer le débiteur de l'obligation de conservation, ne s'effectue pas dès la mise en demeure, on suppose que celui-ci éprouve certaines difficultés à le faire ; par conséquent, un décalage entre la mise en demeure et la délivrance ne peut expliquer une délivrance tardive intentionnellement fautive. La particularité de la mise en demeure ici, c'est de rappeler au détenteur ou de porter à sa connaissance que le moment est venu de remettre la chose. Or, il arrive que la remise de la chose nécessite l'accomplissement préalable de certains actes. Ainsi, le contexte global des relations contractuelles entraîne ici une certaine modification dans la conception de la faute [1358]. Ce qui serait en effet

---

1357 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 1079 : « *La nécessité d'un tel avertissement est particulièrement évidente lorsque l'exécution de l'obligation n'est pas inscrite dans un délai déterminé. Il serait concevable que la mise en demeure ne fût requise que dans cette hypothèse. La solution serait logique, mais rigoureuse. Un oubli de la part du débiteur ne peut être exclu. De plus, l'inaction du créancier peut être perçue comme valant octroi implicite d'un délai de grâce, surtout s'il a eu connaissance des difficultés éprouvées par le débiteur à exécuter son obligation au terme prévu. Le débiteur peut même parfois avoir des raisons de penser que le créancier a renoncé à son droit. Ces circonstances diverses, justifient que l'exigence d'une mise en demeure soit érigée en principe.* »

1358 J. GHESTIN (Sous la dir.), G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARAVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 520 : « A priori *cette disposition* (art. 1147 du Code civil) *permet [...] de considérer que l'obligation contractuelle est conçue de façon relativement stricte puisque,*

… / …

constitutif de faute contractuelle dans le domaine de l'ancien article 1138, c'est-à-dire susceptible d'engager la responsabilité du débiteur, ne le paraît pas dans celui des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux. On peut alors comprendre la considération qui se trouve à la base de l'attribution de la charge des risques au créancier.

465. Justification des risques à la charge du créancier. La volonté de celui-ci à l'origine de la conservation de la chose par une autre personne, est naturellement reflétée dans la réglementation des conséquences de la perte fortuite de la chose. Les risques demeurent à la charge du créancier malgré la mise en demeure du débiteur lorsqu'il est évident que la chose pourrait aussi périr chez lui. La détention de la chose par le débiteur traduit que le créancier n'envisage pas de l'utiliser pendant la période de conservation. Il s'ensuit que celui-ci n'a pas subi de préjudice ; on suppose en outre qu'il ne perde pas de vue que la délivrance peut nécessiter, à la charge du débiteur, l'accomplissement de certains actes préparatoires. La perte de la chose survenue dans ces conditions doit naturellement peser sur le patrimoine du créancier.

466. Conclusion de la Section II. Les codificateurs introduisent dans l'hypothèse de l'ancien article 1302, reprise dans les nouveaux articles 1351 et 1351-1 du Code civil, des signes indicatifs du rattachement de la charge des risques à l'obligation de délivrance. Il n'est pas, à cet égard, moins révélateur que l'impact spatial de la force majeure, est pris en considération dans la résolution de la charge des risques. De même, il n'est fait nullement référence au droit de propriété. L'hypothèse ne concerne pas seulement les opérations de transfert de propriété, elle englobe les contrats translatifs d'une simple obligation de détention. Il ressort d'ailleurs expressément de ces dispositions que la force majeure a pour effet d'éteindre l'obligation. La force majeure éteint notamment l'obligation de conservation dont l'exécution successive suspend l'exigibilité de l'obligation de délivrance.

L'ancien article 1137 du Code civil se borne à préciser le contenu de l'obligation de conservation. Les termes des anciens articles 1137 et 1147 du Code civil ne sont pas contradictoires. La suppression de l'expression de « *soins de bon père de famille* » prévue par le premier texte est la conséquence d'une analyse sans doute erronée. Ces deux anciennes dispositions relèvent chacune d'un domaine différent. L'ancien article 1147 relève de la responsabilité contractuelle. Tandis que l'ancien article 1137 précise le contenu de l'obligation de conservation, obligation caractéristique dans l'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux du Code civil. La mise en demeure constitue un mécanisme régulateur de l'exécution de l'obligation de conservation et de celle de la

---

d'après elle, pour échapper à la responsabilité, le débiteur ne peut invoquer sa bonne foi et il ne peut se libérer qu'en établissant "une cause étrangère qui ne lui est pas imputable", c'est-à-dire un fait extérieur (cas fortuit, fait d'un tiers, fait de la victime) imprévisible et irrésistible. La preuve de sa diligence et de sa prudence, c'est-à-dire l'absence de faute, ne suffit donc pas pour l'exonérer. Il faut pour cela qu'il établisse positivement l'existence du fait qui a causé le dommage et qu'il prouve que ce fait lui est étranger. Ce texte impose, par conséquent, une définition stricte de l'obligation contractuelle. »

délivrance. La perte fortuite de la chose survenue avant la mise en demeure pèse sur le créancier de l'obligation de conservation : la règle *res perit creditori*. En revanche, la force majeure survenue après la mise en demeure n'affecte pas, par principe, l'obligation de restitution, autrement dit, de la délivrance ; celle-ci ne s'éteint que dans l'hypothèse où la chose serait aussi détruite par la même force majeure chez le créancier : la règle *res perit creditori*.

Conclusion du Chapitre I

467. Risques, obligation de délivrance, obligation de conservation et mise en demeure. L'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux du Code civil révèle l'étroite relation entre l'obligation de délivrance et la charge des risques dans le système du Code civil de 1804. La règle qui résulte de ces dispositions est identique à celle de l'ancien article 1138 du Code civil, bien qu'une nuance assez fondamentale existe entre les deux hypothèses. La mise en demeure constitue le mécanisme qui établit la limite entre l'obligation de conservation et celle de délivrance.

Il n'est pas anodin qu'aucune référence n'est faite, dans les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, au droit de propriété. Cette hypothèse est caractérisée exclusivement par l'obligation de conservation dont l'exécution suspend l'exigibilité de la délivrance. La restitution de la chose, au même titre que le cas de force majeure, éteint l'obligation de conservation, autrement dit, libère le débiteur [1359]. Les risques sont à la charge du créancier par principe avant la mise en demeure, et, dans une hypothèse exceptionnelle, après la mise en demeure : la règle *res perit creditori*. La perte fortuite de la chose survenue postérieurement à la mise en demeure n'éteint pas l'obligation de restitution. Les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 ne s'appliquent pas que dans les rapports entre le propriétaire et le débiteur. Un simple détenteur est aussi autorisé à charger une autre personne de conserver la chose ; les risques seront à sa charge tant que celle-ci n'est en demeure de remettre la chose. Ainsi, dans cette hypothèse, le droit de propriété ne peut vraiment occulter le rôle de l'obligation de délivrance dans l'attribution de la charge des risques. Il en va de même dans l'hypothèse où les parties ont soumis la délivrance à un terme ou à une condition.

[1359] L'ancien article 1245 du Code civil dispose que : « *Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure* ». Cette disposition qui ne conernait que les choses de corps certain, est modifiée par la réforme de 2016. Les termes du nouvel article 1342, alinéa 2, semblent plus généraux que ceux de l'ancien article 1245 ; ils visent en effet le paiement en général : « *Il* (le paiement) *libère le débiteur à l'égard du créancier et éteint la dette, sauf lorsque la loi ou le contrat prévoit une subrogation dans les droits du créancier.* »

CHAPITRE II.

LA CHARGE DES RISQUES DANS LA DÉLIVRANCE SOUMISE À UN TERME OU UNE CONDITION

468. Terme et condition. L'inaptitude de l'homme à maîtriser l'avenir l'amène souvent à introduire l'éventualité des aléas dans son engagement [1360]. Il ne peut aussi être en mesure de fournir immédiatement la prestation à laquelle il envisage de s'engager. Ainsi, comme toute obligation, la délivrance peut être soumise à un terme ou une condition. Ces modalités n'affectent pas seulement la délivrance en matière de transfert de propriété, mais dans toute hypothèse où il s'agit de transférer la détention de la chose. Aux termes de l'ancien article 1185 du Code civil, « *le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution.* » Le terme est un événement futur et certain qui retarde l'exigibilité de l'obligation [1361]. Il a ainsi pour effet de dissocier la délivrance de la formation du contrat. Autrement dit, la mise à disposition de la chose se fera à l'arrivé du terme stipulé. En revanche, la condition est par nature un événement à la fois futur et incertain [1362], c'est-à-dire dont la réalisation ne dépend pas de la volonté des parties [1363]. Soit la condition suspend l'exécution de l'obligation de délivrance, soit sa survenance entraîne la révocation de la délivrance, même déjà effectuée. Au-delà de son caractère incertain, la condition suspensive paraît ainsi, dans ses effets, plus proche du terme (Section I) que de la condition résolutoire (Section II).

1360 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse Lille II, 1977, p. 3.

1361 Civ. 1re, 21 juillet 1965, *Bull. civ.* 1965, I, n° 496 ; Civ. 1re, 13 avril 1999, *Bull. civ.* 1999, I, n° 131 : « *Attendu que le terme est un événement futur et certain auquel est subordonné l'exigibilité ou l'extinction d'une obligation* ; » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 1218 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 1299 : « *Le terme est un événement futur dont la fonction est de délimiter dans le temps les effets d'une obligation et dont la survenance (" l'échéance ") est inéluctable. Il fixe l'instant où le créancier pourra exiger l'exécution de l'obligation (il suspend l'exigibilité de l'obligation : terme suspensif) ou l'instant où le débiteur sera délié de l'obligation pour l'avenir (l'obligation se termine, s'éteint : terme extinctif).* »

1362 L'ancien article 1168 du Code civil dispose que : « *l'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas.* » ; Civ. 1re, 13 avril 1999, *Bull. civ.* 1999, I, n° 131 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'événement étant incertain non seulement dans sa date, mais aussi quant à sa réalisation, il s'agissait d'une condition et non d'un terme, la cour d'appel a violé le texte susvisé par fausse application ;* ».

1363 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 1218.

SECTION I.
EN CAS DE DÉLIVRANCE DUE SOUS CONDITION SUSPENSIVE OU À TERME

469. Le terme et la condition suspensive dans le Code civil de 1804. Le Code civil ne définit pas le terme, mais se contente de mentionner ce qui le distingue de la condition suspensive. Ce qui laisse par ailleurs entendre que le législateur prévient la similitude entre ces deux institutions. La différence ne tient en effet que dans leur nature juridique (§ 1) ; leur similitude est évidemment large [1364] ; ce qui ressort de leur conséquence sur la charge des risques (§ 2).

§ 1. DIFFÉRENCE ENTRE LA CONDITION SUSPENSIVE ET LE TERME

470. La différence soulignée par le Code civil de 1804 et la prétendue différence consacrée par la réforme de 2016. Le Code civil souligne de façon expresse une différence (A) entre la condition suspensive et le terme. L'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, paraît consacrer une prétendue différence issue d'une partie de la doctrine (B). Cette Ordonnance aussi bien que le Code civil ignorent le terme extinctif [1365]. Celui-ci éteint une obligation normale à exécution successive, telle l'obligation du locataire ; l'obligation s'exécute jusqu'au terme prévu [1366]. Il est à ce titre sans intérêt ici, il ne se distingue guère de l'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil précédemment analysée.

1364 Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, thèse Toulouse, LGDJ, 1961, p. 141 : « *Le terme et la condition ont un caractère commun qui consiste en ce que l'événement choisi comme modalité par les parties doit toujours être un événement futur. Mais ce qui les distingue c'est la certitude de la réalisation : si l'événement futur est inévitable, il est certain et est appelé terme ; s'il consiste, par contre, dans la réalisation encore douteuse d'un événement attendu, il est incertain et est appelé condition.* »

1365 J.-S. BORGHÉTTI, « Des obligations conditionnelles et à terme », in F. TERRÉ (Sous la dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013, p. 63, spéc., p. 68 : « *Comme le Code civil, […], ils (les articles 31 à 35 du projet* TERRÉ*) n'envisagent que le terme suspensif et ne traitent pas du terme extinctif. Le terme extinctif, en effet, n'est pas le symétrique du terme suspensif. L'exigibilité de l'obligation dépend du second, mais non du premier.* »

1366 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 269 : « *Le terme extinctif n'appelle pas un examen particulier. Il suffit de noter que l'obligation qui en est assortie est une obligation qui produit ses effets normaux jusqu'à l'arrivée du terme, lequel n'a d'autre rôle que de limiter ces effets dans le temps. S'agissant du contrat, celui dont les obligations sont affectées d'un terme extinctif constitue un contrat à durée déterminée, même si la date de réalisation du terme est inconnue — terme "incertain".* »

A. Différence soulignée par le Code civil de 1804

471. Différence complétée en droit positif. Le Code civil de 1804 se borne à distinguer le terme de la condition par leurs effets (1). Cette distinction paraît incomplète ; la doctrine ainsi que la jurisprudence l'ont alors complétée par un autre trait distinctif décisif (2).

1. La distinction entre le terme et la condition par leurs effets

472. L'absence de définition du terme dans le Code civil. Les codificateurs se sont préoccupés de façon particulière et formelle de souligner une frontière entre le terme et la condition suspensive. Au lieu de donner la définition du terme, ils préfèrent plutôt le comparer à la condition suspensive [1367]. Une disposition spéciale y est en effet consacrée, dont il résulte que le terme n'est comparé que par son effet à la condition suspensive. Il convient de rappeler le texte de l'ancien article 1185 du Code civil, suivant lequel « *le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution.* » La distinction consiste ici à cantonner l'effet du terme à la date de l'exigibilité de l'obligation [1368]. Autrement dit, l'obligation à terme est celle dont l'exécution est retardée. C'est ce qui est repris dans la définition du terme résultant de l'Ordonnance du 10 février 2016 [1369]. Le nouvel article 1305 du Code civil dispose que : « *l'obligation est à terme lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine.* » [1370]

473. L'effet du terme à l'égard de celui de la condition suspensive. Le départ fait par les codificateurs, entre le terme et la condition suspensive, laisse simplement entendre que l'effet de celui-là est plus limité que celui de celle-ci. Il résulte de cette distinction que l'effet de la condition suspensive couvre celui du terme. Il découle évidemment de la condition suspensive que l'exigibilité de l'obligation est également retardée, puisque celle-ci ne peut recevoir exécution qu'à compter de la survenance de la condition. Aux termes de l'ancien article 1181 du Code civil, « *l'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties.*

1367 C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Y. GAUTIER, PUAM, 2003, n° 4 : « *[…], l'article 1185 du Code civil offre une comparaison maladroite du terme suspensif et de la condition suspensive.* »

1368 BIGOT DE PRÉAMENEU, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 13, Paris, 1827, p. 244 : « *Lorsqu'on dit que celui qui a terme ne doit rien, c'est en ce sens seulement que ce débiteur ne peut être poursuivi avant le terme : mais l'obligation n'en existe pas moins […].* »

1369 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

1370 L'Ordonnance reprend la définition du terme résultant de la jurisprudence : Civ. 1re, 13 avril 1999, *Bull. civ.* 1999, I, n° 131 ; Com., 20 mars 2007, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 93.

Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement. Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée. » Cette distinction entre le terme et la condition par leurs effets, est insuffisante ; il existe un autre trait distinctif.

2. Un autre trait distinctif décisif

474. La nature de l'événement. La différence soulignée de façon formelle par le Code civil de 1804, entre la condition suspensive et le terme, paraît insuffisante, dans la mesure où la condition entraîne aussi la suspension de l'exécution de l'obligation [1371]. La jurisprudence ainsi que la doctrine trouvent alors un autre trait distinctif décisif. La différence essentielle repose sur la nature de l'événement pouvant être constitutif de condition ou de terme [1372]. La définition de la condition et particulièrement celle de la condition suspensive résultant des anciens articles 1168 et 1181 du Code civil contribuent à établir cette distinction. L'événement conditionnant est défini en général à l'ancien article 1168 du Code civil comme étant « *futur et incertain* […] » [1373]. Le terme, en revanche, est un événement futur, mais certain [1374] ; il consiste, *stricto sensu*, dans la fin du délai accordé au débiteur pour l'exécution de son obligation ; là, le terme diffère très nettement de la condition suspensive ; le terme est ici tout à fait certain [1375].

475. Un rapprochement. Il s'avère cependant que le terme peut être aussi incertain [1376], c'est-à-dire indéterminé [1377] ; il paraît alors très proche de la condition suspensive. En effet, la date

---

1371 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 37, p. 66 : « *Si l'on considère en premier lieu l'événement lui-même, le terme et la condition ont en commun d'être nécessairement futurs lors de leur insertion dans l'acte. Mais là s'arrête la similitude.* »

1372 *Ibid.*, n° 37, p. 66 : « *Une divergence essentielle surgit qui réside dans le caractère respectivement certain et incertain de leur réalisation.* »

1373 Ce qui exclurait des événements passés et présents : *Ibid.*, n° 26 : « *Un événement passé ou présent ne peut donc constituer une condition véritable. Force est ainsi de convenir que la loi s'attache à l'incertitude objective de l'événement. Seul en effet un événement futur peut être objectivement incertain. Un événement passé ou présent ne peut l'être puisqu'on peut savoir s'il s'est réalisé ou s'il a défailli.* », *Ibid.*, n° 23 : « *L'incertitude de l'événement constitue le trait "essentiel" de la condition, puisque […] son caractère futur n'est exigé que dans la mesure où il contribue à l'existence de cette incertitude.* »

1374 Civ. 1re, 13 juillet 2004, *D.* 2005, p. 1009, note A. BORIES : « *Attendu que le terme est un événement futur et certain auquel est subordonnée l'exigibilité ou l'extinction d'une obligation ;* ».

1375 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 269.

1376 *Ibid.*, n° 269 ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, « Bibliothèque de droit privé tome 505 », préf. D. MAZEAUD, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, n° 214.

1377 MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 1300 : « *[…], on distingue le terme certain du terme incertain. Il se peut que la date à laquelle le terme se produira soit connue : ainsi, quand on fixe le terme par un délai déterminé (dans trois mois) ou, ce qui revient au même, quand on fixe la date d'échéance de la dette (ex. : 1er juin 2016), il s'agit d'un terme certain. Il se peut aussi que l'on ignore la date à laquelle se produira l'événement considéré :*

… / …

de l'exigibilité d'une obligation peut procéder de celle d'un événement dont la survenance est inéluctable, mais la date incertaine [1378] ; il en est ainsi du décès [1379] ; il s'ensuit que le terme est incertain [1380] ; cet événement marque le terme du délai dans lequel l'obligation n'est pas exigible, autrement dit, il constitue, par son caractère inéluctable, un terme, mais pas une condition. Le nouvel article 1305 du Code civil, issu de l'Ordonnance du 10 février 2016 [1381], reprend ainsi la définition du terme fournie par la jurisprudence. Le terme est toujours défini par opposition à la condition. L'événement constitue un terme ou une condition selon que sa survenance est inéluctable ou incertaine [1382]. Ainsi, la différence essentielle réside dans le caractère de la réalisation de l'événement. On est en présence d'une condition suspensive lorsque la réalisation de l'événement est aléatoire [1383], tandis que cet événement constitue un terme dès lors que sa survenance est inéluctable [1384]. La condition suspensive diffère du terme par l'incertitude de sa réalisation. La réforme de 2016 prétend apporter une autre différence.

B. Prétendue différence consacrée par la réforme

476. L'origine de la prétendue différence. À côté de la distinction entre la condition et le terme soulignée par les codificateurs eux-mêmes, on peut signaler celle observée dans

---

l'exemple est le décès d'une personne ; il se produira à coup sûr […], mais on ignore la date : le terme est incertain. » ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 38.

1378 O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 286 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 88.

1379 Soc., 28 octobre 1992, *Bull. civ*. 1992, IV, n° 521 : « *Mais attendu qu'est pris pour une durée déterminée l'engagement dont le terme est fixé par un événement certain, même si la date de sa réalisation est inconnue, dès lors que cette réalisation est indépendante de la volonté de l'une des parties ; qu'en l'espèce, après avoir fait ressortir, par motifs propres et adoptés, que l'avantage consenti devait être versé au bénéficiaire sa vie durant ou jusqu'au décès de son conjoint survivant, soit jusqu'à un terme certain dont la réalisation ne dépendait pas de la volonté de l'une des parties, la cour d'appel […] a, en décidant qu'il ne pouvait être résilié que par consentement mutuel des parties légalement justifié sa décision ;* » ; Civ. 3e, 18 janvier 1995, *Bull. civ.* 1995, III, n° 16 ; Civ. 1re, 13 décembre 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 489.

1380 Civ. 1re, 13 décembre 1994, *Bull. civ*. 1994, I, n° 377.

1381 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

1382 Civ. 1re, 13 avril 1999, *Bull. civ*. 1999, I, n° 131; Com., 20 mars 2007, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 93 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 1299 et s. ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 41 : « *[…], en toute hypothèse, terme et condition se reconnaîtront à la certitude de celui-là et à l'incertitude de celle-ci.* »

1383 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 277.

1384 Civ. 1re, 21 juillet 1965, *Bull. civ.* 1965, I, n° 496 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 1300 ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 286 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 87.

certaines opinions doctrinales et dans la jurisprudence [1385], laquelle paraît consacrée par l'Ordonnance du 10 février 2016 [1386], surtout en ce qui concerne la condition suspensive [1387]. Des auteurs semblent en effet laisser entendre que la condition, en général, et suspensive en particulier, affecterait plutôt la formation du contrat [1388]. Avant la réalisation de la condition, l'obligation n'existerait pas [1389]. Cette analyse ne met pas ainsi le terme et la condition au même plan dans le processus contractuel [1390]. Il en résulte en effet que le contrat serait définitivement formé par la réalisation de la condition, mais que dans l'hypothèse du terme, l'obligation existe [1391]. Autrement dit, le terme retarde l'exigibilité de l'obligation, tandis que la condition affecterait la formation du contrat. Cette analyse ne

---

1385 Civ., 8 novembre 1950, *JCP G* 1950, II, 5870, obs. R. CAVARROC.

1386 Il ressort du rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance, que « *l'article 1304 commence ainsi par donner une définition générale de l'obligation conditionnelle, qui s'inspire des textes actuels du Code civil et de la doctrine majoritaire, puis définit la condition suspensive et la condition résolutoire. Ainsi, en présence d'une condition suspensive, la naissance de l'obligation est suspendue à l'accomplissement de cette condition : tant que la condition n'est pas réalisée, l'obligation conditionnelle n'existe qu'en germe, seul l'accomplissement de la condition rend l'obligation pure et simple. En présence d'une condition résolutoire, l'obligation naît immédiatement et produit tous ses effets, mais son anéantissement est subordonné à l'accomplissement.* »

1387 Art. 1304, alinéa 2, issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

1388 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. 2. Contrat*, 5e éd., Litec, 1995, n° 1098 ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 283 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922, n° 424 ; Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, thèse Toulouse, LGDJ, 1961, p. 146 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 1218 : « *La condition est suspensive lorsque la formation de l'obligation est suspendue jusqu'à sa réalisation.* » ; A. BENABENT, *La chance et le droit*, thèse Paris, LGDJ, 1973, n° 54 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 317 : « *La condition est un événement futur incertain dont les parties entendent faire dépendre l'existence même du contrat.* » ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13e éd., LexisNexis, 2014, n° 441 : « *[…], le terme affecte seulement la durée du contrat en précisant son point de départ ou sa fin ; quelle que soit cette durée, le contrat existe ou a existé alors que la condition subordonne l'existence même du contrat : suivant que la condition se réalisera ou non, le contrat conclu existera ou sera censé n'avoir jamais existé.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 1320 : « *Les droits du créancier sous condition suspensive pendant la période d'incertitude se résument en deux propositions complémentaires : son droit n'existe pas et il a cependant un germe de droit. Le droit du créancier n'est pas encore né ; il est possible qu'il ne naisse jamais. Par conséquent, le créancier ne peut exiger le paiement (art. 1181, al. 2) ; si le débiteur paie, il paie l'indu, qu'il peut répéter. Tandis que le débiteur à terme qui paie n'a pas d'action en répétition.* » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 277.

1389 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 27 ; R. CAVARROC, obs. sur Civ., 8 novembre 1950, *JCP G* 1950, II, 5870.

1390 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 277 : « *[…], la condition affecte l'existence même de l'obligation. Cela oppose encore, et radicalement, la condition au terme, lequel ne concerne que l'exécution de l'obligation, en la retardant ou en la limitant dans le temps.* »

1391 *Ibid.*, n° 270 : « *Le terme suspensif produit deux effets principaux : l'obligation à terme n'est pas exigible ; mais elle existe.* »

paraît pas satisfaisante ; elle contredit apparemment les dispositions mêmes du Code civil relatives à la condition.

477. Contradiction avec la vision du Code. En effet, dans les anciens articles 1168, 1174, 1176, 1177, 1179, 1181 et 1183, le Code civil n'envisage la condition qu'à l'égard de l'obligation [1392]. C'est ce qui semble d'ailleurs repris par l'Ordonnance, en ce que celle-ci n'emploie que les termes de « *l'obligation conditionnelle* » [1393]. La condition suspend ou résout l'obligation [1394]. Ce qui n'est que logique ; quelques rares références faites dans le Code civil au terme « *convention* » [1395] ne peut nuire à l'intention des codificateurs de n'avoir en vue que l'obligation. Ainsi, la nouvelle formulation qui résulte de l'Ordonnance semble moins claire que celle issue du Code civil de 1804. L'article 1304, aliéna 2, de cette Ordonnance dispose que « *la condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple* » [1396]. Cette définition de la condition suspensive ne peut rendre parfaitement compte de l'intention manifeste [1397] du législateur moderne de dissocier la naissance de l'obligation de la formation du contrat. Car le moment où l'obligation devient « *pure et simple* » ne peut être celui de sa naissance ; la nouvelle formulation suppose toujours que la naissance de l'obligation est antérieure au moment où elle devient « *pure et simple* ».

1392 O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 286 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 327 : « *Il est vrai que les textes eux-mêmes ne sont pas à cet égard exempts de tout reproche, certains faisant expressément référence à l'obligation conditionnelle (articles 1168, 1173, 1174, 1176, 1177, 1181 et 1183), d'autres visant au contraire la convention conditionnelle (articles 1170 et 1179). On peut toutefois déjà relever qu'à propos de la condition suspensive ou de la condition résolutoire, les deux mécanismes conditionnels, le Code civil, lorsqu'il les envisage, souligne à chaque fois que c'est l'obligation et non la convention qui s'en trouve alors affectée (articles 1181 et 1183). Sur ce terreau favorable cependant, pouvait naître la confusion. La doctrine, sans doute involontairement, l'amplifia par la suite en se référant fréquemment à une convention conditionnelle.* » ; J.-S. BORGHÉTTI, « Des obligations conditionnelles et à terme », in F. TERRÉ (Sous la dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013, p. 63, spéc., p. 64 : « *Compte tenu de la tradition française et la structure adoptée par le présent projet, il a néanmoins paru préférable de continuer à envisager la condition à partir de l'obligation, étant entendu qu'une condition peut également affecter un contrat ou un acte juridique dans son ensemble.* »

1393 C'est l'intitulé de la Section 1 du titre 4 de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Les articles relatifs à la condition n'emploient que le terme d' « *obligation conditionnelle* ».

1394 L'ancien article 1168 du Code civil.

1395 L'ancien article 1170 du Code civil, en ce qui concerne les effets de la condition potestative sur la convention ; l'ancien article 1172, sur l'effet de la condition d'une chose impossible, contraire aux bonnes mœurs ; l'ancien article 1184 disposant que la condition résolutoire est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques.

1396 Art. 1304, al. 2, du Code civil, issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

1397 Elle est clairement exprimée dans le rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

478. L'origine vraisemblable de la nouvelle formulation. Cette formule paraît être celle qui résulte des travaux de M. TAISNE [1398] ; cependant, cet auteur l'a proposée dans un cas très particulier, en l'opposant au contraire à l'obligation conditionnelle. En effet, le Code civil définit la condition en général [1399], et suspensive en particulier [1400], comme étant un événement futur et incertain devant avoir par principe un effet rétroactif [1401]. L'ancien article 1181 du Code civil introduit de façon particulière dans la définition de la condition suspensive un événement réalisé mais inconnu des parties lors de la formation du contrat ; l'obligation produit en ce cas « *son effet du jour où elle a été contractée* ». M. TAISNE ainsi que certains auteurs ne voient pas dans cet événement une condition véritable, en ce que son accomplissement n'est pas futur [1402] ; seule sa connaissance par les parties est future. Le caractère incertain de l'événement serait alors subjectif, c'est-à-dire qu'il n'existerait qu'à l'égard des parties contractantes [1403]. Il estime que l'incertitude subjective ne pourrait suffire à caractériser un événement conditionnant ; il faudrait encore l'existence de l'aléa objectif, c'est-à-dire de l'incertitude sur la réalisation future de l'événement.

479. Les options proposées par la doctrine. Il propose par conséquent, en ce qui concerne l'événement arrivé mais inconnu des parties, d'opter « *entre l'existence d'une obligation pure et simple* "ab initio" *ou l'existence d'une obligation conditionnelle dont la naissance rétroagit partiellement* » [1404]. On pourrait, en d'autres termes, concevoir que cet événement donne lieu,

---

1398 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 47.

1399 L'ancien article 1168

1400 L'ancien article 1181.

1401 Aux termes de l'ancien article 1179 du Code civil, « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier.* »

1402 M. DURANTON, *Traité des obligations en général, suivant le Code civil*, tome 2, 3e éd., Paris, Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 73 : « *[…], l'obligation n'est réellement point conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement qui serait actuellement arrivé quoiqu'il fût inconnu des parties ; car de deux choses l'une : ou l'événement est réellement arrivé, et dans ce cas l'obligation n'est point suspendue dans ses effets, il n'y a que l'exécution qui en soit retardée, jusqu'à ce que l'on ait acquis la certitude de l'événement ; ou bien l'événement n'est point arrivé, et alors il n'y a pas eu d'obligation de suspendue, puisque par le fait il ne pouvait même y avoir aucune obligation quelconque.* » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 277 : « *[…], la condition est un événement nécessairement situé dans l'avenir (art. 1168). Un fait déjà réalisé, en dépit de la présentation ambiguë de l'article 1181, alinéa 1er, ne peut jamais constituer une condition, quand bien même les parties en auraient ignoré l'existence.* »

1403 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 45 : « *Le cas de l'événement passé ou présent, mais inconnu des parties pose incontestablement le problème de la suffisance ou de l'insuffisance de l'incertitude subjective. Objectivement, aucune incertitude n'existe ; l'événement s'est réalisé ou a défailli. Mais subjectivement, il n'en est pas ainsi.* » ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 286 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 85 : « *Dans cette hypothèse, l'incertitude de l'événement conditionnel résultera d'une appréciation de l'état d'esprit des parties et non plus seulement du seul critère objectif. L'incertitude subjective est apparue tout d'abord dans les contrats aléatoires.* »

1404 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 47.

soit à une obligation pure et simple [1405], soit à une obligation conditionnelle [1406]. Le caractère partiel de la rétroactivité de l'obligation conditionnelle consisterait dans le maintien des risques à la charge du débiteur, autrement dit, dans la non-rétroactivité de l'obligation seulement en ce qui concerne l'attribution de la charge des risques ; l'obligation produirait ses autres effets du jour où elle a été contractée. L'obligation pure et simple, quant à elle, est considérée comme étant née du jour où les parties sont informées de la réalisation de l'événement. Ainsi, M. TAISNE, ou la doctrine [1407], de façon générale, oppose l'obligation pure et simple à l'obligation conditionnelle [1408].

480. L'obligation pure et simple résultant de la nouvelle formulation. L'Ordonnance supprime cette distinction. D'une part, l'obligation pure et simple qui en résulte, est conditionnelle, puisqu'elle constitue l'effet de la condition suspensive. Le caractère pur et simple de l'obligation paraît ainsi traduire exclusivement la non-rétroactivité de celle-ci [1409]. D'autre part, l'obligation pure et simple des articles 1304, alinéa 2, et 1304-6 de l'Ordonnance, paraît constituer l'effet général de la condition suspensive ; elle fait en effet abstraction du cas dans lequel certains auteurs [1410] l'ont proposée : celui de l'événement arrivé mais inconnu des parties lors de la conclusion du contrat. Par conséquent, la question relative à la nature de l'incertitude n'est pas résolue : subjective ou objective. La

---

1405 O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 286 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 55 : « *[…], l'article 1182 écarte toute rétroactivité dans le domaine du transfert des risques lorsque se trouve en cause une obligation conditionnelle. En conséquence, si une vente est conditionnelle, les risques sont à la charge du vendeur. Si, en revanche, l'événement érigé en condition est un fait passé ou présent, l'obligation pourra être qualifiée d'obligation pure et simple dès la conclusion de la convention si l'événement s'est réalisé : les risques sont donc dès l'origine transférée à l'acquéreur par application du droit commun (article 1138 al. 2 du Code civil). La charge des risques ne se trouvera donc pas répartie de la même façon selon que l'événement sera qualifié de passé, de présent ou de futur.* »

1406 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 277 : « *Par exemple, si je promets de payer 1 000 euros à Pierre "si je gagne à la loterie" alors que le tirage est déjà intervenu et que j'en ignore le résultat, l'obligation n'est pas conditionnelle : elle est, pure et simple, ou elle est inexistante, selon que le tirage a été ou non favorable (art. 1181, al. 3).* »

1407 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 17, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe et Paris, A. Marescq, Aîné, 1878, n° 79, p. 92 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome 25, Durand et Hachette, 1869, n° 377.

1408 Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, thèse Toulouse, LGDJ, 1961, p. 144 : « *L'obligation conditionnelle s'oppose à l'obligation pure et simple en ce que l'existence de l'obligation dans l'avenir ou dans le passé dépend de l'arrivée d'un événement futur.* »

1409 L'article 1304-6 du Code civil issu de la réforme de 2016, dispose que : « *L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive. Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition.* »

1410 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 47 ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 286 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 56.

nouvelle formulation ne permet pas de déterminer si la connaissance future par les parties de l'événement déjà accompli lors de la formation du contrat suffit à caractériser la condition suspensive, ou si l'existence de l'aléa objectif est nécessaire ; par référence au seul caractère futur et incertain de l'événement conditionnant, l'incertitude subjective serait peut-être exclue ; aucune référence, même tacite, à celle-ci ne résulte de l'Ordonnance.

481. Le devenir de l'incertitude subjective. M. TAISNE ainsi que ceux [1411] qui l'on suivi rejettent l'incertitude subjective [1412]. Mais sans en démontrer de façon convaincante la raison, sinon seulement par la nécessité de la réalisation future et incertaine de l'événement [1413]. Au contraire, l'évolution du droit doit tendre de nos jours vers la consécration formelle de l'incertitude subjective. Le caractère postérieur en soi de l'accomplissement de l'événement semble en effet de moins en moins pertinent. C'est plutôt sa connaissance future par les parties, qui paraît, en la matière, constitutif d'un critère de premier plan. L'accomplissement ou la défaillance future de l'événement peut être inconnue de certaines personnes, mais pas d'autres. Il existe des moyens pour certaines personnes de connaître d'avance la réalisation ou défaillance de certains événements, dont ne disposent pas d'autres. Ainsi, le sexe de l'enfant à naître peut être connu avant sa naissance, de même que le jour de sa naissance. La possibilité de connaître à l'avance l'accomplissement ou la défaillance d'un événement démontre la rareté de l'aléa objectif, c'est-à-dire de l'incertitude objective tant préférée [1414]. La réforme n'aurait pas dû jeter l'incertitude subjective dans l'obscurité ; car elle s'adapte mieux à cette évolution. L'obligation est exigible dès que les parties sont informées de la réalisation de l'événement, restée inconnue d'elles lors de la formation du contrat.

482. Naissance de l'obligation sous condition suspensive. La définition de la condition suspensive, en général, issue du Code civil, est donc aussi bien techniquement que pratiquement celle susceptible de rendre compte le mieux de la situation [1415]. L'obligation sous condition ne doit pas être conçue comme née de la réalisation de l'événement

---

1411 Cet auteur rejette aussi l'incertitude subjective : O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 286 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 47 et s.

1412 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 47.

1413 O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 286 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 48 et suiv.

1414 *Ibid.*, n° 51 et suiv.

1415 *Ibid.*, n° 328 : « *Quels que soient les griefs que l'on peut nourrir à son égard, le concept de modalité, en insistant sur l'idée d'obligation, permet une meilleure délimitation du domaine d'application de la notion de condition.* » ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 337 : « *Nous pouvons conclure [...] que la condition est une modalité de l'obligation et non point de l'acte. Ceci se marque d'une part par la possibilité d'un impact sélectif sur les effets de l'acte, comme le montre en particulier l'analyse de certaines conventions aléatoires. Ceci se marque d'autre part par un aménagement très précis du régime juridique de l'acte conditionnel qui, en raison particulièrement de la rétroactivité de la condition suspensive accomplie, le place hors de la théorie de l'avant-contrat.* »

conditionnant [1416]. L'action tant de suspendre que de résoudre suppose que son objet existe [1417]. Or, celui-ci ne peut exister indépendamment de la préexistence du contrat. En outre, considérer que le contrat n'existe pas du simple fait que ses effets obligationnels sont affectés de condition [1418], c'est aussi contester l'existence même de cette condition [1419]. Celle-ci tient sa force du contrat qui lui préexiste [1420] ; elle n'existe pas tant que celui-ci n'est pas encore formé. Il est évident que la condition de l'ancien article 1168 du Code civil n'affecte aucune condition de formation du contrat [1421] : consentement, capacité ou objet [1422] ; elle affecte plutôt la certitude de l'exigibilité de la prestation stipulée. La

---

1416 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome 25, Durand et Hachette, 1869, n° 377 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 17, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe et Paris, A. Marescq, Aîné, 1878, n° 78, p. 92 : « *[…] l'obligation ne se forme que lorsque la condition s'accomplit ; et si elle ne se forme qu'à ce moment, pourquoi rétroagit-elle ? La raison en est que, d'après les principes comme d'après l'intention des parties contractantes, la convention doit avoir effet du jour où les parties consentent ; or, elles consentent lorsque la convention est contractée, et non lorsque la condition s'accomplit. C'est en ce sens que l'orateur du gouvernement dit : "Un contrat, pour être subordonné à une condition, n'en est pas moins un engagement dont la condition n'est qu'une modification. Il est donc juste que son effet remonte au jour où il a été contracté lorsque la condition a été accomplie." Il faut ajouter qu'il n'est pas exact de dire que le contrat ne se forme que lorsque la condition s'accomplit.* » ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3e éd., « Faculté Jean Monnet », Éditions La Mémoire du Droit, 2012, n° 28 : « *Le contrat sous condition suspensive est un contrat complet, qui se suffit à lui-même ; il n'est pas fait pour préparer un contrat futur. Si la condition se réalise, c'est bien le contrat primitif qui produira ses effets ; il ne sera pas remplacé ou complété par un second contrat qui viendra se substituer ou s'adjoindre au premier.* » ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, tome 2 par L. JULLIOT DE MORANDIÈRE, Dalloz, 1959, n° 1690.

1417 À propos du droit romain réputé hostile à la rétroactivité de la condition : P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 507 : « *Toutes les conséquences qu'on rattache à l'effet rétroactif peuvent être justifiées par l'idée que l'obligation a déjà une certaine existence avant l'événement de la condition.* »

1418 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome 25, Durand et Hachette, 1869, n° 377.

1419 M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, « Bibliothèque de droit privé tome 505 », préf. D. MAZEAUD, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, n° 618 : « *[…], considérer que le contrat ne s'est jamais formé, c'est finalement consacrer par un moyen détourné sa nullité et, partant, assimiler la condition* stricto sensu *à une condition de validité.* »

1420 P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ*. 1999, p. 771, spéc., n° 43 : « *[…], si les obligations n'existent pas tant que la condition n'est pas réalisée, il n'est pas douteux que le contrat, lui, existe, et qu'il a force obligatoire.* »

1421 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 248 : « *Le droit positif refuse d'assimiler la condition suspensive aux éléments légalement requis pour la formation de l'acte. Ceci signifie en premier lieu que l'événement conditionnant, envisagé abstraitement, n'a par lui-même aucune incidence sur la formation de l'acte ; il lui est extérieur ; l'acte peut exister sans lui. Mais ceci signifie surtout qu'une fois la relation conditionnelle instaurée entre cet événement et l'acte, la distinction demeure maintenue : l'incertitude de l'événement conditionnant n'a pas sur l'acte la même répercussion que l'incertitude qui frapperait l'un de ses éléments constitutifs.* »

1422 A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, tome 2, par L. JULLIOT DE MORANDIÈRE, Dalloz, 1959, n° 1690 ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, « Bibliothèque de droit privé tome 286 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 321 : « *Un événement essentiel à la validité de l'acte juridique ne peut en aucun cas être érigé en condition. En conséquence, l'événement décrit par l'article 1168 ne peut être qu'un élément accessoire.* »

condition, au même titre que l'obligation, résulte du contrat [1423] ; elle est en elle-même une obligation de ne pas faire qui affecte l'obligation positive résultant du contrat [1424]. L'on sait qu'il existe aussi des droits conditionnels [1425]. C'est d'ailleurs en vertu du contrat que le créancier peut exercer les actes conservatoires [1426]. L'obligation est née au même moment que la condition ; elle existe, mais seulement son maintien est éventuel [1427]. La défaillance de la condition entraîne la caducité de l'obligation, et par conséquent celle du contrat [1428], du moins si celui-ci devient sans objet.

483. Conclusion. Ainsi, tant le terme que la condition suspensive constituent des modalités affectant notamment l'exigibilité de l'obligation [1429] ; ces institutions ont une conséquence similaire sur la charge des risques.

1423 Une analyse similaire à propos de la clause résolutoire insérée dans le contrat : C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », préf. C. JAMIN, Dalloz, 2003, n° 329 : « *[…], si la clause résolutoire provoquait l'anéantissement du contrat, cela reviendrait à admettre le cumul de la résolution et de l'exécution. Le créancier qui demande l'application du pacte commissoire exprès solliciterait en même temps l'exécution du contrat et sa résolution. Il y a là une incohérence, mais celle-ci n'est qu'apparente si l'on veut bien limiter l'effet résolutoire au seul rapport d'obligation. Le contrat qui contient la clause résolutoire n'est pas atteint par elle, il en est le support. […]. La clause résolutoire est donc une règle posée par le contrat qui s'applique dans le cas d'une inexécution.* »

1424 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome 25, Durand et Hachette, 1869, n° 377 : « *Les droits et les obligations sont, en effet, dans tous les contrats, quels qu'ils soient, purs et simples ou conditionnels, le produit de la convention ;* » ; Com., 10 juillet 1984, *Bull. civ.* 1984, IV, n° 226 : « *Mais attendu que si la vente ne pouvait être exécutée aussi longtemps que ne serait pas satisfaite la condition suspensive, cette vente n'en était pas moins parfaite dans sa conclusion, ainsi que le retient, à bon droit, et hors toute dénaturation, la Cour d'appel dès lors que la condition s'est réalisée et que son accomplissement a eu un effet rétroactif au jour où l'engagement a été contracté, indépendamment de la situation créée par la liquidation des biens intervenue entre temps ; que le moyen n'est pas fondé en aucune de ses branches ;* »

1425 A. M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 5, Paris, Henri Plon, 1865, n° 100 bis. III ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 280 : « *[…], durant cette période* (où la condition reste pendante)*, l'obligation n'existe pas mais […], pour autant, le bénéficiaire de l'engagement n'est pas sans droit.* », *Ibid.*, n° 281.

1426 Aux termes de l'ancien article 1180 du Code civil : « *Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit.* » ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 5e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 146.

1427 A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 321 : « *Le contrat ne prend pas effet et les obligations qu'il crée ne sont donc pas exigibles : par exemple le vendeur ne peut réclamer le paiement du prix. On dit que le créancier est titulaire d'un "droit conditionnel " ou d'un "droit éventuel". S'il ne peut pas encore être exercé, ce droit existe déjà ; il peut donc être cédé et peut donner lieu à certaines mesures conservatoires (très limitées).* »

1428 M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, « Bibliothèque de droit privé tome 505 », préf. D. MAZEAUD, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, n° 639 et suiv. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 283.

1429 A. BORIES, note sous Civ. 1re, 13 juillet 2004, *D.* 2005, p. 1009 : « *Le terme et la condition constituent des modalités affectant le lien d'obligation. Ils ont en commun d'être par essence étrangers aux conditions de validité énumérées par l'art. 1108 C. civ. Il s'agit d'événement futur aménageant les effets de l'obligation dans le temps.* »

§ 2. La charge des risques

484. Rapprochement entre l'effet du terme et celui de la condition suspensive. Si les codificateurs sont préoccupés de souligner un trait distinctif entre la condition suspensive et le terme [1430], c'est évidemment en raison de la similitude entre leurs effets, qu'ils indiquent d'ailleurs par la même occasion [1431]. La condition suspensive, comme l'indique sa dénomination, a pour conséquence de retarder, quoi que l'on puisse croire [1432], au même titre que le terme, l'exigibilité de l'obligation. Ils ont ainsi en commun de dissocier l'exigibilité de l'obligation de la formation du contrat. Certes, l'exigibilité n'est pas certaine dans l'hypothèse de la condition suspensive ; mais il n'en demeure pas moins qu'elle est aussi suspendue par contrecoup à la réalisation incertaine de l'événement attendu. Comme à l'égard de toute obligation, la délivrance est affectée ; elle ne peut s'effectuer de façon immédiate. La condition suspensive d'une part, et le terme suspensif de l'autre, présentent ainsi une hypothèse illustrative du rôle exclusif de l'obligation de délivrance dans l'attribution de la charge des risques. Bien qu'identique dans les deux cas, la charge des risques doit être analysée de façon séparée, autrement dit, d'une part, dans la condition suspensive (A) et, d'autre part, dans le terme (B), l'hypothèse de la condition suspensive ayant suscité particulièrement d'énormes controverses doctrinales.

A. La charge des risques dans la condition suspensive

485. Deux hypothèses à considérer. Il convient d'analyser d'une part la charge des risques survenus *pendente conditione* (1), et d'autre part, celle de la perte de la chose, entre les mains du débiteur, postérieure (2) à la réalisation de la condition.

1430 L'ancien art. 1185 du Code civil.

1431 À propos de la rédaction de l'ancien article 1182 du Code civil : M. Duranton, *Traité des obligations en général, suivant le Code civil*, tome 2, 3e éd., Paris, Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 72 : « *Dans le premier cas aussi elle a son effet du jour où elle a été contractée, puisque la condition accomplie a un effet rétroactif au jour où l'engagement a été formé (art. 1179) : seulement l'obligation est en suspens jusqu'à ce que l'événement soit arrivé, et c'est ce que l'on a voulu dire par ces expressions : "Dans le premier cas, l'obligation ne peut "être exécutée qu'après l'événement", employant ainsi mal à propos le mot exécutée pour rendre l'effet suspendu, comme si c'était une obligation simplement à terme, laquelle diffère essentiellement d'une obligation sous condition.* »"

1432 Reproche fait, à cet égard, par certains auteurs aux codificateurs : C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, tome 4, 6e éd., éditions techniques, 1942, § 302, p. 100, note de bas de page n° 40 : « *La formule employée au texte nous paraît plus exacte que celle du deuxième alinéa de l'article 1181, d'après lequel la condition suspensive retarderait seulement l'exécution de l'obligation, et n'en suspendrait pas l'existence définitive, ce qui ferait disparaître la différence essentielle qui existe entre la condition suspensive et un simple terme.* »

1. Les risques survenus *pendente conditione*

486. L'impossibilité de retenir la règle res perit domino. Aux termes de l'ancien article 1182, alinéa 1, du Code civil, « *lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition* ». Cette règle est reprise à l'article 1304-6, alinéa 2, du Code civil issu de l'Ordonnance de 2016 ; aux termes de cette disposition, « […]*, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition* » [1433]. On observe qu'aucune référence n'est faite, dans ce texte, au droit de propriété. L'hypothèse de l'ancien article 1182, alinéa 1, du Code civil résiste à l'interprétation déformante de la doctrine. L'Ordonnance du 10 février 2016 ne trouve ici alors aucun alibi pour déclarer la charge des risques liée au transfert du droit de propriété. L'association de la charge des risques à la délivrance s'avère ici si indéniable qu'il n'est pas aisé de retenir la règle *res perit domino*. Aucun doute ne plane dans cette hypothèse sur le lien étroit entre l'obligation de délivrance et la charge des risques.

487. Les termes du discours de Bigot de Préameneu. Cependant, ici encore, dans son exposé devant le corps législatif, BIGOT DE PRÉAMENEU n'a pas été précis ; il ne s'est empêché d'indiquer aux interprètes une autre voie ; il prétend que les risques pèsent sur le débiteur parce que la propriété n'est pas transférée [1434]. Que les risques soient à la charge du débiteur à raison de sa qualité de propriétaire, cela n'est pas du tout exact au regard des termes formels de l'ancien article 1182 du Code civil. Il est précédemment rappelé, à propos de l'ancien article 1138 du Code civil, que BIGOT DE PRÉAMENEU n'a pas été précis dans l'explication de la règle de l'attribution des risques ; il démontre encore ici qu'il était moins soucieux de fournir le sens exact des règles que d'emporter l'approbation du corps législatif. Un auteur a aussi relevé, à propos de la condition suspensive, l'imprécision dans les termes du discours de BIGOT DE PRÉAMENEU [1435]. La doctrine suit pourtant celui-ci dans les termes de son discours, fermant ainsi les yeux sur l'évidence que la charge des risques dépend de l'obligation de délivrance ; elle dénie toujours cette fonction à la délivrance, en évoquant donc par simple préférence le droit de propriété [1436]. Les risques

---

1433 L'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

1434 BIGOT DE PRÉAMENEU, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 13, Paris, 1827, p. 243 : « *L'obligation sous une condition suspensive n'étant parfaite que par l'accomplissement de cette condition, il en résulte qu'avant l'accomplissement, la propriété de la chose, qui est la matière de l'engagement, n'est point transportée, et qu'ainsi elle demeure aux risques du débiteur.* »

1435 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse Lille II, 1977, p. 75, note de bas de page n° 87.

1436 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 154 : « *lorsque la vente a été faite sous condition suspensive, l'article 1182 laisse les risques à*

… / …

sont à la charge du débiteur *pendente conditione*, parce que celui-ci demeurerait propriétaire jusqu'à la réalisation de l'événement conditionnant [1437].

488. Le heurt de l'opinion reprise de Bigot de Préameneu à la rétroactivité de la condition. Cette conception se heurte à juste titre à la rétroactivité de la condition suspensive [1438] ; ce qui aurait sans doute contribué à la suppression de cette rétroactivité par l'Ordonnance de 2016 portant réforme du droit des obligations [1439]. En effet, la réalisation de la condition suspensive donne lieu à l'exigibilité de la délivrance, qui devrait, suivant le fonctionnement du principe de rétroactivité, produire ses effets du jour de la conclusion du contrat [1440]. Les risques survenus dans l'intervalle du temps où la condition est pendante devraient par conséquent être supportés par le créancier devenu propriétaire [1441]. Or, c'est

---

la charge du vendeur jusqu'à la survenance de la condition (al. 2 et 3), bien que celle-ci rende l'acquéreur rétroactivement propriétaire depuis le jour de la vente ; » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 266 : « *Dans le cas […], où le transfert de propriété a été affecté d'une condition suspensive — l'acheteur deviendra propriétaire si tel événement se produit — l'article 1182 attribue au débiteur, c'est-à-dire au vendeur, les risques de perte fortuite survenue entre le contrat et la réalisation de la condition. C'est encore parce que, jusqu'à ce moment, il est resté propriétaire.* »

1437 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 266 et 286. Pour certains auteurs soutenant que l'obligation est formée par la réalisation de la condition, en cas de risques avant l'accomplissement de la condition, l'obligation est censée n'avoir jamais existé : M. DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, tome 11, Paris, Alex-Gobelet, 1830, n° 91 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, tome 4, 6e éd., éditions techniques, 1942, § 302, p. 101 : « *La chose demeure aux risques et périls de celui qui l'a aliénée sous condition. Il ne peut donc, si elle est venue à périr avant l'arrivée de la condition, réclamer l'exécution de l'engagement pris à son profit en échange de l'obligation de livrer qu'il avait contractée. Cette dernière obligation est censée n'avoir jamais existé faute d'objet, et la première doit être considérée comme n'ayant jamais existé faute de cause.* »

1438 H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922, n° 371 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., 2013, n° 166 : « *Le jeu d'une possible rétroactivité du moment du transfert du droit illustre cependant les dangers de l'association du couple risques-droit. Lorsque la vente est conclue sous condition suspensive, la rétroactivité de la condition réalisée opère transfert du droit dès la formation du contrat de sorte que si la chose a été détériorée* pendente conditione*, alors qu'elle était encore dans les mains du vendeur, l'acheteur devrait payer le prix.* » ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 252 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 204.

1439 Les parties peuvent prévoir que la condition rétroagira : art. 1304-6, alinéa 2 du Code civil issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

1440 G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, « Bibliothèque de droit privé tome 253 », préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, 1997, n° 285 : « *L'affirmation d'un principe de rétroactivité supposerait dans sa plénitude que, passée la réalisation de l'événement, l'ensemble de la situation résultant de l'acte conditionnel soit réglée de la même façon que si celui-ci avait été pur et simple depuis l'origine. Mais cette vision des choses ne peut tenir devant les limites qui sont apportées, tant par la loi que la jurisprudence, à l'effet rétroactif de la condition.* »

1441 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 17, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe et Paris, A. Marescq, Aîné, 1878, n° 78, p. 92 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922, n° 367 ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977,

… / …

la charge de ces risques qui est attribuée par les dispositions de l'ancien article 1182 du Code civil [1442], sans égard à l'effet rétroactif de la condition [1443]. La non-rétroactivité de la charge des risques donne alors lieu à des propositions doctrinales. D'une part, en effet, c'est devant la non-rétroactivité de la charge des risques qu'une doctrine a du mal à concevoir qu'un événement arrivé mais inconnu des parties lors de la conclusion du contrat ne peut rentrer dans la définition de la condition suspensive ; elle propose dans cette hypothèse une obligation « *pure et simple* » [1444], dont il résulterait que les risques sont à la charge du créancier dès la formation du contrat [1445]. D'autre part, une partie de la doctrine trouve dans l'ancien article 1182 du Code civil une règle exceptionnelle suivant laquelle la rétroactivité du transfert de propriété n'emporterait pas ici celle des risques : dissociation de la propriété de la charge des risques [1446].

489. Propositions venant de la méprise de la vision du Code civil. Il n'est guère étonnant que la doctrine arrive à ces propositions. Car, elle recherche dans toutes les dispositions

---

n° 263 ; Ph. LE TOURNEAU (Sous la dir.), C. BLOCH, C. GUETTIER, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI et M. POUMARÈDE, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2012, n° 5937 : « Pendente conditione*, le vendeur reste propriétaire, mais lors de l'avènement de la condition le transfert s'opère rétroactivement au jour de la vente.* »

1442 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 263 ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, « Bibliothèque de droit privé tome 505 », préf. D. MAZEAUD, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, n° 664 : « *Dans la conception du Code, la rétroactivité n'a donc pas les atours d'un véritable système cohérent. D'ailleurs, l'article 1182 du Code civil s'empresse de faire exception à la rétroactivité. En cas de perte totale de la chose* pendente conditione*, la rétroactivité de la condition suspensive accomplie devrait faire supporter cette perte à l'acquéreur puisqu'il est censé être devenu propriétaire depuis le jour de l'accord de volonté. Or, précisément, c'est le vendeur qui devra assumer la destruction totale de la chose en vertu de l'alinéa 2 de l'article 1182 du Code civil.* »

1443 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., 2013, n° 166 : « *Le Code civil ne l'a pas voulu en décidant que la rétroactivité de la condition n'atteint pas le transfert des risques qui, pour cette période, restent à la charge du vendeur.* »

1444 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 47 ; suivi par cet auteur : O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, « Bibliothèque de droit privé tome 286 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 56 : « *Les différences entre l'événement conditionnel véritable et l'événement passé ou présent pseudo-conditionnel se révèlent à travers la charge des risques. L'événement passé ou présent peut avoir été érigé en condition suspensive ou résolutoire par les parties. Aussi, dès la conclusion du contrat, le sort de l'obligation qu'il vise peut déjà être fixé. En cas de réalisation de la condition suspensive, l'obligation devra être assimilée à une obligation pure et simple dès l'origine.* »

1445 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 47 ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, « Bibliothèque de droit privé tome 286 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 56.

1446 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome 25, Durand et Hachette, 1869, n° 378 ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 261 et 263 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 204 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 154 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., 2013, n° 166 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 252 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, « Bibliothèque de droit privé tome 253 », préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, 1997, n° 285.

réglementant la charge des risques la présence de la règle *res perit domino*. Ces propositions ne constituent donc que le résultat de la méprise de la règle de l'attribution de la charge des risques, conçue par les codificateurs. Tant que l'on n'observe pas la logique de ceux-ci, l'on est voué à créer de façon artificielle des règles exceptionnelles là où elles n'existent pas en réalité, puisqu'ils n'ont nullement entendu la règle *res perit domino* dans leur système.

490. La délivrance et la charge des risques dans les termes de l'ancien article 1182. Ainsi, dans l'hypothèse de l'événement accompli mais inconnu des parties lors de la conclusion du contrat, l'exécution de la délivrance est inconcevable avant que la réalisation de cette condition n'arrive à la connaissance des contractants. Ce qui correspond parfaitement à la liaison des risques à l'obligation de délivrance, car jusqu'à ce que les parties soient informées de la réalisation de la condition, la délivrance n'est pas exigible, par conséquent, la perte de la chose pèse sur le débiteur, sinon à proprement parler, libère les parties. De même, il ressort de façon formelle de l'ancien article 1182 du Code civil que la perte de la chose libère les parties parce que le débiteur s'est obligé à livrer celle-ci seulement à l'accomplissement de la condition [1447]. Le créancier autant que le débiteur peuvent être indistinctement considérés, avant l'accomplissement de la condition, comme propriétaires conditionnels [1448], cette condition n'empêchant pas le créancier d'exercer certaines prérogatives qui découlent du droit de propriété ; seul le sort des actes posés, par l'un ou l'autre, *pendente conditone*, dépend de la réalisation ou non de la condition. Ou encore, on peut se contenter de la vision répandue qui accorde au transfert de propriété un effet rétroactif [1449], puisque celui-ci ne relève que de l'effet légal du contrat ; en revanche, l'exigibilité ou l'exécution de la délivrance, à l'instar de celle de toute obligation, ne saurait rétroagir.

1447 H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922, n° 375 ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 263, p. 371 : « *[...], s'il devait supporter la perte de la chose, l'acquéreur préférerait renoncer au contrat. Cette idée s'impose d'autant plus que le contrat sous condition suspensive maintiendra fréquemment la chose aux mains du vendeur.* »

1448 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 17, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe et Paris, A. Marescq, Aîné, 1878, n° 80 : « *Nous disons que le débiteur conditionnel reste propriétaire pendant que la condition est en suspens. Mais le créancier a aussi un droit sur la chose, droit suspendu par une condition, mais qui deviendra pur et simple et existera du jour du contrat si la condition s'accomplit. Le créancier, étant propriétaire conditionnel, doit avoir le droit de faire les actes de propriété sous la même condition, c'est-à-dire que les droits qu'il confère seront affectés de la condition qui affecte son propre droit.* » ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome 25, Durand et Hachette, 1869, n° 387, p. 367 : « *[...], si vous étiez obligé envers moi par le contrat de vente, c'est donc que ce contrat conditionnel était valable ! Et si ce contrat était valable, c'est donc que vous n'aviez pas conservé votre droit dans toute son intégrité ; que vous n'aviez plus, au contraire, qu'une propriété résoluble ; et que votre propriété est, en effet, résolue par l'effet rétroactif de l'accomplissement de la condition.* » ; Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome 7, Paris, Librairie Cotillon F. Pichon, 1894, n° 256.

1449 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 17, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe et Paris, A. Marescq, Aîné, 1878, n° 80 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, « Bibliothèque de droit privé tome 253 », préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, 1997, n° 286, p. 268.

491. Le rôle de la rétroactivité de la condition. La rétroactivité de la condition en général [1450], et suspensive en particulier, issue du Code civil n'assortit qu'à la force obligatoire du contrat, dont l'obligation est suspendue [1451]. Ainsi, sa suppression par la nouvelle formulation ne saurait se justifier ; la rétroactivité de la condition n'est pas une « *simple fiction de la loi* » [1452] ; elle ne répond pas qu'à des considérations d'équité [1453], mais aussi techniques [1454] ; elle revêt une double fonction.

1450 L'ancien article 1179 du Code civil dispose que : « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier.* »

1451 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 17, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe et Paris, A. Marescq, Aîné, 1878, n° 78, p. 92 : « *La rétroactivité se fonde […] sur l'intention des parties contractantes. Il en doit être de même de la condition suspensive, car la condition est un élément de la convention, et tout ce qui concerne les effets des contrats dépend de la volonté des parties contractantes.* »

1452 Qualification reprise de la doctrine majoritaire par l'arrêt : Civ., 8 novembre 1950, *JCP G* 1950, II, 5870, obs. R. CAVARROC : « *Que la rétroactivité, simple fiction de la loi, bien qu'ordinairement attachée à la condition suspensive, n'est cependant pas de son essence et ne peut avoir pour résultat de faire rétroagir une vente si, au moment où la condition se réalise, la formation de la vente elle-même est devenue impossible faute de l'un de ses éléments essentiels ;* », C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome 25, Durand et Hachette, 1869, n° 398 : « *La rétroactivité de la condition accomplie est d'ailleurs une fiction, qui peut bien produire des effets juridiques, mais qui ne saurait effacer la vérité du fait lui-même, ni l'empêcher d'avoir existé dans le passé !* » ; A. M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 5, Paris, Henri plon, 1865, n° 98 bis ; M. EYGOUT admet que la rétroactivité est une fiction seulement en ce qu'il en résulte que l'obligation est pure et simple dès le début : H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922, n° 413 ; Pour M. WICKER, c'est plutôt l'obligation conditionnelle qui constitue en elle-même une fiction juridique, mais pas sa rétroactivité, laquelle n'a pour objet que de faire « *bénéficier le droit suspendu d'un report d'opposabilité pour la période d'incertitude* » : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, « Bibliothèque de droit privé tome 253 », préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, 1997, n° 287 et 293 ; on peut voir les critiques à l'égard de cette qualification : R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, thèse Paris, LGDJ, 1935, n° 185 et suiv. ; pour cet auteur, qui voit aussi dans la rétroactivité une fiction, la rétroactivité n'est pas une fiction inutile : R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, thèse Paris, LGDJ, 1935, n° 208 : « *Le texte du Code est en réalité une fiction ; mais ce n'est pas la fiction nocive et inutile qu'on y voit généralement ; c'est un procédé technique par lequel il souligne les effets de l'institution. C'est la mise en valeur du but à atteindre par l'institution, qui ne dépend pas des termes propres du Code, et que les rédacteurs de celui-ci n'ont peut-être pas aperçu. Une telle fiction est parfaitement admissible, car, au lieu de créer une exception, elle confirme et élargit l'existence des principes généraux.* » ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 322 ; à propos de la rétroactivité de la résolution : C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », préf. C. JAMIN, Dalloz, 2003, n° 514 ; G. DIMITRESCO, *De la condition résolutoire dans les contrats*, thèse Paris, V. Giard & E. Brière, 1906, p. 59 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, tome 2 par L. JULLIOT DE MORANDIÈRE, Dalloz, 1959, n° 1692.

1453 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 264, p 372 : « *[…], ce système avait pourtant été conçu par les rédacteurs du Code civil comme équitable […].* » ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, « Bibliothèque de droit privé tome 505 », préf. D. MAZEAUD, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, n° 664, p. 690.

1454 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome 25, Durand et Hachette, 1869, n° 387, p. 363 : « *[…], la rétroactivité de la condition accomplie est une conséquence nécessaire de la validité de l'obligation contractée sous cette condition.* »

492. L'intention des parties. D'une part, en effet, elle traduit la réalité, notamment l'intention des parties [1455]. Ce fondement de la rétroactivité est contesté par des auteurs, mais sans raison satisfaisante [1456]. Pour ceux-ci, le débiteur manifeste l'intention de s'engager plus tard, et, en subordonnant l'obligation à un événement futur, les parties entendent reporter sa naissance, ou ses effets [1457]. Une telle justification paraît incompatible avec le système du Code civil. En effet, dans ce Code, le débiteur, par exemple, le vendeur est considéré comme celui qui a pris l'initiative du contrat ; il s'ensuit que son obligation est en général plus étendue [1458]. Il est alors incohérent de penser que celui-ci entend s'obliger seulement à la réalisation de la condition. Il semble en outre déplacé d'analyser la rétroactivité en considération du mobile de la suspension, laquelle serait par principe dans l'intérêt exclusif du débiteur de l'obligation affectée ; l'analyse de la rétroactivité doit avoir pour matière plutôt l'intention présumée des parties qui a conduit celles-ci à conclure le contrat avant l'avènement de l'événement conditionnant.

Ainsi, la rétroactivité incarne bien l'idée ayant déterminé les parties à conclure le contrat, dans l'attente de l'accomplissement d'un événement futur et incertain. En effet, la conclusion du contrat ne serait sans doute pas précipitée, si les contractants n'entendaient se lier d'aucune façon dans la période antérieure à la réalisation de la condition [1459]. Ils ont bien l'intention de s'obliger l'un à l'égard de l'autre dès leur accord. D'ailleurs, en imposant au débiteur de « *s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation* » [1460], ou encore, en permettant au créancier d'« *accomplir tout acte conservatoire* » [1461] et d'« *attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits* » [1462], la loi ne réalise que cette intention des parties [1463]. Ainsi, supprimer la rétroactivité de la condition d'un côté, et autoriser, de

---

1455 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 17, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe et Paris, A. Marescq, Aîné, 1878, n° 78, p. 92 ; Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome 7, Parsi Cotillon, 1894, n° 254 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922, n° 429 et suiv.

1456 R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, thèse Paris, LGDJ, 1935, n° 183 ; voir aussi ceux cités par J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 268, p. 378.

1457 R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, thèse Paris, LGDJ, 1935, n° 183 : « *On peut tenir au contraire pour certain que la volonté des contractants n'est pas de reporter l'obligation au moment du contrat ni en ce qui concerne les fruits ni en ce qui concerne les actes d'administration. La seule intention qu'on doive raisonnablement leur prêter est celle de reculer ces effets du contrat jusqu'à ce que la condition arrive.* »

1458 Art. 1602 du Code civil.

1459 H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922, n° 430 et suiv.

1460 Art. 1304-5, alinéa 1, du Code civil, issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

1461 Termes repris de l'ancien article 1180 du Code civil.

1462 Art. 1304-5, alinéa 1, du Code civil, issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

1463 BIGOT DE PRÉAMENEU, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 13, Paris, 1827, p. 242 : « *Un contrat, pour être subordonné à une condition, n'en est pas moins un*

… / …

l'autre, surtout le créancier à exercer les actes susceptibles de protéger son droit, autrement dit, de contribuer à l'exécution de l'obligation, semblent contradictoires. Jetée dehors par la porte, la rétroactivité est rentrée par la fenêtre. Il est naturel que ce qui relève de l'effet obligatoire du contrat rétroagisse au jour de sa formation [1464].

493. La solution non enviable du droit romain. L'hostilité du droit romain [1465] ou de certains droits contemporains [1466] à l'égard de la rétroactivité de la condition suspensive ne doit pas inspirer le législateur français [1467]. On a en effet fait observer que le système du droit romain a du mal à accorder au consentement nu un effet obligatoire ; l'action résulte de l'exécution de l'obligation. La non-rétroactivité de la condition suspensive n'en serait qu'une conséquence logique. Les systèmes juridiques qui se sont inspirés de façon positive du droit romain ne peuvent que porter cette marque qui ne semble pas enviable [1468]. En

---

engagement dont la condition n'est qu'une modification. Il est donc juste que son effet remonte au jour où il a été contracté lorsque la condition a été accomplie [...]. Cette règle devient un motif pour que celui au profit duquel est l'engagement conditionnel puisse, avant que la condition soit accomplie, faire tous les actes conservatoires. »

1464 L'opinion similaire : M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, « Bibliothèque de droit privé tome 505 », préf. D. MAZEAUD, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, n° 350 : « *Puisque le contrat dit "conditionnel" est un contrat parfait dès l'échange des consentements, les normes supra-contractuelles que sont l'intangibilité, l'irrévocabilité et l'exécution de bonne foi doivent recevoir immédiatement application.* »

1465 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 269, p. 379 : « *Il est ainsi habituel d'insister sur l'hostilité du droit romain à la rétroactivité de la condition suspensive accomplie. Quoique la question soit controversée, les romains enseignent en majorité qu'en dépit d'un certain nombre de solutions conformes à la rétroactivité, le droit romain n'en a jamais admis le principe, et les civilistes prennent acte de cette affirmation.* » Dans le même sens : P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. Lévy, Dalloz, 2003, p. 507.

1466 Les droits helvétique et allemand : J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 269, p. 380.

1467 R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, thèse Paris, LGDJ, 1935, n° 163 : « *Il convient de se rappeler qu'en droit romain la création d'obligations et le transfert de propriété sont deux choses fort différentes ; la vente crée des obligations, mais le transfert de propriété n'a lieu qu'au moyen de l'un des différents modes d'acquisition en vigueur à Rome, ce qui explique que le problème de la rétroactivité présentait moins d'intérêt à Rome que dans notre législation où création d'obligation et transfert de propriété sont tout un.* »

1468 A. M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 5, Paris, Henri plon, 1865, n° 98 bis : « *[...] le principe de l'art. 1179 a de nos jours une importance qu'il n'aurait pas eue autrefois, à raison des innovations admises par le Code Napoléon quant à la translation de propriété. En effet, comme la convention transfère la propriété et le contrat conditionnel est censé produire ses effets depuis le jour de la convention, le créancier sous condition suspensive est censé, quand la condition s'est accomplie, propriétaire depuis le jour du contrat, et par conséquent tous les droits conférés par le débiteur depuis cette époque sont anéantis.* » ; R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, thèse Paris, LGDJ, 1935, n° 197 : « *On se plait souvent à répéter que les Codes récents font plus état de la rétroactivité que d'une façon très restreinte. On cite fréquemment à ce sujet le Code fédéral suisse et le Code allemand des Obligations. Nous ne rapporteront pas ici en détail les solutions de la loi suisse et allemande ; disons seulement que le Code suisse met la rétroactivité à la discrétion des parties, qui peuvent faire produire cet effet à leur contrat, si elles le veulent (art. 171), et que le Code allemand annule les actes de dispositions nuisibles à l'acquéreur conditionnel (art. 159). C'est bien là, en*

… / …

revanche, ayant pris le contrepied du système romain, le Code civil revêt dans toutes les hypothèses le contrat de l'effet obligatoire, en vue d'éviter de permettre à un contractant de rétracter sa parole donnée. À ce titre, les codificateurs trouvent toujours un mécanisme rappelant que les parties contractantes sont tenues de leur consentement qui a noué leurs relations. Ainsi, la rétroactivité de la condition suspensive n'est pas reprise de façon hasardeuse de la pensée de POTHIER [1469], mais procède de la cohérence même du système du Code civil [1470].

494. Localisation de la rétroactivité dans le contrat. D'autre part, et contrairement à un arrêt [1471], ayant épousé certaine opinion doctrinale [1472], la rétroactivité doit plutôt être de l'essence de la condition [1473], puisqu'elle ne relève que de l'effet obligatoire du contrat [1474]. Les codificateurs distinguent entre l'effet obligatoire rétroactif du contrat et son effet obligationnel non rétroactif. Il suffit, pour s'en rendre compte, de faire une analyse comparative des anciens articles 1179 et 1182 du Code civil. Il ressort du premier texte que le contrat retrouve, de façon générale, son effet obligatoire avec l'accomplissement de la condition [1475]. Il est apparu inutile aux codificateurs de rappeler dans le deuxième texte cet effet du contrat, puisqu'il peut y être entendu sans ce rappel ; ce qui importe au contraire de préciser ici, c'est son effet obligationnel.

---

fait, reconnaître que la rétroactivité est nécessaire, et on peut dire que ces législations ne font qu'éluder la difficulté. »

1469 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 269, p. 380 : « *Si l'on considère […] l'extrême brièveté des travaux préparatoires, il est possible de se demander si la règle n'a pas été reprise uniquement parce que Pothier l'admettait et pour lui faire produire les mêmes conséquences […].* »

1470 *Ibid*., n° 277, p. 392 : « *[…], la rétroactivité de la condition suspensive est une règle tout à la fois conforme à la logique et à la morale contractuelle. Il faut donc l'approuver en tant que principe.* »

1471 Civ., 8 novembre 1950, *JCP G* 1950, II, 5870, obs. R. CAVARROC.

1472 C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome 25, Durand et Hachette, 1869, n° 398 ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, « Bibliothèque de droit privé tome 505 », préf. D. MAZEAUD, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, n° 659 et s. ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 275.

1473 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 17, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe et Paris, A. Marescq, Aîné, 1878, n° 82, p. 96 : « *La condition rétroagit parce que telle est la volonté des parties contractantes, elle rétroagit parce que l'essence du contrat le veut ainsi, […].* »

1474 C'est ce qu'exprime BIGOT DE PRÉAMENEU, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 13, Paris, 1827, p. 242 : « *Les règles particulières aux conditions suspensives et aux conditions résolutoires ne sont que des déductions de ces principes généraux. Ainsi à l'égard de la condition que les parties ont entendu faire dépendre d'un événement futur et incertain, elle ne produit d'effet qu'après l'événement ; mais l'effet qu'elle produit alors remonte au temps de l'engagement.* »

1475 H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3e éd., « Faculté Jean Monnet », Éditions La Mémoire du Droit, 2012, n° 28 : « *L'événement prévu survenant, le contrat produit ses effets au moment même où il a été conclu, ce qui logiquement se comprend très bien, puisque tous les éléments nécessaires à sa formation étaient dès ce moment réunis et que ses effets étaient simplement subordonnés à l'arrivée d'un événement futur et incertain.* »

Ainsi, l'effet de la condition suspensive s'inscrit parfaitement dans la distinction faite par M. ANCEL entre l'effet obligatoire et l'effet obligationnel du contrat [1476]. La rétroactivité de la condition permet essentiellement aux parties, et en particulier au créancier d'opposer le contrat aux tiers ainsi qu'au débiteur [1477], ou aux héritiers de celui-ci [1478] ; ce qui aurait pour conséquence souhaitable de dissuader, d'une part, le débiteur d'accomplir les actes de disposition sur la chose [1479], d'autre part, les tiers de traiter avec celui-ci sur la chose [1480]. Le caractère rétroactif du transfert de propriété [1481], par exemple, supprimé par

---

1476 P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

1477 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 17, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe et Paris, A. Marescq, Aîné, 1878, n° 82, p. 94 : « *La rétroactivité a […] effet à l'égard des tiers.* » ; Civ. 3e, 19 février 1976, *Bull. civ*. 1976, III, n° 76 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome 25, Durand et Hachette, 1869, n° 379 ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 260 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, « Bibliothèque de droit privé tome 253 », préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, 1997, n° 287 : « *Il est […] apparu qu'en matière de condition le mécanisme de la rétroactivité avait seulement pour objet de faire bénéficier le droit suspendu d'un report d'opposabilité pour la période d'incertitude. C'est ce report d'opposabilité qui autorise le créancier à exercer l'action paulienne contre les actes frauduleux de son débiteur intervenus* pendente conditione*, et qui lui permet de se prévaloir de l'inopposabilité des actes de dispositions que ce dernier aura pu accomplir.* »

1478 Civ. 3e, 3 octobre 1968, *D.* 1969, p. 81.

1479 H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922, n° 433 : « *[…], l'effet rétroactif de l'accomplissement de la condition nous apparaît comme un correctif nécessaire à la notion du droit conditionnel, en vertu de laquelle il n'y a provisoirement aucun droit proprement dit au profit du créancier ou du propriétaire sous condition suspensive. En l'absence de cet effet rétroactif, le vendeur sous condition suspensive, par exemple, pourrait, contrairement à la volonté de l'acheteur, vendre valablement à un tiers. L'acheteur, en effet, qui n'a aucun droit proprement dit sur la chose, n'a pas juridiquement le moyen de s'y opposer.* » ; M. FILDERMAN, quant à lui, limite la rétroactivité aux droits réels : R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, thèse Paris, LGDJ, 1935, n° 201 : « *[…] la rétroactivité ne peut s'exercer qu'à l'encontre des droits réels, ou pour employer une notion plus compréhensive, des actes de dispositions qui ont été accomplis par le propriétaire* pendente condione*. Seuls les droits réels sont en effet susceptibles de se transmettre sans disparaître. Seuls ils peuvent être recherchés dans le patrimoine d'un tiers où ils existent sans se confondre aux autres éléments de ce patrimoine.* » Cet auteur limite la rétroactivité aux droits réels en vue d'en exclure les droits personnels. Cette opposition concernant la rétroactivité passe à côté de la pensée des codificateurs. Ceux-ci opposent l'effet obligatoire à l'effet obligationnel du contrat, pour limiter au premier la rétroactivité de la condition.

1480 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 268, p. 378 : « *La rétroactivité sacrifie les intérêts des tiers. Elle atteint la sécurité des transactions et nuit au crédit privé. Ce grief est ici encore aisé à démontrer. Faire naître rétroactivement le droit de l'acquéreur sous condition suspensive implique nécessairement de faire disparaître rétroactivement celui du vendeur. Tous les actes accomplis sur la chose par ce dernier,* pendente conditione*, c'est-à-dire à une époque où il en était encore le maître et les accomplissait valablement, vont être brutalement anéantis.* » L'absence de rétroactivité sacrifie aussi les intérêts du créancier. La sécurité du contrat sous condition est ainsi affectée. Il n'est pas rationnel de privilégier les rapports entre le débiteur et les tiers au détriment de celui entre le débiteur et le créancier. Il est logique que les actes accomplis par le débiteur *pendente conditione* disparaissent, sous réserve toutefois des dispositions de l'ancien article 1141 du Code civil, reprises dans le nouvel article 1198, et de la bonne foi du tiers.

1481 Pour M. WICKER, le transfert de propriété ne rétroagit pas, c'est plutôt l'obligation qui rétroagit : G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, « Bibliothèque de droit

… / …

l'Ordonnance [1482], était protecteur de l'acquéreur à l'égard aussi bien du débiteur que des tiers [1483], même si à l'égard de ces derniers l'exception semble acceptable en raison de leur bonne foi [1484].

495. La non-rétroactivité de l'exigibilité de l'obligation suspendue. Quant à l'obligation suspendue, en l'occurrence, la délivrance, sa rétroactivité est naturellement inconcevable [1485] ; c'est bien là la vision des codificateurs. L'obligation suspendue ne produit ses effets que pour l'avenir, à compter de son exigibilité, autrement dit, de la réalisation de la condition. À cet égard, l'hypothèse de la perte partielle de la chose s'avère illustrative [1486]. Il est offert en ce cas au créancier le choix de résoudre le contrat ou d'accepter la chose dans son état détérioré. D'ailleurs, l'exigibilité de l'obligation ne saurait être imaginée comme rétroactive, puisqu'elle ne concerne que les rapports entre les parties [1487], lesquels sont suspendus ; de même, l'effet de l'exécution d'une obligation, c'est

---

privé tome 253 », préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, 1997, n° 287 : « *[…] le report d'opposabilité qu'il* (l'effet rétroactif de la condition) *établit concerne seulement le droit conditionnel, ou encore l'obligation conditionnelle, et non les droits, c'est-à-dire la situation juridique résultant de l'exécution de cette obligation. Ainsi, dans le cas d'une vente, parce que ce report concerne l'obligation de donner et non le droit de propriété résultant de l'exécution de cette obligation, l'acquéreur ne recueille le droit de propriété sur la chose, et ne peut l'opposer, qu'à compter de la réalisation de l'événement. Et ceci explique le fait que soient maintenus, passée la réalisation de l'événement, tous les actes autres que de disposition réalisés par le propriétaire intérimaire qui ne font pas échec à l'acquisition du droit définitif.* »

1482 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

1483 A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, tome 2 par L. JULLIOT DE MORANDIÈRE, Dalloz, 1959, n° 1695 ; M. BENABENT exprime cette fonction de la rétroactivité en termes de garantie de sécurité : A. BENABENT, *La chance et le droit*, thèse Paris, LGDJ, 1973, n° 55 ; il l'exprime ailleurs de façon directe : A. BENABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 322.

1484 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 265 : « *Les fruits perçus* pendente conditione *par un tiers lui restent acquis par application de l'art. 549 c. civ., puisque ce tiers est présumé de bonne foi. Le problème est plus délicat, lorsque les fruits ont été perçus par le vendeur lui-même auquel ce texte n'est pas applicable. La jurisprudence néanmoins admet qu'il peut les conserver.* »

1485 Voir l'opinion contraire : H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922, n° 415 : « *Quand la loi édicte un principe, qu'il soit la consécration d'une réalité matérielle ou l'énoncé d'un règlement idéal de situations juridiques, elle n'en entend pas moins qu'on se conforme à ce principe dans toutes celles de ses conséquences qui ne sont pas contraires soit à un texte formel, soit à un autre principe. Or, les faits ne sont pas exclus de l'application de la fiction, celle-ci n'a même de raison d'être, ne se comprend que comme faisant abstraction de la réalité matérielle des faits pour régler autrement la situation des parties. L'application de la fiction ne se heurte à aucune impossibilité matérielle.* »

1486 J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille II, 1977, n° 264 : « *En cas de perte partielle de la chose, l'art. 1182 édicte […] une solution contraire à la rétroactivité.* » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 1236, p. 1280.

1487 R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, thèse Paris, LGDJ, 1935, n° 201 : « *Considérons […] le droit personnel : c'est à la charge d'un tiers, l'obligation de donner, de faire ou de ne pas faire. Quel est le droit de l'acquéreur conditionnel d'une telle obligation ? De deux choses l'une : ou bien le débiteur s'est acquitté avant l'arrivé de la condition entre les mains du cédant, il est libéré, et il ne sera plus possible d'agir contre lui ; l'obligation ne peut même se former, son objet*

… / …

d'éteindre le lien contractuel, il ne peut, autrement dit, non plus rétroagir ; on ne peut concevoir que l'obligation est réputée exécutée dès la formation du contrat [1488] ; sinon pour quel intérêt ? L'effet du contrat dépendant de la délivrance ne peut donc rétroagir. L'ancien article 1182 du Code civil dispose que les risques sont à la charge du débiteur à raison de ce que celui-ci « *ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition* » [1489]. En réalité, les parties sont libérées de leurs obligations réciproques. Le Code civil n'a ainsi résolu que la question de la perte de la chose *pendente conditione*, mais non celle des risques susceptibles de survenir après la réalisation de la condition.

2. Les risques survenus après la réalisation de la condition

496. Des hypothèses à prendre en considération. Les risques survenant alors que la condition est pendante sont considérés par le Code civil comme pesant sur le débiteur. La question de la perte de la chose survenue entre les mains du débiteur, mais postérieurement à l'accomplissement de la condition, n'est pas résolue par l'ancien article 1182 du Code civil. Des auteurs proposent que les risques soient à la charge du créancier en application de l'ancien article 1138 du Code civil [1490]. Certes, entendu *a contrario*, l'ancien article 1182 met les risques à la charge du créancier dès que la délivrance est exigible. Mais, suivant la règle de l'attribution des risques, constante, conçue par les codificateurs, il faut encore distinguer entre les hypothèses. En effet, l'accomplissement de la condition ou l'exigibilité de la délivrance ne signifie pas l'exécution de celle-ci. L'exigibilité renvoie simplement au moment à compter duquel le créancier peut recevoir l'exécution de la délivrance [1491], autrement dit, réclamer celle-ci, et donc exercer à cet effet une action en justice. Or, la règle générale et constante issue du Code civil met les risques à la charge du créancier lorsque la délivrance paraît effective, mais que la chose se trouve encore sous la détention du

---

étant disparu ; ou bien le débiteur ne s'est pas encore libéré, et alors l'acquéreur conditionnel a le droit d'exiger sa prestation ; mais quel est l'intérêt de faire intervenir la rétroactivité ? »

1488 Cela peut être illustré par l'exemple présenté par : C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome 25, Durand et Hachette, 1869, n° 398 : « *[…], lorsqu'il s'agit d'une obligation, qui a pour objet un corps certain, aucune fiction de rétroactivité ne peut faire que le débiteur conditionnel n'en ait pas eu,* medio tempore*, la possession, en supposant (comme il arrive presque toujours) que la tradition n'en a pas été faite au créancier, avant l'événement de la condition. […]. Or, si le fait même de la possession intermédiaire est maintenu, nonobstant la rétroactivité de la condition accomplie, on doit aussi considérer comme maintenues les conséquences naturelles et raisonnables qui en dérivent, et que la loi dès lors, conformément à l'intervention vraisemblable des parties, doit être présumée avoir exceptées de la rétroactivité qu'elle décrète.* »

1489 H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922, n° 368.

1490 A. M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 5, Paris, Henri Plon, 1865, n° 101 bis. II.

1491 B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. C. OPHÈLE, diff. LGDJ, 2006, n° 13 : « *L'exigibilité détermine la date à partir de laquelle l'obligation doit être remplie. Elle marque l'expiration du délai pendant lequel le débiteur pouvait attendre, ainsi que la levée de tous les obstacles à l'exécution.* » Voir aussi, *Ibid.*, n° 10.

débiteur ; c'est le cas lorsqu'il n'appartient plus qu'au créancier de retirer la chose. Ainsi, la délivrance peut être effectuée, en l'occurrence, dès l'accomplissement de la condition.

497. Mise en demeure. Par conséquent, les risques sont envisagés comme étant à la charge du créancier dès la réalisation de l'événement conditionnant, en cas de l'absence de mise en demeure, autrement dit, de réclamation de l'exécution de la délivrance. Le créancier est réputé, en ce cas, avoir consenti à la détention de la chose par le débiteur ; car, la délivrance est exigible. Et il dispose des moyens, c'est-à-dire des actions, pour la forcer [1492]. On suppose alors que la chose se trouve mise à sa disposition, et que le débiteur ne la détient que de son consentement. Celui-ci n'est donc considéré que comme conservateur ; la perte de la chose pèse donc sur le créancier de l'obligation de conservation : *res perit creditori*. En revanche, les risques sont, suivant la conception des codificateurs, à la charge du débiteur [1493] dans l'hypothèse où la mise à disposition n'est pas effective dès l'accomplissement de la condition, autrement dit, lorsque la prise de livraison est retardée du fait du débiteur. Si celui-ci est mis en demeure de livrer la chose, les risques sont à sa charge. En ce cas, en effet, il résulte de la mise en demeure que la chose n'est pas mise à la disposition du créancier ; les risques sont donc supportés par le débiteur de l'obligation de délivrance : *res perit debitori*. Ces différentes solutions paraissent celles devant aussi s'appliquer dans l'hypothèse du terme.

B. La charge des risques dans l'hypothèse du terme

498. Terme suspensif et terme extinctif. Les effets du terme sur l'attribution de la charge des risques sont similaires à ceux de la condition suspensive. Les codificateurs n'ont envisagé le terme de façon formelle que par l'exigibilité de l'obligation [1494], et par conséquent celui pouvant être stipulé dans l'intérêt du débiteur [1495]. La réforme du 10 février 2016 se contente de reprendre cette idée comme principe [1496]. Le terme diffère le moment de l'exécution de l'obligation ; il s'ensuit que le rapport obligatoire est momentanément

---

1492 *Ibid*., n° 13 : « *L'exigibilité, […], connaît une dimension coercitive. L'on quitte, une fois la dette exigible, le stade de l'exécution volontaire pour entrer dans la phase contentieuse de l'exécution. Le créancier obtient le droit de passer à l'offensive en recourant aux divers remèdes ouverts par l'inexécution.* »

1493 En réalité les risques sont partagés. Les contractants sont libérés de leurs obligations réciproques.

1494 C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Y. GAUTIER, PUAM, 2003, n° 3 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 1508 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 302.

1495 L'ancien article 1187 du Code civil dispose que : « *Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation, ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier.* » Aux termes de l'article 1305-3 du Code civil, issu de la réforme du 10 février 2016, « *le terme profite au débiteur, s'il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des circonstances qu'il a été établi en faveur du créancier ou des deux parties.* »

1496 L'article 1305-3 du Code civil, issu de la réforme de 2016.

affecté. L'obligation affectée du terme suspensif est en effet celle dont l'exécution ne peut être réclamée par le créancier jusqu'à l'échéance du terme [1497].

L'Ordonnance de 2016 portant loi de réforme [1498] ne modifie pas la vision des codificateurs sur le terme ; elle suit le Code civil en n'envisageant que le terme suspensif [1499]. En effet, le terme extinctif n'affecte pas la force obligatoire du contrat [1500] ; l'obligation produit normalement ses effets dès sa formation [1501], elle est exigible, elle s'exécute. L'arrivée de l'échéance prévue marque seulement la fin du rapport obligatoire entre les parties contractantes [1502]. Ainsi la durée du contrat de bail [1503]. Le terme extinctif s'apparente alors, dans son effet, à la force majeure définitive, c'est-à-dire non temporaire [1504]. Néanmoins, à la différence de celle-ci, il ne constitue pas, du reste, un fait causal de risque ; car, il marque, suivant la volonté des parties, l'extinction de l'obligation. Il en est ainsi de l'obligation de conservation éteinte par la remise de la chose.

499. Les risques. La question de la charge des risques se pose dans les mêmes termes que dans la condition suspensive. Par définition, le terme suspensif retarde l'exigibilité de l'obligation, et par conséquent son exécution [1505]. Or, il arrive que la chose, objet de l'obligation suspendue subisse une perte ou une détérioration avant l'échéance stipulée. L'obligation ne pourra ainsi être exécutée à l'arrivée du terme. Autrement dit, cette perte ou détérioration affecte le contrat, et à ce titre, constitue un risque ; par conséquent, la question de son attribution doit trouver les mêmes solutions que dans l'hypothèse de la condition suspensive.

1497 A. BENABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 302.

1498 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

1499 Les articles 1305 à 1305-5 du Code civil.

1500 H. ROLAND, « Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, p. 737.

1501 Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, thèse Toulouse, LGDJ, 1961, p. 142 : « *Il est extinctif lorsque l'acte est né et a produit tous ses effets mais que l'arrivée du terme provoque son extinction.* »

1502 C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Y. GAUTIER, PUAM, 2003, n° 190 : « *[…] le terme extinctif arrête le temps qui s'écoule c'est-à-dire la durée ; quant au terme suspensif, il introduit l'élément temps dans le contrat en différant le moment où l'obligation doit être accomplie, le droit exercé.* »

1503 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 270.

1504 C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Y. GAUTIER, PUAM, 2003, n° 190 : « *Quant au terme extinctif, il frappe de manière fatale l'existence des effets du contrat puisqu'il y met fin.* »

1505 Art. 1305-2 du Code civil, issu de la réforme du 10 février 2016 : « *Ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance ; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété.* »

500. L'omission de la question des risques par le Code civil. On déplore que les rédacteurs du Code civil aient omis de consacrer un texte particulier à l'effet du terme sur la charge des risques. Suivant les codificateurs, la réforme du 10 février 2016 n'a pas prêté attention aux conséquences du terme sur les risques. L'hypothèse est pourtant similaire à celle de la condition suspensive, laquelle a bénéficié, en la matière, de l'attention particulière des codificateurs, suivie par l'Ordonnance du 10 février 2016. Ce vide juridique aurait dû être formellement comblé par cette loi de réforme. L'absence d'une disposition spéciale donne lieu à un raisonnement encore favorable à la règle *res perit domino* [1506]. L'on peut ainsi estimer que le créancier est par principe propriétaire dès la formation du contrat, et qu'il devrait en conséquence supporter la perte de la chose survenue avant l'échéance du terme.

501. *Res perit debitori.* Or, la règle constante sur la charge des risques, mise à découvert dans l'hypothèse de la condition suspensive, ne peut subir de modification dans l'hypothèse du terme. La jurisprudence semble rare en la matière ; mais il y a sans doute de l'incohérence à donner à la charge des risques, dans l'hypothèse du terme suspensif, des solutions différentes de celles formellement prévues, dans la condition suspensive, relativement à la perte totale ou partielle de la chose. Il est indéniable que le terme suspensif, par son effet sur l'exécution de l'obligation, est très proche de la condition suspensive. Il résulte en effet des deux cas que l'exigibilité de l'obligation est suspendue dans l'intérêt, par principe, du débiteur [1507]. Et, dans la condition suspensive, l'association des risques à la délivrance ne paraît pas aussi subtile que dans l'hypothèse de l'ancien article 1138 du Code civil. Il est inéquitable de mettre les risques à la charge du créancier du seul fait que celui-ci serait propriétaire de la chose détruite avant l'arrivée du terme. En l'absence de convention contraire, le terme est stipulé dans l'intérêt du débiteur [1508]. Par conséquent, il est injuste que le créancier supporte la perte de la chose survenue avant l'échéance stipulée. Ainsi, jusqu'à l'arrivée du terme, et comme dans l'hypothèse de la condition suspensive, les risques pèsent, suivant la conception des codificateurs, sur le débiteur : la règle *res perit debitori*. À proprement parler, les parties contractantes sont libérées de leurs obligations réciproques.

502. Les risques postérieurs à l'arrivé du terme. À l'image de la condition suspensive, l'attribution de la charge des risques survenus après l'échéance du terme doit prendre en considération différentes hypothèses susceptibles de se présenter. L'arrivée du terme emporte en effet les risques à la charge du créancier, lorsque celui-ci ne rappelle pas à son

---

[1506] M. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 11, Paris, Alex-Gobelet, Libraire, 1830, n° 74.

[1507] L'ancien article 1182 du Code civil en ce qui concerne la condition suspensive ; l'ancien article 1187 du Code civil pour le terme suspensif.

[1508] L'ancien article 1187 du Code civil, repris dans le nouvel article 1305-3 issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

cocontractant son intention de recevoir l'exécution de l'obligation. Car, suivant la règle posée par les codificateurs, les risques pèsent sur le créancier lorsque du consentement de celui-ci la chose se trouve encore sous la détention du débiteur, lequel n'est, en ce cas, qu'un conservateur. La chose est conservée dans l'intérêt exclusif du créancier.

503. Mise en demeure. L'absence de mise en demeure permet de supposer que le débiteur détienne la chose du consentement du créancier. Le terme ne dispense pas en effet de la mise en demeure. Celle-ci n'a pas ici pour effet d'allouer des dommages et intérêts, mais de traduire l'inexécution de la délivrance. Le débiteur peut être mis en demeure avant l'arrivée du terme. Celui-ci peut donc exécuter l'obligation à l'échéance prévue. Le créancier de l'obligation de conservation supporte les risques en cas d'absence de mise en demeure : *res perit creditori*. En revanche, les risques sont, suivant la conception des codificateurs, à la charge du débiteur lorsque celui-ci est mis en demeure : *res perit debitori*. La perte de la chose libère, en réalité, les contractants de leurs obligations réciproques. En ce cas en effet la chose ne se trouve pas mise à la disposition du créancier : la détention de la chose non consentie par celui-ci démontre l'inexécution de la délivrance.

504. Le terme stipulé dans l'intérêt des deux parties. Il s'agit là de l'hypothèse où le terme est stipulé dans l'intérêt exclusif du débiteur. En effet, le terme convenu dans l'intérêt commun [1509] des parties induit des solutions assez différentes. L'intérêt commun des parties résulte de l'hypothèse où, soit le débiteur tire de la détention de la chose une utilité en contrepartie d'une prestation, soit celui-ci est copropriétaire de la chose détenue. Il en va ainsi dans le premier cas du prêt à usage ou à intérêt [1510], et du contrat de bail [1511]. Outre l'intérêt ou le loyer que le débiteur doit verser, en cas de prêt à intérêt et de bail, celui-ci doit conserver [1512] la chose qu'il devra remettre au terme convenu [1513]. Cette hypothèse renferme à la fois le terme suspensif et le terme extinctif. Cela résulte de la coexistence de

---

1509 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 271.

1510 Civ. 1re, 10 juin 1997, *Bull. civ.* 1997, I, n° 194 : « *Mais attendu, en premier lieu, que, retenant que le remboursement des prêts constituait une obligation à terme, la cour d'appel, a, à bon droit, considéré que la dette des débiteurs principaux avait déjà pris naissance avant le décès de la caution, même si elle n'était pas encore visible à cette date ; qu'en second lieu, Madame Lamarque n'a pas invoqué devant les juges du fond la division légale de la dette entre les héritiers ; que, mélangé de fait, le grief est nouveau ;* »

1511 Art. 1737 du Code civil : « *Le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner de congé.* »

1512 Pour le prêt, l'article 1880 du Code civil dispose que : « *L'emprunteur est tenu de veiller raisonnablement, à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention ; le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu.* »

1513 Pour le prêt à usage, l'article 1875 du Code civil dispose que : « *Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.* » ; pour le bail, art. 1709 du Code civil : « *Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.* »

deux obligations, à la charge du débiteur, devant s'exécuter de façon successive : l'obligation de conservation d'une part et l'obligation de restitution d'autre part. L'exécution de l'obligation de conservation suspend l'exigibilité de l'obligation de restitution. Inversement, l'exécution de celle-ci éteint celle-là.

505. Diversité de solutions. Les solutions de la charge des risques sont celles résultant des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil précédemment analysé. Il ressort en effet du développement précédent que le trait caractéristique de cette hypothèse réside dans la remise de la chose au débiteur tenu de la conserver. Par conséquent, jusqu'à l'échéance du terme prévue pour la restitution, les risques survenus dans cet intervalle de temps sont à la charge du créancier de l'obligation de conservation, puisque la délivrance n'est pas encore exigible. Ainsi, dans l'hypothèse de copropriété, le débiteur est libéré, autrement dit, le créancier ne peut réclamer sa part. À l'échéance du terme, les risques ne pèsent sur le débiteur que si celui-ci est en demeure de restituer la chose. La mise en demeure établit l'exigibilité de l'obligation de restitution. Les mêmes règles s'appliquent à l'hypothèse où le terme est stipulé dans l'intérêt du créancier. L'hypothèse n'est autre que le contrat de dépôt gratuit [1514] ; le dépositaire ne supporte que des risques survenus après sa mise en demeure [1515].

506. Conclusion de la Section I. Il semble qu'on doive faire produire à la condition suspensive d'une part et au terme suspensif d'autre part les effets presque identiques concernant la charge des risques. La différence entre ces institutions réside seulement dans le caractère inéluctable ou incertain des événements dont elles résultent. Elles ont en commun d'affecter l'effet obligatoire du rapport contractuel, et d'être par principe stipulées dans l'intérêt du débiteur. En cela, les risques sont, suivant la conception des auteurs du Code civil, à la charge de celui-ci jusqu'à l'exigibilité de l'obligation ; les contractants sont en réalité libérés de leurs obligations réciproques. Après l'exigibilité de l'obligation de délivrance, le mécanisme de mise en demeure permet d'attribuer la charge des risques. Dans la pensée des codificateurs, l'absence de l'exigibilité de l'obligation entraîne les risques sur la charge du débiteur, autrement dit, les obligations réciproques sont éteintes ; les parties sont libérées. Tel ne semble pas le cas en présence de condition résolutoire.

1514 Art. 1917 du Code civil : « *Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit.* »

1515 Art. 1929 du Code civil : « *Le dépositaire n'est tenu, en aucun cas, des accidents de force majeure, à moins qu'il n'ait été mis en demeure de restituer la chose déposée.* »

SECTION II.
DANS LA CONDITION RÉSOLUTOIRE

507. Définition. La condition résolutoire est, aux termes de l'ancien article 1183, alinéa 1, du Code civil, « *celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé* ». Aux termes de l'alinéa 2 de cet article, « *elle ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive* ». À l'opposé de la condition suspensive, la condition résolutoire n'affecte pas le rapport obligationnel, ou obligatoire du contrat ; son accomplissement anéantit seulement l'obligation qui en était affectée. Ainsi, ses effets sur la charge des risques seront analysés, d'une part *pendente conditione* (§ 1), et, d'autre part, dans la période postérieure à sa réalisation (§ 2).

§ 1. *PENDENTE CONDITIONE*

508. Deux hypothèses. C'est la période au cours de laquelle le contrat se trouve en vigueur. Celui-ci déploie ses effets comme n'étant pas affecté de condition. Deux hypothèses doivent être considérées séparément dans la période *pendente conditione*. La charge des risques est résolue dans la période antérieure à l'accomplissement de la condition (A) ; elle doit être ainsi de façon définitive, autrement dit, la rétroactivité de la condition ne doit pas remettre en cause la charge des risques déjà attribuées (B).

A. L'attribution de la charge risques

509. Opposition des effets de la condition résolutoire à ceux de la condition suspensive. Le Code civil limite la définition de la condition résolutoire aux conséquences de son accomplissement. Les rédacteurs de ce Code se sont contentés d'énumérer les effets de la condition résolutoire dans sa définition. Cela peut se comprendre, la condition étant déjà définie de façon générale comme un événement futur et incertain [1516]. L'énumération des effets de la condition résolutoire traduit donc la préférence des codificateurs de mettre en relief les traits distinctifs entre celle-ci et la condition suspensive. L'Ordonnance de 2016 portant loi de réforme [1517] reprend d'abord la définition générale de la condition résultant du Code civil, et définit ensuite les conditions suspensive et résolutoire en opposant leurs effets [1518]. Très rarement pratiquée [1519], la condition résolutoire a pour effet de résoudre les

---

[1516] L'ancien article 1168 du Code civil.

[1517] Aux termes de l'article 1304 du Code civil, issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, « *l'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain* »

[1518] Les alinéas 1 et 2 de l'article 1304 du Code civil, issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, disposent

… / …

relations contractuelles [1520]. Le contrat est par principe exécutoire, à moins de clause contraire, dès sa conclusion ; les obligations qui en résultent sont, autrement dit, exigibles [1521].

510. L'omission de la question des risques par le Code civil. Contrairement à ce qui est fait dans la condition suspensive, le Code civil n'a pas consacré de disposition particulière à la charge des risques susceptibles de survenir dans le cadre d'un contrat assorti de condition résolutoire [1522]. Pas plus, la réforme de 2016 n'a envisagé la question, et pourtant la doctrine l'a assez tôt soulevée [1523]. La raison en est certainement que d'une part, la condition résolutoire est très rarement rencontrée dans la pratique, et d'autre part, elle n'affecte pas l'exigibilité de l'obligation. Avant la réalisation de la condition, le contrat s'exécute normalement ; l'obligation soumise à la condition est exécutoire. Ainsi, dans l'entendement des codificateurs, la charge des risques est résolue suivant les dispositions générales de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil, non telles qu'elles résultent du droit positif [1524],

---

respectivement que : « *la condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple.* », « *elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation.* »

1519 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 1324 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 324 ; J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 290.

1520 B. FAGES, *Droit des obligations*, 5e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 147.

1521 J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 289 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 5e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 147.

1522 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 25, Paris, Auguste Durand, L. Hachette et Cie, 1869, n° 455 : « *Les rédacteurs du Code, qui ont tranché la question des risques dans l'article 1182, relativement à la condition suspensive, l'ont omise, dans l'article 1183, relativement à la condition résolutoire. Et leur silence peut paraître d'autant plus regrettable, que cette thèse a toujours été controversée, et qu'elle offre, en effet, des difficultés sérieuses.* » ; A. M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 5, Paris, Henri Plon, 1865, n° 102 bis. II.

1523 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 25, Paris, Auguste Durand, L. Hachette et Cie, 1869, n° 455 ; M. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 11, Paris, Alex-Gobelet, Libraire, 1830, n° 91 ; L. BERNARD, *L'acte conditionnel envisagé dans ses effets rétroactifs, Essai d'une théorie de la non-rétroactivité*, thèse Aix-Marseille, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey & Journal du Palais, 1909, P. 120.

1524 M. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 11, Paris, Alex-Gobelet, Libraire, 1830, n° 91 ; A. M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 5, Paris, Henri Plon, 1865, n° 102 bis. IV : « *[…], quand survient l'événement fortuit qui détruit la chose, ou cette chose n'a pas été livrée. Dans le premier cas, le créancier doit être traité comme ayant un droit pur et simple, car le contrat produit les effets d'un contrat pur et simple, en attendant sa résolution. Dans le second cas, la chose étant livrée, l'ancien créancier a cessé d'avoir une créance ; au contraire, comme nous l'avons dit, il est éventuellement débiteur de la chose, si la condition arrive : de créancier sous condition résolutoire, il est devenu débiteur sous condition suspensive. Dans les deux cas, il doit donc souffrir le risque, comme créancier pur et simple, en vertu de l'art. 1138, comme débiteur sous condition suspensive, en vertu de l'art. 1182.* » ; Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome 7, Paris, Librairie Cotillon F. Pichon, 1894, n° 264 ; C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 25, Paris, Auguste Durand, L. Hachette et Cie, 1869, n° 456 et suiv. En application de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil ces auteurs estiment que les

… / …

mais telles que précédemment analysées, dont on a observé que les règles ne sont pas en réalité écartées dans des cas présentant certaines particularités. L'opinion qui a mis d'office les risques à la charge de l'acquéreur considère celui-ci comme étant propriétaire de la chose dès la conclusion du contrat [1525]. Les risques peuvent certes être à la charge de l'acquéreur [1526], mais non en tant que propriétaire, plutôt en sa qualité de créancier. Ce qui implique de distinguer entre des hypothèses.

511. Des hypothèses prises constamment en considération. Le contrat n'empêche pas au créancier d'exiger l'exécution de l'obligation conditionnelle [1527]. En l'absence de convention contraire, la délivrance est censée s'effectuer immédiatement. Il résulte de l'absence de réclamation, autrement dit, de la mise en demeure, que la chose se trouve mise à la disposition de l'acquéreur, et que le débiteur n'en est plus que conservateur. Par conséquent, la perte de la chose pèse sur le créancier de l'obligation de conservation : la règle *res perit creditori*. Il résulte, en revanche, de la mise en demeure que la chose n'est pas mise à la disposition du créancier. Celui-ci demeure en ce cas créancier de l'obligation de délivrance, le débiteur ne détenant pas la chose de son consentement. Les risques sont alors à la charge du débiteur selon la perception des codificateurs. À proprement parler, les parties sont plutôt libérées de leurs obligations réciproques. Le créancier ne recevra pas la chose ; inversement, le débiteur n'aura pas le prix. La charge des risques ainsi résolue doit l'être de façon définitive, autrement dit, elle ne doit pas être remise en cause par la rétroactivité de la condition accomplie.

---

risques sont forcément pour l'acquéreur. Mais on a vu que les risques ne pèsent pas sur la tête de l'acquéreur de façon absolue. Il faut distinguer selon que la mise à disposition s'avère effective ou non.

1525 Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome 7, Paris, Librairie Cotillon F. Pichon, 1894, n° 264 ; L. BERNARD, *L'acte conditionnel envisagé dans ses effets rétroactifs, Essai d'une théorie de la non-rétroactivité*, thèse Aix-Marseille, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey, & du Journal du Palais, 1909, p. 120 : « *[…], c'est toujours l'article 1138 qui pose le principe : là où réside la propriété, là seront les risques. L'acquéreur est propriétaire ; l'aliénateur ne conserve qu'un "*jus ad rem*" comme l'a décidé, maintes fois, la jurisprudence ; il est juste que les risques soient supportés par l'acheteur. Ce résultat est en parfaite harmonie avec la théorie de la non-rétroactivité.* »

1526 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 25, Paris, Auguste Durand, L. Hachette et Cie, 1869, n° 456.

1527 Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome 7, Paris, Librairie Cotillon F. Pichon, 1894, n° 264 : « *[…] le débiteur doit remplir son obligation envers le créancier, si le contrat est unilatéral, et que chacune des parties doit remplir son engagement si le contrat est synallagmatique. La partie qui a à se plaindre de l'inexécution peut poursuivre l'exécution contre l'autre par voie d'action. Par conséquent, en cas de condition résolutoire, le vendeur est tenu dès maintenant de délivrer la chose vendue à l'acheteur, et de son côté l'acheteur est dès maintenant tenu de payer son prix.* » ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, tome 4, 6e éd., éditions techniques, 1942, § 302, p. 110.

B. La nécessité de la non-rétroactivité de la condition résolutoire à l'égard des risques

512. Interrogation sur le sort de la charge des risques résolus pendente conditione. Rien ne s'oppose à la résolution de la charge des risques, survenus *pendente conditione,* suivant les dispositions générales de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil, telles que ci-dessus analysées. À l'instar du contrat pur et simple, les risques sont ainsi attribués sans égard à l'avènement de la condition résolutoire. Or, la réalisation de celle-ci a pour conséquence d'anéantir les effets du contrat [1528]. Les prestations fournies doivent, sous réserve de l'hypothèse de contrats à exécution successive [1529], être restituées [1530]. Ce qui ne peut manquer de susciter la question de savoir si l'accomplissement de la condition doit emporter les risques à la charge du débiteur, autrement dit, si la rétroactivité de la condition résolutoire aura pour effet de remettre en cause la charge des risques déjà attribuée en application de la règle de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil. Cette question, non résolue par les rédacteurs du Code civil, a été soulevée par la doctrine [1531] ; mais elle demeure toujours sans réponse dans l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du régime général des obligations. Sans doute la quasi-inexistence de la condition résolutoire dans la pratique rend la question sans pertinence aux yeux du législateur. Cela ne suffit toutefois pas à justifier son indifférence.

513. Situation symétrique à celle résolue dans la condition suspensive. L'hypothèse paraît pourtant constituer l'inverse de celle réglementée dans la condition suspensive [1532], que l'on

---

1528 G. DIMITRESCO, *De la condition résolutoire dans les contrats*, thèse Paris, V. Giard & E. Brière, 1906, p. 59.

1529 *Ibid*., p. 72 : « *[…] on est d'accord en doctrine, que le principe de l'art. 1183 cesse d'être applicable ou du moins ne s'applique pas complètement, lorsqu'il s'agit de contrats successifs c'est-à-dire de contrats où les obligations qu'ils engendrent se renouvellent sans cesse pendant la durée de la convention.* »

1530 J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 289 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 324 : « *Tant que la condition ne survient pas, le contrat produit tous ses effets, les obligations qu'il crée sont donc exigibles. Leur exécution est cependant soumise à un risque de restitution, au cas où la condition surviendrait. Les droits acquis apparaissent donc fragiles : par exemple, le donataire qui a reçu un bien d'une personne sans descendants pourra difficilement le vendre car tout acquéreur craindra de devoir le restituer en cas de résolution pour survenance d'enfant au donateur.* »

1531 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 25, Paris, Auguste Durand, L. Hachette et Cie, 1869, n° 459 et s. ; L. BERNARD, *L'acte conditionnel envisagé dans ses effets rétroactifs, Essai d'une théorie de la non-rétroactivité*, thèse Aix-Marseille, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey & Journal du Palais, 1909, P. 120 ; G. DIMITRESCO, *De la condition résolutoire dans les contrats*, thèse Paris, V. Giard & E. Brière, 1906, p. 83 : « *Si la chose a péri pendant que la condition était en suspens et ensuite la condition s'est accomplie, la question des risques est controversée.* »

1532 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 25, Paris, Auguste Durand, L. Hachette et Cie, 1869, n° 461 et suiv. ; A. M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 5, Paris, Henri Plon, 1865, n° 102 bis. IV : « *Ce n'est pas sans intention que la loi est muette sur ce point. Une question traitée dans l'art. 1182, à propos des conditions suspensives, ne peut avoir été oubliée sur l'art. 1183. Au lieu de croire à une omission improbable, n'est-*

… / …

considère comme une exception à la règle de rétroactivité. Si l'on s'en tenait ici à la lettre de l'ancien article 1183 du Code civil, l'on ne pourrait douter que la rétroactivité de la réalisation de la condition résolutoire n'excepte pas la charge des risques [1533]. En effet, il ressort, sans réserve, de cette disposition que l'accomplissement de cette condition « *remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé* ». Tous les effets du contrat devraient donc être anéantis [1534]. Cette rétroactivité est purement et simplement reprise par l'Ordonnance du 10 février 2016 portant loi de réforme [1535], aux termes de laquelle, d'ailleurs, seule la condition résolutoire rétroagit, à l'exception néanmoins des actes conservatoires et d'administration.

514. Divergence d'opinions doctrinales. Selon une opinion qui s'attache à la règle *res perit domino*, et s'appuyant sur les termes de l'ancien article 1183 du Code civil, la perte de la chose pèse sur le vendeur, parce que celui-ci serait réputé n'avoir jamais perdu sa qualité de propriétaire [1536]. Cette opinion rencontre à juste titre des opposants acharnés [1537], dont M. DEMOLOMBE [1538]. Même celle de ces derniers doit être partiellement rejetée. On approuve

---

il pas plus simple de supposer un renvoi tacite du législateur, d'abord, aux règles générales sur les risques, secondement à l'article 1182 lui-même ? »

1533 A. BENABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 324 : « *La condition résolutoire expose à des situations plus complexes que la condition suspensive. En effet, comme le contrat aura commencé à être exécuté, il y aura lieu à des restitutions en cas de survenance de la condition et on sait les difficultés inhérentes à telles restitutions […].* »

1534 J. FLOURT, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013, n° 290.

1535 L'article 1304-7 du Code civil, issu de la réforme de 2016, dispose que : « *L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration.* »

1536 M. DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, tome 11, Paris, Alex-Gobelet, 1830, n° 91 ; M. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, tome 3, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, n° 63 ; c'est aussi l'opinion de cet auteur : L. BERNARD, *L'acte conditionnel envisagé dans ses effets rétroactifs, Essai d'une théorie de la non-rétroactivité*, thèse Aix-Marseille, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey, & du Journal du Palais, 1909, p. 120.

1537 M. DURANTON, *Traité des obligations en général, suivant le Code civil*, tome 2, 3e éd., Paris, Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 76 ; F. LAURANT, *Principes de droit civil français*, tome 17, 3e éd., Bruxelles, Bruylant — Christophe et Paris, A. Marescq, Aîné, 1878, n° 110 ; Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome 7, Paris, Librairie Cotillon F. Pichon, 1894, n° 264 ; G. DIMITRESCO, *De la condition résolutoire dans les contrats*, thèse Paris, V. Giard & E. Brière, 1906, p. 84 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, tome 4, 6e éd., éditions techniques, 1942, § 302, p. 111 : « *On doit assimiler à l'hypothèse où la condition résolutoire a réellement défailli, celle où n'étant arrivée qu'après la perte de la chose formant l'objet de l'obligation, elle a pu s'accomplir utilement. Ainsi, lorsque la chose vendue sous une condition résolutoire périt en totalité, par cas fortuit, avant l'événement de la condition, la perte en est pour le compte de l'acheteur, qui, se trouvant dans l'impossibilité de restituer cette chose, ne pourra pas davantage demander la restitution du prix.* »

1538 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 25, Paris, Auguste Durand, L. Hachette et Cie, 1869, n° 461 : « *Cette doctrine […] ne nous paraît pas juridique. Nous espérons démontrer, au contraire, que la condition résolutoire ne peut plus s'accomplir utilement*

… / …

en effet de leur part le rejet de la rétroactivité de la condition résolutoire concernant les risques ; mais on ne peut s'accorder avec eux à mettre les risques dans tous les cas à la charge de l'acquéreur [1539]. Il ressort des développements précédents que les dispositions de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil attribuent les risques suivant les hypothèses : les risques sont à la charge du vendeur s'il s'avère que la mise à disposition n'est pas effective ; à proprement parler, les parties sont libérées de leurs obligations respectives. Les risques ne pèsent sur l'acquéreur que dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il résulte des circonstances que la chose est mise à la disposition de celui-ci, mais que par conséquent le vendeur n'est qu'un conservateur.

515. L'intention des parties contractantes. L'application ici de la règle de rétroactivité à la charge des risques aura une conséquence plus fâcheuse que si elle était admise dans la condition suspensive. Conférer l'effet rétroactif à la condition viserait à mettre les risques à la charge du créancier de la restitution impossible, c'est-à-dire du vendeur, sans aucun avantage. Même si l'anéantissement rétroactif du contrat reflète la volonté des parties [1540], la non-rétroactivité de l'accomplissement de la condition, en ce qui concerne les risques, correspond aussi à leur intention [1541]. En effet, l'obligation est par principe exécutée [1542] avant que le cas de force majeure ne se produise. On suppose que le créancier utilise la chose au moment de la survenance des risques. C'est d'ailleurs un besoin pressant et impérieux de part et d'autre qui peut fonder la présence de la condition résolutoire dans le contrat. Le créancier de l'obligation affectée de condition aurait certainement un besoin immédiat d'utiliser la chose ; de même, le débiteur, de son côté, aurait, en cas de contrat synallagmatique, besoin de profiter de la prestation réciproque. Il est évident qu'en

---

après la perte de la chose ; et que, par conséquent, cette perte doit être supportée par l'acquéreur, lorsque la condition résolutoire ne s'accomplit qu'après que la chose a péri […]. »

1539 *Ibid.*, n° 461, p. 437 : « *Dans le second cas, c'est-à-dire, si l'objet, qui fait la matière du contrat, n'a pas été livré à l'acquéreur, c'est encore lui, qui, par un double motif, doit supporter la perte : soit parce qu'il n'en est pas moins actuellement propriétaire (art. 711, 1138) ; soit, parce qu'il en est aussi actuellement créancier ; puisque le contrat fait sous une condition résolutoire, produit, tant que la condition n'est pas accomplie, les mêmes effets que s'il était pur et simple ! De sorte que, dans le premier cas (où la chose a déjà été livrée à l'acquéreur), si la chose a été livrée, c'est en vertu de l'article 1182, que l'acquéreur doit supporter la perte ; et qu'il doit la supporter, en vertu de l'article 1138, dans le second cas, si la chose n'a pas été livrée.* » ; F. LAURANT, *Principes de droit civil français*, tome 17, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe et Paris, A. Marescq, Aîné, 1878, n° 110 ; Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome 7, Paris, Librairie Cotillon F. Pichon, 1894, n° 264 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, tome 4, 6e éd., éditions techniques, 1942, § 302, p. 111.

1540 Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome 7, Paris, Librairie Cotillon F. Pichon, 1894, n° 263 : « *[…] la volonté des parties est que ce droit soit anéanti rétroactivement, si tel événement arrive ou n'arrive pas.* » ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, tome 2 par L. JULLIOT DE MORANDIÈRE, Dalloz, 1959, n° 1693.

1541 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 25, Paris, Auguste Durand, L. Hachette et Cie, 1869, n° 461.

1542 A. BENABENT, *Droit des obligations*, 14e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 324.

l'absence d'un tel besoin, la conclusion du contrat serait repoussée à la période où la condition devra s'accomplir ou pas.

516. Du point de vue technique. En outre, du point de vue technique, on peut évidemment remarquer que la survenance des risques rend la rétroactivité sans objet [1543], puisque celle-ci se traduit par l'obligation de restituer la chose. On voit ici, par ailleurs, que la rétroactivité n'est pas une fiction ; car elle se matérialise particulièrement par des actes concrets. À la différence de la condition suspensive dans laquelle la rétroactivité se manifeste dans l'effet obligatoire du contrat, celle-ci rétracte cet effet, et entraîne consécutivement la restitution des prestations fournies.

L'inverse de l'impossibilité de restitution, c'est, dans la condition suspensive, l'impossibilité d'exécuter la délivrance suite à la perte fortuite de la chose [1544]. Or, la conséquence formellement attachée par le Code civil à la perte de la chose *pendente conditione* dans la condition suspensive, c'est que les risques sont à la charge du débiteur de la délivrance inexécutable ; en d'autres termes, les parties sont simplement libérées de leurs obligations réciproques. Ainsi, lorsque la chose a été livrée, l'impossibilité de la rétroactivité doit inversement mettre ici les risques à la charge de l'acquéreur, lequel est devenu débiteur de la restitution impossible. À proprement parler, la force majeure n'affecte pas ici le contrat ; elle le confirme définitivement par l'impossibilité de restituer. En outre, il est logique de conférer à la force majeure l'effet d'emporter l'effacement de la condition résolutoire stipulée. La force majeure entraîne l'inexécution du contrat ; or, la condition est un effet du contrat ; l'exécution de celle-ci doit par conséquent être paralysée par la force majeure, puisqu'elle constitue par principe le seul effet du contrat qui ne soit pas encore épuisé lors de la survenance des risques.

517. Caducité de la condition. Ainsi, accomplie postérieurement à la force majeure, la condition stipulée doit être considérée comme devenue caduque, sa réalisation n'est plus sans effet ; autrement dit, l'obligation exécutée s'avère définitive. Dès la survenance de cas de force majeure, on doit cesser de considérer la condition ; celle-ci doit être plutôt considérée comme ne pouvant plus se réaliser. Son accomplissement ultérieur n'a plus aucune incidence sur les effets épuisés du contrat, puisque sans objet. Tel ne semble

---

1543 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 25, Paris, Auguste Durand, L. Hachette et Cie, 1869, n° 461, p. 439 ; A. M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome 5, Paris, Henri Plon, 1865, n° 102 bis. IV, p. 169 ; M. DURANTON, *Traité des obligations en général, suivant le Code civil*, tome 2, 3e éd., Paris, Toussaint, Libraire-éditeur, 1846, n° 76 ; G. DIMITRESCO, *De la condition résolutoire dans les contrats*, thèse Paris, V. Giard & E. Brière, 1906, p. 84 : « *L'art. 1183 dit bien que la résolution est rétroactive, mais dans ce cas elle ne peut pas se produire. En effet, l'acquéreur se trouvant dans l'impossibilité de restituer la chose ne peut pas exécuter son obligation faute d'objet, et il ne pourra pas davantage demander la restitution de ce qui lui est dû, du prix par exemple.* »

1544 C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 25, Paris, Auguste Durand, L. Hachette et Cie, 1869, n° 460.

toutefois pas la règle devant régir l'hypothèse des risques survenant entre les mains de l'acquéreur après l'accomplissement de la condition.

§ 2. La période postérieure à l'accomplissement de la condition

518. L'absence de la question dans le Code civil. L'accomplissement de la condition a pour effet de dissiper la crainte des parties contractantes, liée à l'incertitude planant sur le sort du contrat. Il est devenu clair dans leur esprit que les prestations réciproques qu'elles ont été amenées, dans un contrat synallagmatique, à fournir doivent être restituées. S'il s'agit, par exemple, d'un contrat de vente, la chose délivrée doit être restituée. Or, il peut arriver qu'un cas de force majeure frappe l'objet de la restitution, un corps certain, avant que celle-ci ne soit effectuée. Ici encore, le Code civil ne détermine pas laquelle des parties doit supporter la charge de ces risques. Ainsi, on peut observer qu'à la différence de l'hypothèse de la condition suspensive, les conséquences de la condition résolutoire sur la charge des risques n'ont nullement bénéficié de l'attention particulière des codificateurs. La doctrine propose alors des solutions, mais divergentes (A). La règle du Code civil occultée, et ici restaurée pourrait résoudre parfaitement la question (B) si elle était du moins suivie.

A. Les diverses solutions proposées par la doctrine

519. La règle res perit domino classique. La doctrine s'intéresse aux conséquences de l'accomplissement de la condition résolutoire sur la charge des risques. Ainsi, M. Duranton met les risques à la charge du créancier de l'obligation de restitution [1545], par exemple, le vendeur en cas de contrat de vente. Selon cet auteur, le vendeur supporte, en vertu de la règle *res perit domino*, la perte de la chose survenue postérieurement à l'accomplissement de la condition. Il est vrai que l'aliénateur redevient propriétaire de la chose après la condition accomplie. Mais, il ne doit pas en cette seule qualité supporter aussi automatiquement la perte de la chose survenue entre les mains du débiteur de l'obligation de restitution, c'est-à-dire de l'ancien acquéreur. Une telle solution s'apparente à une sanction, que l'aliénateur ne mérite pas ici.

520. Solutions proposées par d'autres auteurs. Aussi, d'autres auteurs rejettent-ils l'application de la règle *res perit domino* classique, ils proposent des solutions assez particulières [1546]. Mme. Rigalle-Dumetz résout la question par la création d'une règle *res*

1545 M. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 11, Paris, Alex-Gobelet, 1830, n° 91 : « *Si l'objet du contrat périt depuis l'accomplissement de la condition résolutoire, il ne peut non plus y avoir de difficulté : les choses étant remises au même état que s'il n'y avait pas eu de contrat, on appliquerait aussi la règle* res perit domino. »

1546 C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, « Bibliothèque de droit privé tome 218 », préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992, n° 813 ; C. Rigalle-Dumetz, *La résolution partielle du contrat*, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », préf. C. Jamin, Dalloz, 2003, n° 613.

perit domino très particulière, voire étrange [1547]. Elle propose en effet de considérer le débiteur de la restitution comme étant demeuré propriétaire après l'accomplissement de la condition : « […], *si la perte de la chose survient entre le moment où la résolution a produit son effet extinctif et celui où le débiteur défaillant doit restituer la chose, on doit considérer que le débiteur doit retransférer la propriété, non en qualité de débiteur de la restitution, mais de propriétaire.* » [1548] Il ressort de cette opinion que le transfert de la propriété dans le sens inverse ne constitue pas l'effet direct de la rétroactivité de la condition, puisque le débiteur est tenu de l'opérer après l'accomplissement de celle-ci ; on peut alors se demander par quel mécanisme ce transfert de propriété doit s'effectuer. Peut-être que l'auteure entend le lier à l'exécution de l'obligation de restitution. Ce qui serait une exception au transfert *solo consensu* de propriété, lequel se manifeste ici dans le sens inverse par la règle de rétroactivité de la condition résolutoire. Toutes ces divergences ou difficultés sont inévitables lorsque l'on se réfère à la règle *res perit domino* pour justifier l'attribution de la charge des risques.

Relativement à la rétroactivité consécutive à la nullité de contrat, Mme. GUELFUCCI-THIBIERGE propose plusieurs solutions suivant le fondement que l'on entend attribuer à l'obligation de restitution [1549]. Les risques pèseraient sur le vendeur si l'on considère que la restitution due à celui-ci résulte du droit de propriété, car il est demeuré propriétaire de la chose ; ils seraient en revanche pour l'acquéreur à titre de sanction si l'on fonde la restitution sur la répétition de l'indu [1550]. Les risques seraient enfin pour l'acquéreur, débiteur de l'obligation de restitution si l'on estime qu'il s'agit de rapport d'obligation entre les parties [1551]. La rétroactivité consécutive à la nullité de contrat emporterait ainsi automatiquement les risques à la charge soit de l'aliénateur, soit de l'acquéreur suivant la conception du fondement de la restitution. Pour Mme. Marie MALAURIE, « *le recours à la théorie des risques ne tient nullement compte du particularisme de ce genre de restitutions* » [1552]. La théorie des risques doit être écartée ; le débiteur de l'obligation de restitution devrait supporter les

---

1547 C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », préf. C. JAMIN, Dalloz, 2003, n° 613.

1548 *Ibid.*, n° 613.

1549 C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, « Bibliothèque de droit privé tome 218 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992, n° 813.

1550 *Ibid.*, n° 813 : « *Si l'on fonde la restitution sur la répétition de l'indu, le risque de perte fortuite sera supporté par l'acquéreur-accipiens de mauvaise foi, c'est-à-dire connaissant la cause de nullité entachant l'acte.* »

1551 *Ibid.*, n° 813 : « *Si l'on estime, au contraire, que le fondement de la restitution réside dans l'accomplissement de sa prestation par le vendeur en exécution d'un contrat annulé, l'obligation de restituer est le pendant du droit à restitution du vendeur ; or il s'agit d'un droit personnel, résultant d'un rapport d'obligation entre celui qui a accompli la prestation et celui qui en a bénéficié. Il en découle que la charge des risques pèsera sur le débiteur de l'obligation de restituer, c'est-à-dire l'acquéreur, en vertu de la règle* res perit debitori. *De manière plus pragmatique, on observera que c'est l'acquéreur qui était le mieux à même d'assurer la chose. En outre, il est logique qu'un lien existe entre les risques et la possibilité d'utiliser la chose.* »

1552 M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, préf. G. CORNU, Éditions Cujas, 1991, p. 130.

risques [1553]. La règle élaborée par les codificateurs, non suivie dans le droit positif, paraît présenter une meilleure solution.

B. L'application de la règle restaurée du Code civil

521. Les solutions constantes du Code civil. Toutes ces solutions proposées par les auteurs diffèrent de celle des codificateurs. Suivant en effet la règle du Code civil analysée jusqu'ici, la rétroactivité de la condition n'emporte pas de façon automatique les risques à la charge de l'aliénateur. Et, la résolution de la question de la charge des risques survenus entre les mains de l'acquéreur conditionnel après l'accomplissement de la condition résolutoire ne peut déroger à la règle conçue par les codificateurs. Il semble qu'on doive simplement concevoir l'accomplissement de la condition comme le moment où le contrat produit ses effets dans les sens inverses de ceux produits *pendente conditione*.

522. La survie du contrat. Ainsi, à compter de ce moment, le contrat produit ses effets concernant le transfert de la chose dans le sens inverse de celui où la condition était pendante : le transfert du droit de propriété d'une part, et la remise matérielle de la chose d'autre part. En effet, contrairement à l'opinion de M. DURANTON [1554], l'accomplissement de la condition n'anéantit pas automatiquement le contrat [1555] ; le contrat ne serait caduc, autrement dit, anéanti, que lorsque la réalisation de la condition le rend sans objet. Or, en cas de contrat dont certains effets sont exécutés *pendente conditione*, les restitutions réciproques résultant de la rétroactivité de la condition revêtent toujours le caractère d'obligations contractuelles. L'acquéreur doit exécuter l'obligation de restitution.

523. La règle *res perit creditori* ou *res perit debitori* suivant les cas. Alors, suivant la règle conçue par les codificateurs, les risques ne pèsent sur le créancier de cette obligation, le vendeur par exemple, que lorsque les circonstances révèlent que la mise à disposition est

---

[1553] *Ibid*., p. 132 : « *En des termes généraux, la Cour de cassation affirme que "le risque de perte de la chose est lié à l'utilisation effective de cette chose". Pourquoi cet argument ne pourrait-il pas être invoqué dans les restitutions après nullité ou résolution ? À cette jurisprudence fondée sur le particularisme de ce genre de restitution (corrélation entre la jouissance du bien et certaines charges), s'ajoute une considération générale. La théorie des risques est traditionnellement présentée comme une conséquence du caractère synallagmatique du contrat. Mais elle est aussi liée à une répartition financière des risques entre le débiteur et le créancier ainsi que le démontre l'importance des clauses de répartition des risques. Cette considération est en principe absente dans les restitutions, sauf aménagement conventionnel de la restitution.* »

[1554] M. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 11, Paris, Alex-Gobelet, 1830, n° 91, p. 107 : « *[…], on ne peut pas rigoureusement dire que […] qu'il est obligé sous une condition suspensive ; il n'y a pas deux contrats, il n'y en a qu'un : la résolution d'un droit ne forme pas par elle-même une obligation directe et principale ; elle n'est qu'un effet de l'obligation elle-même qui a été contractée sous condition résolutoire, ce qui rend inapplicable l'article 1182, lequel ne statue, comme on le voit par la place qu'il occupe, que sur le cas d'engagements formés sous une condition suspensive.* »

[1555] C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », préf. C. JAMIN, Dalloz, 2003, n° 355 : « *[…], la résolution ne met pas à néant le contrat.* »

effective, c'est-à-dire qu'il n'appartient plus qu'à celui-ci de retirer la chose ; car, le débiteur de l'obligation de restitution n'est en ce cas tenu que de conserver la chose pour le compte du créancier qui tarde à l'enlever. Par conséquent, la perte fortuite de la chose libère le débiteur de l'obligation de conservation : *res perit creditori*. En l'absence de mise en demeure, la détention de la chose par le débiteur est réputée avoir été consentie par le créancier. En revanche, la mise en demeure établit l'absence de mise à disposition ; autrement dit, l'obligation de restitution n'est pas encore exécutée. En ce cas, le débiteur supporte, suivant l'analyse des codificateurs, la perte de la chose : *res perit debitori*. Il en résulte que l'accomplissement de la condition n'aura aucune incidence sur le contrat : le débiteur n'est pas fondé à réclamer la restitution du prix. En réalité, les parties sont libérées de leurs obligations réciproques.

524. Conclusion de la Section II. Le Code civil de 1804 ne prévoit aucune disposition particulière relative à la question de la charge des risques dans l'hypothèse de la condition résolutoire. La doctrine a pu soulever cette question, qui n'a toujours pas retenu l'attention du législateur de 2016. Cependant, l'absence d'une disposition particulière n'est pas ici synonyme de vide juridique. La relecture ici proposée de la règle de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil, permet de résoudre la charge des risques. Ainsi, *pendente conditione*, les risques sont à la charge de l'acquéreur, s'il n'appartient plus qu'à celui-ci de prendre livraison. En revanche, si le transfert matériel de la chose ne dépend pas de l'acquéreur, les risques sont à la charge de l'aliénateur ; à proprement parler, les contractants sont libérés de leurs obligations réciproques. La charge des risques ainsi attribuée ne devra pas être remise en cause par l'accomplissement de la condition. Celle-ci ne rétroagit pas à l'égard de la charge des risques. Ces solutions s'appliquent parfaitement dans la période postérieure à l'accomplissement de la condition.

Conclusion du Chapitre II

525. Les hypothèses de terme et de condition. Les parties peuvent affecter leurs engagements de terme ou de conditions. Le caractère immédiat et *solo consensu* de l'exécution de l'obligation de délivrance s'en trouve affecté ; autrement dit, celle-ci est dissociée de la formation du contrat. Il en résulte que la pensée des codificateurs concernant la charge des risques s'avère inconciliable avec la règle *res perit domino* en vigueur dans le droit positif et consacrée par la réforme du 10 février 2016. L'hypothèse de la condition suspensive constitue un des signes révélateurs de la pensée des auteurs du Code civil, bien qu'elle ne soit pas explicitée dans la condition résolutoire ainsi que dans le terme suspensif. Contrairement à la règle *res perit domino*, la vision des codificateurs sur la résolution de la charge des risques ne connaît pas de discontinuité, et apparaît ainsi de façon formelle dans la condition suspensive. Son application aux effets de la condition résolutoire et du terme suspensif se vérifie sans difficulté.

CONCLUSION DU TITRE I

526. L'évidence du rôle de la délivrance dans la résolution de la charge des risques. La fonction de l'obligation de délivrance dans l'attribution de la charge des risques, camouflée par l'analyse inexacte des termes de l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil, trouve des hypothèses permettant son apparition, c'est-à-dire sa mise en exergue. L'hypothèse de l'ancien article 1302 du Code civil, reprise dans les nouveaux articles 1351 et 1351-1, ainsi que celle de la condition suspensive sont aussi porteuses d'un démenti de la présence de la règle *res perit domino* dans le système élaboré en 1804. Toute conception qui ne prend pas ici en considération l'obligation de délivrance dans la résolution de la question des risques, autrement dit, qui exclut celle-ci du rôle d'attribution de la charge des risques, ne peut que se confronter à des difficultés et des incohérences majeures.

Car, la délivrance ne s'effectue pas ici par la même occasion que le transfert de propriété, lequel est complètement ignoré du Code civil dans les hypothèses où les parties décident de modifier le caractère immédiat de la délivrance. Il a été rappelé que la finalité du transfert *solo consensu* de la propriété consiste à conférer à l'acquéreur le pouvoir d'obtenir de façon immédiate, en cas de résistance injustifiée du débiteur et dans quelles que mains que ce soit, le transfert matériel de la chose. Or, ici, à l'exception de l'hypothèse de la condition résolutoire, l'exigibilité de la délivrance est volontiers différée. On comprend ainsi que les codificateurs ne se soient pas occupés de préciser le moment du transfert de la propriété. Dans toutes ces hypothèses, le différé de l'exigibilité de la délivrance résulte de la volonté des contractants. Le rôle de l'obligation de délivrance dans la résolution de la charge des risques est incontestable, il est devenu particulièrement apparent. Il en est de même dans les hypothèses où la dissociation de l'obligation de délivrance résulte de la nature ou de l'état de son objet.

TITRE II.

L'APPARITION DE LA DÉLIVRANCE RÉSULTANT DE L'ÉTAT DE LA CHOSE

527. Bref rappel de la délivrance différée par la volonté des parties. Le développement ci-dessus a été consacré à l'hypothèse où l'exception au principe de l'immédiateté de la délivrance résulte de la volonté des parties contractantes. Celles-ci décident de dissocier soit la délivrance, soit son exécution définitive de la formation du contrat. On a fait observer que dans cette hypothèse de la délivrance différée, les codificateurs envisagent l'attribution des risques sans égard au droit de propriété. Il est évident que le droit positif s'est confronté à des difficultés à démontrer la constance de la règle *res perit domino* dans ces différentes hypothèses où la délivrance de la chose est volontairement dissociée de la formation du contrat. L'hypothèse de la délivrance différée paraît très large dans le système du Code civil de 1804. En effet, la dissociation de l'exécution de l'obligation de délivrance ne résulte pas que de la volonté des contractants. Elle découle, dans un nombre d'hypothèses, aussi de l'état de la chose, objet de la délivrance.

528. Le différé de la délivrance procédant de l'état de son objet. La mise à disposition requiert que son objet se trouve dans un certain état, dont la réalisation incombe par principe au débiteur [1556]. Or, il est fréquent que l'état de la chose permettant son retirement ne se réalise pas au moment de la formation du contrat, mais ultérieurement. Il en va ainsi lorsque la chose aliénée n'est pas encore isolée des autres de même espèce lors de la conclusion du contrat ; il en est de même dans l'hypothèse de l'aliénation de choses futures ou du contrat qualifié d'entreprise. Dans le premier cas, l'acquéreur ne peut encourir le reproche d'un manquement à la prise de livraison, tant que la chose vendue n'est pas individualisée ; de même, dans le second cas, la mise à disposition immédiate est inconcevable dans la mesure où la chose est inexistante lors de la formation du contrat.

529. L'identité de solutions à la question des risques. L'analyse de la règle de l'ancienne disposition de l'article 1302 du Code civil, reprise dans les nouveaux articles 1351 et 1351-1, révèle de façon suffisante que les codificateurs n'ont pas donné à la question de la charge des risques des solutions différentes selon qu'il s'agit de contrats translatifs de propriété ou de contrats n'ayant pas pour effet de transférer le droit de propriété. L'on sait en effet que l'hypothèse n'est pas limitée aux opérations de transfert de la propriété. La similitude découlant de l'état de l'objet de la délivrance, notamment entre la solution de la charge des risques résultant de l'article 1585 en matière de choses de genre d'une part (Section I), et d'autre part celles prévues dans l'hypothèse de choses futures, ou du contrat qualifié d'entreprise, aux articles 1788, 1789 et 1790 du Code civil (Section II), représente encore

---

1556 R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, spéc. 163 : « *La vente commerciale, […], est la victime de la rapidité avec laquelle elle est conclue entre commerçants. L'objet du contrat n'est pas individualisé au moment de l'échange des consentements. Le commerçant en gros ou en détail achète tant de quintaux, tant de balles de marchandises à prendre dans le stock du vendeur, sans autre indication sur la marchandise achetée. Parfois même, l'objet n'existe pas au moment du contrat. L'industriel promet de construire une machine, un navire qu'il fabriquera ultérieurement.* »

un flagrant démenti à l'égard de la règle *res perit domino*. Ces différentes hypothèses ont en commun de mettre en évidence l'étroitesse de relation existant entre l'obligation de délivrance et la charge des risques, sans égard à la question du transfert de la propriété. On verra que c'est le droit positif influencé par la doctrine qui recherche toujours le moment du transfert de la propriété, dans le seul but de laisser entendre une omniprésence de la règle *res perit domino* dans le système du Code civil de 1804.

CHAPITRE I.

CHOSES DE GENRE DE L'ARTICLE 1585 DU CODE CIVIL

530. Opposition entre corps certain et choses de genre s'agissant du moment de leur délivrance. Les choses de genre s'opposent aux corps certains notamment dans les contrats visant le transfert de la propriété [1557] ; il résulte de leur nature que le contrat dont elles sont l'objet, ne s'exécute pas immédiatement, surtout l'exigibilité de l'obligation de délivrance est dissociée de la formation du contrat. L'exécution complète d'un tel contrat dépend de l'individualisation de la chose, laquelle ne peut s'opérer que par le comptage, pesage ou mesurage de celle-ci [1558]. Ainsi, aux termes de l'article 1585 du Code civil « *lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement* ».

531. L'exacte analyse de l'article 1585 du Code civil par une jurisprudence ancienne. Il ressort, de façon non équivoque, de cette disposition que les codificateurs ne se sont intéressés, dans l'hypothèse de l'acquisition de choses de genre, qu'à la question de la charge des risques [1559]. La Cour de cassation avait, au départ, bien observé cette conception du législateur. En effet, aux termes de son arrêt de rejet du 11 novembre 1812, c'est-à-dire environs seulement huit ans après l'adoption du Code civil, « *si l'art. 1585 dispose que, dans le cas où la marchandise est vendue à la mesure, la vente n'est point parfaite jusqu'au mesurage, il explique que c'est en ce sens que la chose vendue est aux risques du vendeur ; et il précise que l'acheteur peut demander la délivrance ou des dommages-intérêts, faute d'exécution ; que, conséquemment, loin de déroger au principe général établi par l'art. 1583, il le confirme, en décidant que, même en ce cas, la vente est parfaite à tous autres égards que les risques* » [1560]. L'absence, dans les termes de l'article 1585, de référence au transfert de la propriété paraît suffisante à établir que la charge des risques

---

1557 J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 544 : « *On oppose aux ventes de corps certains, portant sur une chose préexistante dont toutes les caractéristiques sont connues de l'acquéreur qui a pu en apprécier la consistance "de visu" avant de contracter, les ventes de choses de genre dans lesquelles l'individualisation se trouve retardée, le contrat portant seulement sur une certaine qualité sans identification physique préalable de celles-ci.* »

1558 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Puf, V. Chose.

1559 CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, tome 3, 4e éd., LGDJ, 1906, n° 131 : « *Les articles 1585 et 1587, C. civ., ne tranchent formellement que la question des risques. Le transfert de propriété qui a certainement lieu par le seul effet du contrat dans les ventes en bloc, se produit-il aussi dans la vente au poids, au compte ou à la mesure, ou bien l'acheteur est-il un simple créancier de la quantité vendue, tant que le pesage, le compte ou le mesurage n'a point eu lieu ?* »

1560 Civ., 11 novembre 1812, *S.* 1812-1814, jur., p. 222. La solution était appliquée par les juridictions de fond : par exemple, CA Bordeaux, 11 janvier 1888, *S.* 1891, II, p. 5.

n'est pas associée à la question de la transmission du droit de propriété. La règle de l'article 1585 du Code civil diffère de celle du droit romain à laquelle elle est souvent identifiée [1561].

532. Revirement de la jurisprudence entraîné par la doctrine. Cependant, le droit positif, influencé par la doctrine [1562] acquise à l'existence de la règle *res perit domino* dans le système du Code civil recherche toujours le moment du transfert de la propriété [1563]. Ainsi, sous pression doctrinale [1564], la Cour de cassation a opéré un revirement jurisprudentiel par son arrêt du 24 mars 1860, rendu par la chambre criminelle, dont l'attendu principal dispose que :

> « Si, aux termes de l'art. 1383 précité, la vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, ce principe reçoit une exception pour les cas prévus par l'art. 1385 ; que suivant ce dernier article, en effet, lorsque les marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente cesse d'être parfaite et les choses restes aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ; qu'en maintenant ainsi aux risques du vendeur la chose vendue, et en appliquant la maxime res perit domino, le législateur démontre qu'à ses yeux il n'y a pas translation opérée de la propriété ; que sans doute un engagement existe, qu'il lie le vendeur ; qu'en cas d'inexécution, il peut fournir à l'acheteur une action en délivrance ou en dommages-intérêts, mais qu'en définitive jusqu'au pesage, au comptage ou mesurage, la propriété n'a pas changé de mains et la vente n'a pas reçu son dernier accomplissement. » [1565]

Il arrive que les juridictions de fond ne suivent pas cette solution [1566]. Toutefois, il est acquis de nos jours en droit positif que la propriété demeure non transférée autant que les risques sont à la charge du vendeur [1567].

1561 L'un des arguments présentés par le défendeur dans le pourvoi en cassation ayant donné lieu à l'arrêt du 11 novembre 1812 (*S*. 1812-1814, jur., p. 223) : « *Au surplus, l'art. 1585 du Code civ. est la reproduction avec modification de la loi romaine 35, § 5, ff., de* contrahendâ emptione. *Et là où le législateur romain avait dit qu'il y avait imperfection de la vente, en ce sens qu'il n'y avait pas transmission de propriété, le législateur français a dit qu'il y avait imperfection de la vente, en ce sens que la chose vendue serait aux risques de l'acheteur. — Impossible de donner le même sens et les mêmes effets à deux dispositions aussi différentes.* » Voir l'opinion contraire, CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, tome 3, 4e éd., LGDJ, 1906, n° 107 : « *Les ventes commerciales ayant […] très souvent des choses fongibles pour objet, la délivrance ou tradition n'a pas le plus souvent unique effet de mettre l'acheteur en possession ; elle le rend aussi propriétaire et correspond ainsi complètement à la tradition du Droit romain.* »

1562 M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente, De la vente*, tome 1, Paris Charles Hingray, Libraire-Éditeur, 1834, n° 88.

1563 Civ., 30 juin 1925, *D*. 1927, I, p. 29 ; F. GORÉ, « Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer », *RTD civ*. 1947, p. 161 ; R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, spéc. 163.

1564 La doctrine citée par F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D*. 1954, chr., p. 175, spéc. 176.

1565 Crim., 25 février 1860, *D*. 1860, I, p. 199. L'arrêt cité aussi par F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D*. 1954, chr., p. 175, spéc. 176.

1566 CA Bordeaux, 11 janvier 1888, *S*. 1891, II, p. 5 : « *Attendu que l'art. 1585, C. civ. dispose : "Lorsque les marchandises sont vendues au poids, au compte ou à la mesure, les risques restent à la charge du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ; néanmoins, l'acheteur peut immédiatement demander la délivrance" ; qu'ainsi, d'après ce texte, le transfert de la propriété est*

… / …

Ce revirement jurisprudentiel ne peut correspondre à la conception des rédacteurs du Code civil en matière de résolution de la question des risques. L'aliénation des choses de genre constitue en effet l'une des hypothèses où le caractère artificiel de l'association des risques au transfert de la propriété paraît le plus flagrant. L'omission de la question du transfert de la propriété (Section I) d'une part, et la mention formelle de la charge des risques (Section II), d'autre part, ne procèdent que de la logique des codificateurs, jusqu'ici analysée et bien perçue au départ par la Cour de cassation dans son arrêt du 11 novembre 1812, ci-dessus rapporté.

---

distinct du transfert des risques ; qu'il est de la nature du risque de n'affecter qu'un corps certain et déterminé tant que l'opération du mesurage, du pesage ou du comptage ne l'a pas détaché du bloc pour l'individualiser ; que, jusque-là, l'acheteur, ne sachant pas ce qu'il a acheté, ignore ce qu'il a à perdre ; […]. »

1567 Civ., 1er juillet 1874, *S.* 1877, jur., p. 119 ; Civ., 1er juillet 1889, *D.* 1891, I, p. 302.

SECTION I.
L'OMISSION DE LA QUESTION DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

533. L'omission logique. L'examen attentif du système du Code civil de 1804 révèle que se justifie parfaitement l'absence de la question du transfert de propriété dans l'hypothèse de l'article 1585 (§ 1), autrement dit, dans l'acquisition de choses de genre. L'omission de la question du transfert de propriété s'inscrit dans la logique du Code civil. La recherche systématique de la détermination du moment du transfert de la propriété, est non seulement la conséquence de la règle *res perit domino* dégagée de l'ancien article 1138 du Code civil, mais aussi en général le produit d'une conception excessive, en droit positif, de l'opposabilité du droit de propriété (§ 2), considéré comme le principal droit réel.

§ 1. L'ABSENCE DE LA QUESTION DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

534. Justification. Le silence du Code civil sur le moment du transfert du droit de propriété dans l'hypothèse de l'acquisition de choses de genre procède simplement de l'inconcevabilité de l'exercice du droit de suite (B), autrement dit, de l'action réelle, ou en revendication, l'unique but assigné au mécanisme de transfert *solo consensu* de la propriété dans le système du Code civil de 1804. Il s'ensuit que les arguments par lesquels le droit positif introduit ici la règle *res perit domino* présentent davantage de faiblesse (A).

A. Les arguments à la base de la règle *res perit domino*

535. Les trois principaux arguments présentés. La question de savoir à quel moment le droit de propriété est transféré ne trouve pas de réponse formelle dans les termes de l'article 1585 du Code civil [1568]. Il n'y est, en effet, fait nullement référence au transfert de la propriété, encore moins au droit de propriété [1569]. Il a été rappelé ci-dessus que c'est la doctrine dominante, suivie par la jurisprudence [1570], qui enseigne que le transfert du droit de

---

1568 CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, tome 3, 4e éd., LGDJ, 1906, n° 131 ; D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 104 : « *Ce problème du transfert des risques est d'ailleurs le seul que l'article 1585 du Code civil ait envisagé.* »

1569 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 349, note de bas de page n° 41 : « *L'art. 1585 ne parle que des risques, et ne dit pas expressément que la propriété continue à résider sur la tête du vendeur.* »

1570 Civ., 31 décembre 1894, *D*. 1895, I, p. 409, *S*. 1897, I, p. 216 ; Civ., 7 janvier 1880, *S*. 1882, I, p. 463 : « *Attendu que l'arrêt attaqué a décidé à bon droit que la convention par laquelle les propriétaires de la Favorite se sont obligés, en 1868 et 1869, à livrer à la société la Dillon les récoltes de cannes à sucre à faire sur ladite habitation pendant une période de dix ans, moyennant un prix à déterminer, suivant les mercuriales de la quinzaine, à raison de 6 kilogrammes de sucre par 100 kilogrammes de cannes, sur le poids reconnu à leur arrivée à l'usine, ne constitue pas une vente ayant pu opérer, dès l'époque du*

… / …

propriété ne peut se produire, dans cette hypothèse, que lors de l'individualisation [1571] ou de la livraison [1572] de la chose ; alors que l'on sait que, de l'autre côté, la « *dématérialisation* » des

---

contrat, la translation de la propriété des récoltes à venir ; qu'elle contient seulement l'obligation, pour les propriétaires de l'habitation, de livrer lesdites récoltes à leurs échéances, l'usine n'en devenant successivement propriétaire qu'après le pesage opéré ; […]. » ; Com., 27 mai 1986, *Bull.civ.* 1986, IV, n° 107 : « *Mais attendu qu'ayant retenu à bon droit que le transfert de propriété du vin à la disposition de l'acheteur dans les chais du vendeur devait être apprécié en fonction des dispositions de l'article 1585 du Code civil qui retardent ce transfert jusqu'à ce que la marchandise ait été mesurée, la Cour d'appel a constaté que la société venderesse avait satisfait à son obligation de livrer dans les temps et conditions imposées par l'acheteur ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;* » La jurisprudence décide même que la propriété n'est transférée que lorsque la marchandise est expédiée : Civ., 31 décembre 1894, *D.* 1895, I, p. 414.

1571 CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, tome 3, 4e éd., LGDJ, 1906, n° 96 ; C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 349, note de bas de page n° 41 ; J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux*, par J. HÉMARD, Sirey, 1953, n° 223 et suiv. ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., Montchrestien, 1968, n° 903 et suiv. ; F. GORÉ, « Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer », *RTD civ.* 1947, p. 161, spéc. 167, n° 16 : « *En vertu des règles du Code civil, le transfert de propriété doit se réaliser dès que la quantité vendue a été mesurée et mise à part.* » ; F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chr., p. 175 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, 5e éd., Litec, 1995, n° 1743 : « *Ce qui confirme ce rattachement des risques à la propriété, ce sont les solutions du droit positif dans les cas où, par exception, la vente n'opère pas translation immédiate de ce droit. On citera comme ventes non translatives de propriété les ventes de choses de genre. Tant que les denrées vendues n'ont pas été individualisées […], le transfert n'a pas pu se faire.* » ; B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2e éd., Puf, 2002, p. 168, n° 258 : « *D'une manière indirecte et maladroite, l'article 1585 décide que le transfert de la propriété des choses de genre, c'est-à-dire des choses fongibles, s'effectue au moment de leur individualisation. Cette règle est conforme à la nature de ces choses qui, produites en un nombre indéfini d'exemplaires, sont interchangeables.* » ; J. HUET et. J. GHESTIN (Sous la dir.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 11209 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 179 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 212 ; J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 546 ; Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 11e éd., LexisNexis, Litec, 2011, n° 77, p. 64 : « *[…], une position réelle ne peut exister sur une chose indéterminée, seulement désignée par son appartenance à un genre ou même à un lot. Celui qui achète une automobile d'une marque et d'un type donnés ne devient propriétaire que lorsque son automobile a été individualisée dans le stock du constructeur.* » ; A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 134 : « *Lorsque la vente porte sur des choses de genre, le transfert de propriété est lié à leur individualisation : tant qu'on ne sait pas quelles choses de genre sont vendues, aucun transfert ne peut s'opérer faute d'assiette.* » ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 157 ; M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 345 ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil*, tome 2, *Les biens, Droits réels principaux*, 5e éd., par Ch. LARROUMET, Economica, 2006, n° 385 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 135 ; D. MAINGY, *Contrats spéciaux*, 10e éd., Dalloz, 2016, n° 127 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 157.

1572 F. GORÉ, « Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer », *RTD civ.* 1947, p. 161, spéc. 168, n° 19 : « *Dans les ventes à livrer de choses de genre, comme dans les ventes à livrer de choses futures, le transfert de propriété a lieu au moment de la livraison. Et s'il en est ainsi, ce n'est pas par suite d'une renaissance du formalisme, mais parce qu'en vertu des usages commerciaux la jurisprudence présume que les parties ont voulu le placer à cette époque.* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil*,

… / …

valeurs mobilières [1573] n'empêche pas le transfert immédiat de leur propriété [1574]. Les principaux arguments présentés ici en faveur de la règle *res perit domino* sont tirés des travaux préparatoires du Code civil (1), des termes mêmes de l'article 1585 (2) et de la nature de la chose (3) sur laquelle porte cette disposition.

1. L'argument tiré des travaux préparatoires du Code civil

536. Référence aux travaux préparatoires du Code civil. Les travaux préparatoires du Code civil constituent ici encore une référence expresse ou implicite pour l'opinion qui soutient la règle *res perit domino* [1575]. D'une part, dans le rapport de la présentation du projet de la loi sur le contrat de vente, fait par FAURE, et d'autre part, dans le discours sur le même projet de loi prononcé par GRENIER devant le Corps législatif, ces deux tribuns, à l'image de BIGOT DE PRÉAMENEU, semblent se référer à la règle *res perit domino*.

537. Dans le rapport du tribun Faure. Ainsi, dans son rapport sur le projet de la loi sur la vente, FAURE tente de justifier la règle de l'article 1585 du Code civil par le report du transfert de la propriété à l'individualisation de la chose [1576]. Il est en effet dit dans ce rapport que : « *l'acheteur ne peut devenir propriétaire des marchandises que lorsqu'elles auront été pesées, comptées ou mesurées ; car jusque là rien n'est déterminé ; et tant qu'il n'y a rien de déterminé les marchandises restent aux risques du vendeur : c'est sous ce point de vue que la vente n'est point parfaite* » [1577]. Ces termes sont d'emblée différents de ceux de l'article 1585 du Code civil, lesquels précisent que la vente n'est pas parfaite en ce sens que la perte de la chose vendue pèse sur le vendeur jusqu'à l'individualisation de celle-ci. Autrement dit, il ne ressort nullement de cette disposition que la vente n'est pas parfaite parce que la propriété ne serait pas transférée jusqu'à l'individualisation de la chose. Toutefois, à leur première lecture, on peut bien être porté à déduire de ces termes une liaison entre la charge des risques et le transfert de la propriété. C'est leur examen attentif qui révèle sans doute l'idée contraire. En

---

tome 2, *Les biens, Droits réels principaux*, 5e éd., par Ch. LARROUMET, Economica, 2006, n° 385 ; D. MAINGY, *Contrats spéciaux*, 10e éd., Dalloz, 2016, n° 127.

1573 Le droit personnel est aussi opposé au droit de propriété sous l'angle de l'immatérialité de l'objet : Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 7e éd., Economica, 2014, n° 32.

1574 Com., 23 novembre 1993, *Bull. civ.* 1993, IV, n° 431 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les dispositions des articles 1 et 2 du décret du 2 mai 1983 se bornant à fixer les modalités selon lesquelles sont matérialisés et transférés les titres de valeurs mobilières émises en territoire français et soumises à la législation française, sont sans portée quant au transfert de la propriété qui a eu lieu dès l'accord des parties sur les titres et sur leur prix, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;* »

1575 M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente, De la vente*, tome 1, Paris Charles Hingray, Libraire-éditeur, 1834, n° 88.

1576 M. FAURE, « Communication officielle au Tribunat », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 150.

1577 M. FAURE, « Communication officielle au Tribunat », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 150, spéc. 153.

effet, peu avant d'entamer l'explication de la règle de l'article 1585, l'auteur du rapport a analysé celle de l'article 1586 du Code civil ; il semble ainsi inverser dans son analyse l'ordre de ces dispositions.

538. Première explication fournie par Faure. Il rappelle en premier lieu que, s'agissant de vente en bloc, la propriété est transférée dès l'échange de consentements. Et il en donne les raisons : « *l'acheteur a reconnu implicitement qu'il consentait à les* (marchandises) *prendre sans autre vérification : c'est un risque qu'il veut bien courir. S'il y a plus qu'il n'espérait, il en profitera ; s'il y a moins, il en supportera la perte.* » [1578] On peut d'emblée observer que cette justification donnée de l'article 1586 n'est que partiellement exacte. L'auteur dit en effet assez clairement que l'acheteur est devenu propriétaire en ce qu'il peut déjà prendre livraison de la chose, il est en mesure d'en réclamer la possession matérielle même entre les mains d'un tiers ; autrement dit, la chose se trouve dès la formation de la vente sous son pouvoir.

Il est vrai que c'est là le but du mécanisme de transfert *solo consensu* de propriété. En revanche, l'explication basée sur l'intention supposée de l'acheteur, selon laquelle celui-ci voudrait bien encourir le risque de l'inexactitude de la quantité de la chose en achetant les marchandises vendues en bloc, est évidemment inexacte. Il ne s'agit pas là de la question de risques, conséquences d'un cas de force majeure, mais plutôt de la non-conformité de la chose. Il n'est pas alors vrai qu'il soit interdit à l'acquéreur de se plaindre de la non-conformité des marchandises vendues en bloc. Le système du Code civil est si hostile à la mauvaise foi que ses auteurs ne peuvent refuser à l'acheteur de se prévaloir de la non-conformité de marchandises vendues en bloc. C'est donc à juste titre que cette justification donnée de l'article 1586 n'est pas reçue en droit positif : il est acquis en général, autrement dit, même dans les ventes en bloc, que l'acheteur peut se prévaloir de la non-conformité de la chose.

539. Seconde explication. Le tribun FAURE en vient, en second lieu, à l'explication de la règle de l'article 1585 du Code civil ; il marque une transition entre l'analyse de la règle de l'article 1586, qu'il vient de présenter, et celle de l'article 1585 du Code civil, par une comparaison. Son approche l'oblige à faire savoir une différence entre les règles respectives de ces deux dispositions voisines. Et comme il vient de laisser entendre, à propos de la vente en bloc, que le transfert immédiat de la propriété donne lieu à la faculté de réclamer immédiatement la chose, il perçoit la différence, en ce qui concerne la vente de choses de genre, dans l'absence de transfert de propriété sans l'individualisation. Autrement dit, l'acquéreur ne peut réclamer la chose jusqu'à son identification ; il peut tout au plus exiger son identification, ou les dommages et intérêts en cas de refus du vendeur.

[1578] M. FAURE, « Communication officielle au Tribunat », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 150, spéc. 153.

540. Synthèse de la règle démontrée par le tribun Faure. Il résulte ainsi bien du rapport du tribun FAURE que la finalité du transfert *solo consensu* de la propriété, c'est de permettre à l'acquéreur de réclamer la remise matérielle de la chose. Là où le transfert de la propriété lui paraît effectif, la mise à disposition est effective. Au contraire, il ne lie pas formellement la charge des risques au transfert de la propriété. Une attention portée sur l'extrait de sa communication faite au Tribunat, ci-dessus rapporté, permet d'affirmer qu'il analyse plutôt de façon distincte les conséquences du transfert de la propriété, et la cause de l'attribution de la charge des risques au vendeur. L'effectivité du transfert de la propriété traduit qu'il n'appartient plus qu'à l'acheteur de retirer la chose. Celle-ci se trouve ainsi sous son pouvoir. Il résulte simplement de la faculté d'exercer l'action réelle, ou encore d'exiger la remise matérielle de la chose, que la délivrance est effective. Par conséquent, le vendeur n'est plus débiteur de l'obligation de délivrance, mais plutôt de conservation. L'acheteur supporte alors la perte fortuite survenue à la chose.

541. Discours du tribun Grenier. Le tribun GRENIER mentionne aussi la règle *res perit domino* dans son discours prononcé lors de la présentation au corps législatif du projet de loi sur le contrat de vente [1579]. Il l'a rappelée dans l'hypothèse de l'article 1583 du Code civil, autrement dit, à propos de corps certain. Et on a fait observer précédemment que l'analyse qu'il en a donnée ne traduit pas le rattachement de la charge des risques au transfert de la propriété. Son discours revêtant un caractère tactique, il s'est déchargé, par le rappel de la maxime *res perit domino*, censée mieux perçue par ses interlocuteurs, de traduire correctement l'explication très technique et subtile qu'il fournit. D'ailleurs, non seulement, il n'a pas rappelé cette maxime dans l'hypothèse de ventes de choses de genre, mais il paraît difficile de déduire de son analyse un transfert de la propriété différé à l'individualisation.

542. La mention faite du droit de propriété. Le tribun GRENIER fait certes référence au droit de propriété dans les termes suivants de son discours : « *On est* […] *parti de ce principe, que le consentement fait la vente. Cependant, quoique l'engagement qui donne l'essence à la vente existe, elle peut n'être pas toujours parfaite. Sa perfection dépend, dans certains cas, de quelques circonstances qui l'accomplissent ; et c'est seulement lors de cet accomplissement qu'elle peut être considérée comme ayant réellement opéré la transmission de la propriété.* » [1580] Mais il ne ressort pas de ce discours, de façon ferme, que le transfert de la propriété s'opère par l'individualisation de la chose. On y observe que l'auteur reconnaît que la vente confère un pouvoir notamment à l'acheteur ; ce pouvoir est partiel. En réalité, il veut simplement dire que la chose n'est pas encore sous le pouvoir matériel de l'acheteur, celui-ci ne pouvant évidemment pas la revendiquer. La délivrance n'est alors pas effective, puisque la chose ne se trouve pas mise à sa disposition.

[1579] GRENIER, « Discussion devant le corps législatif » in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 180, spéc. 184.

[1580] GRENIER, « Discussion devant le corps législatif » in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 180, spéc. 182.

543. Assimilation de l'absence de transfert de propriété à l'ineffectivité de la mise à disposition. De la même façon que le tribun FAURE, le tribun GRENIER assimile, dans son discours, l'absence de la transmission de la propriété à l'ineffectivité de la mise à disposition, que ce soit dans la vente de corps certains ou dans la vente de choses de genre. C'est ce qu'on peut observer dans le passage qui suit : « *Il était important de distinguer les cas où il y a transmission de propriété de ceux où il n'y en a pas, quoiqu'il y ait toujours l'engagement qui fait le principe de la vente, engagement dont l'exécution peut être réclamée par l'acheteur afin d'obtenir la délivrance de la chose vendue, ou des dommages et intérêts, si le vendeur est dans l'impossibilité de la délivrer.* »[1581] L'exécution de la délivrance résulte de l'identification de la chose. Celle-ci se trouve dès lors sous le pouvoir matériel de l'acheteur. Il arrive qu'il identifie aussi la propriété à la chose vendue, c'est-à-dire à son objet : « *Au lieu que, lorsque la vente existe à la vérité, mais qu'on ne peut pas la considérer comme accomplie sans le concours de quelques circonstances, la chose vendue est aux risques du vendeur jusqu'à ce que ces circonstances arrivent : en sorte que si auparavant elle périt, c'est pour le vendeur qui n'est pas encore dessaisi de sa propriété.* »[1582] Ici, la propriété désigne évidemment la chose dont le vendeur ne s'est pas encore dessaisi. L'identification entraîne le dessaisissement du vendeur, autrement dit, la mise à disposition.

544. Res perit domino, absente dans ces travaux préparatoires. En définitive, il semble qu'on doive retenir que la charge des risques n'est pas en réalité liée dans ces travaux préparatoires du Code civil à la transmission du droit de propriété. La mention incidente de la maxime *res perit domino* permet simplement aux présentateurs du projet de loi sur le contrat de vente, d'une part, de se dispenser de rechercher des termes appropriés pour résumer une explication très technique et subtile qu'ils fournissent et, d'autre part, d'obtenir l'adhésion des corps politiques visés. Aucune logique ne pourrait permettre que la règle *res perit domino* soit évidente plutôt dans les travaux préparatoires, que dans les termes mêmes de l'article 1585 du Code civil. Ce qui est en réalité démontré dans les exposés ci-dessus rapportés, c'est que les risques sont attribués au vendeur parce que la chose n'est pas encore mise à la disposition de l'acheteur. Dans ces analyses, l'effectivité ou l'ineffectivité du transfert de la propriété traduit simplement l'effectivité ou l'ineffectivité de la mise à disposition. Dans l'hypothèse de l'acquisition de choses de genre, l'acheteur n'a aucun pouvoir matériel sur la chose jusqu'à son identification ; il ne lui incombe pas de procéder à l'exécution de son obligation de retirement. Ainsi, les travaux préparatoires traduisent plutôt la relation entre l'obligation de délivrance et la charge des risques. De même, les termes de l'article 1585 du Code civil ne peuvent fournir d'argument en faveur de la règle *res perit domino*.

1581 GRENIER, « Discussion devant le corps législatif » in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 180, spéc. 182.

1582 GRENIER, « Discussion devant le corps législatif » in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 180, spéc. 183.

2. L'argument tiré des termes de l'article 1585 du Code civil

545. Une simple déduction de la règle res perit domino. Outre les travaux préparatoires, le droit positif tire un argument des termes mêmes de l'article 1585 du Code civil. En effet, l'attribution de la charge des risques à l'acheteur étant considérée comme conséquence majeure du transfert de la propriété [1583], il est déduit la règle *res perit domino* du moment résultant formellement de l'article 1585 du Code civil [1584]. Par conséquent, l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant [1585] propose une reformulation de cette disposition. Aux termes de l'alinéa 1 de son article 23 : « *lorsque la vente porte sur une chose de genre, le transfert de propriété a lieu lorsque la chose est individualisée. Les marchandises vendues au poids, au compte ou à la mesure sont individualisées par la pesée, le compte ou la mesure* ».

L'on sait que l'article 1585 du Code civil ne prévoit que le moment où les risques sont par principe à la charge de l'acheteur. En d'autres termes, le moment auquel les risques paraissent peser sur l'acheteur serait celui du transfert de la propriété [1586]. Cette justification

---

1583 J. CARBONNIER, obs. sur Com., 4 décmebre 1957, *RTD civ.* 1958, p 266 : « *L'art. 1585 C. civ. ne parle que des risques, mais les risques étant liés à la propriété par le principe de l'art. 1138, ce qui est dit d'un effet peut s'entendre de l'autre.* » ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 360 : « *L'un des fondements du transfert immédiat de la propriété est emble-t-il lié au transfert des risques. Le transfert immédiat de la propriété sur la tête de l'acheteur fournirait une justification à la règle selon laquelle ce dernier supporte la charge des risques dès la conclusion du contrat.* » ; J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 546 : « *La nécessité d'un mesurage pour transformer en un corps certain parfaitement individualisé la chose de genre ayant fait l'objet de la vente conduit seulement à décider que la vente définitivement formée ne peut produire son effet translatif de propriété, avec son corollaire le déplacement de la charge des risques, qu'une fois cette individualisation intervenue.* »

1584 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 349, note de bas de page n° 41 : « *L'art. 1585 ne parle que des risques, et ne dit pas expressément que la propriété continue à résider sur la tête du vendeur. Mais, comme on conçoit tout aussi peu la transmission de la propriété que celle des risques, tant que la chose vendue n'est pas déterminée dans son individualité, et comme cette détermination ne peut rsulter que du pesage, du mesurage, ou du comptage, il faut en conclure que jusqu'à cette opération, il ne peut pas plus y avoir translation de propriété, que transmission des risques.* » ; F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chr., p. 175. L'opinion rappelée et résumée par CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, tome 3, 4e éd., LGDJ, 1906, n° 131 : « *En faveur de cette doctrine, on dit que dans notre législation, les risques accompagnent la propriété (*res perit domino*), de telle façon que, si les risques ne sont pas pour l'acheteur, c'est qu'il n'est pas devenu propriétaire. On ajoute que l'acheteur ne peut pas être considéré comme propriétaire de choses qui ne sont pas individualisées par le compte, le pesage ou le mesurage.* » ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., Montchrestien, 1968, n° 904. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 11.

1585 Avant-projet de reforme du droit des contrats spéciaux, proposé par l'Association Henri Capitant en juin 2017.

1586 F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chr., p. 175 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 157, p. 66 : « *La charge des risques (au sens de la perte fortuite de la chose) est liée au transfert de propriété dans les contrats translatifs de propriété s'il n'y a pas de convention contraire. Lorsqu'il s'agit de choses de genre ou d'une chose fongible, elle pèse sur le vendeur ; […].* » ; M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 2e éd., Sirey, 2010, n° 147.

la plus répandue révèle une discontinuité dans la présentation du transfert de la propriété et de la charge des risques comme entretenant un lien de cause et effet. La relation de cause et effet prétendue entre le transfert de la propriété et la charge des risques semble ici inversée : c'est l'effet qui renseigne sur la présence de la cause [1587]. Cette incohérence illustre une fois de plus que le transfert de la propriété n'est pas, dans la pensée des codificateurs, la cause de l'attribution de la charge des risques à l'acheteur.

3. L'argument tiré de la nature de la chose

546. La non-individualisation de la chose lors de la formation du contrat. La nature de la chose constitue aussi un élément par lequel se justifie ici la prétendue existence de la règle *res perit domino*. En effet, l'instant auquel la charge des risques est attribuée à l'acquéreur n'est pas la seule référence, en droit positif, permettant ici la détermination du moment du transfert de la propriété. La doctrine renforce l'argument précédent, tiré des termes de l'article 1585, par un autre dont il résulte le triomphe de la règle *res perit domino* dans l'hypothèse de l'acquisition des choses de genre, autrement dit, le différé du transfert de la propriété au moment jusqu'auquel les risques pèsent sur le vendeur. La doctrine classique estime ou sous-entend en effet que le droit de propriété ne se fixe ou s'exerce que sur une chose existante ou individualisée [1588]. L'exigence de l'individualisation entraînerait le report

---

1587 J. CARBONNIER, note sur Com., 4 décmebre 1957, *RTD civ.* 1958, p 266.

1588 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Paris, Libraire Arthur Rousseau, 1931, n° 69 ; F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chr., p. 175 : « *[…], le transfert de propriété et des risques qui est momentanément paralysé par l'indétermination relative de son objet, le droit de propriété ne pouvant s'exercer que sur un objet individualisé d'une façon précise.* » ; W. DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 30, note de bas de page n° 46 : « *Quant aux choses de genre […], l'obstacle au transfert immédiat de leur propriété provient de son existence multiple. Le genre vendu existe entre les mains du vendeur en quantité bien supérieure à celle qui fait l'objet du contrat : ainsi de celui qui achète une tonne de blé à un agriculteur qui en stocke mille dans ses silos. Le transfert ne peut s'opérer immédiatement car il est impossible de dire laquelle de ces tonnes, parmi les mille, a fait l'objet de la vente, or le droit de propriété ne saurait exister, du moins est-ce l'analyse classique, sur un objet déterminé. C'est donc logiquement l'individualisation de la chose vendue qui permettra au transfert de s'accomplir.* » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNANT, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*, Paris, Librairie de la société du recueil G^al^ des Lois et des Arrêts, 1900, n° 12 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome 3, *Les biens*, avec le concours de M. PICARD, LGDJ, 1926, n° 622 ; R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, spéc. 163 ; F. GORÉ, « *Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », D.* 1954, chr., p. 175 : « *La vente de chose de genre est valable, son objet étant au moins déterminé quant à son espèce (art. 1129 C. civ.). C'est seulement son exécution, le transfert de propriété et des risques qui est momentanément paralysé par l'indétermination relative de son objet, le droit de propriété ne pouvant s'exercer que sur un objet individualisé d'une façon précise.* » ; B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2e éd., Puf, 2002, p. 168, n° 258 et 259 ; F. GORÉ, « Le moment du transfert de propriété », *RTD civ*. 1947, p. 161, spéc. 163, n° 5 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS et M. DE JUGLART, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1618 ; J. HUET et. J. GHESTIN (Sous la dir.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, 2001, n° 11209 ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des*

… / …

du transfert du droit de propriété [1589], car lors de la formation du contrat, la chose acquise n'est pas encore pesée, comptée ou mesurée. Le transfert *solo consensu* de propriété serait par conséquent inconcevable [1590]. On voit ainsi que cet argument n'est qu'une pure analogie avec l'hypothèse de corps certain, où l'acquéreur peut se faire mettre immédiatement en possession de la chose.

547. Le sous-entendu de cet argument. Bien qu'il soit manifestement à l'origine du triomphe de la règle *res perit domino* dans le droit positif, cet argument lié à la possibilité d'exercer le droit de propriété ne semble pas décisif. Son succès ne tient qu'à son sous-entendu. En effet, il suppose que le droit de propriété s'exerce forcément dès son transfert, ou sa naissance [1591]. Ce qui ne paraît pas exact. Il n'est mis aucune obligation à la charge de

---

risques dans la vente de meubles corporels, thèse Montpellier, 1978, n° 24 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 402 : « *Le transfert immédiat ne peut porter sur des choses futures, bien que celles-ci puissent, en principe, faire l'objet d'une obligation, notamment des choses que l'on commande à un fabricant (par exemple une voiture automobile neuve). Le transfert de propriété ne peut être réalisé avant que ces choses ne soient venues à l'existence. Il en est de même des choses fongibles ou de genre […]. On ne peut en devenir propriétaire qu'au jour où elles sont individualisées.* », *Ibid*., n° 11 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 189 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 212 ; M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 148.

1589 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Paris, Libraire Arthur Rousseau, 1931, n° 69 : « *À quel moment se produit […] le transfert de propriété en cas de promesse de chose de genre ? Ce sera généralement au moment de la tradition. Mais le motif de cette solution qui rend à la tradition une certaine importance doit en limiter la portée. La tradition opère transfert de propriété parce qu'elle a pour résultat de spécialiser, d'individualiser la chose, de sorte qu'à partir de ce moment, le contrat vise non plus une chose de genre, mais un corps certain.* » ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 4e éd., Dalloz, 2011, n° 339 : « *Pas d'assiette, pas de droit ! S'agissant des choses de genre, interchangeables les unes avec les autres, le transfert de la propriété ne peut intervenir tant que les parties ignorent celle qui, parmi ses semblables, sera destinée à l'acheteur. Par exemple, tant que la tonne de blé à extraire d'un silo n'est pas effectivement prélevée, il est impossible de déterminer avec précision le blé qui revient à l'acheteur. La propriété de celui-ci demeure virtuelle parce que le droit n'a aucune assiette sur laquelle il puisse s'exercer. Le transfert ne peut donc s'opérer immédiatement. Il est retardé jusqu'au moment où la chose vendue est désignée dans son individualité et devient donc un corps certain.* » ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 189.

1590 Voir l'opinion contraire selon laquelle la formation du contrat emporte le transfert de propriété : CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, tome 3, 4e éd., LGDJ, 1906, n° 131, p. 119 : « *Nous croyons, au contraire, que les ventes au poids, au compte ou à la mesure, sont translatives de propriété, bien que les risques demeurent à la charge du vendeur jusqu'après le compte, le pesage, le mesurage. Dire, comme le fait l'article 1585, C. civ., que la vente n'est point parfaite, en ce sens que les risques ne sont pas pour l'acheteur, n'est-ce pas dire qu'à tous autres égards, elle est parfaite, c'est-à-dire notamment qu'elle est translative de propriété ? On ne saurait objecter que, le Code laissant d'ordinaire les risques à la charge du propriétaire, la disposition qui met les risques à la charge du vendeur implique qu'il a la propriété. Dans les ventes sous condition suspensive, les risques restent pour le vendeur (art. 1182, C. civ.) ; or, la vente au poids, au compte, à la mesure, est une vente sous condition suspensive ; elle est subordonnée à la condition du pesage, du compte ou du mesurage.* »

1591 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., Montchrestien, 1968, n° 903 : « *[…], lorsque la vente porte sur une chose de genre, le droit de propriété, faute de pouvoir s'appliquer à un objet individualisé, ne saurait être immédiatement transféré ; de quels quintaux de blé l'acheteur serait-il propriétaire ? La propriété ne sera transférée à l'acheteur qu'au*

… / …

l'acheteur d'exercer immédiatement son droit de propriété. L'exercice du droit de propriété, comme celui de tout droit, est discrétionnaire. Même en matière de corps certains, il est loisible au propriétaire de réclamer immédiatement la chose [1592]. Ainsi, en contractant sur une chose non encore identifiée, l'acquéreur doit être réputé avoir consenti à l'exigibilité ultérieure de l'obligation de délivrance [1593]. Par ailleurs, l'exercice du droit de propriété, comme celui de tout droit, est encore susceptible de suspension. Le transfert du droit est une chose, son exercice effectif en est une autre. La suspension de l'exercice du droit de propriété peut résulter soit de la volonté des parties [1594], soit des circonstances dans lesquelles le contrat est conclu.

548. L'exercice immédiat du droit de propriété. En outre, le caractère de chose de genre ne semble pas contrarier l'exercice immédiat de toutes les prérogatives du droit de propriété ; il paraît ne pouvoir suspendre que certaines prérogatives. L'acquéreur peut en effet revendre la chose bien qu'elle ne soit pas encore individualisée. Il lui suffit, à cet égard, de rapporter la preuve de son acquisition. L'exercice de cette prérogative ne requiert pas la détention physique de la chose par le vendeur. Or, c'est là l'une des prérogatives du droit de propriété que la doctrine tient, à l'unanimité, pour principales : le droit de disposer de la chose [1595]. C'est d'ailleurs là la prérogative la plus active en matière d'acquisition de choses

---

moment où la chose vendue sera individualisée, c'est-à-dire déterminée dans son individualité, au moment où elle cessera d'être une chose de genre pour devenir un corps certain, au moment où le vendeur aura déterminé les 100 quintaux de blé destinés à l'acheteur. »

1592 S'il ne s'est pas fait mettre immédiatement en possession réelle de la chose, la seule conséquence en est qu'il va perdre son droit de propriété en cas de vente de sa chose à un second acquéreur par l'aliénateur demeurant détenteur. Et s'il ne manifeste pas son intention de prendre livraison de la chose, il va supporter sa perte fortuite, car le vendeur est considéré en ce dernier cas comme simple conservateur de la chose.

1593 Cette hypothèse est prévue, en ce qui concerne le transfert de propriété, par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : ainsi le nouvel article 1196, alinéa 2, du Code civil dispose que : « *Ce transfert* (de propriété) *peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.* »

1594 F. GORÉ, « Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer », *RTD civ*. 1947, p. 161, spéc. 164, n° 7 : « *Il nous semble […] qu'en matière commerciale la clause qui ajourne le transfert peut être tacite et résulter notamment des usages commerciaux. En particulier, dans les ventes à livrer, il est d'usage entre vendeur et acheteur de considérer que l'individualisation ou la création de la chose ne suffisent pas pour la transmission de la propriété. Celle-ci n'est pas ajournée par l'indétermination ou la non-existence de la chose vendue, mais par les usages commerciaux.* » ; L'article 1196 du Code civil issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, prévoit plutôt le différé volontaire du transfert de propriété.

1595 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 11, p. 30 : « *[…], nul ne peut, s'il n'est propriétaire, disposer d'un bien soit par des actes juridiques […], soit par des actes matériels […].* » ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 433 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 126 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. Aynès, Economica, 2007, n° 113 : « *[…], il ne peut être occulté que le droit de disposer juridiquement de choses est une qualité dont seul un propriétaire peut se prévaloir.* » ; M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 206 ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ*. 1997, p. 583, notamment n° 10 et suiv. ; S. PAVAGEAU, *Le droit de*

… / …

de genre, le domaine de celle-ci étant essentiellement commercial [1596]. Il semble donc que seul le droit de suite ne peut s'exercer sur la chose non encore identifiée.

B. L'impossibilité d'exercer le droit de suite

549. Maladresse dans le droit positif. Si l'intérêt attaché par le droit positif à la détermination du moment du transfert de la propriété était identique à celui qui était dans la pensée des codificateurs, ceux-ci ne se seraient pas passés de déterminer ce moment dans l'hypothèse de l'article 1585 du Code civil ; il serait évidemment maladroit [1597] que le moment du transfert de la propriété se déduit de celui de la charge des risques considérée comme étant sa conséquence ; c'est plutôt l'inverse qui serait imaginable. Une telle maladresse ne proviendrait sans doute pas des codificateurs.

550. La logique du Code civil de 1804. L'absence de référence au transfert de la propriété, ou au droit de propriété, dans les termes de l'article 1585 découle, au contraire, bien de la logique du système du Code civil, consistant en la dissociation de ce transfert de l'attribution de la charge des risques [1598]. Il ressort des développements précédents que les auteurs de ce Code déterminent formellement le moment du transfert de la propriété dans le seul but de conférer l'action tant réelle que personnelle à l'acquéreur en vue de pouvoir revendiquer la chose vendue. Ainsi, le moment du transfert du droit de propriété n'est fixé que lorsqu'il s'avère utile à cet égard, c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'exercice de l'action réelle est envisageable, afin de conférer, à l'acquéreur, la faculté d'exercer le droit de suite [1599].

---

propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales, « Faculté de Droit et Sciences sociales de Poitiers », préf. S. BRACONNIER, LGDJ, 2006, n° 117 : « *Afin de percevoir la signification de l'*abusus*, il convient de se tourner vers la doctrine civiliste qui, sans être unanime, conçoit le droit de disposer comme l'élément caractéristique du droit de propriété. "Traduction économique de la propriété", l'*abusus *permet au propriétaire d'aliéner son bien et d'en choisir son successeur, ou de le conserver.* »

1596 F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D*. 1954, chr., p. 175.

1597 B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2e éd., Puf, 2002, p. 168, n° 258.

1598 Il est même proposé d'écarter de rechercher le moment du transfert de propriété dans l'hypothèse de la vente des marchandises conclue à distance, R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, spéc. 185 : « *Si le vendeur transmet à l'acheteur la maîtrise du transport, c'est en exécution de son obligation de délivrance, afin de mettre l'acquéreur en mesure de se procurer la marchandise vendue. À de nombreuses reprises au cours des précédents développements, l'idée s'est affirmée que la délivrance dans la vente de marchandises devait être envisagée indépendamment du transfert de propriété, qu'elle n'en était pas la suite. Il est indéniable que la jurisprudence relative au stoppage* in transitu *constitue à cet égard une faille dans l'édifice. Ceux qui aiment les constructions juridiques aux belles lignes architecturales le regretteront, en souhaitant que la jurisprudence établisse une complète harmonie dans les conséquences qui découlent de la conception commerciale de la délivrance.* »

1599 J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 437 : « *[...] l'action en revendication est celle que le*

… / …

551. L'absence de l'utilité d'exercer le droit de suite. Or, l'aliénation des choses de genre représente l'hypothèse où l'utilité de conférer l'action réelle à l'acquéreur paraît inexistante [1600], sauf dans l'hypothèse où le tiers détenteur est de mauvaise foi [1601]. L'on sait que ces choses ne peuvent par principe être revendiquées tant qu'elles ne sont pas individualisées [1602]. En outre, il semble rare que la chose individualisée se trouve entre les mains d'un tiers du chef de l'aliénateur [1603]. Contrairement à certaines opinions [1604], l'identification de la chose valant délivrance ne saurait qu'être contradictoire [1605], ou portée

---

propriétaire d'un bien exerce contre le tiers, possesseur actuel de ce bien, qui le détient indument et qui refuse de le restituer. Elle a pour objet de permettre au propriétaire de faire reconnaître en justice son droit de propriété et a pour effet de permettre la restitution de la possession du bien. » ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS et M. DE JUGLART, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1629 : « *[…] l'action en revendication suppose […] que le propriétaire se trouve en conflit avec un possesseur.* »

1600 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 155 : « *Dans son principe, la revendication des choses fongibles est parfaitement recevable. Mais, traditionnellement, la fongibilité des biens oppose un obstacle pratique à la revendication, lorsque des biens fongibles entre eux se trouvent confondus. Leur identité rend alors impossible leur identification. […], lorsque confusion il y a, la revendication n'est pas irrecevable comme portant sur des choses intrinsèquement non revendicables, illusion crée par l'idée fausse que les choses fongibles sont intrinsèquement indéterminables ; confusion rend simplement mal fondée la demande, […].* » L'hypothèse porte sur le rapport entre l'acquéreur et l'aliénateur. Il est impossible de réclamer une chose de genre à un tiers. ; W. DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 51.

1601 La Cour de cassation autorise l'action en revendication à l'encontre d'un possesseur de mauvaise foi : Civ. 1re, 7 février 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n° 57, p. 37 : « *Mais attendu que la cour d'appel précise "que l'action de la société France Luzerne est fondée sur le droit de revendication à l'encontre du possesseur de mauvaise foi" ; qu'une telle action peut s'exercer sur toutes les catégories de choses, notamment sur les choses fongibles ;[…].* »

1602 B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2e éd., Puf, 2002, p. 168, n° 258 : « *Une personne ne peut se dire propriétaire de telles choses que s'il est possible d'indiquer celles qui lui reviennent.* » ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS et M. DE JUGLART, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1627 : « *La chose revendiquée doit être identifiée, actuellement existante et en la possession ou détention du défendeur.* » ; M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 150.

1603 C'est concevable dans l'exemple suivant donné par cet auteur : F. GORÉ, « Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer », *RTD civ.* 1947, p. 161, spéc. 163, n° 4 : « *[…], il peut arriver que l'acheteur de choses* in genere *se rende, avant la livraison, dans les magasins du vendeur et, d'un commun accord avec lui, désigne des marchandises qui devront lui être ultérieurement remises. La transmission se trouve alors réalisée et la tradition n'est plus nécessaire que pour permettre à l'acheteur d'user de la chose qui lui a été vendue.* »

1604 J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 546. Une individualisation unilatérale ne doit pas emporter la charge des risques à la tête de l'acquéreur tant que celui-ci, non seulement, n'en est pas informé, mais n'est jugé avoir suffisamment de temps pour prendre livraison avant la perte de la chose.

1605 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 58 : « *Après avoir étudié l'élément matériel de l'individualisation nous nous rendons compte qu'il est insuffisant pour garantir totalement l'acheteur contre une éventuelle mauvaise foi du vendeur.*

… / …

aussitôt à la connaissance de l'acquéreur. Celui-ci peut se faire représenter à l'individualisation, ou désigner un tiers en vue de retirer la chose, dès qu'il est informé de son identification. Les opérations d'individualisation énumérées dans l'article 1585, à savoir le pesage, le mesurage et le comptage, requièrent la présence de l'acquéreur. Il est vrai qu'elles n'emportent pas l'agréation de la marchandise par l'acheteur, mais il en découle l'effectivité de la mise à disposition. Il résulte en effet de l'individualisation contradictoire qu'il n'appartient plus qu'à l'acquéreur de retirer la chose. La chose ne peut donc être détenue par un tiers que du consentement de l'acquéreur, c'est-à-dire en vertu d'un contrat distinct de celui de la vente.

552. L'action personnelle. L'acquéreur ne saurait prétendre que la chose qu'il a achetée a été revendue par l'aliénateur à un second acquéreur, ou la reconnaître entre les mains d'une tierce personne. Devant l'inconcevabilité de la revendication dans cette hypothèse, les codificateurs rappellent la nature de l'action dont dispose l'acquéreur en vue de l'obtention de la remise matérielle de la chose. Il ressort ainsi de l'article 1585 du Code civil que l'acquéreur dispose de l'action personnelle. Celle-ci procède de la formation du contrat ; elle s'exerce à l'égard du vendeur. En cas de refus injustifié de celui-ci de procéder à l'indentification de la chose, l'acquéreur peut donc l'y contraindre, ou obtenir sa condamnation au versement des dommages et intérêts.

553. Conclusion. L'absence de référence à la question du transfert de la propriété dans l'hypothèse de l'acquisition de choses de genre découle de la logique des codificateurs ; elle procède de l'impossibilité de l'exercice du droit de suite. Les auteurs du Code civil ne se préoccupent de la détermination du moment du transfert de la propriété que dans les hypothèses où l'éventuelle mauvaise foi de l'aliénateur est envisageable. La recherche de la présence du droit de propriété dans l'article 1585 ne s'inscrit nullement dans leur conception ; elle n'est que le produit d'une considération excessive, en droit positif, à l'égard de l'opposabilité du droit de propriété.

§ 2. CONCEPTION EXCESSIVE DE L'OPPOSABILITÉ DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

554. Opposabilité du droit, critère d'opposition du droit réel au droit personnel. Un autre facteur contribue à stimuler le reflexe consistant à rechercher de façon systématique le moment du transfert de propriété dans toute hypothèse d'acquisition : le concept d'opposabilité du droit. L'opposabilité du droit de propriété domine, en droit positif, la question de son transfert [1606]. On évoque ainsi souvent, en matière d'acquisition de choses

---

En effet, si le vendeur procède seul à ces opérations, l'acheteur ne pourra être sûr de leur régularité ; c'est pourquoi l'individualisation contradictoire semble indispensable. »

[1606] S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 29 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, notamment, n° 194, p. 212, note de bas de page n° 4 :

… / …

de genre, une opposabilité particulière du droit de propriété en vue de justifier le report de son transfert [1607], ou encore de proposer comme règle générale de transfert de propriété, la mise en possession réelle de l'acquéreur [1608], au lieu du transfert *solo consensu* de propriété [1609]. En effet, à l'opposé des codificateurs (B), le droit positif paraît distinguer l'opposabilité du droit de propriété et celle du droit personnel (A), en vue de mettre en relief la première notamment dans les contrats translatifs de propriété. Or, l'hypothèse considérée ne se rapporte pas de façon fondamentale à l'opposabilité du droit, mais plutôt à la résolution des conflits entre les acquisitions concurrentes (C), une question bien distincte de celle de l'opposabilité.

A. Distinction entre l'opposabilité du droit de propriété et celle du droit personnel selon le droit positif

555. Définition du concept d'opposabilité. Le vocabulaire juridique définit l'opposabilité comme « *aptitude d'un droit, d'un acte (convention, jugement, etc.), d'une situation de droit ou de fait à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (c'est-à-dire ici de personnes qui ne sont ni titulaires du droit ni parties à l'acte ni ayants cause ou créanciers de ces parties ni concernées en premier par la situation) non en soumettant ces tiers aux obligations directement nées de ces éléments (ce qui constitue, dans les cas spécifiés*

« *La nécessité du recours à la technique de l'opposabilité* erga omnes *est patente, concernant le transfert de propriété, lorsqu'il s'agit de déterminer le moment auquel les tiers ne peuvent plus s'approprier la chose transférée. Elle est le faisceau qui traduit cette caractéristique de la propriété en vertu de laquelle les tiers sont exclus de tout rapport avec la chose. L'opposabilité n'est pas une technique superflue, […].* » ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 190 : « *Le transfert de propriété ne confère un pouvoir absolu à l'acheteur que s'il est opposable aux tiers, ce qui est dans la nature d'un droit réel.* »

1607 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 393 : « *[…] lorsque la convention a pour but de transférer ou de créer un droit réel, une difficulté surgit : la propriété, les droits réels sont absolus, opposables à tous. Alors comment le contrat passé entre un aliénateur et un acquéreur peut-il transférer à ce dernier un droit opposable à tous, opposable aux tiers qui n'ont pas été parties au contrat ?* » ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 211 : « *Le principe de l'effet relatif et du consensualisme du contrat sont mal adaptés à des conventions génératrices ou translatives de droits réels, notamment de propriété, qui sont absolus et opposables à tous, même à ceux qui n'ont pas été parties au contrat. Le transfert immédiat de la propriété à l'acquéreur, "*encore que la tradition n'en ait point été faite*" (C. civ., art. 1138), que la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé (C. civ., art. 1583), implique des prérogatives et des risques que l'acquéreur n'est pas encore en mesure d'exercer et d'assumer.* »

1608 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 340 : « *La remise en cause du transfert* solo consensu *de la propriété et la nécessité d'une mise en possession de l'acquéreur pour opérer ce transfert de propriété reposent sur le lien indissociable qui existe entre la propriété et l'opposabilité.* »

1609 V. WESTER-OUISSE, « Le transfert de propriété *solo consensu* : principe ou exception ? », *RTD civ.* 2013, p. 299, n° 6 : « *Les divers développements jurisprudentiels sur les promesses, les pactes de préférence ou la publicité foncière confirment que la propriété reste durablement un droit absolu du vendeur, que le transfert de propriété ne peut aucunement être anticipé, et que le principe du transfert* solo consensu *est non seulement écarté, mais encore inexact.* »

où cela se produit, une extension de l'effet obligatoire d'un acte par exception au principe de l'effet relatif de celui-ci), mais en les forçant à reconnaître l'existence des faits, droits et actes dits opposables (s'ils sont par ailleurs légalement prouvés), à les respecter comme des éléments de l'ordre juridique et à en subir les effets, sous réserve de leur opposition lorsque la loi leur en ouvre le droit. » [1610]

556. Aucune distinction dans la définition. On s'aperçoit qu'il ne ressort nullement, de cette définition, une distinction entre l'opposabilité du droit réel, ou de propriété [1611], et celle du droit personnel. Le concept d'opposabilité revêt le même sens dans tous les cas ; il paraît uniforme, renfermer la même portée interpersonnelle dans les deux hypothèses. Il implique le respect par un tiers, d'un droit, d'un acte [1612] ou d'une situation légalement créée ; autrement dit, il pèse sur celui-ci un devoir général de reconnaissance et de respect d'une telle situation ou d'un droit d'autrui. Il requiert ainsi une attitude d'abstention et de bonne foi [1613] de la part d'un tiers à l'égard d'un droit dont, par hypothèse, celui-ci n'est pas titulaire [1614]. Cette définition qui traduit pourtant parfaitement le concept d'opposabilité ne semble pas faire l'unanimité dans le droit positif. L'opinion classique est en effet encline à

1610 G. CORNU (Sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, 8e éd., Quadrige/Puf, 2007 ; S. GUINCHARD (Sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 17e éd., Dalloz, 2010 : « *Rayonnement d'un acte ou d'un jugement à l'égard de ceux qui n'ont été ni parties ni représentés : ainsi chaque locataire d'un immeuble doit respecter la situation des autres locataires.* »

1611 Des auteurs soutiennent que le droit de propriété n'est pas un droit réel. Les droits réels sont plutôt tels que l'hypothèque, l'usufruit et la servitude, car dans ceux-ci le propriétaire est le sujet passif, puisqu'il existe une obligation réelle. Le droit réel est, au même titre que le droit personnel, relatif : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960. Pour d'autres auteurs, ce sont plutôt les droits sur la chose d'autrui qui méritent l'appellation de droits réels ; ceux-ci ne constituent pas des obligations en ce que c'est la chose mais non le propriétaire qui preste. Le droit de propriété est toujours exclu des droits réels : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 291 et suiv.

1612 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 494 : « *Les tiers n'ont pas à exécuter les obligations nées du contrat mais il leur est interdit, alors même qu'ils n'y ont pas consenti, de faire obstacle consciemment à l'exécution de celui-ci. Le tiers qui aide en connaissance de cause le débiteur à ne pas exécuter le contrat, se rend complice de la violation par celui-ci de ses obligations contractuelles et commet ainsi une faute qui engage sa responsabilité.* »

1613 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 32 : « *Pour être responsable de la violation d'une obligation, il ne suffit pas que le tiers ait rendu la violation possible ; il faut qu'il ait agi sciemment, de mauvaise foi, en connaissance du lien obligatoire violé.* » ; R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, « Bibliothèque de droit privé, tome 426 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 178 : « *Encouragée par la doctrine de l'opposabilité, la jurisprudence française admet sans difficultés que le fait, pour un tiers, de porter sciemment atteinte aux droits issus d'un contrat constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil.* »

1614 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 494 : « *À la différence du contractant qui n'exécute pas les obligations nées du contrat, la responsabilité du tiers n'est pas contractuelle mais délictuelle. Sa responsabilité résulte, en effet, non de l'inexécution de l'obligation contractuelle à laquelle il n'était pas tenu, mais de la violation d'une obligation de ne pas faire, celle de respecter les droits nés du contrat […].* »

voir dans l'opposabilité du droit réel [1615] en général, et de propriété en particulier, une portée interpersonnelle différente de celle de l'opposabilité du droit personnel [1616].

557. Le rôle de la doctrine dans la distinction. En effet, selon la doctrine classique, le concept d'opposabilité constitue le critère distinctif le plus pertinent du droit réel [1617] et du droit personnel [1618]. La nature de l'opposabilité serait différente suivant qu'il s'agit de l'une de ces deux catégories de droits. L'opposabilité du droit de propriété est considérée comme absolue [1619] ; en revanche, à celle du droit personnel est attribué un caractère relatif. Le

---

1615 Le droit réel est considéré par une doctrine comme étant plus proche du droit personnel que du droit de propriété : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 290 et suiv.

1616 J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 37 : « *De la différence de nature entre droits réels et droits de créance, la doctrine classique passe à une différence de régime tournant plutôt à l'avantage des premiers sur les seconds.* » ; Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 11e éd., LexisNexis, Litec, 2011, n° 79, p. 65 : « *Celui qui est en position réelle peut exiger le respect de tous, sans avoir à établir que l'auteur du trouble apporté à sa jouissance connaissait l'existence de sa position en droit. L'opposabilité de la position réelle aux tiers est particulièrement forte. Et la solution est justifiée. Toutes les choses supportant normalement au moins une position réelle, les tiers ne peuvent se prétendre surpris de la découvrir ; de plus, il ne suffit pas, pour la satisfaction du titulaire, qu'une seule personne respecte sa position. L'organisation de la publicité foncière permet de renforcer encore cette opposabilité à l'égard de certains tiers particuliers précisément définis par la loi, en fonction de leurs propres positions.* » ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 355 : « *Le droit réel présente de nombreux avantages sur le droit personnel, […]. 1. La plus importante est l'opposabilité du droit : un droit réel est opposable* erga omnes *(à tout le monde), c'est-à-dire que toute personne doit respecter le droit réel d'autrui ; […].* »

1617 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 350 : « *Selon la théorie traditionnelle, le droit réel soumet une chose au pouvoir de son titulaire : il porte directement sur elle, sans avoir à faire intervenir de tiers ; il n'établit donc de relations qu'entre la chose et le titulaire : la chose est assujettie au pouvoir du titulaire du droit réel.* »

1618 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 7e éd., Economica, 2014, n° 16 : « *Une doctrine, autrefois classique et défendue encore de nos jours par quelques auteurs, se fonde sur l'opposabilité aux tiers pour distinguer le droit réel et le droit personnel. Un droit est opposable aux tiers lorsque son titulaire peut forcer autrui à ne pas le méconnaître. Alors que le droit réel serait opposable* erga omnes*, c'est-à-dire envers quiconque, le droit personnel ne serait opposable qu'au débiteur, c'est-à-dire à celui qui est tenu de l'accomplissement de la prestation envers le créancier. En d'autres termes, le droit réel serait caractérisé par une opposabilité absolue et le droit personnel par une opposabilité relative.* » ; Quelques auteurs de cette doctrine : Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 363 : « *La différence essentielle est relative à l'opposabilité. Le droit personnel ne peut être exécuté que sur l'ensemble du patrimoine du débiteur : le créancier ne peut exercer ses prérogatives qu'à l'encontre de son débiteur. Au contraire, le droit réel est un rapport entre son titulaire et la chose : il est opposable à tous ; par exemple, le droit de propriété peut être invoqué à l'encontre de tous ceux qui voudraient le transgresser. Cette opposabilité confère au droit réel deux prérogatives qui le rendent très supérieur au droit personnel, le droit de suite et le droit de préférence.* », *Ibid.*, n° 368 ; CL. BOCQUET, *De l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel, Essai d'épistémologie juridique sur la base des droits allemand, français et suisse*, thèse Genève, éd., Genève S. A., 1978, notamment, p. 63 ; W. DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 138.

1619 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 393 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 363 et 368 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n°177 : « *Distinguée de l'exclusivisme (ou de l'exclusivité) qui n'est que le caractère objectif de la chose d'appartenir en propre*

… / …

droit de propriété serait alors opposable *erga omnes*, c'est-à-dire à tous, tandis que l'opposabilité du droit personnel est perçue comme se limitant au rapport entre les parties dont les volontés ont engendré ce droit, c'est-à-dire du créancier et débiteur. Par voie de conséquence, seuls les actes translatifs ou constitutifs de propriété sont considérés, en matière de contrat, aussi bien par une doctrine [1620] que par la jurisprudence, dans un premier temps [1621], comme opposables *erga omnes* [1622] ; ceux-ci tiendraient ainsi ce caractère du droit de propriété qu'ils constatent en même temps [1623]. Autrement dit, le droit de propriété leur imprime son opposabilité à l'égard de tous [1624]. Il s'ensuit que les contrats non translatifs de propriété demeureraient, quant à eux, relatifs.

à une personne, c'est naturellement vers l'opposabilité erga omnes*, qui évoque un rapport vers autrui — un concept défensif —, que se tourne l'exclusion des tiers. L'exclusion des tiers se manifeste, en effet, en droit français par la notion d'opposabilité* erga omnes*, qui exprime, dans sa conception classique, ce lien par lequel le propriétaire impose aux tiers le respect de son droit — son pouvoir absolu — sur la chose. Ce rapprochement est logique dans la mesure où il fut répondu par les auteurs classiques aux personnalistes, lesquels avaient identifié le rapport d'exclusion des tiers comme caractéristique du droit réel, par le biais d'un devoir d'abstention s'imposant à tous relativement à la chose du propriétaire, nommé improprement d'obligation passive universelle, que cette obligation passive universelle correspondait en réalité à l'opposabilité* erga omnes*. Ce qui revenait à admettre que l'opposabilité* erga omnes *s'analysait comme un rapport d'exclusion des tiers.* » ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 355.

1620 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 214 : « *Parce qu'elle est absolue, la propriété est source d'opposabilité ; elle rend opposables les situations juridiques dont elle est le cadre ou qu'elle crée.* », *Ibid.*, n° 216 : « *Le caractère absolu de l'exercice du pouvoir de disposer a pour conséquence l'opposabilité de plein droit aux tiers des actes juridiques (art. 1165 C. civ.).* »

1621 La jurisprudence rappelée par J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 4, n° 6. La jurisprudence admet plus tard l'opposabilité des stipulations contractuelles à l'égard des tiers : Civ. 3e, 21 mars 1972, *Bull. civ*. 1972, III, n° 193 ; Civ. 1re, 3 janvier 1996, *Bull. civ*. 1996, I, n° 7. Il est permis, par ces arrêts, au juge de puiser dans le contrat les renseignements à l'encontre d'un tiers.

1622 J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, « Bibliothèque de droit privé, tome CLXXIX », préf. D. MARTIN, LGDJ, 1984, n° 142 : « *Si le droit réel est par sa nature intrinsèque opposable à tous, il semble apparemment logique de considérer que les actes juridiques ayant pour substance un tel droit sont spécialement opposables.* »

1623 Civ., 22 juin 1864 et civ., 27 décembre 1865, *Gaz. civ.*, tome 1, n° 82-83, 1re espèce : « *[…] ; -Attendu qu'aux termes de l'article 711 du Code Napoléon la propriété des biens s'acquiert et se transmet par l'effet des obligations ; et que les contrats qui lui servent de titre et de preuve sont ceux qui sont passés entre l'acquéreur et le vendeur ; que le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes qui y auraient été parties ; puisque, de l'impossibilité de faire concourir les tiers à des contrats ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les tiers ;-Attendu que déclarer opposables aux tiers les titres réguliers de propriété, ce n'est aucunement prétendre qu'il peut résulter de ces titres une modification quelconque aux droits des tiers ; et qu'ainsi la règle de l'article 1165, qui ne donne effet aux conventions qu'entre les contractants, est ici sans application ;* ».

1624 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 190 : « *Le transfert de propriété ne confère un pouvoir absolu à l'acheteur que s'il est opposable aux tiers, ce qui est dans la nature d'un droit réel.* »

558. Opposition calquée sur celle créée entre l'article 544 et l'ancien article 1165. Même le fait en soi de considérer que le droit réel est opposable à tous, suppose que le droit personnel, quant à lui, l'est seulement à quelques personnes déterminées. Celles-ci ne pourraient alors être que les parties au contrat. Cette conception procède ainsi de l'opposition traditionnelle, qui semble résulter de la doctrine classique entre les articles 544 et 1165 ancien du Code civil. Aux termes du premier, « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Le second dispose que : « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ». L'article 1165 devient, par suite de la réforme du 10 février 2016 [1625], l'article 1199 du Code civil, aux termes duquel « *le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV.* » L'opinion classique voit en effet l'opposé de l'adjectif « *absolu* » résultant des termes de l'article 544, dans le principe de la relativité des conventions posé à l'ancien article 1165 [1626], et repris dans les nouvelles dispositions.

[1625] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[1626] S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, p 11 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 37, p. 38 : « *Une différence fondamentale consiste alors à opposer le caractère absolu des droits réels au caractère simplement relatif des droits de créance.* » ; confusion, dénoncée, entre l'effet relatif du droit et son opposabilité, par cet auteur : Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, tome 2, 5e éd., par Ch. LARROUMET, Economica, 2006, n° 16 ; R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, « Bibliothèque de droit privé, tome 426 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 152 : « *La distinction entre droits réels et personnels correspond à la distinction entre avoir une chose (ou plutôt toutes ou partie des prérogatives relatives à une chose) et devoir recevoir, d'une personne déterminée, une chose ou une prestation. A partir de cette distinction, s'est forgée celle entre les droits relatifs et absolus. Le droit de créance est relatif parce qu'il est dirigé contre une personne déterminée alors que le droit réel est absolu parce qu'il est opposable à tous.* », *Ibid*., n° 141 : « *Si l'on raisonne uniquement en termes d'opposabilité des faits juridiques, on parvient à justifier les diverses prérogatives du titulaire du droit, mais pas nécessairement l'exclusivité de ces prérogatives. On peut dire par exemple qu'un contrat de vente existe en tant que fait, qu'il transfère un droit de propriété à l'acheteur (effet du contrat). Ce droit de propriété lui permet de jouir et disposer de la chose de la manière la plus absolue (effet du droit). Au vendeur le contrat de vente confère une créance sur le prix contre l'acheteur (effet du contrat). Cette créance lui permet de demander paiement (effet du droit). On pourrait déduire* a contrario *de ces règles que ces prérogatives appartiennent à personne d'autre, mais cette interprétation* a contrario*, serait fragile. Il est vrai qu'en présence d'un texte comme l'article 544 du Code civil, l'hésitation n'est guère permise : si le propriétaire a un droit "absolu", il est le seul à l'avoir.* » ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 214 : « *Le deuxième sens du caractère absolu touche à la nature juridique du droit de propriété. Ce droit est absolu là où les droits incorporels sont relatifs. Il n'établit pas une relation entre des personnes déterminées mais entre un sujet et le reste de la société. Les droits réels et les droits personnels sont relatifs parce qu'ils procurent à leur titulaire des prérogatives qui ne s'exercent qu'à l'égard d'une personne. La propriété, au contraire, ne comporte aucune structure de cette nature. Il n'y a pas de sujet passif déterminé ni déterminable qui doive quelque chose au propriétaire. Toute personne est tenue de respecter son droit. C'est en cela que ce droit s'exerce de manière absolue. Et si le créancier comme le titulaire d'un droit réel peuvent imposer le respect de leur droit* erga omnes*, c'est encore parce que ces*

… / …

559. Opposition artificielle. Or, opposer le droit de propriété ou réel en général [1627] au droit personnel par la portée de leur opposabilité paraît absolument artificiel [1628]. Il ne peut en effet y avoir d'opposabilité relative ; celle-ci procède simplement et par principe de la connaissance que le tiers a du droit [1629]. Le concept d'opposabilité ne semble pas varier en nature ou en portée. Et une doctrine abondante l'a assez longtemps fait observer [1630]. Par

---

droits sont aussi des biens […] et que leur propriété est absolue, en dépit de leur structure de droits relatifs. » ; W. DROSS, *Droit des biens,* Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 138.

1627 Certains auteurs distinguent entre le droit réel et le droit de propriété : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 291 et suiv. ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 118 et suiv.

1628 M. LEVIS distingue l'opposabilité du droit réel plutôt par la sanction à laquelle elle donne lieu. L'opposabilité du droit réel entraîne une sanction en nature : M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, « Collection droit civil », préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989 ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 7e éd., Economica, 2014, n° 16 : « *Une telle conception est manifestement erronée et elle démontre une confusion entre l'opposabilité et l'effet relatif. Tous les droits, aussi bien les droits personnels que les droits réels ou les propriétés sur les choses incorporelles, sont opposables aux tiers, en ce sens que le titulaire du droit a la possibilité de contraindre n'importe qui à ne pas méconnaître son droit, encore que les procédés de contrainte ne soient pas toujours identiques selon qu'il s'agit d'un droit de propriété, d'un droit réel sur la chose d'autrui, d'un droit personnel ou d'une propriété sur une chose incorporelle.* »

1629 J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 4, n° 9, p. 16 : « *[…] "Les tiers ne peuvent impunément violer le droit du créancier à l'égard de son débiteur… La seule différence entre le droit réel et le droit de créance, à cet égard, est que les tiers ont plus facilement connaissance du premier que du second. Mais tout droit subjectif, quel qu'il soit, engendre ce que la thèse personnaliste appelle "l'obligation passive universelle" ; il n'y a pas de droit qui ne soit opposable à tous".* » ; G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 132.

1630 E. PICARD, *Le droit pur*, Bruxelles, Veuve Ferdinand Larcier, Éditeur, et Paris, Germer-Baillière et Cie Félix Alcan, Éditeur, 1899, notamment § 48 ; A. WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1938, n° 238, p. 418 ; S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, « Bibliothèque de droit privé, tome CLXXIX », préf. D. MARTIN, LGDJ, 1984 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3e éd., LGDJ, 2001, n° 681, p. 727 : « *Il y a […] un principe général d'opposabilité des droits subjectifs, qu'ils soient réels ou de créance.* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, tome 2, 5e éd., par Ch. LARROUMET, Economica, 2006, n° 15 : « *[…] qu'est-ce qu'un droit qui ne s'impose pas au respect des tiers, soit du seul fait qu'il existe, sans autre condition, soit en fonction de l'accomplissement de mesures de publicité destinées à porter l'existence du droit à la connaissance des tiers ? On peut affirmer que si les tiers ne sont pas tenus de respecter mon droit, je suis dans une situation équivalente à celle où je serais si je n'avais pas de droit. Tous les droits, quels qu'ils soient, doivent être respectés par autrui et pas seulement les droits réels. En réalité, l'obligation passive universelle n'est rien d'autre que l'obligation qui pèse sur chacun de nous de respecter les droits d'autrui, quels qu'ils soient. Tous les droits doivent être opposables aux tiers, sous peine d'être inexistants.* » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 490 : « *Le principe de la relativité des conventions signifie que les tiers ne peuvent devenir créanciers ou débiteurs en raison d'un contrat auquel ils n'ont pas été parties. Mais il n'implique pas que ce contrat ne puisse avoir, à leur égard, aucune répercussion. Et de fait, le contrat crée une situation juridique dont les tiers, même s'ils ne sont pas personnellement liés par elle, ne peuvent méconnaître l'existence. Le contrat et la situation juridique qu'il a fait naître sont, dit-on, opposables aux tiers en tant que faits.* » ;

… / …

définition, l'opposabilité est une aptitude d'un droit à être respecté par un tiers entendu largement, c'est-à-dire d'une personne qui n'en est pas titulaire, qui n'a pas la qualité de créancier relativement à ce droit, ou d'ayant cause de celui qui en est titulaire, ou encore qui n'est pas impliquée dans le rapport dont ce droit est né [1631]. L'opposabilité résulte d'un ordre social extérieur à toute situation, tout acte ou fait dont elle confirme la légitimité [1632]. Ce qui constitue un droit revêt par définition cette vertu [1633] ; c'est ce respect s'imposant à tous qui fait de lui un droit [1634].

560. Domaine de l'opposabilité. Ainsi, l'opposabilité, à proprement parler, n'exprime pas le rapport particulier entre le titulaire du droit et celui ayant concouru à la création de ce droit [1635]. Autrement dit, l'opposabilité ne traduit pas le lien existant entre le créancier et le débiteur [1636]. Ce lien est interne au contrat [1637]. Le débiteur est tenu de façon particulière à

J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 4, n° 9, p. 16 : « *Il y a […] un principe général d'opposabilité des droits subjectifs, qu'ils soient réels ou de créance.* »

1631 J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, « Bibliothèque de droit privé, tome CLXXIX », préf. D. MARTIN, LGDJ, 1984, n° 170 : « *S'agissant de la terminologie, il est certainement malvenu d'affirmer que l'obligation est "opposable" au débiteur : celui-ci n'est pas un tiers vis-à-vis du créancier mais un acteur direct. La personne débitrice constitue "l'objet" — ou, en tout cas, le "sujet passif" — du droit personnel. Il est donc plus juste d'écrire que seul le débiteur est obligé à l'égard de son créancier, au lieu d'employer le terme opposabilité réservé à la relation externe des droits subjectifs.* »

1632 W. DROSS, *Droit des biens,* Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 138 : « *Tout autre est la question de l'opposabilité des droits. La notion est indissociable de l'organisation de la cité au sein de laquelle paix sociale n'est possible que si chacun est tenu de respecter les droits des autres. C'est précisément ce devoir de respecter les droits d'autrui qu'exprime la notion d'opposabilité. L'opposabilité s'impose alors comme un concept général qui s'étend à l'ensemble des droits subjectifs, quelle que soit leur nature, et participe ainsi de la notion même du droit subjectif.* »

1633 L'inopposabilité de l'acte secret aux tiers résulte de ce que les auteurs de ceux-ci ne l'ont pas manifesté (ancien art. 1321 du Code civil : « *Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers.* »). Cet acte est caché aux tiers. On ne peut prendre la décision de s'abstenir que de ce qu'on voit. Les parties ont d'ailleurs donné une fausse apparence : J. GHESTIN (Sous la dir.), C. JAMIN et M. BILIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3e éd., LGDJ, 2001, n° 899.

1634 J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, « Bibliothèque de droit privé, tome CLXXIX », préf. D. MARTIN, LGDJ, 1984, n°176, p. 205 : « *Si les droits subjectifs sont opposables, c'est simplement parce qu'ils constituent des prérogatives protégées par la loi et, plus simplement encore, parce qu'ils existent.* »

1635 *Ibid*., n°170 ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, tome 2, 5e éd., par Ch. LARROUMET, Economica, 2006, n° 16 ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 7e éd., Economica, 2014, n° 16, p. 16.

1636 Belles explications par ces auteurs : J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 4, n° 9, p. 16 : « *De cette opposabilité générale se distingue la situation du débiteur dans le droit de créance. Il ne se trouve pas dans la situation du public simplement tenu de respecter le droit d'autrui. Il doit exécuter une prestation précise.* » ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n°198 : « *[…], l'obligation "retranche " un droit qui appartient à son titulaire, l'obligation restreint ou empêche l'exercice d'un*

… / …

l'égard du créancier [1638]. Son attitude doit donc refléter la réalisation de son engagement [1639] ; elle ne peut être forcement une abstention, ou se résumer à un simple respect. Outre qu'il est opposable aux tiers [1640], et donc aussi à tous, le droit personnel produit, dans le rapport du créancier et le débiteur, un effet particulier permettant à celui-là de diriger son action à l'encontre de celui-ci [1641]. C'est un rapport dont dépendent l'existence du droit et sa réalisation [1642] ; il se distingue ainsi fondamentalement du devoir général de respect ou de reconnaissance du droit d'autrui pesant sur tout membre d'une société [1643] ; l'opposabilité exprime ce devoir [1644]. Et l'opposabilité d'un droit contractuel,

---

droit par son titulaire, tandis que l'opposabilité empêche l'obtention ou la naissance d'un droit concurrent par un tiers. »

1637 N. VERHEYDEN-JEANMART et N. LEPOT-JOLY, « L'opposabilité des contrats à l'égard des tiers et assimilés », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 222, n° 5 : « *[…], l'existence du contrat s'impose aux tiers […]. Il faut […] distinguer, au sein du contrat, les effets internes et les effets externes : les effets internes, c'est-à-dire les droits et les obligations qui découlent du contrat, valent uniquement entre les parties tandis que l'existence de la convention (effets externes) est un fait juridique qui s'impose aux tiers avec, pour eux, toutes les conséquences favorables ou défavorables qui y sont attachées.* »

1638 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 490 : « *À la différence des parties, les tiers n'ont pas à exécuter la ou les prestations promises dans le contrat. En revanche, ils sont tenus de s'abstenir de tout comportement qui pourrait faire obstacle à l'exécution de ces prestations. Pèse donc sur eux, non l'obligation de donner ou de faire à laquelle le contrat a donné naissance, mais une obligation de ne pas faire, celle de respecter la situation née du contrat.* »

1639 J. GHESTIN (Sous la dir.), C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3e éd., LGDJ, 2001, n° 681, p. 727.

1640 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 25, p. 66 : « *[…], l'idée générale qui se dégage est que toute personne, bien qu'étant tiers par rapport au lien de droit qui unit le débiteur au créancier, est tenue de s'abstenir de tout ce qui pourrait aider celui-là à porter atteinte au droit de celui-ci.* » ; Civ. 3e, 21 mars 1972, *Bull. civ*. 1972, III, n° 193 : « *Mais attendu que si, en principe, les conventions n'ont d'effet qu'à l'égard des parties, il ne s'ensuit pas que les juges ne puissent rechercher, dans des actes étrangers à l'une des parties en cause, des renseignements de nature à éclairer leur décision, ni ne puissent considérer comme créant une situation de fait à l'égard des tiers les stipulations d'un contrat* ; » ; J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, « Bibliothèque de droit privé, tome CLXXIX », préf. D. MARTIN, LGDJ, 1984, n° 170 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, 2010, n° 41 ; G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparasionn franco-belge*, LGDJ, 1994, p. 132 ; J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 4, n° 9 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 494 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 48 ; civ. 1re, 26 janvier 1999, *Bull. civ*. 1999, I, n° 32. Le non respect d'une obligation légale peut constituer une faute contractuelle entre les parties contractantes, et délictuelle à l'égard des tiers : Civ. 2e, 4 octobre 1995, *Bull. civ.* 1995, II, n° 230.

1641 J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, « Bibliothèque de droit privé, tome CLXXIX », préf. D. MARTIN, LGDJ, 1984, n° 170.

1642 Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, tome 2, 5e éd., par Ch. LARROUMET, Economica, 2006, n° 15.

1643 A. WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1938, n° 238, p. 418 : « *[…] en définitive, le même sujet passif universel se retrouve dans le droit réel et dans le droit*

… / …

au même titre que celle de tout autre droit, se manifeste de façon réciproque entre les contractants et les tiers [1645].

561. Évolution dans l'opposition. La difficulté de soutenir de façon constante une opposition, du point de vue de l'opposabilité, entre le droit réel et le droit personnel, conduit certains auteurs à tenter d'opérer une distinction au sein même du contrat. Il est en effet cette fois séparé l'opposabilité du contrat de celle des droits nés du contrat [1646]. On tente d'extraire les droits contractuels du contrat. L'on s'accorde alors à dire que les droits nés du contrat produisent la même opposabilité que le droit de propriété, mais l'on prétend néanmoins

---

de créance, sujet tenu du devoir d'abstention ; » ; CL. BOCQUET, *De l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel, Essai d'épistémologie juridique sur la base des droits allemand, français et suisse*, thèse Genève, éd., Genève S. A., 1978, p. 91 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3e éd., LGDJ, 2001, n° 681, p. 728 ; Com. 2 avril 1996, *Bull. civ*. 1996, IV, n° 101 : « *Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, sans dire en quoi le fait, pour le capitaine du navire, agissant en qualité de préposé des fréteurs au voyage, de refuser à tort l'embarquement à son bord de marchandises destinées à la société El Fouladh, ne pouvait pas, à l'égard de cette dernière, tiers à la charte-partie, constituer une faute quasi délictuelle par violation d'une obligation générale de prudence et diligence, bien qu'il pût aussi être un manquement aux obligations contractuelles des fréteurs envers l'affréteur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;* »

1644 J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 4, n° 9, p. 17 : « *[…], il convient d'appliquer à la notion d'opposabilité de la situation juridique née du contrat, ce qui caractérise l'opposabilité des droits subjectifs en général. Il s'agit généralement d'un devoir de ne rien faire qui puisse faire obstacle aux effets proprement obligatoires du contrat, autrement dit, d'un simple devoir d'abstention et non d'une obligation de donner ou de faire.* »

1645 Com., 16 janvier 1973, *Bull. civ*. 1973, IV, n° 28 : « *Mais attendu, d'une part, qu'un même fait, susceptible de constituer un manquement à une obligation existant entre deux parties liées par un contrat, peut être au regard des tiers étrangers au contrat, une faute quasi-délictuelle engageant la responsabilité de son auteur et qu'aucun texte ne fait obstacle à l'application de ce principe à l'espèce litigieuse ; que, dès lors, l'arrêt ayant relevé que la C.G.T. n'a pas de lien contractuel avec Brovig Rederi a pu retenir la responsabilité quasi délictuelle de l'armateur envers le sous-affréteur pour le défaut d'entretien de son navire, et qu'ainsi les deux premiers moyens sont sans fondement ;* » ; Civ. 1re, 15 décembre 1998, *Bull. civ*. 1998, I, n° 368 : « *Attendu, cependant, que les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage ; qu'il s'ensuit qu'en statuant comme elle a fait, alors que les assureurs n'avaient pas cantonné leurs demandes au terrain de la responsabilité contractuelle, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ; » ; Civ. 1re, 16 décembre 1992, *Bull. civ.* 1992, n° 316 ; Com. 2 avril 1996, *Bull. civ.* 1996, IV, n° 114 ; Civ. 3e, 25 mars 1998, *Bull. civ.* 1998, III, n° 72; Civ. 3e, 6 janvier 1999, *Bull. civ*. 1999, III, n° 3 ; Civ. 1re, 1er février 1984, *Bull. civ.* 1984, I, n° 47 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 494 et 495 : « *De même que les parties peuvent opposer aux tiers la situation née du contrat, de même en va-t-il des tiers lorsqu'ils y ont intérêt.* » La chambre commerciale de la Cour de cassation a posé, en 1991, en règle générale que les tiers peuvent opposer le contrat aux parties : Com. 22 octobre 1991, *Bull. civ.* 1991, IV, n° 302 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, s'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat, la cour d'appel à violé le texte susvisé* (ancien art. 1165 du Code civil). »

1646 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 186 : « *L'opposabilité du contrat aux tiers est d'autant plus limitée qu'il ne faut pas la confondre avec l'opposabilité des droits nés du contrat.* »

que ce serait parce qu'ils ont vocation à être aussi l'objet de propriété de leur titulaire [1647]. Il est ainsi reconnu en clair que la créance, autrement dit, le droit personnel, est aussi opposable à tous, du moins en ce qu'elle serait susceptible de l'objet du droit de propriété [1648]. L'opposabilité *erga omnes* serait la caractéristique du droit de propriété [1649]. L'opposabilité du droit de propriété ou des droits susceptibles de l'objet de propriété serait « *substantielle* » ; en revanche, celle des actes juridiques serait « *simple* » [1650]. Selon cette opinion, « *l'opposabilité substantielle* », c'est-à-dire celle « *inhérente au droit de propriété* » [1651] produit par elle-même un effet juridique, à la différence de « *l'opposabilité simple* », en ce que celle-ci ne constituerait que la conséquence qu'une règle de droit extérieure attache aux actes juridiques [1652] ; ceux-ci seraient, en d'autres termes, des faits pris en considération

---

1647 *Ibid.*, n° 186 : « *[…], l'opposabilité, à l'égard des tiers, des droits nés du contrat relève de l'opposabilité substantielle et de la propriété.* » ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 214.

1648 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, notamment, n° 215 à 217 : « *L'opposabilité* erga omnes *apparaît, clairement, comme la caractéristique même du seul droit de propriété, lequel ne peut être un droit réel. Et si le droit réel est pourvu d'une opposabilité* erga omnes*, cela résulte du fait qu'il est, à l'instar du droit personnel, l'objet d'un droit de propriété. Dès lors, le droit réel, rangé parmi les droits de créance, appartient à son titulaire comme objet de propriété qui lui en assure le bénéfice exclusif à l'égard de tous. […]. Le droit de propriété, par l'opposabilité* erga omnes *qui en constitue l'élément substantiel, est le droit qui rattache privativement tous les biens — corporels et incorporels — au patrimoine de son titulaire et en exclut par là même autrui. Il apparaît, au terme de cette analyse, que tous les droits patrimoniaux sont objets de propriété, ce qui leur confère ainsi une opposabilité* erga omnes. » Pour M. DUCLOS, il est inutile de traiter le droit de créance de propriété du créancier pour en conclure qu'elle est opposable *erga omnes* : J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, « Bibliothèque de droit privé, tome CLXXIX », préf. D. MARTIN, LGDJ, 1984, n° 176.

1649 CL. BOCQUET, *De l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel, Essai d'épistémologie juridique sur la base des droits allemand, français et suisse*, thèse Genève, éd., Genève S. A., 1978 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, notamment, n° 187.

1650 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n°180 : « *La polysémie du terme " opposabilité " et son application à diverses situations juridiques, artificiellement regroupées sous la coupe d'un concept unique, ont eu pour effet de masquer ce qui constituait la structure même du droit de propriété. Or, seule l'opposabilité inhérente au droit de propriété produit un effet juridique direct, en ce qu'elle impose par elle-même un devoir juridique — d'abstention relativement à une chose — à l'égard des tiers. Cette opposabilité est substantielle car elle s'identifie à cet effet juridique. En effet, tous les autres cas d'opposabilité (opposabilité du contrat aux tiers, d'un acte juridictionnel, etc.), que l'on peut regrouper sous la bannière de l'opposabilité des actes juridiques en général, ne s'analysent nullement comme un effet juridique, mais sont, en dehors de la situation qu'ils sont appelés à régir directement, analysés comme des faits pris en considération pour l'application d'une règle de droit, qui seule, produira un effet juridique. En ce sens, leur opposabilité est dite " simple ".* »

1651 *Ibid.*, n°180.

1652 *Ibid.*, n°182, p. 198 : « *L'acte juridique ne peut rayonner par lui-même au-delà de son domaine propre, et c'est uniquement parce qu'une norme extérieure va attacher une conséquence à son existence (par une relation d'imputation) qu'un tel effet de droit va se produire. L'opposabilité simple n'est donc pas un effet juridique par lequel les actes juridiques emporteraient par eux-mêmes un devoir d'abstention, un devoir de respect ou un devoir juridique quelconque. La notion d'opposabilité ne sert qu'à traduire ici l'idée qu'un acte juridique est, au-delà des situations qu'il est appelé à régir directement, à l'égard d'une*

… / …

pour le déclenchement de l'effet d'une norme de droit extérieure. Seuls les droits nés du contrat seraient opposables aux tiers ; l'opposabilité « *simple* », quant à elle, c'est-à-dire du contrat, n'excéderait pas le rapport des parties contractantes [1653].

562. Évolution davantage artificielle. Cette distinction paraît encore trop artificielle. S'il est vrai qu'en théorie, le contrat est distingué des obligations ou droits qui en résultent [1654], la distinction demeure théorique, elle semble concrètement difficile. On peut se demander quelles sont les déclarations constitutives du contrat, qui seraient indépendantes des obligations ou des droits nés du contrat [1655]. On conçoit en effet mal un contrat indépendamment des obligations ou des droits qui en sont issus. Le contrat tient son existence de sa validité, laquelle dépend à son tour, non seulement de quelques conditions liées aux contractants [1656], mais aussi, dans une certaine mesure, de la légalité de ses stipulations [1657], autrement dit, des droits et obligations dont la création est envisagée. Le

---

règle légale extérieure, un fait qui peut, dès lors, être pris en considération dans le présupposé de cette règle légale afin de déclencher son application, laquelle produira alors des effets juridiques à l'égard de personnes qui n'étaient pourtant pas visées par cet acte juridique. Il n'existe donc pas en soi d'opposabilité des actes juridiques. Le soi-disant principe d'opposabilité des actes juridiques signifie uniquement que ces actes juridiques, en dehors de leur cercle d'activité directe, sont des faits, qui, en tant que tels, peuvent être pris en considération par le présupposé d'une règle de droit extérieure pour le déclenchement de son application. Mais c'est cette règle de droit qui seule produira, à l'égard des tiers, un effet juridique propre, un régime juridique déterminé et non l'acte juridique lui-même. »

1653 Voir l'opinion contraire : A. WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1938, n° 239, p. 420 : « *[...] de même que les tiers doivent reconnaître l'existence d'une société ordinaire, de même ils doivent reconnaître celle de cette petite société (contrat) qui unit les parties à un contrat quelconque. Il y a à cet égard un rapprochement saisissant entre le contrat et le droit de propriété : tous deux doivent être respectés par les tiers, un droit que seul le contractant devrait respecter et que les tiers pourraient méconnaître impunément n'aurait absolument pas de valeur ; il n'y aurait plus de relations sociales ni juridiques possibles ; l'anarchie succèderait au règne de la loi.* »

1654 *Ibid*., n° 238, p. 416, qui, répondant à un auteur qui critique l'opposabilité *erga omnes* des droits personnels, dit que « *cette critique méconnaît l'évolution qui a transformé les notions d'obligation et de contrat.* »

1655 Une opinion similaire, G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparasionn franco-belge*, LGDJ, 1994, p. 132, n° 6, note de bas de page n° 9 : « *Nous ne distinguerons pas par la suite entre opposabilité des droits et opposabilités des actes. En effet, outre que cette distinction n'a d'intérêt que sur le plan de l'opposabilité, il est certain que l'on oppose un acte pour bénéficier de la situation qui en découle ou du droit créé ou transmis. Dès lors, l'opposabilité substantielle des droits se posera nécessairement.* »

1656 L'ancien art. 1108 du Code civil.

1657 Les anciens articles 1126 à 1130 du Code civil. Aux termes de l'ancien article 1128 du Code civil, « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.* » Et aux termes de l'article 1162 du Code civil, issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.* »

contrat n'existe ainsi que par les droits et obligations qu'il a engendrés [1658] ; il désigne l'ensemble de ceux-ci, lesquels constituent son ossature.

563. Confusion avec l'exercice du droit contractuel. Ce que l'on regarde comme opposabilité du contrat [1659], qui serait différente de celle des droits nés du contrat, s'apparente plutôt à l'exercice d'un droit contractuel dans le rapport entre le créancier et le débiteur [1660]. Les actes pris en considération dans le présupposé d'une règle légale pour le déclenchement de l'effet de celle-ci, ne constituent rien d'autre que les obligations ou droits nés de la volonté des parties. En effet, pour qu'un fait ait la qualité d'acte, autrement dit, qu'il puisse déclencher contractuellement l'effet d'une norme légale, il faut qu'il soit légalement préconstitué [1661]. En général, un acte irrégulier ou illégal est par définition dépourvu d'aptitude à déclencher l'effet d'une norme juridique [1662] ; il encourt au contraire une déclaration formelle de son inexistence par le déclenchement de l'effet de cette norme ; ce qui n'est qu'un constat de son inexistence. Il appartient certes dans certains cas aux parties ou à l'une d'elles de laisser produire à un acte nul un effet juridique [1663], mais il s'agit là du vœu de la loi, laquelle lie ainsi l'existence, sinon la validité, d'un tel acte à une volonté ultérieure des parties ou de l'une d'elles.

564. Débat encore vif. Le débat sur la distinction entre l'opposabilité du droit de propriété et celle du droit personnel demeure encore vif [1664], mais sera clos sans doute en faveur de

---

1658 J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, « Bibliothèque de droit privé, tome CLXXIX », préf. D. MARTIN, LGDJ, 1984, n° 173 : « *Du point de vue des actes juridiques ayant pour objet principal une créance, l'opposabilité de principe de ce droit va de pair avec celle de ces actes.* »

1659 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n°186.

1660 CL. BOCQUET, *De l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel, Essai d'épistémologie juridique sur la base des droits allemand, français et suisse*, thèse Genève, éd., Genève S. A., 1978, p. 92 : *[…] les "créanciers" d'un devoir général n'ont aucune action contre son "débiteur" en vue de l'exécution de devoir général, contrairement au créancier d'une obligation qui en a une contre son débiteur. Ainsi personne n'a d'action contre un père de famille pour l'obliger à surveiller son enfant, mais chaque créancier de la dette alimentaire a une action contre son ou ses débiteurs.* »

1661 R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, « Bibliothèque de droit privé, tome 426 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 130 : « *Le contrat existe et peut justifier la titularité d'un droit, à condition qu'il l'ait été valablement constitué et transféré.* »

1662 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., 2013, n° 178 : « *La vocation naturelle de la responsabilité contractuelle est de s'appliquer à des relations qui sont nées d'un contrat. Mais l'application effective du régime de la responsabilité contractuelle suppose que deux conditions soient réunies : d'abord qu'il existe entre les parties une obligation contractuelle valable ; ensuite, que, dans ces relations, soit apparue une inexécution dommageable.* »

1663 En cas de nullité absolue ou de nullité relative.

1664 Certains auteurs tiennent encore à la distinction classique entre le droit réel et le droit personnel sur le point de l'opposabilité du droit : M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 110 et suiv. ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., 2015, n° 355.

l'inexistence de cette prétendue différence. On peut observer qu'il évolue en ce sens [1665]. La distinction du droit de propriété et des droits réels qui se généralise établit un rapprochement notable entre ces derniers et le droit personnel [1666]. Et la conception classique de l'opposabilité du droit de propriété, évoquée à l'appui de son transfert, s'avère insoutenable dans la mesure où l'opposabilité *erga omnes* de tout droit est incontestable [1667]. Cependant, il ne semble pas encore résulter de cette évolution un autre regard sur l'analyse classique du moment de transfert du droit de propriété. Même les auteurs soutenant que l'opposabilité *erga omnes* n'est pas l'apanage du droit réel et que tout droit est opposable à tous, continuent d'approuver par les arguments résultant de la conception classique de l'opposabilité du droit de propriété, qu'en matière de choses de genre, le transfert de propriété est reporté jusqu'à l'individualisation de la chose [1668]. Il convient alors de renouveler l'analyse des articles 544 et 1165 ancien du Code civil, et de l'effectuer de façon concomitante. Il en résultera que la conception classique de l'opposabilité des droits réel et personnel procède évidemment d'une méprise sur le sens de ces deux textes [1669].

1665 W. DROSS, *Droit des biens,* Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 139 : « *Les mouvements de balancier de la pensée juridique la condamnent à tomber d'un excès dans l'autre. Après avoir fait de l'opposabilité* erga omnes *le signe distinctif du droit réel, on soutient aujourd'hui qu'elle s'applique avec la même force aux droits personnels, si bien qu'il faudrait en conclure qu'à cette aune, droits réel et personnel ne marquent aucune différence. La conclusion est exacte si l'on s'en tient à l'effet de l'opposabilité des droits : dès lors qu'un droit est opposable, il l'est en principe* erga omnes*, en vers tous, peu important sa nature réelle ou personnelle.* »

1666 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 7e éd., Economica, 2014, n° 33 : « *La différence entre les droits personnels et les droits réels sur la chose d'autrui est obscurcie en raison d'une nécessaire relation de droit entre le propriétaire et le titulaire du droit qui porte sur la chose qui appartient au premier, tel l'usufruitier ou le bénéficiaire d'une servitude. Dans la conception classique des démembrements de la propriété, c'est-à-dire de tous les droits réels autres que la propriété, ce rapport juridique entre le propriétaire et celui qui exerce un droit réel sur la chose d'autrui n'a pas été aperçu, en raison de ce que la doctrine, suivie par la jurisprudence majoritaire n'a vu qu'une opposabilité au propriétaire du droit réel grevant la chose. », Ibid.,* n° 35.

1667 W. DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 138 : « *Dit d'une autre manière, le droit réel serait absolu, le droit personnel relatif. Cette observation a longtemps été tenue pour incontestable : elle a constitué le socle le plus ferme de la distinction du droit réel et du droit personnel avant d'être jetée à bas. Il est acquis aujourd'hui que cette affirmation, qui paraît frappée au coin du bon sens, repose en réalité sur la confusion de deux questions distinctes, celle de l'opposabilité des droits et celle de l'effet relatif des droits personnels.* »

1668 Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, tome 2, 5e éd., par Ch. LARROUMET, Economica, 2006, n° 384 : « *[…], il n'y a pas transfert immédiat de la propriété lorsqu'il s'agit de la vente d'une chose de genre ou chose fongible. En effet, le transfert de la propriété suppose que la chose, qui fait l'objet d'un contrat translatif, soit individualisée et distinguée des autres choses semblables. Or, la chose sera individualisée au plus tard au moment de la livraison et l'acquéreur ne pourra devenir propriétaire qu'à ce moment-là. Par conséquent, dans les ventes de choses de genre, le transfert de propriété n'interviendra qu'au moment de la livraison de la chose. Il en va de même pour tous les contrats translatifs de propriété portant sur des choses de genre (par exemple, contrat de prêt d'argent). En fin de compte, le principe du transfert immédiat de la propriété ne joue qu'en ce qui concerne les corps certains.* » ; D'une façon générale : F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 393.

1669 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 7e éd., Economica, 2014, n° 16, p. 16.

B. Sens des articles 544 et 1165 du Code civil

565. Opposition classique des deux dispositions. L'analyse classique des dispositions des articles 544 et 1165 ancien, devenu 1199, du Code civil, dont il résulte que l'opposabilité du droit réel serait absolue, et qu'en revanche celle du droit personnel serait relative, semble se contenter d'opposer, l'un à l'autre, ces deux textes [1670]. Suivant cette analyse, ces dispositions exprimeraient chacune une variante d'un même principe, selon les circonstances ou la nature réelle ou personnelle du droit : s'agissant du droit réel ou de propriété, il serait opposable à tous dans la société, tandis que le droit personnel l'est à un nombre déterminé de personnes. Autrement dit, le droit réel ou de propriété constitue le domaine où l'opposabilité du droit est *erga omnes*, tandis que celle-ci serait relative en ce qui concerne le droit personnel [1671]. En vue de restaurer le sens des articles 544 et 1165 ancien du Code civil, il convient de rappeler au préalable et de façon brève la frontière entre la limite à l'exercice du droit et l'opposabilité du droit (1) d'une part, et ce dont s'entend l'absoluité du droit de propriété dans l'article 544 (2) d'autre part. Il en résultera que le concept d'opposabilité du droit est absent dans les articles 544 et 1165 ancien (3).

1. La limite du droit et son opposabilité

566. Aucune opposition dans les dispositions des articles 544 et 1165 ancien. Le sens des articles 544 et 1165 ancien, devenu 1199, du Code civil ne peut être celui qui résulte de la doctrine classique. Les règles dans ces textes ne sont pas l'une l'opposé de l'autre. L'opposabilité ne change pas de visage, ou de portée, selon la nature du droit [1672]. L'analyse classique est évidemment erronée [1673]. On peut se permettre de lui reprocher un certain manque de rigueur. On observe en effet qu'elle n'a pas pu faire le départ entre deux cas de figure différents, qui lui paraissent peut-être simplistes, mais qui sont deux situations symétriques se trouvant dans la perspective de l'élaboration de tout système juridique : l'éventuel exercice agressif aux tiers du droit de la part de son titulaire d'un côté, et le

---

1670 J.-P. CHAZAL et S. VINCENT, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ.* 2000, p. 477, n° 11 : « *Opposable* erga omnes*, la propriété est transférée ou ne l'est pas, sauf à instaurer une distinction nouvelle et contestable entre la propriété relative (entre les parties), et la propriété absolue (à l'égard des tiers).* »

1671 M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 111 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 368 : « *Le droit réel a une opposabilité absolue, au contraire du droit personnel. Toute atteinte à un droit réel, même commise de bonne foi et même si elle ne cause pas de préjudice, donne naissance à une action en justice pour faire rétablir son intégrité.* » Le droit réel semble confondu ici à son objet. L'atteinte à la chose, peut-être objet du droit. Le droit permet de protéger son objet.

1672 Une doctrine est allée plus loin en prétendant distinguer entre l'opposabilité du droit de propriété et le devoir général de respect des droits d'autrui : F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 191.

1673 Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 7e éd., Economica, 2014, n° 16, p. 16.

respect de ce droit de la part des tiers de l'autre. Un système juridique qui ignore le départ entre ces deux figures importantes de situations ne refléterait pas la finalité de la règle de droit : l'organisation de la vie en société [1674] ; il aurait une autre finalité que celle-là. Les rédacteurs du Code civil avaient bien en vue ces deux situations différentes et opposées. La doctrine dominante, quant à elle, paraît les confondre dans son analyse [1675]. Une contribution consiste alors ici à rappeler de façon brève et séparée la frontière entre le domaine de l'exercice du droit (a) et celui de l'opposabilité du droit (b).

a. Le domaine de l'exercice du droit

567. Conciliation des deux exigences opposées. S'agissant de la nécessité d'imposer une limite au droit, l'on sait que l'exercice sans limite du droit est dangereux à l'égard de la coexistence sociale ; le législateur crée donc en général un droit ainsi que les limites à son exercice répondant aux exigences de la vie en société [1676]. Aux termes de l'article 4 de la

---

[1674] J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 93 : « *[…], en ce sens, l'absolutisme de la propriété était manifestement excessif et illusoire : c'était "une nostalgie de souveraineté, un rêve de maître charbonnier". Un propriétaire ou un bien n'est jamais isolé. Toute propriété est confrontée à d'autres propriétés et se heurte à d'autres droits qui la limitent inéluctablement. L'absolutisme, que peut prôner une idéologie, n'est qu'un leurre en droit positif et ne s'y est jamais accompli. Il est d'ailleurs contredit immédiatement, dans l'article 544 du Code civil, par la deuxième proposition de ce texte : "*pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*". Autrement dit, la plénitude de la propriété est subordonnée aux restrictions, voire aux conditions, que les lois et règlements sont susceptibles d'y apporter.* » S. PAVAGEAU, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, « Faculté de Droit et Sciences sociales de Poitiers », préf. S. BRACONNIER, diff. LGDJ, 2006, n° 165 : « *La fonction sociale des droits et, plus particulièrement, celle du droit de propriété, ne remet pas directement en cause leur caractère subjectif ; il s'agit au contraire d'une nécessité, d'une obligation que l'homme a contractée en signant le pacte social.* »

[1675] Une certaine confusion semble se rencontrer dans ces phrases : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 42, p. 112 : « *[…] les démembrements, droits réels sur la chose d'autrui, sont tous des droits relatifs, des droits de créance ou d'obligation, dont le sujet passif est une personne individuellement déterminée, à savoir, le maître de la chose grevée, l'"autrui" dont la chose est affectée par le droit réel (tiers détenteur, nu-propriétaire, propriétaire du fonds servant). L'obligation réelle, qui correspond au droit réel, s'attache, il est vrai, au bien lui-même ou, plus exactement, à la propriété du bien : ainsi elle conditionne le droit de propriété, qu'elle suit dans ses mutations successives, […] ; mais elle en diffère essentiellement comme le liseron du chêne qu'il encombre de ses vrilles ; car la propriété, elle, est et demeure un droit absolu, un rapport juridique dont le sujet passif est, à tout moment, le monde entier : elle ne pourrait donc être un droit réel, puisqu'elle se meut sur un plan plus élevé ; et nous serons donc autorisé à réserver l'appellation de "droit réel" aux "autres" droits réels, c'est-à-dire aux droits sur la chose d'autrui corrélatifs d'une obligation réelle.* » Cet auteur met là l'accent sur la différence entre le droit réel et le droit de propriété. Peut-être que c'est par souci de clarté, qu'il dit que le droit réel est relatif et que le droit de propriété est absolu. Car, il dit ensuite que deux rapports juridiques, dont l'un relatif et l'autre absolu, coexistent dans les droits réels, donc dans les droits personnels, *Ibid*., n° 43. Il veut dire par là que les droits réels ou personnels sont aussi opposables à tous. Selon lui, le terme « *absolu* » traduit l'opposabilité *erga omnes* du droit.

[1676] M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, p. 583, n° 3 : « *La propriété, comme tout droit subjectif, ne peut se concevoir en dehors du rapport aux autres qu'il crée, de la place à laquelle il institue son titulaire dans la société.* »

Déclaration des droits de l'homme de 1789, la limite à l'exercice de tout droit, autant que le respect de cet exercice par les tiers, paraît impérative [1677]. Il est en effet impératif que l'exercice de ce droit soit concilié avec les droits d'autres membres de la société [1678]. Il est par conséquent nécessaire d'imposer une attitude au titulaire du droit créé. Le législateur s'impose alors d'agir, dans la création des droits, avec précaution ; il trace les limites dans lesquelles le droit doit s'exercer. Aucun droit n'est sans limite.

568. Les domaines respectifs de l'exercice du droit de propriété et du droit personnel. Ainsi, l'exercice du droit de propriété consiste fondamentalement dans la jouissance et la disposition de la chose [1679], la perception des fruits rentrant dans la jouissance [1680] ; en revanche, l'exercice du droit personnel résulte de la contrainte du débiteur à réaliser la chose promise, c'est-à-dire son engagement [1681]. La jouissance de la chose ou sa disposition a pour limite la prohibition légale, elle ne doit pas être attentatoire notamment aux bonnes mœurs ou à l'ordre public [1682]. De même, outre qu'il est censé n'avoir jamais existé si sa création ne répond pas à la licéité, le droit personnel ne s'exerce que dans les rapports entre les parties qui l'ont créé [1683]. Le domaine de l'exercice du droit tant de propriété que

---

1677 Art. 4 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.* »

1678 Y. MADIOT, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant Bruxelles, 1998, p. 115 : « *Chaque droit énoncé doit […] avoir son "négatif" ou son correspondant sous la forme d'un devoir, d'une obligation juridique. Comme Janus, le droit a deux faces : la liberté et la contrainte, la liberté étant […] issue de la contrainte.* »

1679 J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 92 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 192 : « *L'acquisition d'un bien donne des pouvoirs à celui qui en bénéficie. Ces pouvoirs ne doivent pas être perçus comme une manière de définir la propriété mais simplement de décrire ses effets.* »

1680 W. DROSS, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ*. 2015, p. 27, spéc. 29 : « *En énonçant que la propriété est "le droit de jouir et disposer des choses […]", ce texte semblait sans discussion possible la définir comme un droit subjectif se décomposant en deux prérogatives fondamentales, la jouissance et la disposition.* »

1681 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 19, p. 47 : « *[…] la faculté d'user d'un droit de créance ne consiste-t-elle pas essentiellement à en obtenir paiement ? Et par l'effet d'un tel paiement la créance ne se trouvera-t-elle pas éteinte ? Il en est fréquemment ainsi.* »

1682 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1340 : « *On a précisé que le critère de l'abus d'un droit est la faute : toute faute dans l'exercice d'un droit est constitutive d'abus. La faute consistera soit dans une faute intentionnelle : l'intention de nuire du propriétaire de la fausse cheminée […] ; soit dans l'inobservation des règlements : industriel qui ne construit pas la cheminée de son usine à la hauteur réglementaire […].* »

1683 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 32, p. 80 : « *[…] une chose est certaine : la responsabilité du tiers envers le titulaire du droit d'obligation suppose un minimum de mauvaise foi de la part du tiers.* »

personnel est ainsi circonscrit [1684]. L'exercice de tout droit, qu'il soit réel, de propriété ou personnel, porte sur un domaine bien limité. C'est ce qui ressort tant de l'article 544 que de l'ancien article 1165 du Code civil.

569. La prévention de l'agression à l'égard d'un tiers. En effet, ces dispositions, dont l'analyse par la doctrine classique est sans doute insatisfaisante, préviennent une agression susceptible de résulter de l'exercice d'un droit à l'égard d'un tiers innocent, c'est-à-dire ici une personne ayant une attitude normale vis-à-vis du droit exercé. C'est là l'objet commun des articles 544 et 1165 ancien du Code civil ; autrement dit, ces dispositions portent une même règle quant à un domaine, mais celle-ci n'est pas le principe de l'opposabilité du droit. L'ancien article 1165 n'est en effet qu'une reprise de l'article 544 en ce qui concerne la portée de l'exercice d'un droit dans les relations entre le titulaire de ce droit et les tiers. Aux termes de l'article 544, la limite à l'exercice du droit de propriété consiste dans les prohibitions par les lois au sens général. L'atteinte injustifiée aux intérêts d'autrui par l'exercice du droit de propriété, est illicite, c'est-à-dire tombe sous la prohibition légale. De même, suivant l'ancien article 1165, l'exercice de la liberté contractuelle, autrement dit, le contrat ne doit ni nuire ni profiter par principe à autrui. Le nouvel article 1199 n'apporte rien, à cet égard, à l'ancien article 1165 ; l'effet obligatoire du contrat ne s'exerce qu'entre les parties contractantes [1685].

570. Limite à l'exercice du droit, objet commun des deux dispositions. Il s'agit ainsi dans les articles 544 et 1165 ancien du Code civil, comme il ressort du développement précédent, plutôt de l'encadrement, autrement dit, de la limite de l'exercice d'un droit, mais non de l'expression de l'opposabilité du droit. La doctrine présente le caractère absolu de l'exercice du droit de propriété comme spécial, elle l'exalte, mais sans en préciser le contenu concret [1686]. L'évolution de l'opinion doctrinale considère le droit de créance comme l'objet

---

1684 W. DROSS, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ*. 2015, p. 27, spéc. 28 : « *[…], l'article 544 est l'exact décalque, pour le droit des biens, du principe porté par l'article 1134 pour le contrat. S'il fonde la liberté contractuelle, l'article 1134 soumet d'abord les conventions aux réquisitions de la loi : seules celles qui sont légalement formées reçoivent la sanction de la force obligatoire et accèdent ainsi à l'existence juridique. L'équilibre de la volonté individuelle et de l'intérêt général est donc identique qu'il s'agisse de contrats ou de biens, la première étant soumise au second.* »

1685 Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, LexisNexis, Litec, 2011, n° 91 : « *La position personnelle repose sur un lien créé entre deux personnes : le bénéficiaire, celui qui par exemple attend d'être payé, est désigné comme le créancier ; l'assujetti, celui qui doit, est le débiteur. La position personnelle s'analyse en une créance de l'un ; la dette de l'autre lui correspond nécessairement. La position personnelle peut être définie : le pouvoir reconnu à une personne d'exiger quelque chose d'une autre personne.* » M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1 — Contrat et engagement unilatéral*, « Thémis droit », Puf, 2016, n° 513 : « *Le principe de l'effet relatif du contrat vise l'effet obligatoire de celui-ci. En d'autres termes, il signifie que seules les personnes qui ont conclu le contrat peuvent être obligées de l'exécuter ou sont autorisées à en réclamer le bénéfice.* »

1686 Une analyse du contenu de l'exclusivité de la propriété : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, p. 315 : « *La propriété fait qu'un bien se trouve sous le pouvoir d'une personne déterminée et échappe au pouvoir de toute autre personne. Sous cet aspect, elle doit davantage être*

… / …

de propriété [1687] ; alors devra disparaître l'extraordinaire que la doctrine voit dans l'exercice du droit de propriété du seul fait de la présence du terme absolu dans sa définition. Aucun droit n'est plus exclusif ou absolu que l'autre [1688], dans le sens que la doctrine entend ces termes [1689]. La jouissance absolue ne veut pas dire qu'il peut être attenté à la vie [1690], à la liberté d'autrui par l'exercice du droit de propriété ; cette jouissance doit demeurer dans la normalité, être compatible avec la vie en société ; l'assouvissement d'un besoin illicite en est évidemment exclu, comme de l'exercice de tout droit.

Les articles 544 et 1165 ancien, devenu 1199, du Code civil se contentent d'indiquer au titulaire du droit les bornes à l'intérieur desquelles sa liberté ou son droit doit s'exercer. En revanche, la question de l'opposabilité évoquant la faute, apparaît contre le tiers lorsqu'il est à l'origine d'un agissement attentatoire au droit d'autrui, ou à l'encontre du titulaire du droit lorsque c'est celui-ci qui franchit les bornes imposées à l'exercice du droit. En d'autres termes, la violation de la limite imposée à l'exercice du droit par son titulaire entraîne aussi l'opposabilité de cette limite à celui-ci.

b. Le domaine de l'opposabilité du droit

571. Devoir général de respect du droit d'autrui, comme symétrie de la limite imposée à l'exercice du droit. Les relations du titulaire du droit avec les tiers, relève d'une question par principe tout à fait différente de celle de l'exercice du droit [1691]. Il est imposé de façon générale au tiers de respecter les bornes à l'intérieur desquelles le titulaire du droit doit l'exercer. Ce devoir pesant sur la tête du tiers constitue la symétrie des limites imposées à

---

analysée comme un rapport entre sujets qu'un rapport entre une personne et une chose. Il ne s'agit pas tant de savoir les utilités que la chose procure au propriétaire que de savoir s'il entend les réserver à lui-même et, le cas échéant, à certaines personnes. Tel est le contenu, en substance, de l'exclusivité, […]. »

1687 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 186 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 214.

1688 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 23 : « *Aussi n'a-t-on pas manqué de souligner le caractère d'exclusivité du droit de propriété. Or le droit du créancier sur sa créance n'est pas moins exclusif que celui d'un propriétaire sur sa chose : on s'accorde généralement à le reconnaître.* » ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ*. 1997, p. 583, n° 3 et suiv.

1689 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 143 : « *L'exclusivisme prolonge en la matière l'absolutisme. Personne physique ou personne morale, le propriétaire est seul maître de son bien, en ce sens qu'il peut l'exploiter sous quelque forme que ce soit ou s'opposer à ce que les tiers empiètent sur son droit, par exemple pénètrent sur son terrain, sans qu'il soit alors nécessaire de se demander si cet empiétement ou pénétration lui causent un préjudice, matériel ou moral.* » ; W. DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 42 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 95 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 193.

1690 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 41, p. 111.

1691 W. DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 138, p. 123.

l'exercice du droit. Ce devoir général se présente comme une attitude imposée au non titulaire du droit créé [1692]. Celui-ci doit en effet respecter à son tour les limites de l'exercice du droit imposées à son titulaire. Autrement dit, le tiers à l'égard de ce droit doit s'en abstenir et en respecter l'exercice normal par le titulaire.

572. Directions inverses de l'effet de l'opposabilité du droit. Que ce soit le tiers qui viole le devoir de respect du droit d'autrui, ou le titulaire du droit qui franchit les limites imposées à l'exercice de son droit, on est alors en présence de la question d'opposabilité ; le législateur recourt au devoir général de respect du droit d'autrui, à titre de rappel, pour tracer les limites à l'exercice d'un droit. Autrement dit, c'est à l'image de ce devoir que les limites sont imposées au titulaire du droit ; celles-ci constituent l'expression particulière de ce devoir [1693]. Le droit produit ainsi son opposabilité dans deux directions : à l'égard du tiers d'une part, et aussi à l'encontre de son titulaire d'autre part. L'on prétend en général démontrer l'opposabilité du droit de propriété, qui serait plus forte que celle du droit personnel, par l'existence de l'action en revendication [1694]. Cela ne semble constituer que le résultat d'une fausse analyse. En effet, l'action en revendication existe indépendamment du

---

1692 P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 9e éd., Dalloz, 2014, p. 47 : « *La faute est également déduite de la violation des droits subectifs d'autrui que la loi crée, organise et protège, car il y aurait encore, indirectement, transgression d'une norme obligatoire. Tel est le cas de la violation du droit de propriété, notamment en cas d'empiètement sur le fonds d'autrui, ou d'atteinte aux divers droits de la personnalité : droit au respect de la vie privée, droit à l'image…* »

1693 M. DANOS soutient que l'opposabilité du droit de propriété n'est pas l'expression du devoir général de respect des droits d'autrui (F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 192). Mais, il soutient, en outre, que l'opposabilité *erga omnes* constitue le fait générateur du droit de propriété ; elle se situerait en amont du droit de propriété ; elle serait interne à la structure de celui-ci. Alors, même si c'est là la place de l'opposabilité *erga omnes*, c'est que celle-ci est née de quelque chose, fait générateur qui serait sans doute le principe de devoir général de respect à l'égard du droit d'autrui.

1694 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1627 et suiv. ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 95 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 363 ; M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 112 ; M. BILLIAU, « L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 190, n° 6 ; W. DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 43 : « *Envisagée sous l'angle pratique, l'exclusivité s'incarne dans l'action en revendication. La revendication est une action réelle qui vise à permettre au propriétaire de recouvrer la jouissance exclusive de sa chose lorsqu'un tiers s'en est emparé. Elle n'est donc qu'une manière pour le propriétaire, sur la démonstration de sa qualité, d'obtenir l'exclusion de l'usurpateur en lui opposant son droit exclusif sur la chose.* » ; S. PAVAGEAU, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, « Faculté de Droit et Sciences sociales de Poitiers », préf. S. BRACONNIER, diff. LGDJ, 2006, n° 160 : « *"[…] L'originalité du droit de propriété, droit direct et immédiat sur une chose, autorise une sanction particulière de son exclusivisme", non seulement par une action en responsabilité, mais de manière spécifique par l'action en revendication.* »

droit de propriété. Contrairement à ce qui ressort de certaines opinions [1695], elle ne découle pas de l'existence de celui-ci, elle ne représente nullement son effet ou son exercice.

573. Indépendance de l'action en revendication à l'égard du droit de propriété. Ce qui donne lieu à l'exercice de l'action en revendication, ce n'est pas en réalité l'existence du droit de propriété, mais plutôt « *la prétention d'être propriétaire* ». En outre, le possesseur ne peut être considéré comme étant en faute, dans la mesure où, par hypothèse, il se prétend aussi propriétaire. En présence de l'action en revendication, c'est du résultat de celle-ci que dépend l'existence du droit de propriété [1696]. L'exercice de l'action en revendication ne laisse pas préjuger de l'existence du droit de propriété. Le prétendu propriétaire doit rapporter la preuve de son droit de propriété dans le cadre de l'action en revendication [1697]. Il s'ensuit que la revendication est présentée improprement comme l'exercice du droit de propriété [1698] ; l'inexistence de ce droit n'empêche pas la mise en mouvement de l'action en revendication.

1695 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1628, p. 364 : « *[…] cette action ne disparaît pas ; elle change de titulaire avec le droit de propriété dont elle n'est que la mise en œuvre. Elle ne s'éteint que dans les espèces où le droit de propriété lui-même disparaît.* » ; W. DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 43.

1696 Voir ces propos quelques peu illustratifs : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 215 : « *Ces droits* (droits incorporels) *étant le plus souvent le résultat d'un acte juridique, leur opposabilité, et donc leur propriété, sont tributaires de l'opposabilité du pouvoir de disposer.* »

1697 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 197, p. 319 : « *[…], l'action fondée sur un contrat est de nature personnelle en ce qu'elle repose sur un engagement personnel, alors que l'action en revendication ne repose sur aucun engagement personnel et tend à la consécration d'une prérogative sur une chose. Elle est en cela une action réelle. Mais elle doit être distinguée des autres formes d'action réelle. Elle s'oppose aux actions possessoires, lesquelles sont aussi des actions réelles mais ne visent pas à la solution d'une contestation sur la propriété […].* » ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 461 et suiv. ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1629 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 520 : « *Action pétitoire par excellence, l'action en revendication est celle qu'exerce le propriétaire, en cette qualité, contre le tiers qui détient indûment son bien et refuse de le restituer en contestant son droit. Elle tend à la reconnaissance du droit de propriété et à la restitution du bien.* » ; W. DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 43 : « *Dans l'immense majorité des cas, la revendication postule une querelle quant à la détermination du titulaire du droit de propriété, car l'usurpateur prétendra presque toujours qu'il est lui-même le véritable propriétaire de la chose. Le fait qu'il la possède laisse d'ailleurs penser qu'il dit vrai. La question de la preuve de la propriété et donc au cœur de l'action en revendication. Les difficultés auxquelles elle donne lieu sont telles que le propriétaire, troublé dans la jouissance de sa chose, aura fréquemment avantage à se placer sur le terrain de sa seule possession.* »

1698 Un auteur reconnaît qu'il ne peut s'agir, dans cette hypothèse, de l'opposabilité du droit de propriété, mais, selon lui, de l'opposabilité probatoire. C'est sur le terrain de la preuve du droit de propriété que les personnes en conflit s'affrontent, et que sera donc réglé ce conflit : F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 332 : « *Dans un système causal, dès lors que le conflit met en présence deux personnes qui prétendent tenir leurs droits respectifs d'auteurs différents, on quitte le terrain de la transmission du droit pour arriver sur celui de son existence, c'est-à-dire sur le terrain de la preuve du droit de propriété. Il n'est plus alors question, pour reprendre notre terminologie, d'opposabilité substantielle mais d'opposabilité probatoire. C'est*

… / …

574. L'opposabilité du droit personnel relativement plus solide que celle du droit de propriété. On ne voit pas alors l'opposabilité *erga omnes* qui serait plutôt « *caractéristique du droit réel* » [1699] ou encore « *inhérente au droit de propriété* » [1700]. Tout droit violé autorise l'exercice d'une action ; c'est la nature de l'action qui diffère. Au contraire, l'opposabilité du droit personnel paraît, de ce point de vue, plus solide que celle du droit de propriété, dans la mesure où la preuve de celui-là est moins difficile que celle de celui-ci [1701]. Il suffit au titulaire du droit personnel de prouver l'existence d'un contrat, alors, de se contenter de dire qu'il a contracté avec le débiteur ; ce qui lui resterait ensuite à faire, c'est de prouver la faute du tiers, c'est-à-dire l'atteinte à son droit par celui-ci [1702]. C'est lorsqu'il s'agit de démontrer la faute du tiers, que la preuve de l'atteinte au droit personnel semble un peu plus difficile que celle de l'atteinte portée au droit de propriété. Dans certaines hypothèses, en effet, le revendiquant doit aussi faire à la fois la preuve de son droit de propriété et celle de la faute du défendeur [1703].

575. Rapport entre le concept d'opposabilité et la faute. Ainsi, prétendre que le créancier d'un droit personnel ne peut exercer ses prérogatives qu'à l'encontre du débiteur de ce droit, et qu'en revanche seul le droit de propriété peut être invoqué à l'égard de tous [1704],

---

uniquement sur le terrain de la preuve du droit de propriété (et non sur celui du régime afférent au transfert de la propriété) que se règlera le conflit entre acquéreurs d'une même chose auprès d'auteurs différents. » L'opposabilité probatoire paraît désigner ici le fait pour une partie au litige d'invoquer un moyen de preuve contre les prétentions de son adversaire. Or, la manifestation du concept d'opposabilité du droit consiste à invoquer la faute d'une personne à l'égard du droit, c'est-à-dire la violation de ce droit.

1699 C. BOCQUET, *De l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel, Essai d'épistémologie juridique sur la base des droits allemand, français et suisse*, thèse Genève, Genève Avenir S. A., 1978.

1700 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 180.

1701 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1629 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 222, p. 364 : « *[…] la preuve d'un acte translatif ne fait pas preuve de la qualité de propriétaire de celui dont l'ayant cause prétend avoir reçu son droit ; il suffit que la titularité de ce dernier soit contestée (éléments de preuve à l'appui) pour que la propriété du successeur cesse d'être démontrée par l'acte translatif, celui-ci serait-il dûment prouvé […]. De là vient l'idée que la preuve de la propriété serait "diabolique" : sauf à démontrer la qualité de propriétaire de tous les maîtres successifs du bien-perspective quelque peu redoutable, spécialement en matière immobilière -, la preuve de l'acquisition par acte translatif n'offre aucune certitude à qui la fournit. C'est pourquoi le titre ne constitue qu'une présomption simple de propriété. La force probante du titre est susceptible d'être détruite par tout fait contraire tenu pour plus démonstratif.* » ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 533.

1702 Y compris l'hypothèse dans laquelle la mauvaise foi du tiers doit être démontrée.

1703 Il en va ainsi de la revendication mobilière.

1704 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 363 : « *La différence essentielle est relative à l'opposabilité. Le droit personnel ne peut être exécuté que sur l'ensemble du patrimoine du débiteur : le créancier ne peut exercer ses prérogatives qu'à l'encontre de son débiteur. Au contraire, le droit réel est un rapport entre son titulaire et la chose : il est opposable à tous ; par exemple, le droit de propriété peut être invoqué à l'encontre de tous ceux qui voudraient le transgresser.* »

c'est faire, dans certaine mesure, abstraction de la symétrie qui existe entre ces deux cas de figure [1705]. L'opposabilité d'un droit évoque la faute [1706], comme on peut l'observer dans la jurisprudence [1707], soit du titulaire du droit ayant violé les limites à son exercice, soit du tiers qui viole le devoir général de respect ou de reconnaissance à l'égard du droit d'autrui [1708]. Le droit personnel peut aussi être invoqué à l'encontre d'un tiers qui l'aurait transgressé, ou qui voudrait le transgresser [1709]. C'est d'ailleurs ce que démontre la nature délictuelle de la responsabilité à l'égard de celui-ci. L'absoluité du droit de propriété ne traduit ainsi aucune portée particulière de l'opposabilité de ce droit à l'égard des tiers.

2. L'absoluité du droit de propriété

576. Opposabilité du droit de propriété et son absoluité. La doctrine enseigne que l'adjectif « *absolu* » par lequel l'exercice des prérogatives du droit de propriété semble qualifié dans les

---

1705 On peut observer cette confusion dans les phrases suivantes : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 43, p. 118 : « *Quant à la malencontreuse notion d'opposabilité, elle est prise ici dans deux sens bien distincts, parmi les cinq qu'on pourrait lui attribuer : d'une part, c'est la qualité d'un droit d'avoir pour sujet passif l'univers entier (*erga omnes*) ; d'autre part, c'est celle d'avoir pour sujet passif toute personne individuellement tenue à raison du bien grevé (nous dirions plutôt* erga quemque*).* » Le rapport entre le débiteur et le créancier n'est pas de même nature que l'attitude qui doit être celle du tiers à l'égard d'un droit d'autrui. Dans le premier cas, il s'agit, pour le créancier, de l'exercice d'un droit ; c'est dans le second cas qu'il s'agit de l'opposabilité. La situation de la personne tenue d'exécuter une obligation est différente de celle tenue d'observer le devoir général de respect à l'égard du droit d'autrui. Et l'auteur le reconnaît, puisqu'il qualifie ce respect dû au droit d'autrui d' « *obligation universelle purement négative* ».

1706 *Ibid*., n° 32, p. 80 : « *[…] une chose est certaine : la responsabilité du tiers envers le titulaire du droit d'obligation suppose un minimum de mauvaise foi de la part du tiers.* »

1707 Com., 16 janvier 1973, *Bull. civ*. 1973, IV, n° 28 ; Civ. 1re, 15 décembre 1998, *Bull. civ*. 1998, I, n° 368 ; Civ. 1re, 16 décembre 1992, *Bull. civ.* 1992, n° 316 ; Com., 2 avril 1996, *Bull. civ.* 1996, IV, n° 114 ; Civ. 3e, 25 mars 1998, *Bull. civ.* 1998, III, n° 72; Civ. 3e, 6 janvier 1999, *Bull. civ*. 1999, III, n° 3 ; Civ. 1re, 1er février 1984, *Bull. civ.* 1984, I, n° 47 ; Com., 22 octobre 1991, *Bull. civ.* 1991, IV, n° 302 ; Civ. 3e, 4 octobre 1989, *Bull. civ.* 1989, III, n° 183 ; même dans la doctrine : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 494 et 495 ; Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 11e éd., LexisNexis, Litec, 2011, n° 92 : « *La position personnelle peut être opposée aux tiers qui ne peuvent se rendre complice de leur méconnaissance par le débiteur ; le locataire peut se défendre seul contre certaines initiatives intempestives qui le gêneraient dans l'utilisation du bien loué. Pourtant, la position personnelle n'a d'effet qu'à l'égard du débiteur : il n'oblige que lui.* »

1708 L'attitude du propriétaire à l'égard du droit de servitude n'est pas différente de celle d'un tiers : Civ. 3e, 4 octobre 1989, *Bull. civ.* 1989, III, n° 183. Il doit aussi respecter le droit de servitude (art. 701 du Code civil).

1709 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 34 : « *Un droit de créance ou d'obligation n'est pas simplement, comme on l'avait cru, un lien entre créancier et débiteur : outre ce dernier, obligé de donner, faire ou ne pas faire, le reste du monde est tenu d'une obligation d'abstention. Tout droit de créance s'analyse donc en deux rapports juridiques distincts et coexistents, l'un relatif, l'autre absolu, ayant le même sujet actif, mais des sujets passifs différents.* »

termes de l'article 544 illustre l'opposabilité de ce droit [1710]. À partir de là s'est répandue la conception du droit de propriété qui serait un droit exclusif, total, souverain, etc. [1711], autant de qualificatifs dont la plupart renvoient en réalité à sa prétendue opposabilité particulière. Ce qui a donné lieu à une simple déduction : si le droit de propriété est absolu, c'est que les autres droits, notamment les droits personnels, sont relatifs [1712]. Or, l'on sait que le terme

---

1710 M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 267 : « *L'acquéreur, nouveau propriétaire, ne pourra se prévaloir de la plénitude de son droit que s'il lui a donné une publicité suffisante, qui, en matière mobilière, se réalisera naturellement par la réception matérielle de la chose.* » ; S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, notamment, n° 43 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1332 et suiv. ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 368 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 143 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 93 ; M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 218 ; Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 11e éd., LexisNexis, Litec, 2011, P. 65 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 214 : « *Le deuxième sens du caractère absolu touche à la nature juridique du droit de propriété. Ce droit est absolu là où les droits incorporels sont relatifs. Il n'établit pas une relation entre des personnes déterminées mais entre un sujet et le reste de la société.* », *Idem.*, « *Autant dire que l'absolu de la propriété traduit l'idée d'opposabilité, ce qui confirme la vocation fondamentale de la propriété.* » Pour ces derniers auteurs, le droit personnel est aussi opposable *erga omnes*, parce qu'il est un bien et qu'il est aussi l'objet de propriété.

1711 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1332 et suiv. ; W. DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 7 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 455 et suiv. ; Voir l'opinion contraire : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 11, p. 31 : « *Il est peut-être surprenant qu'on ait pu à tel point se méprendre sur la nature même de la propriété et la définir comme un pouvoir ou une maîtrise sur une chose : après notre analyse il faut bien reconnaître que ni le pouvoir total, permanent et exclusif, ni aucun des éléments qui le composent, ni même la faculté de disposition, ne peuvent être considérés comme attributs essentiels de la propriété.* » S. PAVAGEAU, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, « Faculté de Droit et Sciences sociales de Poitiers », préf. S. BRACONNIER, LGDJ, 2006, n° 114 : « *Conçu comme une véritable maîtrise de la chose, ce* plena in re potestas *ne pouvait s'exercer que de la manière la plus absolue. Formellement consacré à l'article 544 du Code civil, l'absolutisme implique en outre la perpétuité et l'exclusivisme, preuve de la toute puissance du droit de propriété.* »

1712 J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 93 : « *En indiquant la manière dont s'exerce la propriété, l'article 544 du Code civil en évoque les caractères. En qualifiant par le superlatif "la plus absolue", ses auteurs entendaient marquer la supériorité de la propriété sur tout autre droit réel et signifier que le propriétaire peut en principe tout faire. Les autres droits réels, en revanche, n'offrent à leurs titulaires que les pouvoirs qui leur sont spécialement conférés. Le droit de propriété a été ainsi conçu come l'expression la plus complète des droits subjectifs. Autrement dit, le propriétaire a la maîtrise illimitée de son bien, tandis que le titulaire d'un autre droit n'a que des prérogatives limitées.* » ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 192, selon ces auteurs les droits relatifs comprennent les droits réels et les droits personnels, *ibid.*, n° 214 : « *Les droits réels et les droits personnels sont relatifs parce qu'ils procurent à leur titulaire des prérogatives qui ne s'exercent qu'à l'égard d'une personne. La propriété, au contraire, ne comporte aucune structure de cette nature.* » ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 141 : « *Une troisième signification prolonge les deux précédentes et se relie davantage à la lettre du Code civil : ainsi qu'il est précisé à*

… / …

« *absolu* » entendu ainsi, l'article 544 du Code civil n'a pas de sens, dans la mesure où il recélerait manifestement une contradiction : le droit de propriété ne pourrait en effet être à la fois *absolu* et *limité* par les prohibitions légales [1713] ; l'on se rend compte en outre que les limites à l'exercice du droit de propriété sont de plus en plus nombreuses [1714]. Ce qui illustre sans doute l'inadaptation de l'opinion classique à la perspective annoncée par le Code civil [1715]. La doctrine continue toutefois de percevoir ainsi ce terme et semble par conséquent attribuer la responsabilité d'une telle ambiguïté aux codificateurs, bien qu'elle n'ait pas perdu de vue qu'il suffit de le regarder plutôt à la lumière de l'histoire pour se rendre compte de son sens exact dans l'article 544 du Code civil [1716].

577. Distinction entre opposabilité et l'absoluité. Qu'il soit pris dans son sens philosophique ou général [1717], le terme *absolu* ne traduit pas le rapport entre l'exercice du droit de propriété

---

*l'article 544, "*la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue*…". À s'en tenir à cet extrait, l'on comprend que le propriétaire puisse faire ce qu'il veut de son bien, que sa maîtrise soit illimitée, tandis que le titulaire de tout autre droit n'a sur la chose qui en est l'objet que des prérogatives nécessairement limitées par la nature même du droit. En ce sens, il n'y a pas de limites inhérentes au droit de propriété.* »

1713 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 459 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 142 : « *Il faut poursuivre la lecture de l'article 544 du Code civil car, s'il y est bien affirmé le droit de jouir et de disposer de la manière la plus absolue, c'est "*pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements*". La formule n'est-elle pas hypocrite, voire contradictoire ? Ne reprend-on pas d'une main ce qu'on a, de l'autre, attribué ?* » ; M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 217 : « *Il convient de s'interroger sur le sens à donner à ce terme, car on voit mal comment, en droit une prérogative pourrait être conférée à un sujet sans qu'il soit tenu compte de son environnement social […], comme le montrent la limite relative à l'abus de droit […] ou la jurisprudence relative aux troubles de voisinage […].* » ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 94 : « *L'article 544 du Code civil, au lieu de ne déterminer que le contenu du droit de propriété, a donc insisté sur la maîtrise du propriétaire sous réserve des restrictions qu'y apportent les lois et les règlements. Mais le droit de propriété n'est pas absolu, s'il peut être restreint.* »

1714 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 142.

1715 M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, p. 583.

1716 J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 93 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 141 : « *[…] il importe de discerner cet absolu à travers la signification que notre histoire a donnée à la propriété. L'absolutisme du droit de propriété illustre tout d'abord le rejet de la division féodale du domaine éminent et du domaine utile, et en quelque sorte une libération du titulaire de celui-ci, jusque-là entravé par des survivances d'une époque désormais révolue […]. Est-ce pourtant le seul sens du mot, dans notre droit positif ? C'est plus que douteux.* » ; S. PAVAGEAU, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, « Faculté de Droit et Sciences sociales de Poitiers », préf. S. BRACONNIER, LGDJ, 2006, n° 159 : « *Consacré par les révolutionnaires en réaction à la distinction instituée sous l'Acien régime entre le domaine utile et le domaine éminent, le caractère exclusif du droit de propriété est implicitement rappelé à l'article 544 du Code civil.* »

1717 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 141.

et la société [1718]. Cet exercice est bien limité, mais son absoluité semble seulement jeter, aux yeux de certains auteurs, un doute sur la réalité de cette limitation, au point que celle-ci est présentée comme une simple dérogation. Ce qui paraît encore trop bizarre, étant donné que cette prétendue dérogation apparaît dans l'article 544 plutôt comme un principe qui incarne celui selon lequel il existe des limites à l'exercice de tout droit. En réalité, il ne s'agit pas de doute sur la limitation du droit de propriété. Cette limitation est bien évidente, elle ne fait que s'accentuer ; d'ailleurs l'utilité que le propriétaire d'une chose peut en tirer dépend de la nature de celle-ci. C'est plutôt la manifestation de l'absoluité qui fait de plus en plus l'objet de doute [1719].

Il semble qu'on doive alors discerner une nuance, très subtile soit-elle, entre l'atteinte à la plénitude du droit de propriété, par principe protégée par l'article 544 du Code civil [1720], et son opposabilité [1721]. La plénitude des prérogatives attachées au droit de propriété est en effet une chose, et l'opposabilité de celui-ci aux tiers en est une autre [1722]. La plénitude du droit de propriété renvoie à l'exercice de celui-ci, lequel prend plusieurs formes. On doit considérer d'une part la personne qui prétend exercer une prérogative du droit de propriété sur la chose ou avoir le droit de propriété sur celle-ci, et d'autre part la personne qui n'a pas

---

1718 Voir l'affirmation contraire : M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 218 : « *[…] le caractère absolu de la propriété se révèle dans le monde des hommes : on est propriétaire à l'égard de tous, et indépendamment de quiconque : le pouvoir d'exclure, négatif, est universel. En d'autres termes, dans l'univers des sujets de droit, le propriétaire n'est, quant à la jouissance de son droit, "lié, borné, retenu par rien".* »

1719 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 11 : « *Quoi qu'il soit, il est désormais certain qu'il ne faut pas espérer découvrir l'élément essentiel de la propriété dans le pouvoir tant vanté d'une personne sur une chose.* »

1720 S. PAVAGEAU, *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, « Faculté de Droit et Sciences sociales de Poitiers », préf. S. BRACONNIER, LGDJ, 2006, n° 164 : « *Le mythe de l'absolutisme du droit de propriété s'est construit sur une interprétation erronée des textes de droit romain. On a voulu en faire un pouvoir illimité sur les choses, alors qu'il s'agissait simplement de reconnaître au propriétaire une plénitude de prérogatives sur son bien.* »

1721 On peut remarquer une confusion ici : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 215, p. 344 : « *Le caractère absolu de la propriété est intangible ; il fait partie du régime impératif des biens. Toutefois rien ne s'oppose à ce qu'il soit tempéré par des opérations ayant pour effet de rendre la propriété inopposable à des personnes déterminées, sous réserve toutefois que ce régime ne s'en trouve pas affecté. La propriété demeure dans son principe, mais profondément altérée en fait. C'est ce qui se produit en cas d'indivision et lorsque la chose est grevée d'un droit réel.* »

1722 M. GINOSSAR semble entretenir aussi cette confusion. Voir ce qu'il dit : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* LGDJ, 1960, n° 28 : « *Le devoir général d'abstention subit une troisième restriction. Dans certains cas, il advient que le titulaire (nous dirons : le propriétaire) d'un droit n'est pas la seule personne qui échappe à l'obligation : il arrive que d'autres s'en trouvent également dispensées, soit par l'effet de la loi, soit en vertu d'une concession consentie par le propriétaire lui-même ou par son auteur. Ainsi, un locataire, un usufruitier, le bénéficiaire d'une servitude, un emprunteur seront autorisés à accomplir sur le bien des actes de jouissance ou d'utilisation qui demeureront interdits au commun des mortels, voire au propriétaire lui-même.* » Les atteintes à la plénitude du droit de propriété, que sont l'usufruit, la servitude, etc., constituent, selon cet auteur, une exception au devoir général d'abstention à l'égard du droit de propriété, c'est-à-dire à l'opposabilité de celui-ci.

cette prétention mais qui s'est comportée, ou se comporte comme propriétaire à l'égard de la chose.

578. Absoluité et plénitude du droit de propriété. Dans le premier cas, il s'agit de l'atteinte à la plénitude du droit de propriété, autrement dit, à l'absoluité de celui-ci ; mais cette atteinte, à la différence de celle susceptible d'être subie par le droit de propriété et se rapportant à l'opposabilité, n'est par hypothèse pas illicite [1723] ; le Code civil en fournit lui-même des illustrations [1724]. Il en est ainsi de l'usufruit qui consiste à « *jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* » [1725]. En général, la personne qui prétend être titulaire d'un droit sur une chose ne peut être considérée comme étant en violation du droit de l'autre [1726] ; cette prétention amène en effet à trancher le conflit sur l'appartenance du droit de propriété ; on sera ainsi conduit à écouter d'abord les protagonistes en vue de les départager ensuite. En ce cas, l'opposabilité du droit commence plutôt à compter de la résolution de ces prétentions en présence [1727],

---

1723 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 11, p. 32 : « *Si le droit de propriété peut être ni total, ni perpétuel, il sera toujours résiduaire, et c'est ainsi qu'il semble porter directement sur la chose même : il confère au propriétaire tous les avantages autres que ceux, partiels ou temporaires, reconnus ou concédés aux titulaires d'autres droits sur ou par rapport à la chose.* » ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 215, p. 344 : « *Si le droit créé* (droit réel) *confère à son titulaire tout ou partie de la jouissance de la chose, le propriétaire ne peut plus opposer à celui-ci son pouvoir d'exclusivité dans la mesure de l'étendue de la concession. Cette situation ne serait pas préoccupante si seul celui qui a grevé son bien se trouvait concerné. Mais il en va autrement, car le caractère réel du droit a pour effet que l'oblitération des prérogatives du propriétaire se maintient en quelques mains que la chose se trouve, ce qui est de nature à la perpétuer et à compromettre le caractère unitaire et parfaitement absolu du droit de propriété. Rien n'empêche, en effet, celui qui a un simple droit réel sur la chose de s'en dire lui aussi propriétaire, puisqu'il peut interdire aux tiers d'user de la chose.* »

1724 Par exemple l'usufruit et la servitude constituent des atteintes légales, donc normales à la plénitude du droit de propriété. L'usufruit peut être la continuité de la jouissance même du droit de propriété.

1725 Art. 578 du Code civil. En ce sens, W. DROSS, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ*. 2015, p. 27, spéc. 28 : « *[…] c'est essentiellement dans le Code civil qu'elles* (les limitations) *s'écrivaient : les servitudes légales recensées par les articles 649 et suivants ne sont pas autre chose que la liste des restrictions apportées au droit des propriétaires d'immeubles. Très vite, ces limitations vont fleurir hors du Code. Dès 1810 la législation sur les mines — leur exploitation est d'intérêt national — contredira la règle portée par l'article 552 selon laquelle "*la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous*". L'expansion est constante, mais la doctrine privatiste n'en rend finalement que faiblement compte.* »

1726 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 143, p. 150 : « *Force est d'admettre que le propriétaire est, dans certains lieux ou certaines circonstances, obligé de supporter certains empiétements sur son droit. À vrai dire, lorsque des servitudes légales leur servent normalement de supports […], on ne peut même pas dire qu'il y ait atteinte au caractère exclusif du droit de propriété puisque, par hypothèse, il y a, en quelque sorte, un démembrement de ce droit.* », *Ibid.*, n° 146.

1727 Un raisonnement presque similaire : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 215, p. 345 : « *Le pouvoir d'exclusivité du propriétaire demeure […]* erga omnes *puisqu'il a vocation à se rétablir à l'égard du titulaire du droit ou de ses ayants cause lors de l'extinction de ce droit.* » ; ou plus explicite : W. DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 43, p. 48 : « *À supposer que l'action en revendication soit intentée, ce n'est qu'une fois tranchée cette difficulté*

… / …

c'est-à-dire à compter du moment où l'une des prétentions est déclarée mal fondée ; une telle décision établit ou confirme la propriété de l'un des protagonistes sur la chose.

579. Le précédent historique de l'absoluité du droit de propriété. Ou encore, sans la règle de l'article 544, le « *domaine éminent* » et le « *domaine utile* » qui constituaient, dans le système féodal [1728], une division fictive d'une chose en vue de considérer que chaque domaine correspondait à une propriété pourrait se perpétuer. Deux droits de propriété coexistaient en réalité sur une chose [1729]. La division de la chose en deux domaines n'étant qu'une fiction, l'exercice d'un droit de propriété restreignait les prérogatives qui résultent de l'autre. Chacun des titulaires ne pouvait pas exercer l'entièreté des prérogatives de son droit de propriété. Surtout l'exercice de la propriété du domaine utile était restreint par celle du domaine éminent [1730]. L'article 544 a résolu ainsi la question de la plénitude du droit de propriété ; est supprimée cette gêne permanente et réciproque entre deux droits de propriété indépendants sur une chose. Il s'agit d'un mécanisme juridique dans l'ancien système, porteur de gêne à l'égard des prérogatives du droit de propriété, notamment de celui du domaine utile, qui est supprimé, autrement dit, d'une réforme [1731]. C'est la suppression des deux domaines qui semble avoir influencé l'article 544 du Code civil [1732].

---

probatoire […] que le juge sera en mesure de garantir au propriétaire l'exercice exclusif de son droit, en ordonnant à l'usurpateur de cesser tout usage de la chose et sa restitution au propriétaire. »

1728 J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 93 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 406 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 79 : « *Les droits du propriétaire ne sont pas absolus. Comme suite du régime féodal, les seigneurs étaient propriétaires de grandes étendues de terres dont ils tiraient difficilement parti ; aussi ils en concédaient la jouissance à des tenanciers. Ceux-ci avaient bien la propriété de fait, sous le nom de domaine utile, mais ils devaient payer d'importantes redevances à leur suzerain qui conservait sur la terre le domaine éminent et des droits spéciaux dont l'ensemble constituait le* complexum feudale. *Le propriétaire ne pouvait aliéner sans la permission du suzerain ou, tout au moins, sans lui payer un droit de mutation.* »

1729 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 406 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 215 : « *Contrairement à l'ancien droit, le droit moderne ne reconnaît qu'un seul propriétaire et n'admet pas que des conventions créent des droits de propriété* inter partes. »

1730 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 79.

1731 Ce que confirme cette définition du caractère exclusif du droit de propriété : M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 209 : « *Le caractère "exclusif" de la propriété peut s'entendre de deux manières, qui se complètent. Du point de vue, positif, de l'attribution de la chose, tout d'abord, l'exclusivité signifie plénitude : la propriété est le seul droit qui permette de réserver à une personne tous les avantages d'une chose. On ne peut rien lui ajouter, en raison de cette plénitude, et il est donc impossible que plusieurs personnes soient propriétaires de la même chose. Les hypothèses d'attributions concurrente correspondent soit à un démembrement des attributs de la propriété, soit à une division en droits de même nature, certes, mais ne pouvant par hypothèse porter sur la chose dans sa totalité, ce qui est le cas de l'indivision. La propriété ne peut se multiplier, car elle donne déjà à un seul tous les avantages d'une chose.* »

1732 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 11, p. 32, note de bas de page n° 59 : « *Il advient exceptionnellement que le lien de propriété soit tenu qu'il finit par se rompre. Tel fut le cas de la féodalité : simple droit*

… / …

580. Valeur transitoire de l'absoluité du droit de propriété. Ainsi, la déclaration du caractère absolu du droit de propriété, faite dans l'article 544, a une valeur transitoire [1733]. Elle n'a permis en effet que d'opérer un changement d'habitudes ou de mentalités [1734]. Toute réforme du droit des biens doit supprimer le terme *absolu* de la définition du droit de propriété [1735]. Car, il est déjà encré dans les mœurs qu'il ne peut exister plusieurs droits de propriété indépendants sur une chose. Par ailleurs, la présence du terme *absolu* paraît, dans une certaine mesure, contradictoire avec l'existence des droits, tels que l'usufruit, les droits d'habitation et de servitude, qui constituent des atteintes légales, et donc licites au droit de propriété ; les droits d'usufruit et d'habitation peuvent, dans certains cas, constituer des formes même de jouissance du droit de propriété [1736].

581. Quant à l'opposabilité du droit de propriété. Dans le second cas, en revanche, on est en présence de la question de l'opposabilité du droit de propriété à l'endroit des tiers. Il s'agit du non respect du droit de propriété par un tiers, c'est-à-dire par une personne qui n'a aucun droit sur la chose appartenant à l'autre. En effet, une personne pouvant être considérée comme ayant violé le droit de propriété appartenant à autrui, est celle qui a agi dans la conscience de sa qualité de non titulaire du droit de propriété à l'égard de la chose ; elle porte atteinte par exemple à celle-ci, soit consciemment ou inconsciemment. Elle peut

---

personnel à l'origine, le fief du vassal, devenu héréditaire, s'était transformé au bout de plusieurs siècles en un vrai droit de propriété ; de sorte qu'à la fin de l'ancien régime "la directe seigneuriale n'apparut plus que comme une simple servitude, une charge sur la propriété d'autrui, dont il serait bon de débarrasser la terre" […]. » Ou encore, *Ibid*., n° 37, p. 96 : « *[…] tous les droits féodaux se trouvèrent engloutis dans la mémorable nuit du 4 août et les rédacteurs du Code civil firent un effort suprême pour en effacer jusqu'au souvenir.* »

1733 Voir en ce sens : F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 148, p. 157 : « *Située dans le prolongement de la conception féodale, la propriété a été définie par ses effets, son résultat (i.e. la possession) et non par sa cause, par sa structure. Or, la propriété est distincte des utilités qu'elle permet d'exercer, elle est la relation par laquelle une chose est propre à une personne à l'exclusion de tout autre.* » On ne peut être d'accord avec lui en ce qu'il pense que la propriét se caractérise par l'exclusion des autres. Tout droit est en effet exclusif.

1734 W. DROSS, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ*. 2015, p. 27, spéc. 28 : « *[…] l'article 544 est un texte politique réalisant un compromis historique situé entre les aspirations d'une bourgoisie triomphante à voir consacré un libéralisme économique affranchi de toute contrainte et la volonté de l'État de rester, pour l'essentiel, maître du jeu. Le texte demeure, le contexte change. Notre société n'a plus grand-chose à voir aujourd'hui avec ce qu'elle fut deux siècles plus tôt, si bien qu'on ne saurait se dispenser d'interroger le bien-fondé de la pérennité d'un texte auquel nul législateur n'a osé toucher depuis.* »

1735 L'avant-projet de réforme élaboré sous la direction de H. PÉRINET-MARQUET reprend l'adjectif « *absolu* » dans la définition du droit de propriété. Art. 534 de cet avant-projet dispose que : « *La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits. Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent.* »

1736 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 122 : « *[…] l'on s'aperçoit que les utilités de la chose, ou les prérogatives dans lesquelles ces utilités s'insèrent, sont absorbées ou confondues dans la chose même, il apparaît clairement que ces utilités et prérogatives se particulariseront dans le cadre de la jouissance effective de la chose, i.e. dans le cadre de l'*usus *et du* fructus*, voire de l'*abusus *(qui représentent les différentes actions de jouissance exercées sur la chose).* »

alors se voir opposer le droit de propriété. C'est sa faute qui sera démontrée par le propriétaire de la chose, mais pas le droit de propriété. Cette personne sait en effet qu'elle a joui ou disposé de la chose dont elle n'est pas propriétaire, ou qu'elle a porté atteinte à l'intégrité physique de la chose d'autrui. Elle doit la rétablir dans son état initial [1737], ou en indemniser le propriétaire. Cette personne viole ainsi le devoir général de respect ou de reconnaissance à l'égard du droit d'autrui. Ainsi, le concept d'opposabilité ne peut se rencontrer dans les articles 544 et 1165 ancien, devenu 1199, du Code civil.

3. L'absence du concept d'opposabilité dans les articles 544 et 1165 ancien

582. Opposabilité, comme protection du droit subjectif par le droit objectif. La recherche de la portée du principe de l'opposabilité du droit dans les articles 544 et 1165 ancien, devenu 1199, du Code civil ne doit perdre de vue les deux situations symétriques ci-dessus rappelées, au risque de confusion. Non seulement, le concept d'opposabilité ne figure pas dans ces textes [1738], mais en général il ne fait ni spécifiquement ni expressément l'objet d'aucune disposition dans le Code civil de 1804 [1739]. L'opposabilité est simplement inhérente aux droits subjectifs, et découle de la finalité de la règle de droit [1740]t. Dans le rapport entre le titulaire d'un droit créé et les tiers, le Code civil n'intervient que pour encadrer l'exercice de ce droit, lorsqu'il existe un risque d'atteinte anormale à la liberté ou au droit d'autrui.

583. Quasi-absence de mention particulière du concept d'opposabilité dans le Code civil. L'intervention des codificateurs dans ce rapport n'a jamais pour objet une précision particulière de l'opposabilité d'un droit. Le Code civil a seulement évoqué l'opposabilité du droit, notamment du contrat, aux tiers à l'ancien article 1321, aux termes duquel « *les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers* ». Cette évocation confirme d'ailleurs la valeur de principe général de l'opposabilité du droit

---

1737 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 368.

1738 Un auteur affirme que c'est seule l'opposabilité du contrat qui n'est érigée par aucun texte en un principe général : M. BILLIAU, « L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 190, n° 4.

1739 Pour ces auteurs, c'est l'article 544 qui prévoit l'opposabilité *erga omnes* particulièrement du droit de propriété. Cette opposabilité doit être étendue à d'autres droits : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 214 : « *[…] l'opposabilité manque précisément d'une armature technique et d'un fondement textuel général que le droit de propriété et l'article 544 du Code civil peuvent lui procurer. Parce qu'elle est absolue, la propriété est source d'opposabilité ; elle rend opposables les situations juridiques dont elle est le cadre ou qu'elle crée.* »

1740 E. PICARD, *Le droit pur*, Bruxelles, Veuve Ferdinand Larcier, Éditeur, et Paris, Germer-Baillière et Cie Félix Alcan, Éditeur, 1899, § 48, p. 107 : « *[…] cette conception de la protection juridique ne dérivant que d'un acte formel est désormais surannée. Le Droit n'a pas besoin de ce détour et de cette complication pour justifier son quatrième Élément. Celui-ci découle de sa nature même : il ne se conçoit pas sans lui. Il n'est pas nécessaire qu'on le promette explicitement, il existe en essence. On peut dire : le Droit est un idéal armé de la force.* »

aux tiers [1741], autrement dit, elle rappelle que celle-ci est liée à la finalité de la règle juridique. Le principe d'opposabilité ne tient pas son existence d'une disposition particulière ; il est inhérent à tout droit ; il est donc sous-entendu dès qu'il s'agit de droit [1742] ; le respect du droit par un tiers ne découle pas d'une intervention particulière du législateur, sinon c'est la finalité même de la règle de droit qui serait remise en cause. Le législateur ne doit se préoccuper de façon particulière ou détaillée que de ce qui, soit se trouve hors de la logique, soit revêt un danger particulier. Or, l'opposabilité du droit constitue une question déjà résolue par la finalité même de la règle de droit.

584. Redondance introduite dans le Code civil par la réforme du 10 février 2016. La confusion résultant de l'analyse classique entre ces deux dispositions du Code civil a conduit le législateur moderne à introduire une pure redondance dans le système juridique français en consacrant, en ce qui concerne l'effet du contrat à l'égard des tiers, quelques dispositions particulières à l'opposabilité du contrat. À titre d'illustration, le nouvel article 1200 du Code civil dispose que : « *les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait.* » [1743] Cette disposition répondant au vœu de certains auteurs [1744], ne constitue qu'un alourdissement du

---

1741 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 25, p. 64 : « *[…], si une créance n'était jamais qu'un droit purement relatif, sans nul effet à l'égard des tiers, pourquoi était-il nécessaire de prévoir à l'article 1321 que les contre-lettres n'auraient "point d'effet contre les tiers" ? Et pourquoi l'article 1328 fixerait-il les conditions auxquelles un acte sous seing privé peut avoir "date certaine contre les tiers" ? Leur sens s'éclaire, au contraire, à la lumière de l'obligation passive universelle que comporte la propriété des créances […].* »

1742 Ce qu'on peut discerner dans cette analyse relative à l'effet du droit d'usufruit : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, p. 6, note de bas de page n° 11 : « *[…] l'article 599 interdit au nu propriétaire de ne rien faire qui puisse nuire aux droits de l'usufruitier ; et l'article 701 contient une disposition analogue au profit du bénéficiaire d'une servitude. Or, de toute évidence, ces défenses ne visent pas exclusivement le maître de la chose grevée d'usufruit ou de servitude : si elles le lient, ce n'est pas parce que propriétaire, mais quoique propriétaire. Tout le monde, et même lui, doit s'abstenir de troubler l'exercice du droit d'usufruit ou de la servitude. Cela va tellement de soi que le législateur n'a pas cru nécessaire de le proclamer en termes exprès à l'égard des autres personnes ; il s'est contenté de le rappeler à la seule personne qui put être tentée de l'oublier.* »

1743 Cet article issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, consacre la jurisprudence ayant tranché les conflits qui étaient nés concernant l'opposabilité du contrat aux tiers ; c'est la doctrine classique qui a donné lieu à ces conflits. L'article suivant, c'est-à-dire 1201 dispose que : « *lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir.* »

1744 M. BILLIAU, « L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 190, n° 4 : « *[…], aucun texte général n'érige en principe l'opposabilité du contrat et* a fortiori *l'opposabilité du contrat ayant pour objet un droit réel. Cette lacune n'a pas empêché l'affirmation d'un principe d'opposabilité ; mais pour diverses raisons ce principe est parfois combattu.* » ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 214.

système [1745] ; elle ne pallie aucune lacune juridique dans le système du Code civil de 1804 ; en outre, elle paraît au contraire introduire le tiers dans le contrat [1746] ; on attend de voir si la responsabilité du tiers, pour violation du contrat, est désormais contractuelle, ou demeure délictuelle, puisque par principe cette responsabilité doit se fonder, à compter du 1er octobre 2016, sur l'article 1200 du Code civil.

585. Conclusion. La méprise de la doctrine classique sur le sens des articles 544 et 1165 ancien, du Code civil ont conduit à l'exaltation excessive d'une absolutité qui serait caractéristique du droit de propriété. Celui-ci submerge le droit personnel dans les situations de pure coïncidence. Cette opinion obscurcit le sens exact de ces dispositions du Code civil. L'on ne se rend guère compte qu'il est traité exclusivement de la limite à l'exercice du droit dans les articles 544 et 1165. On peut déplorer que l'absolutité artificielle du droit de propriété domine encore, en droit positif, l'hypothèse de conflit entre les acquisitions concurrentes.

C. Conflit entre les acquisitions concurrentes et opposabilité des actes translatifs de propriété

586. Deux hypothèses différentes. Il convient de faire encore le départ entre deux hypothèses susceptibles de confusion : d'une part, la question de la résolution du conflit d'acquisitions successives ou concurrentes (1) et, d'autre part, celle de l'opposabilité des actes translatifs de propriété (2).

1. La résolution du conflit entre les acquisitions concurrentes

587. Présentation de l'hypothèse. Dans son exaltation de la prétendue opposabilité exceptionnelle du droit de propriété [1747], dont découle la mise en avant de celle-ci dans les

---

1745 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9e éd., LGDJ, Lextenso, 2017, n° 793 : « *Comme l'existence du contrat s'impose à lui* (le tiers)*, il commet une faute en agissant consciemment comme si le contrat n'existait pas, contrairement à la règle de l'article 1200. Il n'est pas pour autant débiteur des obligations contractuelles.* »

1746 Ce texte laisse par ailleurs entendre que la violation du contrat par le tiers doit engager automatiquement la responsabilité de celui-ci. Il existe là une question que les tribunaux doivent résoudre ; ceux-ci doivent donner un sens à cet article. Antérieurement à cette disposition, le tiers se trouvant en violation du contrat, est celui qui connaît l'existence du contrat, autrement dit, un tiers de mauvaise foi. Tous les contrats ne sont pas publiés.

1747 M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 368, *Ibid*., n° 371 : « *Le droit réel qui a l'énergie et l'opposabilité la plus forte est le droit de propriété ; il établit le contact le plus direct avec la chose dont le propriétaire peut tirer toutes les utilités ; il peut revendiquer la chose contre tout possesseur auquel il n'a pas conféré de droit.* » ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 343 : « *À partir du moment où on admet le principe selon lequel la propriété se définit en tant que structure comme un lien d'opposabilité substantielle, qui affecte par essence les tiers pour les exclure de tout contact ou rapport avec la chose qui en est l'objet, le principe du transfert* solo consensu *ne peut plus vraiment être soutenu. Comment le contrat acte juridique éminemment relatif, acte clandestin, qui ne*

… / …

contrats translatifs de propriété [1748], la doctrine semble percevoir le conflit entre les acquéreurs concurrents comme une question qui relève exclusivement de l'opposabilité du droit [1749]. Le droit de propriété aurait la particularité d'être opposable à tous [1750] ; par conséquent, le moment de son transfert devrait être concilié avec le sort des tiers [1751] ; au cas contraire, les intérêts de ceux-ci seraient affectés de façon non équitable par l'application de la règle de l'opposabilité du droit de propriété [1752]. Le moment du transfert

---

produit d'effet qu'entre les parties contractantes, peut-il par lui-même, et à lui seul, transférer et conférer un droit absolu ? Devant cette difficulté technique née du principe du transfert solo consensu*, la doctrine a répondu par une dissociation du transfert de la propriété à l'égard des parties et à l'égard des tiers.* »

1748 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 181 : « *Le transfert de la propriété est, en principe, opposable aux tiers* solo consensu *(art. 1165 C. civ.). L'opposabilité est inhérente à la propriété […] ce dont il suit que l'existence du droit de propriété suffit, en principe, à le rendre opposable.* » ; M. BILLIAU, « L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 190, n° 3 : « *[…], la nature du droit qui est l'objet du contrat conduit parfois à reconnaître un effet positif à l'opposabilité : l'opposabilité du contrat ayant pour objet un droit réel peut ainsi obliger l'ayant cause à titre particulier, sans que celui-ci ait été partie (même liée) à la convention.* »

1749 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* LGDJ, 1960, n° 29, p. 75 : « *[…] aussi longtemps que la formalité prescrite pour rendre l'aliénation opposable aux tiers n'aura pas été accomplie, l'aliénateur, demeuré propriétaire à leur égard, pourra valablement consentir une seconde aliénation et l'acquéreur originaire sera désarmé contre une telle fraude. Ce n'est que si son rival y avait participé par des manœuvres dolosives ou, tout au moins, s'il avait eu connaissance de l'aliénation antérieure qu'il pourrait être atteint ; encore sa responsabilité serait-elle fondée, non pas dans la règle de l'article 1138, mais dans les principes de la faute, de la fraude ou de la cause illicite.* » ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, 5e éd., Litec, 1995, n° 872 ; M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 111 : « *L'opposition entre droits directs et droits indirects est toutefois à nuancer, […] : à l'égard de certaines personnes, l'opposabilité de la propriété immobilière est subordonnée à l'accomplissement des formalités de publicité foncière, lorsqu'elle est transmise […].* », *Ibid*., n° 349 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 181 ; M. BILLIAU, « L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 190, n° 23 ; Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, « Recherches Juridiques », préf. M. GRIMALDI, Economica, 2016, n° 283.

1750 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 368.

1751 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 404 : « *[…] comment les tiers peuvent-ils savoir qu'un individu, propriétaire d'une chose, a cessé de l'être, parce qu'il l'a vendue, alors qu'il est encore en possession et qu'aucune formalité n'a fait connaître le transfert du droit ? Aussi notre législation a-t-elle dû atténuer le principe, dans l'intérêt des tiers. Elle l'a fait en organisant la publicité des aliénations et constitutions de droits réels.* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil*, tome 2, *Les biens, Droits réels principaux*, 5e éd., par Ch. LARROUMET, Economica, 2006, n° 386.

1752 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 181. On laisse souvent entendre que la possession réelle et la publicité foncière protègent les tiers. Voir par exemple, F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 367 : « *Si l'on admet l'idée d'un transfert* solo consensu*, il est logique de conclure que les créanciers chirographaires du cédant ne puissent plus saisir, à compter de la date de conclusion du contrat, le bien que leur débiteur vient de céder. En effet, si le cédant, le vendeur, n'est plus propriétaire du bien cédé par le seul effet du contrat, les créanciers du cédant ne peuvent plus saisir un bien qui n'appartient plus à leur débiteur et qui ne figure plus juridiquement dans le patrimoine de ce dernier.* » ; M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 236 : « *Le système français de publicité foncière, institué par la loi de 1855, trouve en effet sa raison d'être dans l'opposabilité absolue des droits réels et dans le principe du transfert* solo consensu *: la*

… / …

de la propriété devrait varier suivant qu'il s'agit du rapport entre les parties contractantes, ou de celles-ci avec les tiers [1753]. L'on trouve alors l'illustration du transfert de propriété à l'égard des tiers, qui serait dérogatoire au principe du transfert *solo consensu*, dans les dispositions de l'article 1141 ancien, ou 1198 nouveau, du Code civil [1754].

588. Les textes du Code civil évoqués. L'ancien article 1141 dispose que : « *si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.* » Aux termes des deux alinéas du nouvel article 1198, « *lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi. Lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi.* » [1755] La doctrine majoritaire déduit de cette disposition, à titre de règle dérogatoire, que le transfert de propriété ne s'effectuerait pas

---

constitution ou le transfert de droit réel sont, originairement, de plein droit opposable à tous, même à ceux qui n'en ont pas eu connaissance. Les dangers d'une telle solution aussi radicale ont conduit à instaurer un système de nature à avertir les tiers : à l'origine, la publicité foncière est une mesure de police. » Pour les objets mobiliers, *Ibid*., n° 266 et suiv.

1753 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 404 et s. ; M. GINOSSAR dit la même chose, bien qu'il ne considère pas l'opposabilité *erga omnes* comme caractéristique du droit de propriété : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* LGDJ, 1960, n° 29, p. 71 : « *[…] les autres tiers, qui devront-ils considérer comme propriétaire du bien cédé ? En d'autres termes, à quel moment le transfert de propriété s'effectuera-t-il à leur égard ? Il n'aura lieu, on le sait, que par l'accomplissement d'une formalité prescrite par la loi dans l'intérêt de leur sécurité. Cette formalité […] varie selon l'objet de l'aliénation : elle consiste, pour les immeubles, dans la transcription ou délivrance ; enfin, pour les créances, dans la signification au débiteur cédé ou son acceptation au vœu de l'article 1690.* »

1754 M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 346 et s. ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil*, tome 2, *Les biens, Droits réels principaux*, 5e éd., par Ch. LARROUMET, Economica, 2006, n° 386 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 326 : « *Si le droit de propriété se définit dans sa structure comme un lien d'opposabilité substantielle qui impose aux tiers un devoir d'abstention relativement à une chose déterminée, et que la possession juridique, en tant que publicité, correspond au "mode" constitutif de l'opposabilité substantielle, il s'ensuit logiquement que la possession juridique (et plus précisément la mise en possession juridique) constitue le mode (dérivé) d'acquisition du droit de propriété. Le syllogisme utilisé est simple : la propriété est un lien d'opposabilité substantielle, et comme l'opposabilité substantielle résulte de la mise en possession (juridique) de l'acquéreur, la propriété n'est transférée et acquise à l'acquéreur que par la mise en possession de ce dernier.* »

1755 La publicité foncière était prévue par une loi spéciale, la loi du 23 mars 1855. Elle a subi ultérieurement des réorganisations par des actes gouvernementaux (F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 405 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1625 ; Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, « Recherches Juridiques », préf. M. GRIMALDI, Economica, 2016, n° 284). La réforme de 2016 a réuni les effets de la publicité foncière des immeubles et de la mise en possession réelle des meubles corporels dans les mêmes dispositions du Code civil.

solo consensu [1756] dans le rapport de l'acquéreur avec les tiers ; il s'opérerait par la possession [1757], en cas de meuble, et par la publicité foncière en matière immobilière [1758].

589. Fonction de la possession et de la publicité foncière. Certes, il ne peut être contesté que la possession ainsi que la publicité foncière jouent un rôle informatif déterminant dans les rapports entre les parties contractantes et les tiers [1759]. Cependant, la justification que la doctrine dominante en donne ne semble pas découler directement de la conception du Code civil [1760] ; elle ne paraît pas s'induire de la logique de ce Code, autrement dit, elle n'est pas rigoureusement exacte ; elle ne traduit pas la véritable pensée des codificateurs. En

---

1756 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 326 et s. ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil*, tome 2, *Les biens, Droits réels principaux*, 5e éd., par Ch. LARROUMET, Economica, 2006, n° 386 : « *Le transfert* solo consensu *et immédiat de la propriété n'offre pas d'inconvénients dans les rapports entre l'aliénateur et l'acquéreur. Mais, il n'en va pas de même en ce qui concerne les tiers, c'est-à-dire ceux qui sont susceptibles d'acquérir à leur tour un droit de propriété sur la chose mobilière ou immobilière ou un autre droit réel (par exemple, gage, hypothèque, usufruit, servitude, etc.). En effet, le transfert* solo consensu *et immédiat est un transfert occulte, dont l'existence n'est pas révélée aux tiers. Dans ces conditions, comment ces derniers seront-ils assurés de traiter avec le véritable propriétaire de la chose ? C'est pratiquement impossible à savoir, sans compter que le droit de propriété de l'acquéreur a pu disparaître rétroactivement par suite de la nullité ou de la résolution de son contrat d'acquisition, ce que les tiers, qui ont traité avec l'acquéreur, peuvent ignorer et ignorent le plus souvent. Par conséquent, dans l'intérêt des tiers, le législateur a été obligé d'admettre, aussi bien en matière immobilière qu'en matière mobilière, des exceptions à la règle du transfert* solo consensu *et immédiat de la propriété.* »

1757 C'est ce qui est rappelé par ces auteurs : H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1623 : « *Dans les systèmes qui exigent la tradition de la chose pour opérer transfert de propriété, celui des acquéreurs successifs qui prend le premier possession de la chose, en devient propriétaire ; en effet, jusqu'à la tradition, qui résulte de cette possession, l'aliénateur n'a pas cessé d'être propriétaire. On a prétendu expliquer ainsi l'article 1141 C. civ. : les rédacteurs du Code civil auraient voulu limiter aux immeubles la règle du transfert* solo consensu *; pour les meubles ils auraient maintenu l'exigence romaine de la tradition.* »

1758 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 326 et suiv.

1759 Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, « Recherches Juridiques », préf. M. GRIMALDI, Economica, 2016, n° 254, p. 242.

1760 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1623 : « *Cette explication est inexacte. Les rédacteurs, s'ils avaient maintenu par l'article 1141 la nécessité de la tradition mobilière, n'auraient pas exigé une "possession réelle", alors que Pothier et les auteurs les plus attachés à la règle romaine, comme les juristes romains eux-mêmes, attribuaient aux traditions symboliques le même effet qu'à la tradition réelle. D'autre part, si l'article 1141 C. civ. entendait écarter en matière mobilière la règle du transfert de propriété* solo consensu*, on ne comprendrait pas l'exigence de la bonne foi chez l'acquéreur qui a reçu la tradition : l'aliénateur ayant conservé la propriété jusqu'à la tradition, rien ne pourrait s'opposer à ce que le second acquéreur, même de mauvaise foi, devienne propriétaire du moment qu'il a été mis en possession. L'article 1141 ne se justifie point par le maintien, en matière mobilière, de la nécessité de la tradition pour opérer le transfert de propriété : le principe de transfert* solo consensu *joue même quant aux meubles ; le premier acquéreur, bien que n'ayant pas reçu le meuble, en est donc devenu propriétaire, et l'aliénateur a cessé de l'être.* » Les mêmes critiques sont formulées par cet auteur : Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil*, tome 2, *Les biens, Droits réels principaux*, 5e éd., par Ch. LARROUMET, Economica, 2006, n° 396 et suiv.

effet, dans l'entendement de ceux-ci, le transfert de la propriété n'est pas suspendu, même dans le rapport de l'acquéreur avec les tiers, à la possession ou à la publicité foncière [1761]. Il est évident que la propriété d'une chose ne se transfère pas deux fois à une personne [1762]. Il ne fait d'ailleurs aucun doute, tant dans l'ancien article 1141 que dans le nouveau, que les deux acquisitions successives soient considérées comme toutes valides [1763], et que chaque acquéreur soit par conséquent titulaire d'un droit de propriété sur la chose. C'est aussi là l'expectative, ou être titulaire d'un droit de propriété éventuel à l'égard de certaine catégorie de tiers [1764]. Il résulte de ces dispositions de façon formelle que celui des acquéreurs

---

1761 M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 210 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 409 : « *Lorsqu'il n'existe pas de publicité destinée à assurer la protection des tiers, la situation de ceux-ci semble, de prime abord, plus précaire. Cependant, pour les meubles corporels, les inconvénients de la clandestinité des transmissions sont écartés par l'article 1141 du Code civil : "*Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi*". Ainsi, de deux acquéreurs successifs d'un même meuble, est préféré non celui qui a acquis le premier, mais celui qui le premier est entré en possession. On pourrait même croire, à lire ce texte, que c'est la tradition qui transfère la propriété du meuble vendu, et non l'accord des parties. En réalité, il n'en est rien : l'effet translatif résultant de la tradition ne se produit que si le second acquéreur, mis en possession, est de bonne foi. Dans ce cas, en effet, il est protégé par l'article 2276 : […], dont l'article 1141 n'est qu'une application. En d'autres termes, le premier acquéreur est bien devenu propriétaire au jour du contrat, conformément à l'article 1138, mais le second l'est devenu à son tour par le fait qu'il a reçu de bonne foi la chose et son droit détruit celui du premier.* » ; Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, « Recherches Juridiques », préf. M. GRIMALDI, Economica, 2016, n° 283 : « *Loin de remettre en cause le principe du transfert* solo consensu*, la publicité tempère simplement la rigueur au profit de certains tiers jugés dignes de protection par la loi, qui pourront exceptionnellement invoquer l'inopposabilité de l'acte demeuré clandestin. La publicité n'est donc pas une condition de l'opposabilité de l'acte ni moins encore de la réalisation de son effet translatif ou constitutif ; elle est une simple entorse "au principe premier de l'opposabilité* erga omnes *de plein droit du contrat".* »

1762 C'est évidemment contradictoire que l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété requiert un autre transfert de celui-ci : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* LGDJ, 1960, n° 29, p. 72.

1763 Les Codificateurs ont traité le conflit d'acquisitions concurrentes sans égard à l'article 1599 du Code civil, aux termes duquel la vente d'autrui est nulle. Si l'on s'en tient à cette disposition, la seconde vente est nulle ; elle doit produire aucun effet. Mais cette nullité est relative, et donc c'est le second acquéreur qui peut l'invoquer à l'encontre de son vendeur.

1764 Puisque ce n'est pas à l'égard de tout tiers que le premier acquéreur ne peut se prévaloir de son acquisition dont il n'a pas encore exécuté l'obligation de retirement, Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, « Recherches Juridiques », préf. M. GRIMALDI, Economica, 2016, n° 284 : « *On mesure, dès lors, combien est excessive l'affirmation selon laquelle une mutation immobilière ne produirait pas d'effet tant qu'elle n'est pas publiée, ou encore qu'"en matière immobilière, parler de consensualisme consiste [rait] à se bercer de mots". C'est négliger le fait que l'acquéreur de la propriété d'un immeuble qui n'a pas publié son titre pourra tout de même l'habiter, en percevoir les fruits, l'aliéner, le détruire, et même le transmettre à ses héritiers en cas de décès. C'est négliger, de même, qu'il sera, dès l'échange des consentements tenu de la plupart des charges associées à la propriété (charge des risques, responsabilité civile, etc.) et qu'il pourra également, en dépit de l'absence de publicité, évincer tous les importuns (voisins, vagabonds, usurpateurs, etc.) qui viendraient perturber sa jouissance et qui n'entrent pas dans la catégorie des tiers définis par l'article 30 du décret de 1995… La seule intrusion que la clandestinité de son titre peut lui faire redouter est celle d'un tiers qui, des mains de la même personne, aura fait l'acquisition d'un droit incompatible sur l'immeuble et qui aura régulièrement publié son titre*

… / …

concurrents qui est entré en possession réelle de la chose, ou qui a accompli les formalités de publicité foncière demeure propriétaire. La possession et la publicité foncière n'ont ainsi pour effet que de confirmer le droit de propriété de l'un contre celui de l'autre [1765]. Un droit de propriété s'en trouve sans objet, il est alors devenu caduc.

590. Sanction. La solution s'analyse plutôt en une sanction à l'égard du premier acquéreur. En effet, il est démontré précédemment que le but du transfert *solo consensu* de propriété, c'est de protéger l'acquéreur de l'éventuelle mauvaise foi de l'aliénateur [1766], c'est-à-dire de lui conférer les actions tant réelles que personnelles en vue d'obtenir la possession naturelle de la chose, autrement dit, sa remise matérielle. Dans l'hypothèse du transfert de corps certain, l'acquéreur dispose de tous les moyens, dès la formation du contrat, pour se faire remettre la chose ; il arrive même qu'il ait la détention de la chose avant la formation du contrat. La preuve du droit de propriété étant plus difficile par autre moyen que par la possession [1767], il lui appartient alors de le protéger en réclamant la remise immédiate de la chose [1768] ; le

---

avant lui. Ce n'est évidemment pas rien mais, de là à nier toute efficacité juridique de l'échange de volontés non publié, il y a un pas immense qu'on se gardera bien de franchir… »

1765 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 409.

1766 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* LGDJ, 1960, n° 28, p. 75 : « *Il est plus vraisemblable que le but de l'article 1138 ait été de protéger l'acquéreur contre la mauvaise foi du vendeur consentant une seconde aliénation.* » ; Concernant la publicté foncière, Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, « Recherches Juridiques », préf. M. GRIMALDI, Economica, 2016, n° 284, p. 278 : « *On observera […] que cette menace qui plane sur l'acquéreur de la propriété ou d'un autre droit réel immobilier non publié est, statistiquement, d'assez faible occurrence dans la mesure où cela suppose d'être en présence non seulement d'un aliénateur malhonnête qui disposerait à deux reprises du même bien, mais encore d'un second acquéreur de bonne foi, i.e. ignorant la première aliénation.* »

1767 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 533 et suiv. ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1622 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 261 : « *La possession conduit à la propriété dans la mesure où elle fut la forme première de la propriété. La possession a précédé la propriété et cette dernière s'est tout d'abord construite sur des possessions existantes.* », *Ibid*., n° 262, ou n° 285 : « *La possession ne se limite désormais plus à la seule jouissance effective de la chose, mais elle correspond également à l'extériorisation du droit de propriété, à sa publicité.* » Dans le même sens, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 181 : « *[…] la possession n'est qu'un moyen d'information ; si le premier possesseur savait que la chose avait déjà été aliénée précédemment, il ne pourra opposer au second son absence de possession.* » ; M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 267 : « *La tradition, c'est-à-dire la remise de la chose, jouera le même rôle que la transcription immobilière.* »

1768 La doctrine perçoit que les formalités de publicité foncière visent à protéger les tiers (H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1626). Or, c'est plutôt l'acquéreur qui est protégé par ces formalités en matière immobilière, et par la possession réelle, en matière mobilière. Ce sont en effet là des moyens qui lui sont indiqués en vue de pouvoir garantir son droit de propriété contre les éventuels actes frauduleux de son auteur, et par conséquent contre le tiers de mauvaise foi. Celui-ci ne peut acquérir un objet sans demander au préalable au détenteur ou possesseur son appartenance. Au contraire, il encourt le risque de conclure un contrat qui s'avèrera nul. De même, il ne peut être fondé à dire qu'il est de bonne foi, lorsqu'il a acheté un immeuble dont la première acquisition est publiée.

système du Code civil l'encourage à agir ainsi ; il lui offre le loisir de manifester de façon immédiate ses prérogatives de propriétaire sur la chose acquise [1769]. La prudence doit conduire l'acquéreur à faire cesser l'apparence de relation de propriété existant, jusqu'à l'acquisition, entre l'aliénateur et la chose [1770].

591. Différence entre l'idée du législateur et la conception prévalant en droit positif. On s'aperçoit alors que l'analyse par la doctrine des effets de la publicité foncière et de la possession réelle prévue à l'ancien article 1141, ou à l'article 1198 nouveau, ou de leur fondement, semble différente de l'idée du législateur. Ce ne sont en effet pas les tiers que ces mesures visent en réalité à protéger [1771]. Celles-ci ont été prévues dans le but de protéger l'acquéreur contre la mauvaise foi de l'aliénateur et, par conséquent, les éventuels actes conclus par celui-ci avec les tiers relativement à la chose [1772]. On ne protège que ce qui existe ; les actes des tiers étant, par hypothèse, encore inexistants lors de la formation du contrat, on ne peut concevoir de les protéger ; ils ne peuvent logiquement pas se trouver dans la vision du législateur au détriment de l'acte déjà créé auquel l'intervention de celui-ci doit accorder en priorité une considération particulière. Il est toutefois évident que ces

---

1769 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 262 : « *[…], la possession, en tant qu'effet ou exercice du droit de propriété, a également pour vertu de manifester l'existence du droit auquel elle se rapporte. Elle révèle ostensiblement le droit de propriété car ce dernier n'est en lui-même qu'une pure abstraction, une potentialité par essence statique. Le droit est révélé par l'exercice des prérogatives qu'il confère, exercice qui matérialise ainsi son existence à l'égard de la collectivité. Sous cet angle, la possession se découvre une vertu fonctionnelle, celle de manifester ostensiblement le droit d'où elle procède, en somme d'être perçue, dans un premier temps, comme une publicité empirique.* »

1770 M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 267 : « *L'acquéreur, nouveau propriétaire, ne pourra se prévaloir de la plénitude de son droit que s'il lui a donné une publicité suffisante, qui, en matière mobilière, se réalisera naturellement par la réception matérielle de la chose.* »

1771 Ces auteurs prétendent que la publicité foncière et la possession réelle visent à protéger les tiers : M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 236 ; Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, « Recherches Juridiques », préf. M. GRIMALDI, Economica, 2016, n° 283 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 181 : « *[…], une telle recherche peut se révéler, non seulement fastidieuse pour les tiers, mais encore, attentatoire à l'intérêt bien compris des propriétaires. C'est pourquoi divers mécanismes en atténuent la rigueur, soit pour protéger les tiers en cas d'ignorance légitime (propriété apparente, […]), soit pour les dispenser d'investigation en subordonnant l'opposabilité du transfert à une condition spéciale.* » Comment une telle investigation aurait-elle commencé pour devenir attentatoire à l'intérêt du propriétaire ? N'est-il pas normal qu'un tiers, à qui la vente d'une chose a été proposée, fasse des investigations relatives à la réalité de la propriété du vendeur sur cette chose ? Une telle investigation est sans doute autorisée. D'ailleurs, par l'institution même de la publicité foncière, le législateur pousse le tiers à faire des investigations.

1772 Un auteur considère que la prise en compte de la connaissance effective des tiers est inspirée par un souci de sanctionner les attitudes déloyales de ceux-ci : G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 132, n° 17 : « *[…], la prise en compte de la connaissance effective semble plus inspirée par un souci de sanctionner les attitudes déloyales des tiers que de la volonté de protéger le titulaire du droit négligent.* »

mesures visant la protection du droit du premier acquéreur ont un versant avantageux aux tiers. Il n'en demeure pas moins cependant qu'il incombe à l'acquéreur de garantir son droit de propriété en accomplissant les conditions prévues à cet effet [1773]. Sa défaillance à cet égard lui fait encourir la sanction de perdre son droit.

592. Négligence de l'acquéreur, faute sanctionnée. En matière de meuble au sens de l'article 1141 ancien, ou 1198 nouveau, l'aliénateur ne demeure détenteur de la chose que par le consentement de l'acquéreur, qui est supposé lui avoir fait confiance. S'il revend alors la chose à un second acquéreur qui ignore l'existence de la première acquisition, celui-ci ne peut être perçu comme étant en faute [1774]. Le premier acquéreur se trouve dans une situation presque identique à celle dans laquelle la charge des risques de perte fortuite de la chose pèse sur lui, à la seule différence que le vendeur sera ici condamné à le dédommager [1775]. Il perd le droit de propriété, à titre de sanction de sa négligence, en faveur du second acquéreur [1776]. De même, l'acquéreur qui n'a pas aussitôt accompli les formalités de publicité foncière perd son droit en faveur du second acquéreur diligent. Dans les deux cas, l'absence de manifestation du droit de propriété du premier acquéreur a contribué à la conclusion du second contrat. Le second acquéreur ne peut être regardé comme ayant violé le droit de propriété du premier acquéreur. On ne viole que ce qu'on connaît [1777]. La violation de la loi même suppose que celle-ci soit publiée. Le second acquéreur croit donc légitimement que le vendeur demeure propriétaire de la chose.

1773 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 262, p. 290 : « *L'opposabilité substantielle — devoir d'abstention imposé aux tiers relativement à une chose déterminée — nécessite, en effet, pour son efficience un fait extérieur destiné à avertir les tiers du devoir qui leur est ainsi imposé. Ce fait extérieur — appréhendé dès lors comme une publicité — s'intègre pleinement dans le concept de possession.* »

1774 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1622 : « *L'article 1141 C. civ. ne s'applique qu'au transfert des meubles. L'avantage qu'il donne au second acquéreur n'est, en effet, justifié que par l'impossibilité de se renseigner sur le droit du vendeur, impossibilité qui n'existe pas en matière immobilière, où une publicité des transferts est organisée ; quant aux meubles, l'acquéreur ne peut que s'en tenir à l'apparence résultant de la possession.* »

1775 M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 348 : « *Celui des deux qui aura été évincé pourra invoquer le contrat qui le liait au vendeur, et se prévaloir de la garantie d'éviction pour obtenir réparation.* » ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1624 : « *Évincé par le fait de l'aliénateur, le premier acquéreur pourra réclamer à celui-ci des dommages-intérêts pour inexécution du contrat.* »

1776 C'est aussi peut-être une exception à la perpétuité que la doctrine a attribuée au droit de propriété. Il faut manifester son droit de propriété, sous peine de le perdre.

1777 G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 132, n° 8 : « *Compte tenu de l'extrême mobilité des droits personnels, de leur caractère varié et surtout occulte, il est naturellement impensable de sanctionner un tiers qui y aurait porté atteinte en méconnaissant la situation juridique qui en découlait, dès lors qu'il en ignorait l'existence. La sanction infligée aux tiers reposant sur les techniques de la responsabilité civile, il faut donc établir à leur encontre une faute. Celle-ci résidera dans la connaissance qu'ils avaient de la situation à laquelle ils auront délibérément porté*

… / …

593. Différence avec l'opposabilité du droit. Ainsi, il ne s'agit pas du concept d'opposabilité du droit, lequel suppose la faute du tiers, en l'occurrence, du second acquéreur. La doctrine conçoit l'hypothèse comme l'inopposabilité du droit du second acquéreur [1778]. Or, l'opposabilité du droit suppose la faute délictuelle, autrement dit, la violation du devoir général de respect du droit d'autrui ; l'inopposabilité du droit, c'est-à-dire son contraire, doit par conséquent désigner une situation traduisant aussi la violation du même devoir, mais qui n'entraîne pas pour autant l'opposabilité du droit violé. C'est donc toujours le tiers qui devrait être jugé en faute, mais non sanctionné, afin de donner lieu à une situation caractéristique de l'inopposabilité. Tel ne semble pas être le cas ici. Car, la faute ayant pour conséquence de supprimer le droit du premier acquéreur, consiste dans la négligence à l'égard de la mise en œuvre des mesures protectrices de son droit [1779]. À la différence de la faute caractéristique du concept d'opposabilité, celle qui est ici fatale au premier acquéreur ne résulte pas du non-respect du devoir général de reconnaissance du droit d'autrui [1780] ; elle procède plutôt de sa défaillance dans la protection de son droit de propriété ; cette négligence a contribué à la naissance d'un autre droit de propriété sur la chose [1781]. Il semble que l'article 1141 ancien, ou 1198 nouveau, du Code civil, résout ainsi en priorité la question du conflit entre plusieurs transferts successifs de propriété sur une chose ; il est offert là, en d'autres termes, une solution d'un conflit susceptible de résulter, entre deux acquéreurs, de l'éventuelle mauvaise foi de l'aliénateur. Il paraît alors juste et équitable de rechercher la part contributive de l'un des acquéreurs dans le succès de cette mauvaise foi.

594. La différence du conflit entre acquisitions concurrentes avec l'opposabilité du droit. Ne percevoir dans l'article 1141 ancien, ou 1198 nouveau, que l'inopposabilité du droit du premier acquéreur [1782], c'est toutefois confondre aussi, comme on peut l'observer dans les développements précédents, la question de la résolution du conflit entre acquéreurs concurrents et celle de l'opposabilité du droit ; ces deux questions sont bien distinctes dans le Code civil, et en particulier dans ces dispositions. La doctrine désigne indifféremment

---

atteinte en se rendant, par exemple, complice de la violation par un cocontractant de ses obligations contractuelles. »

1778 G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 132.

1779 Il n'y a pas qu'en matière délictuelle ou pénale que la négligence a des conséquences juridiques. Elle est davantage prise en considération en matière contractuelle, mais sous formes différentes. L'autonomie de la volonté implique que chaque contractant veille sur ses intérêts, non seulement dans la formation du contrat, mais dans les relations contractuelles en général.

1780 On dit souvent que le droit du premier acquéreur n'est opposable pas au second acquéreur.

1781 M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 270 : « *[…], le propriétaire a contribué, […], au risque de créer une apparence trompeuse.* » ; G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 132, n° 17 : « *[…], le titulaire du droit considéré étant en faute d'avoir omis d'effectuer la publication imposée, il ne saurait se plaindre de la situtaion dont bénéficie, grâce à lui, le tiers.* »

1782 F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 406.

l'inopposabilité du droit du premier acquéreur par les termes « *conflit entre acquéreurs successifs* » [1783], ou inversement. Or, la subtilité de la nuance entre les deux questions n'a pas joué sur leur appréhension par la loi. Elles ressortent du Code civil bien séparées. D'une part, l'opposabilité suppose une faute délictuelle d'une personne à l'égard du droit d'autrui ; car ce droit est protégé par un devoir général de son respect ou de sa reconnaissance ; d'autre part, la personne qui se prévaut, à raison, d'un droit incompatible sur une chose ne peut être considérée comme étant en faute à l'égard du droit de l'autre, bien que l'un des droits doive, ici, primer l'autre. Il ne peut être réservé à ces deux catégories de personnes un traitement juridique identique.

595. Le sort du droit pendant le conflit. Il va donc de soi que le Code civil prenne en considération la nuance existant entre ces deux questions. Lorsque deux personnes disputent, l'une avec l'autre, la propriété d'une chose, aucune d'entre elles ne peut être d'emblée perçue comme étant le véritable propriétaire ; par conséquent, aucune ne peut se savoir en faute à l'égard du droit d'autrui. Chaque acquéreur est rempli du sentiment d'être propriétaire de la chose, suite à son acquisition qu'il sait régulière ; il est donc normal qu'il manifeste son intention d'avoir la possession de la chose, ou d'exercer sur celle-ci ses prérogatives de propriétaire. Par hypothèse, il est muni d'un titre attestant de sa qualité de propriétaire ; il s'ensuit que sa maîtrise matérielle sur la chose, ou son intention d'en avoir cette maîtrise ne peut être constitutive de faute. Jusqu'à preuve du contraire, il n'est pas en faute de se prévaloir de sa qualité de propriétaire.

596. L'action intentée. Cependant, le fait d'intenter une action en vue d'amener le juge à apprécier ses prétentions, ne constitue pas l'exercice du droit de propriété [1784]. Cette action

---

1783 Ch. LARROUMET (Sous la dir.), *Droit civil*, tome 2, *Les biens, Droits réels principaux*, 5e éd., par Ch. LARROUMET, Economica, 2006, n° 394 et suiv. ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 328 et suiv. ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 181, p. 289 : « *Faute d'avoir été publiées, les conventions translatives seront inopposables aux tiers qui ont acquis un immeuble du même auteur et publié leur titre (art. 30, D., 4 janv. 1955). Mais la démonstration de la connaissance personnelle de l'acquisition permet de rendre l'acte opposable à celui qui avait cette information.* » C'est ce qu'on peut discerner dans la définition du rôle de l'opposabilité donnée par G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 132, n° 3 : « *Le rôle de l'opposabilité est donc de mettre un terme à un conflit dans l'activité juridique déployée par les différents membres de la société, en reconnaissant une situation privilégiée ou exclusive à l'une des parties en cause.* » Le concept d'opposabilité implique que l'activité de l'une des parties en présence, est illicite. La violation du droit d'autrui ne peut en effet être une activité légale ; une telle activité ne peut alors être juridique.

1784 L'action en revendication est considérée comme l'exercice du droit de propriété : H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1627 : « *Le droit de propriété, comme tout autre droit, est protégé par une action en justice, qui permet au propriétaire de faire reconnaître et sanctionner son droit. L'action qui sanctionne le droit de propriété, est l'action en revendication (*rei vindicatio*, réclamation de la chose). Pour triompher, le demandeur à l'action en revendication doit établir son droit de propriété. La chose revendiquée doit être identifiée, actuellement existante et en la possession ou détention du défendeur.* » Dans le même sens, M. BILLIAU, « L'opposabilité des contrats

… / …

est indépendante du droit de propriété ; elle aura pour objet d'établir la réalité de la propriété de la partie qui l'engage à l'encontre des prétentions adverses. Il ne peut par conséquent en être déduit qu'il s'agit là de l'exercice du droit de propriété, ou de l'opposabilité de celui-ci [1785]. La demande en réclamation de la chose dont on se prétend propriétaire peut être rejetée, ou encore aucun des litigants ne peut être vraisemblablement considéré propriétaire [1786]. En outre, elle ne vise pas à titre principal à obtenir des dommages et intérêts, lesquels sont fondamentalement la conséquence d'une faute. C'est une démarche tendant à la résolution du conflit entre deux titres, à l'issue de laquelle l'un doit être déclaré anéanti en faveur de l'autre [1787].

597. La preuve de l'atteinte au droit de propriété. On laisse souvent entendre que toute atteinte au droit de propriété, à la différence de celle portée au droit personnel [1788], entraîne la condamnation de l'auteur sans avoir à démontrer une faute de celui-ci ou un préjudice [1789]. Or, il ne semble s'agir là que d'une question se rapportant à la difficulté de la preuve de la faute. Le droit réel portant souvent sur une chose corporelle, c'est plutôt la preuve de la faute qui semble facile [1790], mais pas carrément l'inexistence de l'obligation de

---

ayant pour objet un droit réel », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 190, n° 6.

1785 C'est ce que dit la doctrine majoritaire, et qu'on peut observer ici : M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 112 : « *Le droit direct confère en outre à son titulaire une prérogative importante, liée à cette opposabilité absolue, qui consiste dans le droit de suite : il peut suivre la chose sur laquelle porte son droit entre les mains de quiconque. Ainsi, le propriétaire peut-il agir en revendication, pour réclamer sa chose contre celui qui la détient.* »

1786 Civ. 3e, 8 octobre 2015, *RTD civ.* 2016, p. 154, obs. W. DROSS.

1787 N. VERHEYDEN-JEANMART et N. LEPOT-JOLY, « L'opposabilité des contrats à l'égard des tiers et assimilés », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 222, n° 24 ; M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013, n° 348 et suiv.

1788 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 368, p. 118 : « *[…], le fait pour un tiers d'empêcher l'exécution d'un droit personnel par le débiteur ne donne naissance à une action contre lui que s'il est fautif, ce qui est le cas du tiers complice de la violation de son obligation par le débiteur, et cette action est une action en responsabilité délictuelle.* »

1789 *Ibid*., n° 368 : « *Le droit réel a une opposabilité absolue, au contraire du droit personnel. Toute atteinte à un droit réel, même commise de bonne foi et même si elle ne cause pas de préjudice, donne naissance à une action en justice pour faire rétablir son intégrité.* » Le préjudice se répare fondamentalement par les dommages et intérêts. Il semble difficile de concevoir une condamnation au paiement de dommages et intérêts sans préjudice, lequel peut être matériel ou moral.

1790 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* LGDJ, 1960, n° 33, p. 82 : « *[…] connaissant l'étendue de mon propre patrimoine, je saurai par simple élimination que tous les autres biens existants sur la terre ne m'appartiennent point. Peu m'importe dès lors quel en est en ce moment précis le véritable maître, […] du moment qu'une chose n'est pas mienne, je comprendrai que j'ai à m'en abstenir ; et je serai mal venu à exciper de mon ignorance, j'aurai beau prendre "le masque facile de la bêtise" et jouer l'imbécile, je n'échapperai point à la sanction.* » ; G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 132, n° 19 : « *Les droits réels nés d'une convention ont cet avantage évident par rapport aux droits personnels, de porter directement sur une chose. Il s'ensuit que la connaissance que peuvent avoir les*

… / …

démontrer la faute ; l'atteinte établit souvent par elle-même la faute. Il en va ainsi du cas d'un propriétaire ayant construit sur une partie d'une servitude [1791], que l'on présente à tort comme l'hypothèse d'une condamnation sans faute ou préjudice [1792]. Il ressort de l'arrêt, rendu au visa de l'article 701 du Code civil [1793], que les propriétaires ont édifié une construction en « *contravention à une servitude* ». Ceux-ci n'ignorent pas l'existence de la servitude dont leur propriété est grevée ; ils ont décidé sciemment de la violer. S'agissant du préjudice, il n'est pas besoin de le démontrer, car, même s'il n'existe pas lors du procès, il apparaîtra sans doute dans l'avenir. Ce qui a pu convaincre le juge du fond, qui a décidé de substituer les dommages et intérêts à la démolition demandée. Il aurait dû toutefois ordonner la démolition de la construction, en ce sens qu'elle est possible, et qu'elle paraît constituer la sanction qui convient en l'espèce [1794]. La servitude est rendue incommode par la construction.

598. Conséquences judiciaires de la faute et de l'absence de faute en cas d'atteinte au droit de propriété. Le Code civil lui-même établit de façon constante une distinction entre les conséquences judiciaires de la faute et celles de l'absence de faute en cas d'atteinte au droit de propriété. C'est l'objet notamment de l'article 555 modifié par la loi n° 60-464 du 17 mai 1960. Suivant les dispositions de cet article, le tiers fautif [1795], autrement dit, de mauvaise foi, qui a construit, planté ou fait des ouvrages sur le terrain d'autrui, est à la merci du propriétaire [1796]. Celui-ci peut, soit l'obliger à enlever les constructions, plantations ou les ouvrages établis sur son terrain, soit en conserver la propriété contre le remboursement d'une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, ou du coût des matériaux ainsi que le prix de main-d'œuvre estimés à la date du remboursement [1797].

---

tiers de la situation exacte s'en trouve largement facilitée. Lorsqu'il s'agit par exemple d'un meuble, la possession de celui-ci par autrui assure la publicité nécessaire de ses droits. Pour les immeubles, la connaissance résulte du système de publicité foncière mis en place depuis la loi du 23 mars 1855. »

1791 Civ. 3e, 4 octobre 1989, *Bull. civ.* 1989, III, n° 183.

1792 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 368.

1793 Aux termes des alinéas 1 et 2 de cet article, « *Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode. Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée.* »

1794 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1345 : « *Le juge apprécie souverainement le mode de réparation adéquat. Dans biens des cas, il accorde, au lieu ou en plus des dommages-intérêts, la réparation en nature, qui est le mode de réparation le plus parfait, puisqu'il supprime le dommage.* »

1795 Le constructeur est un tiers dès lors qu'il n'existe pas entre lui et le propriétaire du sol une convention relative à la construction édifiée : Civ. 3e, 23 avril 1974, *Bull. civ.* 1974, III, n° 164.

1796 J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 192, p. 231 : « *Le choix laissé au propriétaire à l'égard du constructeur de mauvaise foi est discrétionnaire.* »

1797 *Ibid.*, n° 191.

Le propriétaire hésitera difficilement à opter pour le premier choix qui lui ouvre, en plus, droit aux dommages et intérêts [1798]. Il en va ainsi des tiers qui ont édifié une fosse septique et divers ouvrages annexes sur la cour d'autrui malgré la sommation qui leur est faite de les enlever [1799]. En revanche, le tiers de bonne foi est bien protégé par l'alinéa 4 de l'article 555 du Code civil. Aux termes de cette disposition, « *si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé qui n'aurait pas été condamné, en raison de sa bonne foi, à la restitutions des fruits, le propriétaire ne pourra exiger la suppression desdits ouvrages, constructions et plantations, mais il aura le choix de rembourser au tiers l'une ou l'autre des sommes visées à l'alinéa précédent.* »

599. Conciliation entre deux droits en cas d'absence de faute. Il résulte de la bonne foi du tiers [1800], c'est-à-dire de l'absence de sa faute, que le propriétaire du fonds lui rembourse intégralement son investissement. Le propriétaire du terrain ne bénéfice plus ici de la faculté d'opter pour la suppression des constructions, plantations ou ouvrages [1801] ; il est tenu de respecter le droit du constructeur [1802]. Son droit de propriété se concilie ici avec celui du propriétaire des constructions, plantations ou des ouvrages [1803] ; les deux droits de propriété en présence sont protégés l'un autant que l'autre, ou l'un contre l'autre. Il est

---

1798 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 144 : « *Lorsque le constructeur est de mauvaise foi, le propriétaire est autorisé à s'opposer à l'accession en demandant la séparation, c'est-à-dire la démolition (art. 555, al. 4 C. civ.). Cette solution aura le double mérite de permettre au propriétaire de retrouver son bien tel qu'il était avant l'accroissement et de ne lui occasionner nulle dépense puisque la suppression sera ordonnée aux frais de l'intrus, sans préjudice de tous dommages-intérêts.* »

1799 Civ. 1re, 13 janvier 1965, *Bull. civ*. 1965, I, n° 34.

1800 J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 192, p. 232 : « *On qualifie ainsi de constructeur "de bonne foi" l'acquéreur ou le donataire dont le titre est résolu ou annulé à la suite d'une action en nullité, en résolution, en rescision ou en révocation, en dépit de la rétroactivité qui s'y attache.* » Dans le même sens, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 144, p. 222 : « *La bonne foi s'entend en la matière de la même façon que celle qui conditionne l'acquisition des fruits par le défendeur à l'action en revendication […]. Elle suppose donc que l'auteur de l'ouvrage se croyait propriétaire du sol en vertu d'un titre translatif dont il ignorait les vices (art. 550, al. 1 C. civ.), sans que le titre soit une condition distincte de la bonne foi.* » ; A. ROBERT, note sous Civ. 3e, 3 mai 1983, *D*. 1984, IR, p. 426. Le tiers de bonne foi est aussi celui qui a édifié une construction sur le terrain d'autrui avec l'autorisation de celui-ci, mais sans convention relative au sort de cette construction : civ. 3e, 3 octobre 1990, *Bull. civ.* 1990, III, n° 180 ; civ. 3e, 3 mai 1983, et 19 juin 1984, *D*. 1984, IR, p. 426, note A. ROBERT.

1801 Civ. 3e, 3 octobre 1990, *Bull. civ*. 1990, III, n° 180. Le locataire a bénéficié d'une promesse de vente nulle. Les juridictions n'en considèrent pas moins celui-ci comme étant de bonne foi. Cette considération est critiquée par une doctrine : F. ZENATI, obs. sur Civ. 3e, 3 octobre 1990, *RTD civ*. 1993, p. 164.

1802 J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 192, p. 231 : « *Quand le constructeur est de bonne foi, l'article 555, aliéna 4 du Code civil prévoit que le propriétaire du fonds ne peut exiger la suppression des ouvrages, constructions et plantations. Autrement dit, il lui impose l'acquisition, moyennant indemnité, le constructeur étant dispensé d'avoir à les enlever.* »

1803 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 447.

imposé au propriétaire du sol de rembourser l'investissement fait sur son terrain. À supposer qu'il soit en manque d'argent pour s'acquitter de cette obligation, l'accès à sa propriété sera sans doute perturbé dans la mesure où il est reconnu ici à l'occupant, par hypothèse au constructeur, la jouissance du droit de rétention [1804]. Cette hypothèse laisse par ailleurs entrevoir une illustration du traitement différent à concevoir entre la personne, titulaire d'un droit sur une chose, et celle qui use ou jouit de celle-ci sans aucun titre. Dans le premier cas, il n'y a pas de faute, donc pas de question d'opposabilité du droit, du moins lorsque la personne n'a pas excédé les limites de son droit ; en revanche, dans le second cas, il peut être reproché de façon absolue au tiers sa mauvaise foi, et donc invoqué à son encontre l'opposabilité du droit violé [1805], c'est-à-dire son manquement au devoir général de respect du droit d'autrui. Tel est le cas précédemment rappelé des tiers ayant édifié une fosse septique sur la cour d'autrui [1806], du tiers ayant construit sciemment une maison sur le terrain d'autrui [1807], de celui qui a empiété sur le fonds voisin [1808], ou encore du père ayant édifié une maison sur le terrain qu'il a acheté lui-même au nom de sa fille mineure [1809].

600. En cas de faute. Ce que démontre d'ailleurs le beau choix offert, au premier rang, au propriétaire du sol, à l'égard d'un tiers de mauvaise foi [1810], de demander la suppression des

---

1804 Civ. 3e, 23 avril 1974, *Bull. civ.* 1974, III, n° 164 ; civ. 3e, 12 mars 1985, *Bull. civ.* 1985, III, n° 50 ; civ. 3e, 3 octobre 1990, *Bull. civ.* 1990, III, n° 180; décisions approuvées par la doctrine : C. GIVERDON et P. SALVAGE-GEREST, obs. sur Civ. 3e, 23 avril 1974 et 12 mars 1985, *RTD civ.* 1986, p. 377 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 144, p. 223 : « *Que sa créance soit fixée amiablement ou judiciairement, l'auteur de l'ouvrage pourra la recouvrer dans les conditions du droit commun, au besoin en saisissant l'immeuble. S'il ne s'est pas dessaisi, il peut, en outre, demeurer en possession jusqu'à parfait paiement, procédé autrement plus efficace. Les conditions du droit de rétention sont réunies puisqu'il existe un lien de connexité entre la créance et la chose retenue.* » ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 191 : « *L'acquisition pure et simple des constructions par le propriétaire du terrain, par accession, impliquerait ici des difficultés particulières tant en ce qui concerne le sort des constructions et plantations que l'indemnisation du constructeur par le propriétaire. Si elle s'impose au propriétaire du fonds, l'accession forcée moyennant indemnité risque d'être très onéreuse pour lui.* »

1805 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3e éd., Puf, 2008, n° 144 : « *Lorsqu'il s'agit d'un empiétement, l'ouvrage sera considéré comme une simple atteinte à la propriété, sanctionnable par une remise en état des lieux, c'est-à-dire par la suppression des constructions. Le propriétaire du fonds empiété peut, toutefois, n'exiger que le paiement de dommages-intérêts, dont le principe est acquis par le seul fait de l'empiétement, nécessairement fautif.* »

1806 Civ. 1re, 13 janvier 1965, *Bull. civ.* 1965, I, n° 34.

1807 Civ. 3e, 15 janvier 1971, *Bull. civ.* 1971, III, n° 40.

1808 Civ. 1re, 1er juillet 1965, *D.* 1965, J.P., p. 650, note R. DÉSIRY.

1809 Civ. 3e, 1er mars 1995, *Bull. civ.* 1995, III, n° 68, décision contestée sur son fondement : F. ZENATI, obs. sur Civ. 3e, 1er mars 1995, *RTD civ.* 1996, p. 658 ; avec atténuation : J. HAUSER, obs. sur Civ. 3e, 1er mars 1995, *RTD civ.* 1996, p. 363.

1810 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 447 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 192, p. 231. Un tiers de mauvaise foi est aussi celui qui occupe le terrain sur la base d'une convention, mais qui n'est pas autorisé à y édifier des constructions, ou faire des plantaions : civ. 3e, 23 avril 1974, *Bull. civ.* 1974, III, n° 164.

constructions, plantations ou des ouvrages effectués par celui-ci sur son terrain. Ainsi, le propriétaire du terrain peut se contenter d'invoquer le manquement du tiers à l'égard du devoir général de respect du droit d'autrui [1811], et par conséquent, de demander l'enlèvement des constructions, plantations ou ouvrages, avec des dommages et intérêts [1812]. S'il déclare, au contraire, avoir l'intention de conserver la propriété des investissements faits de mauvaise foi sur son terrain, ce qui peut même être déduit de l'absence de l'option contraire [1813], le caractère fautif de l'action du tiers s'en trouve effacé ; celui-ci se retrouve alors, à son égard, dans le même traitement que le tiers de bonne foi [1814]. La mauvaise foi initiale du tiers disparaît ; il a droit au remboursement de son investissement. Ce qui enlève à l'enrichissement du propriétaire du terrain d'être sans cause [1815].

601. Conclusion. Ainsi, l'exigence de la possession réelle de la chose et de la publicité des actes translatifs de propriété a pour effet de résoudre, d'une part et d'abord, les conflits entre acquéreurs concurrents, ou successifs, et d'autre part et ensuite, d'établir la preuve de la faute d'une personne à l'égard du droit de propriété de l'autre, surtout du second acquéreur, dont découlera l'opposabilité de ce droit.

2. L'opposabilité du droit dans les actes translatifs de propriété

602. Points communs dans les articles 555 et 1141, ou 1198 nouveau. Aussi bien dans les termes des articles 1141 ancien, et 1198 nouveau, que dans ceux de l'article 555 du Code civil [1816], on peut discerner bien clairement une nuance entre la question de l'opposabilité du droit en général et celle de la résolution du conflit résultant des acquisitions concurrentes du droit de propriété. Les deux dispositions paraissent porteuses des mêmes

---

1811 Civ. 1re, 13 janvier 1965, *Bull. civ.* 1965, I, n° 34.

1812 J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 192, p. 231. Voir l'opinion divergente sur la qualifiation de l'indemnité due au propriétaire des constructions, plantations ou des ouvrages : W. DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012, n° 407 : « *Plutôt qu'une application de la règle d'équité qu'est l'enrichissement sans cause, elle est techniquement une hypothèse de revendication en valeur de l'accessoire.* »

1813 Civ. 3e, 12 mars 1985, *Bull. civ.* 1985, III, n° 50.

1814 Civ. 3e, 23 avril 1974, *Bull. civ*. 1974, III, n° 164 : « *Attendu que les paragraphes 3 et 4 de cet article* (art. 555 du Code civil) *réservent dans tous les cas au propriétaire du sol qui conserve les constructions et plantations, pour le calcul de l'indemnité compensatrice due au tiers qui les a faites, la même option, sans distinction suivant la bonne ou la mauvaise foi de ce dernier ;* » Décision approuvée par la doctrine : C. GIVERDON et P. SALVAGE-GEREST, obs. sur Civ. 3e, 23 avril 1974 et 12 mars 1985, *RTD civ.* 1986, p. 377.

1815 M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 50 ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 193.

1816 Pour un auteur, l'hypothèse de l'article 555 du Code civil constitue une fausse exception à l'exclusivisme du droit de propriété : M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 49 et suiv.

règles, bien que leurs domaines soient différents : la première traite fondamentalement des acquisitions concurrentes, ou successives sur une chose, et la seconde du conflit des droits de propriété ayant des objets différents mais combinés. Ces dispositions du Code civil établissent par la même occasion la frontière entre la question du conflit des droits et celle de l'opposabilité du droit [1817]. Ces deux questions ont des conséquences juridiques bien différentes.

603. Le sort du droit du premier acquéreur dans l'hypothèse de conflit entre acquéreurs successifs. On a fait observer ci-dessus, s'agissant de l'hypothèse d'acquisitions successives sur une chose, que le conflit de droits procède de la négligence du premier acquéreur dans l'exercice des mesures protectrices de son droit de propriété. Cette nonchalance du premier acquéreur marque la solution du litige, laquelle consiste dans la perte du droit de celui-ci en faveur du second acquéreur diligent, autrement dit, qui n'a commis aucune faute, et qui, en outre, a pu opérer une distance entre l'aliénateur et la chose acquise. Le second acquéreur s'est prévalu de façon prompte des moyens en sa disposition pour se faire mettre immédiatement en possession réelle de la chose [1818], répondant ainsi au vœu du législateur.

C'est cette diligence que, dans le système du Code civil de 1804, le législateur attend de celui qui vient de se faire transférer la propriété d'une chose de corps certain. Si le second acquéreur a pu obtenir la remise de la chose, c'est que le premier acquéreur a été simplement négligent. La diligence attendue de l'acquéreur pallie, dans certaine mesure, la difficulté particulière de rapporter la preuve du droit de propriété. Elle est d'un intérêt social, non seulement en ce sens qu'elle ôte à l'aliénateur toute latitude d'agir de mauvaise

---

1817 G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 132, n° 47 : « *[…] l'exigence de la connaissance s'explique parfaitement puisque la technique de l'opposabilité des contrats aux tiers repose implicitement sur le mécanisme de la responsabilité civile. Celle-ci suppose nécessairement une faute qui consistera à porter atteinte aux prévisions ou aux anticipations d'autrui en pleine connaissance de la situation contractuelle aménagée. L'opposabilité vient ainsi incontestablement limiter la liberté d'action des tiers, désormais contraints de respecter l'existence des conventions, ce qui suppose toutefois qu'ils en aient eu connaissance. C'est en effet une règle de bon sens que l'on ne peut attendre ce respect que des tiers informés. Et à la condition au surplus qu'ils ne disposent pas d'un droit légitime de nuire […].* »

1818 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 312 : « *[…], lorsqu'on admet l'idée d'un lien consubstantiel entre la propriété et l'opposabilité* erga omnes*, la publicité foncière apparaît pleinement comme un mode de possession juridique de l'immeuble puisqu'elle a pour objet de rendre opposable* erga omnes *la mutation de propriété opérée […], tandis que pour les meubles corporels, la possession réelle jouera le rôle de la possession juridique et fera par conséquent office de publicité (pour ce type de biens, la possession réelle et la possession juridique sont confondues, en application de l'article 1141 du Code civil).* » ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 128 : « *La possession ne représente qu'une maîtrise de fait d'un bien ou l'exercice de fait d'un droit réel. Toute la question est de savoir pourquoi le droit protège un simple fait.* »

foi en faveur d'une autre personne [1819], et donc de créer un conflit, mais il en résulte aussi que la propriété de la chose a effectivement changé de titulaire. Son absence trouve donc une réponse législative consistant dans une technique de sanction. En toute équité, le second acquéreur mérite ainsi d'être confirmé propriétaire de la chose au détriment du premier, alors, victime de sa propre négligence ou confiance faite à l'aliénateur [1820].

604. Le droit de propriété du premier acquéreur dans l'hypothèse d'opposabilité du droit. En revanche, le droit de propriété du premier acquéreur est absolument inébranlable dans l'hypothèse que le législateur considère comme étant le domaine de l'opposabilité du droit. Aux termes de l'article 1141, ou 1198 nouveau, du Code civil, la seconde acquisition faite de mauvaise foi n'aura aucun effet à l'égard de la première aliénation [1821] ; car, elle l'a été, par hypothèse, dans la connaissance de l'existence de la première acquisition. Il ne s'agit pas ici de trancher un conflit entre deux acquisitions concurrentes sur une chose, mais d'une violation du principe général de respect ou de reconnaissance du droit d'autrui. Le tiers de mauvaise foi est assimilé à tout importun, c'est-à-dire à un vagabond, un usurpateur, un voisin perturbateur [1822], etc. [1823]. Le titulaire du droit violé, autrement dit, le premier acquéreur n'a ainsi pas à rapporter la preuve de son acquisition, celle-ci n'étant vraiment pas en cause ici. Il arrive qu'il pèse plutôt sur le tiers de rapporter la preuve contraire [1824]. Le premier acquéreur se contentera fondamentalement de démontrer la faute du second acquéreur [1825] ; il doit alors établir que celui-ci n'ignore pas l'existence du

---

1819 S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux,* LGDJ, 1960, n° 29, p. 75

1820 M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 267 : « *[…] la publicité de l'opération ne dépend alors que de la perspicacité de l'acquéreur dans l'appréciation de l'honnêteté de son vendeur. L'erreur d'appréciation sur ce point, et donc le défaut d'effectivité de la publicité, sera sanctionnée de la même manière que le défaut de transcription en matière immobilière : par la déchéance du droit du* verus dominus. »

1821 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1622 : « *Le premier acquéreur n'a […] rien à redouter d'un second acquéreur de mauvaise foi : il demeurera propriétaire, bien que n'ayant pas été mis en possession réelle. Il n'a même pas besoin d'intenter l'action paulienne pour faire tomber la seconde aliénation : cet acte n'a pas transféré la propriété ; il lui suffira, pour reprendre la chose, d'intenter l'action en revendication.* »

1822 Civ. 1re, 1er juillet 1965, *D*. 1965, jur., p. 650, note R. DÉSIRY.

1823 Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, « Recherches Juridiques », préf. M. GRIMALDI, Economica, 2016, n° 284.

1824 C'est l'illustration que fournit l'espèce à laquelle est appliqué l'article 555 du Code civil : Civ. 3e, 15 janvier 1971, *Bull. civ.* 1971, III, n° 40. Le tiers allègue qu'il a édifié une maison sur le terrain d'autrui sur la base d'une convention, dont il n'arrive pas à rapporter la preuve.

1825 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 335 : « *[…], la condition de bonne foi du second acquéreur en date mais premier en possession juridique, que l'on rencontre notamment pour les conflits liés aux ventes doublées d'un meuble corporel ou d'un immeuble, ne s'appuie nullement sur le principe d'un transfert* solo consensu *de la propriété, mais la remise en cause du droit de ce second acquéreur de mauvaise foi repose sur le fondement de la fraude* — fraus omnia corrumpit — *(la mauvaise foi du second acquéreur dans le cadre d'une vente*

… / …

premier contrat conclu par l'aliénateur [1826]. La mauvaise foi du second acquéreur traduit que celui-ci n'a fait que violer le droit du premier acquéreur. Il existe une connivence entre l'aliénateur et le second acquéreur contre les intérêts du premier acquéreur [1827].

605. Le droit opposable dans les actes translatifs de propriété. En ce qui concerne la nature du droit dont l'opposabilité est traitée dans les actes translatifs de propriété en cours d'exécution, il ne fait pas de doute que ce soit le droit personnel [1828]. Dans le droit positif, le camouflage de l'opposabilité du droit personnel résulte, d'une part, d'une pure coïncidence circonstancielle entre le moment de la naissance de celui-ci et celui du transfert du droit de propriété [1829], et d'autre part, de l'exaltation par la doctrine de ce transfert *solo consensu*. En effet, la violation du droit personnel par les tiers est perçue en général par la

---

doublée ne se distinguant pas de la fraude), ou également sur celui de la fraude paulienne, ces deux mécanismes tendant tous deux, en raison de l'extension par la jurisprudence du champ et des conditions d'application de la fraude paulienne, à couvrir cette même hypothèse. »

1826 G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 132, n° 31 : « *Finalement, il ne semble donc pas excessif de dire que la connaissance est bien, tant pour les conventions portant sur des droits personnels que pour celles ayant pour objet des droits réels, une condition de leur opposabilité aux tiers.* »

1827 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 356 : « *L'action paulienne telle que façonnée par la jurisprudence s'adapte parfaitement au régime prévu par Pothier et repris par les rédacteurs du Code civil à l'article 1141. L'acquéreur d'un bien n'en est pas propriétaire avant sa mise en possession et ne dispose que d'un droit de créance, un droit personnel ou droit à la chose. Cependant, ce droit personnel lui permet d'agir en inopposabilité de l'acte de cession conclu entre son débiteur et un second acquéreur si ce dernier est de mauvaise foi. Cette action correspond trait pour trait à la nouvelle forme de l'action paulienne qui permet au titulaire d'un droit de créance spécial — relatif à une chose — d'agir contre l'acquéreur — de mauvaise foi — du bien concerné (ou contre un tiers de mauvaise foi à qui a été octroyé un droit réel sur ce bien) dans la mesure où l'acte conclu par le débiteur avec ce tiers (et la mise en possession qui en a résulté pour ce dernier) rend impossible ou paralyse l'exercice du droit de créance spécial dont dispose le créancier ; la sanction attachée étant l'inopposabilité de la vente ou de l'acte passé en fraude des droits de ce dernier.* »

1828 Dans le sens similaire, mais qui dit que l'opposabilité du droit réel est subordonnée à la connaissance, c'est-à-dire à la publicité du droit personnel, G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 132, n° 26 : « *Il semble possible d'affirmer, que la circonstance que les conventions créant ou transmettant un droit réel doivent faire l'objet d'une mesure de publicité obligatoire, a une incidence directe sur l'importance de la connaissance et de l'opposabilité. Il est habituel de voir affirmer en doctrine que le droit réel est opposable d'emblée, c'est-à-dire abstraction faite de toute connaissance. Or, le seul fait que les conventions ayant pour objet un tel droit sont soumises à publicité obligatoire, même non effectuée, modifie radicalement la situation. Ces droits ne bénéficient plus que d'une opposabilité subordonnée à la connaissance.* » Et c'est le droit personnel qui est publié, c'est-à-dire l'acte translatif du droit réel.

1829 Cet auteur relègue à volontiers au second rang l'opposabilité du droit personnel : F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 186 : « *[...], l'opposabilité, à l'égard des tiers, des droits nés du contrat relève de l'opposabilité substantielle et de la propriété.* » Selon cet auteur, le droit personnel produit aussi une opposabilité substantielle, c'est-à-dire *erga omnes*, mais du seul fait qu'il est également l'objet du droit de propriété. Alors, si le droit personnel est aussi opposable *erga omnes*, on ne voit pas ce qui produit une opposabilité relative dans le contrat, celui-ci n'étant constitué que des droits qui en sont nés.

doctrine plutôt comme celle du droit de propriété. Le droit personnel est alors simplement éclipsé par le retentissement [1830], ou encore par l'importance du droit de propriété [1831], la finalité de l'opération étant l'acquisition de celui-ci, et le droit personnel paraissant, particulièrement ici, avoir une durée de vie très limitée dans le temps.

606. Identité d'objet entre le droit personnel et le droit de propriété. Toutefois, il ne peut être ici nié que le transfert de l'aspect physique, sinon effectif du droit de propriété dépend étroitement de l'exercice du droit personnel [1832]. L'hypothèse de la résolution du conflit entre les acquisitions successives en présente l'illustration [1833]. L'étroitesse de cette dépendance est telle que la paralysie du droit personnel faute d'objet emporte l'anéantissement du droit de propriété, et de sa survie résulte celle de celui-ci. Il y a identité d'objet entre le droit personnel et le droit de propriété. La chose aliénée est l'objet tant du droit personnel que du droit de propriété. Le droit personnel, en l'occurrence, l'obligation de délivrance [1834], ou de mise à disposition a pour objet la chose, laquelle se trouve être aussi l'objet du droit de propriété. Le droit personnel constitue le vecteur de l'objet du droit de propriété, si bien que l'on ne s'empêche pas de voir en lui un acte translatif du droit de propriété [1835]. Or, la seule différence qui existe entre l'hypothèse de résolution du conflit

---

1830 Voir une analyse analogue concernant le caractère obligatoire et l'opposabilité du droit personnel, J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, « Bibliothèque de droit privé, tome CLXXIX », préf. D. MARTIN, LGDJ, 1984, n° 166 : « *Contrairement aux autres droits subjectifs, spécialement les droits réels, l'opposabilité des droits personnels est une invention récente de la science juridique, liée à la reconnaissance de l'opposabilité des actes juridiques. Le caractère tardif de cette découverte tient au fait que la relation sujet-objet joue pour les créances un rôle si important, qu'elle semble éclipser tout autre rapport juridique, au point de les faire apparaître comme des droits éminemment "relatifs".* »

1831 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 551 : « *Le livre III du Code, dont les dispositions sont de loin les plus abondantes (art. 711 à 2279), est intitulé : "*Les différentes manières dont on acquiert la propriété*". C'est dire l'importance qu'avait cette question pour le législateur de 1804 : les principales institutions du droit civil — succession, contrats, régimes matrimoniaux, contrats spéciaux…-ont pour finalité l'acquisition de la propriété.* »

1832 J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 224 : « *La possession doit d'abord être réelle, c'est-à-dire qu'elle doit résulter d'une tradition effective de la chose et qu'elle nécessite une détention matérielle de la chose.* »

1833 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 331 : « *Dans le système abstrait, la possession — ou son équivalent publicitaire — se suffit à elle-même pour la pleine acquisition de la propriété, du moins si l'ayant cause est de bonne foi. À ce titre, elle est un mode parfait et complet d'acquisition de la propriété. Tel n'est pas le cas dans le système causal et différé, puisque la possession — ou son équivalent publicitaire — ne produit d'effet acquisitif ou translatif que si elle procède d'un titre d'acquisition (l'acte créateur d'obligations) pleinement valable. Le mode de transfert n'est pas, ici, indépendant de l'acte créateur d'obligations qui lui sert de cause.* »

1834 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 376, p. 122 : « *L'obligation est un droit personnel : elle a pour objet de permettre à un créancier d'obtenir une prestation déterminée de son débiteur qui n'offre en garantie que l'ensemble de son patrimoine.* »

1835 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 326 et suiv.

d'acquisitions successives et la question d'opposabilité, c'est que dans le premier cas, la négligence du premier acquéreur est à la base de la seconde acquisition, et dans le second cas, la faute vient du second acquéreur. Une fois ces éléments distinctifs identifiés, on peut s'apercevoir du domaine de l'opposabilité du droit dans le conflit d'acquisitions concurrentes de propriété.

607. L'opposabilité du droit personnel dans les actes translatifs de propriété. Ainsi, la doctrine classique n'a pour effet que d'obscurcir le principe de l'opposabilité des droits personnels dans les actes translatifs de propriété ; fort de l'opposabilité particulière du droit de propriété, son regard s'oriente dans une autre direction que celle demeurant constante du législateur. En effet, un regard attentif porté sur les dispositions de l'article 1141, ou 1198 nouveau, du Code civil, révèle, comme on peut ci-dessus l'observer, que l'opposabilité demeurant de façon constante dans la vision du législateur est bien celle du droit personnel. Il résulte de ces dispositions que le contrat conclu par le second acquéreur en méconnaissance de l'existence de la première acquisition, n'a aucune incidence sur celle-ci. La mise en possession réelle de ce dernier n'a aucun effet sur la première acquisition dont l'obligation de délivrance n'a pas encore été exécutée. De même, les formalités de publicité foncière remplies par le second acquéreur en méconnaissance de la première acquisition sont sans effet à l'égard de celle-ci [1836]. La Cour de cassation, après avoir paru ne considérer que l'antériorité de la publicité [1837], c'est-à-dire abstraction faite de la mauvaise foi du second acquéreur, semble revenue, sur la base du nouvel article 1198 du Code civil [1838], sur la ligne tracée par les codificateurs en refusant à une publicité effectuée par un tiers de mauvaise foi d'avoir effet à l'encontre d'une promesse de vente publiée par

---

1836 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 2, *Biens, Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1994, n° 1625 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 405 : « *La publicité s'opère, en principe, par le dépôt à la conservation des hypothèques d'une copie de l'acte, faite sur des formules préétablies. Le principe est donc la publication des actes instrumentaires, et non des droits.* » ; J. GHESTIN (Sous la dir.), J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2010, n° 214 : « *La publication est donc seulement une formalité de publicité des actes translatifs de propriété destinée à les rendre opposables aux tiers qui ont acquis des droits concurrents non encore publiés sur le même immeuble. Elle n'est pas nécessaire à la validité des actes de vente, ni à la réalisation consécutive du transfert de propriété à l'acquéreur, et le défaut de publication d'un acte entraîne seulement son inopposabilité aux tiers.* »

1837 W. DROSS, obs. sur Civ. 2e, 7 avril 2016, *RTD civ*. 2016, p. 664.

1838 W. DROSS, obs. sur Civ. 2e, 7 avril 2016, *RTD civ*. 2016, p. 664 : « *Le nouvel article 1198, alinéa 2, du Code civil issu de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016, modifie la conception actuelle du rôle de la publicité foncière. En brisant la jurisprudence initiée en 2011 qui consistait à tenir pour indifférente la mauvaise foi du primo-publiant, celui-ci pouvant se prévaloir de la transcription de son titre au fichier immobilier alors même qu'il savait que le bien avait été d'ores et déjà cédé à un tiers, le législateur affirme la dimension subjective de la publicité foncière. Celle-ci a d'abord pour fonction d'informer les intéressés sur les droits grevant un immeuble, de telle sorte que si celui qui publie a connu par un autre vecteur l'existence d'un droit réel incompatible sur l'immeuble, ce droit lui est opposable.* »

le biais de la publication, au fichier immobilier, de l'assignation contre le promettant à sa réalisation [1839].

608. Opposabilité de l'obligation de délivrance. L'on sait que le transfert de propriété s'effectue par principe *solo consensu*. Par conséquent, ni le vendeur ni le second acquéreur ne peuvent en interrompre le cours. Leur obstruction à l'encontre de la première acquisition ne peut avoir d'incidence que sur l'obligation de délivrance, si bien qu'une opinion considère que c'est plutôt la possession réelle ou la publicité qui produit l'opposabilité *erga omnes* [1840] ; la possession réelle incarne ici l'exécution effective de l'obligation de délivrance, obligation négative à l'égard de l'aliénateur, car son objet est quérable. Le transfert s'entend d'un mouvement ou d'une opération entre deux personnes. Celui automatique de la propriété peut relever soit de l'effet légal d'un acte accompli entre celles-ci, soit de leur activité matérielle. C'est donc en réalité de l'opposabilité de l'obligation de délivrance qu'il s'agit dans l'hypothèse d'acquisitions concurrentes [1841] ; la seconde acquisition frauduleuse n'affecte pas son exécution [1842], laquelle, une fois suivie du retirement, emportera l'accomplissement du transfert physique du droit de propriété, et donc consolidera définitivement le droit du premier acquéreur.

609. Conclusion de la Section II. Les codificateurs n'ont ainsi commis aucune maladresse en n'ayant point fait référence au droit de propriété, ou au transfert de la propriété dans

---

1839 Civ. 2e, 7 avril 2016, *RTD civ.* 2016, p. 664, obs. W. DROSS.

1840 F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 259 : « *La possession, en ce qu'elle constitue le fait générateur de l'opposabilité* egra omnes*, apparaît dès lors comme une condition de la pleine réalisation du transfert de la propriété.* » ; G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 132, n° 30 : « *[…], à notre sens, […], la publicité avec la connaissance qu'elle permet, est constitutive ou génératrice, non de droit, mais d'opposabilité. Faute de publication, la vente et d'une manière générale le droit, sera inopposable aux tiers. Par ailleurs, compte tenu de l'évolution jurisprudentielle précédemment rapportée, il est permis de dire que la publicité, génératrice d'opposabilité, a également eu un effet novatoire sur cette opposabilité : elle a réduit l'opposabilité d'emblée du droit réel à une simple opposabilité subordonnée à la connaissance.* »

1841 Un auteur, défenseur de l'opposabilité forte du droit réel, prétend séparer, dans l'hypothèse de la publicité foncière, l'opposabilité du droit de propriété et l'opposabilité de cette publicité : M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989, n° 236 : « *[…], il faut avoir à l'esprit que le système étudié superpose deux régimes juridiques : celui de l'opposabilité essentielle du droit réel, qui se traduit par le principe d'exclusivisme, et celui, que la loi y a greffé, de la publicité foncière.* » Les mêmes régimes juridiques pour les meubles, *Ibid.*, n° 268.

1842 Pour l'effet de la publicité foncière : F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9e éd., Dalloz, 2014, n° 406 : « *La formalité à accomplir à la conservation des hypothèques n'est qu'une formalité de publicité à l'égard des tiers. D'une part, si elle est accomplie, elle ne donne pas valeur à l'acte publié lorsqu'il en est dépourvu ; elle ne le purge pas de ses vices et causes de nullité et ne consolide pas définitivement le droit des personnes en cause. D'autre part, si elle n'est pas accomplie, l'acte garde sa valeur entre les parties ; il transfère entre elles la propriété ou crée entre elles le droit immobilier ; mais l'acte et, par suite, le droit transmis sont inopposables aux tiers.* » ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007, n° 356.

l'hypothèse de l'article 1585. Le but qu'ils ont assigné au transfert de propriété disparaît s'agissant de l'acquisition de choses de genre : la quasi-inexistence du droit de suite. Il est par conséquent, dans leur conception, justement sans intérêt de déterminer le moment où la propriété doit être considérée comme transférée. En outre, une opposabilité particulière du droit de propriété n'est que le fruit de l'imagination de la doctrine dominante ; elle n'a d'ailleurs cessé de susciter de controverses. Aucun droit n'est, aux yeux des codificateurs, plus opposable que l'autre. Et dans les actes translatifs de propriété, seule l'opposabilité du droit personnel se trouve soutenable. L'intérêt de la détermination du moment du transfert de la propriété a donc simplement un domaine plus limité que celui de la charge des risques dans le système du Code civil de 1804.

SECTION II.
L'ATTRIBUTION DES RISQUES

610. Similitude avec l'hypothèse de la condition suspensive. L'hypothèse de choses de genre prévue à l'article 1585 du Code civil de 1804 représente le domaine d'élection des ventes réglementées par le droit de l'OHADA et la CVIM. En effet, les ventes commerciales portent en général sur les choses de genre. On a vu que les rédacteurs du droit de l'OHADA et de la CVIM envisagent la charge des risques en termes de transfert. Là où la délivrance est effective, ils déclarent que les risques sont transférés à l'acheteur. Cette conception de la charge des risques tire sa source du droit positif français ; elle diffère de celle du Code civil de 1804. À la différence du droit positif, ce Code ne conçoit pas un transfert des risques. Il circonscrit le domaine dans lequel la perte fortuite de la chose entraîne l'inexécution de l'obligation. Les risques ne sont pas envisageables dans la période postérieure à l'exécution du contrat. Ainsi, la charge des risques est ici résolue de la même façon que dans l'hypothèse de la condition suspensive précédemment analysée. Contrairement au droit positif, la question de la charge des risques n'est également envisageable, et, par voie de conséquence, n'a été envisagée que dans un domaine bien déterminé (§ 1), lequel correspond à l'exécution de l'obligation de délivrance. Celle-ci s'effectue par principe de façon concomitante avec l'individualisation de la chose (§ 2).

§ 1. LE DOMAINE DE LA QUESTION DES RISQUES

611. L'exécution de la délivrance et la double perfection de la vente. Il résulte de l'article 1585 du Code civil que la vente n'est pas parfaite en ce sens que les risques sont à la charge du vendeur jusqu'au pesage, comptage ou mesurage des marchandises vendues. Il convient donc de préciser au préalable la double perfection de la vente entendue dans cette disposition (A), celle dont la réalisation requiert le pesage, le comptage et le mesurage, ne constitue rien d'autre que le moment de l'exécution instantanée de la vente (B).

A. La double perfection de la vente suivant l'article 1585 du Code civil

612. L'exécution de l'obligation de délivrance. L'attribution de la charge des risques, dans l'hypothèse de l'article 1585 du Code civil, ne déroge pas à la règle incomprise de ce Code, analysée jusqu'ici. L'association des risques à l'obligation de délivrance s'observe d'une façon ou d'une autre dans toutes les hypothèses. Elle est d'ailleurs particulièrement évidente dans l'acquisition de choses de genre. On a fait précédemment observer que c'est le droit positif qui ramène ici le transfert de la propriété au moment auquel la délivrance

s'avère effective [1843]. On a rappelé la faiblesse particulière des arguments à la base de la règle *res perit domino* dans l'hypothèse de l'acquisition de choses de genre. Seule l'obligation de délivrance demeure le critère justificatif de l'attribution de la charge des risques dans le Code civil. Il suffit simplement, pour s'en rendre compte, de regarder de près le mécanisme de l'exécution de l'obligation de délivrance dans chaque hypothèse [1844]. La délivrance demeure consensuelle, et donc juridique ; sa particularité dans l'acquisition de choses de genre, par rapport à celle de corps certains, c'est qu'elle n'est pas immédiate. Autrement dit, la délivrance ne s'effectue pas ici par le même consentement que la formation du contrat. Elle ne peut en effet être immédiate en raison de l'état dans lequel se trouve son objet lors de la formation du contrat, l'état dont il résulte par ailleurs que les parties ont consenti à l'exigibilité ultérieure de l'obligation de délivrance, c'est-à-dire à la mise à disposition non immédiate de la chose vendue.

613. L'analyse des termes de l'article 1585 du Code civil par la doctrine majoritaire. Ainsi, en cas de vente de choses de genre, l'article 1585 du Code civil dispose que « *la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées* […] ». En droit positif, l'analyse de cette disposition met les risques à la charge de l'acheteur dès que l'individualisation s'avère effective. On s'aperçoit que c'est par une simple déduction *a contrario* que l'on laisse ainsi entendre que les risques seraient à la tête de l'acquéreur. En effet, le législateur se borne à indiquer que la charge de la perte fortuite de la chose pèse sur le vendeur jusqu'à ce que les choses soient pesées, comptées ou mesurées. On peut observer en outre qu'il n'a pas fait savoir expressément l'effet de la

---

1843 Civ., 30 juin 1925, *D*. 1927, I, p. 29 : « *Attendu que la propriété de la chose vendue n'est transmise à l'acquéreur que quand cette chose est déterminée dans son individualité ; que lorsque la vente a pour objet une certaine quantité de marchandises à prendre dans un lieu désigné, qui en renferme une quantité qui n'a pas encore été mesurée, c'est seulement l'opération du mesurage qui individualise la chose et entraîne en conséquence la transmission de propriété, puisqu'elle a pour effet, suivant le cas, soit de faire connaître aux parties qui l'ignoraient jusqu'alors que la vente comprend la totalité de la marchandise, soit de déterminer la portion qui sera livrée à l'acquéreur pour le remplir de ses droits ;* » ; F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D*. 1954, chr., p. 175, spéc. 176 : « *Dans de telles ventes* (ventes sur palce de choses de genre) *le Code civil n'a résolu expressément que le problème du transfert des risques.* » ; M. TALLON n'est pas satisfait des raisons de la séparation du transfert de propriété de la formation du contrat : D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 103 : « *Pourquoi le transfert de la propriété des choses déterminées seulement* in genere *ne s'effectue-t-il pas au moment de la conclusion du contrat ? Les raisons théoriques tendant à justifier cette séparation de la naissance des obligations et de la translation du droit de propriété ne permettent pas à elles seules de préciser de façon rigoureuse le moment exact où le droit de propriété passe à l'acquéreur. En pareille matière, les considérations pratiques sont déterminantes ; elles seules peuvent expliquer et, dans certaine mesure, justifier les incertitudes de la jurisprudence.* »

1844 Selon une opinion, la délivrance présente deux caractères : la délivrance matérielle et la délivrance juridique : R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, p. 69 et s. : « *Il est permis d'affirmer, en s'appuyant sur la pratique et sur le Droit, que la délivrance, prise comme terme générique, revêt deux aspects plus ou moins confondus dans les faits, un aspect matériel et un aspect juridique.* »

réalisation de l'individualisation sur la charge des risques. Il indique seulement que les risques pèsent sur le vendeur dans l'intervalle allant de la formation du contrat à l'individualisation. Ce qui peut conduire à se demander si l'effectivité de l'individualisation attribue de façon automatique les risques à l'acheteur. Autrement dit, les risques sont-ils pour celui-ci dès l'individualisation ? L'article 1585 du Code civil déclare que la vente n'est point parfaite tant que l'individualisation ne s'effectue pas. L'hypothèse implique alors une double perfection dans l'accomplissement de l'acquisition : celle de la formation du contrat d'une part, et celle suspendue à l'individualisation d'autre part.

614. Mise à disposition effective de la chose, deuxième perfection de la vente. On a rappelé que la doctrine a répondu par l'affirmative à la question de savoir si l'individualisation attribue les risques à l'acheteur [1845]. Comme l'a fait observer la doctrine dans sa majorité, le terme « *parfait* » ne peut renvoyer à la formation de la vente ; celle-ci est en effet déjà formée [1846], l'action personnelle [1847] en résulte d'ailleurs en faveur de l'acheteur en vue de réclamer l'exécution de l'obligation de délivrance, ou en cas de l'inexécution de celle-ci, de demander des dommages et intérêts. Les travaux préparatoires du Code civil confirment que la seconde perfection traduit la mise à disposition des marchandises : « […], *dans le cas où la vente est parfaite et accomplie par le seul consentement, la chose vendue est dès le moment même de ce consentement au pouvoir de l'acheteur.* » [1848] En revanche, « *lorsque la vente existe à la vérité, mais qu'on ne peut pas la considérer comme accomplie sans le concours de quelques circonstances, la*

1845 J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 544 : « *La nécessité d'un mesurage pour transformer en un corps certain parfaitement individualisé la chose ayant fait l'objet de la vente conduit seulement à décider que la vente définitivement formée ne peut produire son effet translatif de propriété, avec son corollaire le déplacement de la charge des risques, qu'une fois cette individualisation intervenue.* »

1846 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 349, p. 22 : « *[…] la vente n'en est pas moins parfaite […] en ce qui concerne la formation des obligations qui en naissent.* » ; J. CARBONNIER, obs. sur Com., 4 décembre 1957, *RTD civ.* 1958, p 266 : « *[…], des ventes à la mesure, […], dès avant le mesurage, constituent des contrats définitifs (parfaits en ce sens), générateurs d'obligations, quoique non translatifs de propriété.* » ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., Montchrestien, 1968, n° 906 ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 38, p. 48 ; J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 544 : « *Il faut se garder d'une confusion que pourraient entretenir les termes utilisés par l'article 1585 qui énonce que la vente "n'est point parfaite" tant que les opérations de mesure ne sont pas intervenues. En réalité, le défaut d'individualisation de la chose n'empêche pas la vente d'être parfaite dès l'échange des consentements.* »

1847 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., Montchrestien, 1968, n° 906. Le vendeur bénéficie aussi d'une telle action, mais son exercice sera paralysé jusqu'à l'individualisation de la chose, l'acquéreur pouvant invoquer le défaut de celle-ci pour justifier son refus de payer le prix. En réalité, cela dépend des termes du contrat. Si le contrat prévoit que le prix doit être payé avant l'individualisation, l'acheteur peut être forcé à le payer.

1848 Discours prononcé par le tribun GRENIER devant le corps législatif sur le projet de loi sur la vente, GRENIER, « Discussion devant le corps législatif », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 180, spéc. 183.

chose vendue est aux risques du vendeur jusqu'à ce que ces circonstances arrivent […] » [1849]. Une vente accomplie, autrement dit, parfaite, est celle dans laquelle la chose vendue se trouve mise à la disposition de l'acheteur. La perfection de la vente résultant de l'article 1585 du Code civil indique le moment de l'exécution de celle-ci.

B. Le moment de l'exécution instantanée de la vente

615. La perfection de la vente, moment de son exécution. Le terme « *parfait* » renvoie au moment où la vente devient par principe exécutoire [1850], surtout à l'exigibilité de la délivrance, dépendant ici de l'individualisation, autrement dit, au moment où la chose est supposée se trouver à la disposition de l'acheteur. Ce n'est, en effet, que lorsque le vendeur refuse d'individualiser la chose ou tarde à le faire, que l'acheteur peut l'y contraindre en déclenchant l'exercice de l'action que celui-ci tient de la formation du contrat [1851] ; c'est là une exécution forcée de la vente. L'action permet à l'acheteur de forcer l'individualisation, laquelle constitue une obligation indépendante à la charge du vendeur [1852]. En revanche, lorsque le vendeur respecte le délai stipulé pour l'individualisation, la vente n'est exécutoire, ou parfaite, ou encore exécutable qu'au moment de l'individualisation. L'exécution est alors volontaire, les parties respectent leurs paroles données. C'est le moment naturellement prévu pour la réalisation des obligations réciproques issues de la vente, autrement dit, pour son exécution. À ce moment, l'exécution de la vente, au départ suspendue à la spécification de la chose, semble instantanée. Le caractère instantané de la vente est ainsi déplacé à l'individualisation. C'est, d'ailleurs, à l'expiration du délai stipulé pour l'individualisation, que l'inertie du vendeur autorisera l'acheteur à réclamer l'identification de la chose, où les dommages et intérêts.

616. Raison de l'indétermination de l'effet de l'individualisation. L'on peut ainsi s'apercevoir de la raison pour laquelle les codificateurs ne conçoivent pas, contrairement au droit positif, l'attribution de la charge des risques après l'individualisation. En effet, la doctrine ne s'interroge guère sur la raison de l'indétermination, dans l'article 1585 du Code civil, de l'effet de l'individualisation sur la charge des risques. L'effet de la réalisation de

---

1849 GRENIER, « Discussion devant le corps législatif », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 180, spéc. 183.

1850 J.-P. CHAZAL et S. VINCENT, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD civ.* 2000, p. 477, n° 9 : « *[…] le terme "parfait" vient du latin* perfectus *signifiant accompli, achevé, consommé.* »

1851 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 170 : « *Bien qu'avant le mesurage le transfert de propriété n'ait pas encore eu lieu, le contrat est immédiatement obligatoire ; par conséquent, si, contrairement à son engagement, le vendeur ne procède pas au pesage, au comptage ou au mesurage, l'acheteur pourra demander des dommages-intérêts.* »

1852 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 157 : « *L'individualisation désigne l'obligation qui pèse sur le vendeur d'achever la chose ou de l'identifier spécialement ; celle-ci reste une obligation de faire.* »

l'individualisation n'est pas plus que le transfert de propriété, déterminé dans l'hypothèse de l'acquisition de choses de genre. Le droit positif se contente d'une déduction *a contrario* mettant la charge des risques à la tête de l'acquéreur. Ce qui démontre que c'est le moment où les risques se trouvent à la charge de l'acheteur qui est pertinent aux yeux de la doctrine [1853]. Focalisée sur la charge des risques comme conséquence du transfert de la propriété, la doctrine n'est pas en mesure d'imaginer qu'il existe un domaine où la question des risques est techniquement inconcevable dans le contrat.

617. L'individualisation, moment de l'épuisement des effets de la vente. En effet, dans l'acquisition de choses de genre, à l'opposé de celle de corps certains, le moment de l'exécution de la vente est par principe repoussé à l'individualisation de la chose. Et dans l'entendement des auteurs du Code civil, la vente épuise par principe instantanément ses effets avec l'individualisation. Le tribun FAURE le rappelle si bien dans son rapport : « *de cet engagement réciproque résulte pour l'acheteur le droit de demander la livraison des marchandises* […]*, et pour le vendeur le droit de demander le prix de la vente, en offrant d'en faire la livraison.* » [1854] La période séparant la formation du contrat de l'individualisation est celle où la vente, contrat à exécution instantanée par excellence, demeure en vigueur, autrement dit, attend d'être exécutée. Il résulte de la nécessité de l'individualisation que l'exécution instantanée de la vente, est décalée ; elle se situe après l'individualisation.

618. La question des risques. Le contrat ne s'exécute par principe ni avant l'individualisation ni pendant la période où celle-ci n'est pas encore réalisée. C'est la seule période où la question de l'attribution de la charge des risques interpelle le législateur, et donc l'intervention de celui-ci. L'individualisation marque l'instant auquel la vente épuise par principe tous ses effets. Il est supposé que le paiement du prix et la délivrance soient acquittés simultanément à ce moment-là. Par conséquent, il n'y a pas lieu à concevoir l'attribution de la charge des risques après l'individualisation ; les risques ne sont plus envisageables. On voit ainsi que les codificateurs ne s'écartent pas, dans l'hypothèse de l'article 1585, de leur principe consistant à attribuer les risques à l'aliénateur, seulement lorsque la délivrance ne paraît pas encore exécutée. L'acquéreur ne supporte les risques que dans la mesure où le vendeur n'est plus qu'un conservateur de la chose, celui-là tardant par hypothèse à exécuter son obligation de retirement.

1853 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 48 : « *Les risques sont transférés selon la majorité des auteurs, dès que la chose est individualisée, puisque c'est à ce moment-là que la propriété de la chose passe à l'acheteur. D'où la nécessité de déterminer avec précision quelles sont les opérations qui ont valeur d'individualisation et quels caractères elles doivent revêtir afin de transférer la chose de genre en corps certain.* »

1854 Le rapport fait par le tribun FAURE au Tribunat : FAURE, « Communication officielle au Tribunat », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 150, spéc. 153.

619. La détention de la chose par le vendeur après l'individualisation. Ainsi, l'affirmative à la question de savoir si l'individualisation de la chose attribue automatiquement les risques à l'acheteur, ne semble pas faire de doute dans l'hypothèse où la chose se trouve encore sous la détention du vendeur. Le principe est que l'individualisation épuise les effets du contrat, l'obligation de délivrance s'en trouve exécutée, la chose ne peut être détériorée qu'entre les mains de l'acheteur ; par conséquent, la question des risques est inconcevable. Il n'est cependant pas exclu qu'il puisse arriver que le vendeur demeure détenteur de la chose postérieurement à l'individualisation [1855]. L'attribution des risques au vendeur jusqu'à l'individualisation répond ainsi à la règle de principe dans les solutions de la charge des risques. En effet, il résulte des développements précédents que le vœu du législateur dans le système du Code civil de 1804, c'est de faciliter la transmission matérielle de la chose à l'acheteur et d'encourager celui-ci à l'opérer. L'individualisation explique donc par principe que l'acheteur est dès lors en mesure de réaliser cette volonté du législateur, c'est-à-dire de se faire mettre en possession de la chose.

620. Rapport entre l'individualisation et la délivrance. Celle-ci se trouve d'ailleurs immédiatement en sa possession. L'exécution de l'obligation de délivrance constitue le mobile même de la réalisation de l'individualisation. On conçoit en effet mal que le vendeur réalise l'individualisation dans une autre intention que celle d'exécuter son obligation de délivrance. À la base de l'individualisation, se trouve certainement l'intention du vendeur de mettre la chose sous la maîtrise matérielle de l'acheteur. Autrement dit, l'opération d'individualisation serait effectuée en vue de l'exécution de l'obligation de délivrance. Dès lors, si l'acheteur ne manifeste pas son intention de procéder au retirement de la chose, il est réputé avoir simplement mis à la charge du vendeur de conserver celle-ci. En d'autres termes, tant qu'il ne manifeste pas son intention de prendre livraison, il doit en être déduit que le vendeur n'est plus qu'un conservateur de la chose, la délivrance devant être considérée comme effectuée ; il n'appartient, en ce cas, plus qu'à l'acquéreur de retirer la chose. Par conséquent, celui-ci supporte la perte fortuite survenue à la chose.

[1855] R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 50 : « *Pour des raisons le plus souvent de commodité, le vendeur va conserver la marchandise en dépôt dans ses entrepôts. C'est le cas, par exemple, lorsque doit trouver un sous acquéreur dans de bonnes conditions, sans précipitation, et qu'il ne dispose pas lui-même d'un local de stockage suffisant. Une période plus ou moins longue s'étend alors entre l'individualisation et la livraison ou la prise de possession, par l'acheteur, de la marchandise.* » ; F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chr., p. 175, spéc. 177 : « *Par cette opération la marchandise est individualisée ; le transfert de propriété et des risques se réalise aussitôt. Il est possible alors que l'acheteur laisse pendant quelques temps les choses vendues dans le magasin du vendeur. La délivrance ne s'accomplira que lorsque l'acheteur aura pris possession.* » Cet auteur considère ici que l'individualisation contradictoire n'emporte que le transfert de propriété et la charge des risques, elle n'emporte pas la mise à disposition, du seul fait que l'acheteur laisse les marchandises dans le magasin du vendeur. Cette conception très répandue ne correspond pas techniquement à la délivrance. Dès lors que les marchandises ne demeurent dans le magasin du vendeur que du consentement de l'acquéreur, la délivrance est consommée. Le vendeur n'est plus qu'un conservateur. Il est donc normal que la perte fortuite de la chose soit supportée par l'acheteur.

621. Un arrêt regrettable de la Cour de cassation. À cet égard, on peut déplorer de façon particulière la solution résultant de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 18 avril 1967 [1856]. En effet, une vente porte, en l'espèce, sur une quantité d'un vin déterminé à prélever sur une quantité se trouvant dans la cave du vendeur ; les parties ont convenu d'une date en vue de l'enlèvement de la quantité vendue et du versement du solde du prix de vente. L'enlèvement n'a pas eu lieu à cette date, l'acquéreur ne s'étant pas rendu au lieu de la cave où est entreposé le vin ; néanmoins celui-ci a versé un nouvel acompte du prix postérieurement à cette date ; ce dont il résulte que la date de l'enlèvement est prolongée. Le vin s'étant abimé, le vendeur l'a revendu à une vinaigrerie pour une somme inférieure au prix auquel il a été initialement vendu. Dès lors un litige est né entre les parties contractantes donnant lieu à la question de savoir laquelle de celles-ci doit supporter la perte du vin. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre les décisions ayant mis cette perte à la tête du vendeur au motif, d'une part, que le vin n'a pas été individualisé et, d'autre part, qu'il résulte d'une pratique commerciale de la région que les risques pèsent, dans un tel cas, sur le vendeur [1857].

622. Coïncidence entre la délivrance et l'individualisation dans cette espèce. Cette solution, approuvée par une doctrine [1858], n'est pas équitable. Et on voit que c'est la recherche du moment du transfert de la propriété qui y a conduit les juridictions. L'individualisation coïncide en l'espèce avec l'enlèvement, une date a été prévue à cet effet. Il n'a pas eu lieu par la seule volonté de l'acquéreur ; celui-ci ne s'est pas rendu chez le vendeur pour l'enlèvement du vin. C'est une solution qui prend ainsi une direction opposée à celle indiquée par le législateur de 1804, analysée jusqu'ici. Le moment du transfert abstrait de la propriété n'est déterminé que pour faciliter la remise matérielle de la chose. Bien que ce moment ne soit pas déterminé dans l'hypothèse de l'acquisition de choses de genre, l'action personnelle est de façon formelle conférée à l'acquéreur en vue de forcer la délivrance. Or, il est, en l'espèce, hors de question d'envisager l'exercice d'une action quelle

---

1856 Com., 18 avril 1967, *JCP* 1968, II, 15481.

1857 Com., 18 avril 1967, *JCP* 1968, II, 15481 : « *Mais attendu que la Cour d'appel énonce "qu'en l'espèce, les 75 hl de vin environ se trouvaient dans une cave qui en contenait 91 ; qu'il n'a jamais été prétendu par les consorts Doat, que le caractère approximatif de la quantité vendue pouvait avoir comme conséquence que Demurget se fût trouvé acquéreur des 91 hl de vin que contenait la cave, comme s'il s'était agi d'une vente en bloc" ; Qu'elle ajoute "qu'il est d'usage dans la région du Beaujolais, que le propriétaire qui accepte un délai d'enlèvement, demeure responsable de la marchandise, même au-delà de la date prévue, jusqu'à l'enlèvement effectif, à moins qu'il ne dégage sa responsabilité par une mise en demeure…" ; Qu'en l'état de ces constatations, qui ne contredisent nullement ses autres énonciations ni les termes du rapport d'expertise, elle a pu décider que "… les parties, qui pouvaient écarter l'application de l'article 1585, n'en ont rien fait…" ; Qu'elle a ainsi justifié sa décision et que le moyen s'est fondé en aucune de ses branches ; […].* »

1858 J. HÉMARD, note sous Com., 18 avril 1967, *JCP* 1968, II, 15481 : « *La question des risques étant réglée, il fallait en tirer les conséquences en fonction de la demande de l'acquéreur. Celui-ci aurait pu demander seulement des dommages-intérêts pour inexécution de son obligation de délivrance par le vendeur, mais il préférera obtenir la livraison de la marchandise, et l'arrêt attaqué condamna sous astreinte le vendeur à cette livraison selon les spécifications du marché. […]. La solution ne pouvait être autre […].* »

qu'en soit la nature, car le vendeur n'attend que l'enlèvement du vin. Celui-ci n'est, à ce titre, qu'un conservateur [1859], il ne doit par conséquent supporter que la perte de la chose résultant de sa faute. Le fait qu'il n'ait pas mis en demeure l'acquéreur, ou qu'il accepte tacitement de conserver la chose, ne doit pas lui attribuer les risques. L'hypothèse incarne une coïncidence entre la délivrance et l'individualisation. La délivrance doit être considérée comme effective ; l'enlèvement tardif de la chose est imputable à l'acquéreur ; celui-ci reporte la date du retirement en retardant l'opération d'individualisation.

623. Un autre arrêt donnant une solution heureuse. C'est cette solution qui résulte de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 1909 [1860]. Les deux espèces sont pourtant similaires. Ce qui les diffère quelque peu, c'est que, ici, les marchandises sont individualisées et conservées dans les locaux du vendeur. La Cour met leur perte suite à un incendie à la charge de l'acquéreur en considérant que le vendeur n'est plus qu'un dépositaire. Dans l'espèce précédente, les marchandises demeurent dans le magasin du vendeur sans être encore individualisées du seul fait de l'acquéreur, qui ne s'est pas rendu au lieu où se trouve la chose pour son enlèvement.

§ 2. L'INDIVIDUALISATION DE LA CHOSE

624. Les formes de l'opération d'individualisation. L'individualisation des marchandises, résultant de l'article 1585 du Code civil, constitue une opération devant s'effectuer sous certaines formes. L'arrêt de la Cour de cassation du 11 août 1874 pose les formes de l'opération d'individualisation [1861]. En effet, l'individualisation est par principe contradictoire (A). Son caractère contradictoire doit toutefois être atténué dans certaines hypothèses (B).

1859 Selon certains auteurs, les risques ne pèsent, en ce cas, sur l'acquéreur que si les parties les dissocient formellement de la transmission du droit de propriété, J. GHSETIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 546, p. 610 : « *L'absence de caractère d'ordre public des dispositions liant le transfert de la proriété et des risques à l'individualisation, dans le cas de marchandises vendues au poids, au compte ou à la mesure, conduit tout naturellement à admettre que les parties puissent y déroger. Elles peuvent en particulier retarder la date de ce transfert des risques et même dissocier le transfert des risques de celui de la propriété, ce qui peut s'avérer utile lorsque le vendeur conserve en dépôt la marchandise individualisée, jusqu'à ce que l'acquéreur vienne en prendre livraison.* »

1860 Req., 18 mai 1909, *S.* 1911, I, p. 493 : « *Attendu que, si la Cour de Lyon, dans un motif surabondant, a déclaré que, quel que fût le caractère de la convention intervenue entre les parties, la demande en résiliation de vente avec dommages-intérêts, introduite par Coste, ne pourrait être justifiée que par l'existence d'une faute imputable aux agents ou représentants de la Société agricole lyonnaise, elle a souverainement constaté, en fait, que Coste avait en réalité pris livraison des marchandises, bien que celles-ci fussent restées dans les caves de son vendeur, où il avait la faculté de les manipuler et de les soumettre au traitement nécessaire pour les transformer en mistelles ; qu'il avait même installé un gardien pour veiller à leur conservation ;-Attendu qu'à bon droit, dès lors, l'arrêt attaqué a décidé que, depuis cette livraison, les risques de la chose étaient à la charge de l'acquéreur, qui ne pouvait demander la résiliation de la vente, ni pour impossibilité de livrer, ni pour perte de l'objet vendu ;* ».

1861 Req., 11 août 1874, *S.* 1874, jur., p. 472.

A. Le caractère contradictoire de l'individualisation

625. Principe de l'individualisation contradictoire. Le deuxième attendu de l'arrêt du 11 août 1874 dispose que l'individualisation doive être contradictoire, ou portée à la connaissance de l'acquéreur [1862]. Cette règle semble naturelle. Il va en effet de soi que l'individualisation soit contradictoire [1863] ou, dans certaines circonstances, portée à la connaissance de l'acheteur [1864]. Des auteurs proposent l'individualisation contradictoire, ou constatée par un tiers indépendant [1865], à titre de moyen, d'une part, de prévenir la fraude du vendeur [1866] et, d'autre part, de garantir la conformité de la marchandise [1867]. Au-delà de

---

1862 Req., 11 août 1874, *S.* 1874, jur., p. 472 : « *Attendu qu'il ressort de l'ensemble du jugement attaqué que la vente de seigle consentie par Cottenest à Brare était faite au poids ; qu'il n'est pas constaté qu'il ait été procédé à un pesage contradictoire ;— Qu'au surplus, le juge, par une appréciation des circonstances de la cause qui rentrait dans son domaine, a déclaré que le vendeur avait commis une faute en ne prevenant pas son acheteur de la quantité de seigle par lui déposé à la gare de Longpont, et de l'avoir mis ainsi dans l'impossibilité de réclamer auprès du chemin de fer pour ce qui pouvait en manquer au moment de la livraison ;* ».

1863 M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente, De la vente*, tome 1, Paris Charles Hingray, Libraire-Éditeur, 1834, n° 93 : « *Lorsque la vente de marchandises n'a pas lieu en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la délivrance ne s'opère que par le pesage, le comptage et le mesurage faits contradictoirement.* » ; CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, tome 3, 4e éd., LGDJ, 1906, n° 96 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Paris, Libraire Arthur Rousseau, 1931, n° 69 et suiv. ; D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 107 ; J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux*, par J. HÉMARD, Sirey, 1953, n° 223.

1864 La forme de l'individualisation suscite une controverse, J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 546 : « *Si la subordination du transfert de la propriété et des risques à l'individualisation de la marchandise ne prête pas à discussion, une certaine incertitude existe, en revanche, au sujet de la forme qu'elle doit revêtir.* »

1865 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Paris, Libraire Arthur Rousseau, 1931, n° 69 et suiv. ; D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 107.

1866 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Paris, Libraire Arthur Rousseau, 1931, n° 69 : « *Des fraudes seraient à rédouter si le vendeur pouvait dire qu'il a spécialisé la chose seule, sans témoin.* » ; D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 104 ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 59 : « *La marchandise était-elle réellement individualisée avant le sinistre ? C'est là le problème que poserait l'admission de la spécialisation par le vendeur seul.* »

1867 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Paris, Libraire Arthur Rousseau, 1931, n° 69 et suiv. ; J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux*, par J. HÉMARD, Sirey, 1953, n° 223 et s. ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 59 : « *Le deuxième danger […] est le risque de non-conformité de la marchandise individualisée hors de la présence de l'acheteur. Si cette marchandise périt, en admettant qu'elle avait été spécialisée et affectée au contrat, l'acheteur devra-t-il payer le prix alors même qu'il n'est pas sûr que la marchandise correspondait bien à celle décrite au contrat, lui était conforme.* »

la prévention de la mauvaise foi chez le vendeur, ou du risque de non-conformité, c'est l'obligation de délivrance en elle-même qui commande que l'individualisation soit contradictoire [1868]. Il est difficile de concevoir une autre forme d'individualisation [1869], qui pourrait équivaloir à la délivrance [1870]. En effet, on observe dans certaines analyses l'assimilation de l'individualisation à la délivrance [1871]. Or, la délivrance n'est pas juridique que dans certaines hypothèses [1872] ; elle paraît juridique de façon constante. Et l'individualisation diffère parfaitement de la délivrance ou de la livraison [1873] ; il n'existe

---

1868 J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux*, par J. HÉMARD, Sirey, 1953, n° 224 : « *[…] la Cour de cassation […], en 1941 […] ne demande plus que la mise des marchandises à la disposition de l'acquéreur, c'est-à-dire que celles-ci aient été individualisées avec son consentement.* »

1869 Certains auteurs se satisfont de l'individualisation unilatérale : Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 7e éd., Economica, 2014, n° 61.

1870 Dans le sens contraire, H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., Montchrestien, 1968, n° 905 : « *En principe, la chose vendue est individualisée dès qu'elle se trouve, par un procédé quelconque, affectée à l'acheteur d'une façon apparente.* »

1871 R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, spéc. 172 : « *[…], la pratique commerciale use très largement des formes mises à la disposition du vendeur par l'art. 1606 : la délivrance s'opère sans mise en possession par l'apposition de marques dans les ventes de bois, par la pesée des marchandises, par la mesure des pièces d'étoffe, etc.….* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 7e éd., Economica, 2014, n° 61. C'est aussi ce qu'on peut remarquer dans certaine mesure dans les termes suivants, surtout lorsque l'auteur voit à la fois l'aspect physique et l'aspect psychologique dans l'individualisation : R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 48, p. 58 : « *On peut affirmer que l'individualisation revêt deux aspects principaux :— un aspect matériel consistant dans la séparation du lot destiné à l'acheteur du reste des marchandises afin de lui donner son "identité physique". — un aspect psychologique résidant dans la volonté non équivoque du vendeur de réserver ce lot à l'exécution du contrat de vente qui le lie à l'acheteur.* » L'aspect psychologique n'est autre chose que la délivrance, c'est ce qui incarne la délivrance. J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11209.

1872 Mme. JUAN-BONHOMME estime que la délivrance est matérielle dans certaines hypothèses, et juridique dans d'autres : R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 72 : « *Contrairement à la précédente, la délivrance juridique n'implique pas un déplacement matériel de la marchandise. L'article 1604 C. civ. dispose : "*la délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur*". Cet article exprime tout l'aspect juridique de la délivrance. Il s'agit du transfert de la possession, d'un pouvoir sur la chose.* »

1873 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., Montchrestien, 1968, n° 905.

entre elles qu'une circonstance de coïncidence [1874] ; et l'individualisation ne coïncide pas toujours avec la délivrance [1875], sinon toute vente serait celle de choses de genre.

626. L'individualisation emportant la délivrance. L'individualisation, dont se trouve à la base l'exécution de la délivrance, est par principe celle effectuée de façon contradictoire [1876], ou selon une modalité prévue au contrat, ou convenue postérieurement entre les parties [1877]. Par la connaissance qu'il a de la façon dont va s'effectuer l'individualisation, l'acquéreur sait en temps à quel moment et de quelle manière la chose se trouvera mise à sa disposition. Il en est ainsi lorsque celui-ci s'en rapporte à son cocontractant pour tout ce qui concerne le choix des marchandises vendues, leur numération et leur remise aux mégissiers [1878]. Ces opérations ne se déroulent pas en réalité à l'insu de l'acquéreur. Il lui suffit de demeurer en contact régulier avec le vendeur pour s'informer du déroulement de leurs exécutions. En dehors des cas où les modalités d'individualisation sont prévues au contrat, le vendeur doit inviter l'acquéreur à l'individualisation, afin de pouvoir s'acquitter en même temps de l'obligation de mise à disposition. Le vendeur ne peut en effet inviter l'acheteur à l'opération d'individualisation qu'en vue de permettre à celui-ci d'avoir aussitôt la maîtrise matérielle de la chose. En revanche, la mise à disposition est incompatible avec l'individualisation dont l'acquéreur ignore l'opération [1879].

1874 F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D*. 1954, chr., p. 175, spéc. 177 ; D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 106 : « *[…], il semble qu'il faille distinguer deux opérations : l'individualisation matérielle de la chose, et le dessaisissement du vendeur. Ces deux opérations, souvent concomitantes, peuvent cependant être séparées, et l'on conçoit que les exigences des Tribunaux à l'égard de l'une et l'autre varieront selon les modalités de la vente : vente sur commande, vente à livrer, etc…* »

1875 F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D*. 1954, chr., p. 175, spéc. 178 : « *[…], si délivrance et individualisation présentent une physionomie juridique propre, bien souvent ces actes sont concomitants dans les ventes sur place.* » Pas seulement dans les ventes sur place. Une vente de choses de genre peut être conclue à distance, mais l'individualisation en résultant peut s'effectuer de façon contradictoire.

1876 *Ibid*., p. 175, spéc. 177 : « *La spécification est une condition nécessaire de la délivrance : elle doit avoir lieu, au plus tard, lors de la délivrance. Mais elle peut se réaliser aussi plus tôt. On peut concevoir que l'acheteur envoie chez le vendeur un délégué pour assister au pesage. Par cette opération la marchandise est individualisée ; […].* »

1877 Civ., 1er juillet 1874, *S*. 1877, jur., p. 119.

1878 Civ., 1er juillet 1874, *S*. 1877, jur., p. 119 ; voir aussi en ce sens, Civ., 1er juillet 1889, *D*. 1891, I, p. 302 : « *Attendu que si, aux termes de l'art. 1585 c. civ., la vente d'une marchandise faite au poids n'a pas pour effet de transférer à l'acheteur la propriété de cette marchandise, tant qu'elle n'a pas été pesée, il appartient au juge du fait de décider souverainement, d'après les conditions du contrat, la correspondance des parties et les circonstances de la cause, s'il a été procédé au pesage, de telle sorte que la marchandise ait été individualisée en un corps certain et déterminé dont l'acheteur a pu devenir propriétaire, et qui a voyagé aux risques et périls de celui-ci ; […].* »

1879 H. BOUCARD, *L'agréation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2005, n° 38 : « *[…], rien n'assure à l'acheteur que les marchandises individualisées lui seront délivrées car un vendeur indélicat pourrait leur en substituer d'autres.* »

627. Différence de nature entre la délivrance et l'individualisation. La mise à disposition et l'individualisation [1880], par delà de ce qu'elles constituent chacune une obligation indépendante [1881], ne sont pas de même nature. L'individualisation implique absolument une opération purement matérielle [1882], tandis que la délivrance demeure consensuelle [1883]. Celle-ci découle de l'attitude, ou de l'intention du vendeur de permettre à son cocontractant de procéder au retirement. Ce qui implique forcement une certaine circonstance différente de celle pouvant traduire la spécification de la chose. Certains auteurs se satisfaisant de l'individualisation unilatérale [1884] paraissent faire abstraction de la particularité de

---

1880 La qualification d'une opération d'individualisation est une question de fait laissée à ce titre à l'appréciation souveraine des juges du fond : Civ., 1er juillet 1874, *S.* 1877, jur., p. 119 ; Civ., 1er juillet 1889, *D.* 1891, I, p. 302.

1881 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 40 : « *Lorsque la chose bien que déterminée, n'est pas spécifiée, la vente ne crée à la charge du vendeur qu'une obligation d'individualiser la marchandise dont les quantités et l'espèce sont prévues au contrat.* » ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., Montchrestien, 1968, n° 903 et suiv. Dans le sens contraire, J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11209 : « *[...] il ne faut pas voir dans l'individualisation une formalité juridique particulière : elle s'impose par la force des choses et, s'il existe un décalage dans le temps entre la conclusion du contrat et le transfert de propriété, ce dernier, pas plus qu'en présence d'un corps certain, n'est subordonné à la tradition réelle de la chose.* »

1882 F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chr., p. 175, spéc. 177 : « *[...] l'individualisation consiste simplement dans la détermination de la chose vendue.* » ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 49 : « *Le but à atteindre est l'isolement de la marchandise destinée à l'acheteur du reste des marchandises de même nature en possession du vendeur.* »

1883 On considère ordinairement la délivrance comme étant une opération matérielle parce qu'elle emporte la transmission matérielle de la chose, F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chr., p. 175, spéc. 177 : « *C'est la mise en possession de l'acheteur [...].* », *Ibid.*, spec., p. 177, note de bas de page n° 18 : « *La délivrance est un acte ; chaque partie joue son rôle dans cette opération. C'est à tort que l'art. 19 du projet de loi internationale sur la vente affirme que la "délivrance est faite lorsque le vendeur a accompli tous les actes lui incombant afin que la chose soit remise à l'acheteur". Il s'agit alors alors simplement de l'obligation du vendeur dans la délivrance.* » Par principe, la délivrance est consensuelle. Après que l'acheteur soit informé de l'accomplissement des actes du vendeur dont il résulte que la chose se trouve mise à sa dispositon, il lui incombe d'aller la retirer.

1884 J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 546 : « *[...], le contrat est valablement formé lorsque l'objet est déterminé seulement quant à son espèce, on ne voit pas pourquoi l'accord de volontés devrait se réaliser de nouveau à l'occasion de l'individualisation de la chose vendue. Une spécification unilatérale est donc parfaitement concevable, pourvu que soit apportée la preuve de son caractère effectif, objectif et définitif.* » ; Ch. LARROUMET (Sous la dir.) et S. BROS, *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 7e éd., Economica, 2014, n° 61 : « *Sans doute, il n'est pas nécessaire que la chose vendue soit transportée chez l'acheteur. Il suffit qu'elle soit, après une opération de compte, séparée des autres choses semblables, même si elle demeure chez le vendeur. Au demeurant, l'obligation de délivrance ne suppose pas que la chose soit transférée chez l'acquéreur. Elle peut être exécutée chez l'aliénateur dès lors que la chose est mise à la disposition de l'acquéreur (par exemple, les cent quintaux sont placés dans des sacs au nom de l'acheteur), ce qui implique une obligation d'enlèvement à la charge de celui-ci (cf. art. 1608 C. civ.).* » La séparation des marchandises ignorée de l'acheteur ne peut faire naître une obligation d'enlèvement à la charge de celui-ci. Il faut, en

… / …

l'obligation de délivrance par rapport à l'individualisation ; leur regard recherche exclusivement le moment du transfert de la propriété [1885]. Ils pensent que la preuve de l'effectivité de l'individualisation opérée par le vendeur seul suffit à emporter la délivrance. L'individualisation serait ainsi effective si les marchandises séparées sont marquées du nom de l'acheteur [1886]. Cette conception de l'individualisation découle d'un simple élan de décharger le vendeur de la perte susceptible de survenir à la chose dans les locaux de celui-ci. Lorsque la charge des risques demeure considérée comme la conséquence du transfert de la propriété, l'on peut penser que la spécification de la chose seule suffit à mettre sa perte fortuite sur l'acheteur [1887] ; c'est aussi à ce titre que l'on accepte l'individualisation effectuée par un tiers indépendant [1888]. L'on affecte à l'acheteur l'aspect abstrait [1889] du droit de propriété en contrepartie de la perte de la chose [1890] ; il ne peut exister aucun équilibre dans ce traitement. Cette opinion semble ainsi perdre de vue que la délivrance résulte de la liberté pour l'acquéreur de procéder au retirement [1891].

628. L'individualisation ignorée de l'acheteur. D'ailleurs, on a rappelé ci-dessus que c'est là où l'obligation de mise à disposition s'avère effective, que les auteurs considèrent la

---

outre, qu'il soit informé de la mise à disposition. Au cas contraire, on doit considérer que la délivrance n'est pas encore effective.

1885 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., Montchrestien, 1968, n° 905 : « *L'individualisation de la chose vendue est faite, en général, par le vendeur ; elle ne nécessite ni l'intervention ni l'accord de l'acheteur. En acquérant une chose de genre, l'acheteur a précisément accepté que le vendeur lui transfère la propriété et lui livre une chose individualisée quelconque du genre déterminé dans le contrat.* »

1886 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 50 : « *Selon une jurisprudence constante dès lors que la marchandise a été pesée, comptée ou mesurée puis marquée du signe de l'acheteur, étiquetée à son nom, elle devient un corps certain.* »

1887 Req., 22 janvier 1868, *D*. 1868, I, p. 166 : les bestiaux pesés par la bascule du pesage public. Voir aussi, F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D*. 1954, chr., p. 175, spéc. 176 : « *Il suffit que l'individualisation soit réellement accomplie pour que le transfert de propriété se réalise. On est conduit ainsi à admettre une individualisation unilatérale. L'acheteur deviendra propriétaire et supportera les risques dès l'instant où le vendeur aura dans ses magasins isolé ou marqué les marchandises d'une façon définitive et irrévocable. C'est en somme un problème de preuve.* »

1888 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Paris, Libraire Arthur Rousseau, 1931, n° 69 et suiv. ; D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 107 : « *Il en sera de même lorsque l'individualisation sera constatée par un tiers indépendant : par exemple l'immatriculation d'une automobile au nom de l'acheteur, effectuée chez le constructeur par les services administratifs, qui relèvent les numéros spécifiques des différentes pièces du véhicule.* »

1889 G. CORNIL, *Étude sur la propriété dans le droit romain*, Bruxelles, Brylant-Christophe & Compagnie, Éditeurs, 1890, p. 26 : « *La propriété, de même que tout droit, est une abstraction ; c'est un rapport immatériel entre une personne et une chose.* »

1890 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 47 : « *On fait de la charge des risques la contrepartie de la propriété de la chose.* »

1891 R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, spéc. 183 : « *La délivrance consiste pour le vendeur à déployer l'activité nécessaire pour fournir la marchandise à l'acquéreur.* »

propriété comme transférée. La chose se trouve en réalité effectivement sous le pouvoir matériel de l'acquéreur. On sait que le droit de propriété est considéré comme transféré *solo consensu* en vue de faciliter, le cas échéant, l'obtention de ce pouvoir matériel. On a fait aussi observer précédemment que la portée spatiale de l'événement de force majeure est prise en considération dans les solutions données aux conséquences de la perte fortuite de la chose. Et cela semble constituer une marque à ne pas perdre de vue dans la résolution de la question de la charge des risques. L'individualisation ignorée de l'acheteur ne peut permettre à celui-ci de mettre la chose à l'abri des conséquences de l'événement de force majeure susceptible de la frapper dans les locaux du vendeur. Cette probabilité de faire éviter à la chose les conséquences de la force majeure, joue un rôle déterminant dans les solutions de la charge des risques dans le système du Code civil. Or, il ne paraît pas douteux que l'individualisation unilatérale ne remplisse nullement cette condition [1892].

629. L'individualisation et la séparation de marchandises. L'individualisation emportant la délivrance, c'est la spécification effectuée dans l'intention de mettre la chose à la disposition de l'acquéreur. Car, le vendeur peut spécifier les choses dans ses locaux, c'est-à-dire les séparer seul les unes des autres, mais dans une autre intention que celle de la mettre à la disposition de l'acheteur [1893] ; ou encore, il peut revenir sur la spécification faite initialement dans l'intention de permettre à l'acheteur de retirer la chose [1894]. Par ailleurs, toute séparation de marchandises ne doit pas en principe s'analyser en individualisation. L'individualisation au sens de l'article 1585 du Code civil, est une espèce de séparation des choses ; elle revêt une connotation consistant dans l'intention du vendeur de mettre la chose à la disposition de l'acquéreur [1895]. Par conséquent, la séparation d'une chose ne peut constituer en soi un critère objectif de l'attribution de la charge des risques [1896]. Au cas

---

1892 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 50 : « *Une telle chose une fois distinguée par un signe, grâce au marquage, peut rester matériellement mélangée au reste de la masse sans pour cela redevenir chose de genre.* »

1893 *Ibid*., n° 64 : « *Le vendeur devra démontrer une spécialisation réelle, sincère et irrévocable. Elle doit être contrôlable par l'acheteur. Une simple séparation matérielle ne suffit pas. D'où la nécessité de l'élément intentionnel sans lequel l'individualisation perdrait son efficacité.* »

1894 La marque de l'acheteur apposée sur la chose peut être effacée par le vendeur lorsque les marchandises se trouvent dans les locaux de celui-ci. Ou la chose portant cette marque peut être revendue par le vendeur à une autre personne.

1895 Puisque l'hypothèse ne comprend apparemment pas le transport de marchandise par le vendeur, R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, spéc. 178 : « *La situation juridique créée par l'insertion d'un contrat de transport dans la livraison n'a pas été réglementée, ni même prévue par les rédacteurs du Code civil. Les rares dispositions des art. 1604 et s. relatives à la vente d'effets mobiliers intéressent uniquement la vente sur place. Le développement restreint des transports au début du XIXe siècle et la qualité de commerçant attribué au voiturier ont mis le contrat de transport, et par là la vente à distance, en dehors des prévisions du législateur de 1804.* »

1896 Il est techniquement incorrect qu'une séparation des marchandises effectuée par le vendeur seul, est considérée comme équivalant à la délivrance, R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 54 : « *Lorsqu'une marchandise est ainsi spécialisée*

… / …

contraire, ce serait donner prise à la mauvaise foi du vendeur, autrement dit, offrir à celui-ci un terrain sur lequel sa mauvaise foi peut facilement se jouer, un terrain évidemment propice à la fraude [1897]. En cas de perte de la chose, et en vue d'éviter de la supporter, celui-ci pourrait en effet alléguer systématiquement avoir opéré l'individualisation [1898], puisqu'il lui suffit de rapporter la preuve de la spécification de la chose. Ainsi, afin de prévenir chez le vendeur ce jeu de mauvaise foi, l'individualisation seule ne peut suffire à justifier l'attribution de la charge des risques.

630. L'individualisation contradictoire dans l'article 1585. La spécification effectuée par le vendeur en présence de son cocontractant revêt en même temps le caractère de la délivrance, autrement dit, elle emporte aussi celle-ci [1899]. L'acheteur est en effet appelé ou invité à cette opération en vue d'exécuter, à son tour, immédiatement son obligation de retirement. C'est d'ailleurs cette individualisation contradictoire qui résulte des termes de l'article 1585 du Code civil [1900], contrairement à certaine opinion [1901]. Les travaux préparatoires du Code civil confirment que l'individualisation contradictoire est la seule se trouvant dans la vision du législateur. On a ainsi rappelé précédemment le rapport du tribun FAURE, aux termes duquel, en acceptant d'acheter les marchandises en bloc « […], *l'acheteur a reconnu implicitement qu'il consentait à les prendre sans autre vérification : c'est un risque qu'il veut bien encourir. S'il ya plus qu'il n'espérait, il en profitera ; s'il y a moins, il en supportera la*

---

dans les magasins du vendeur où elle continue à séjourner, ce dernier n'est plus qu'un simple détenteur. Il n'aura donc pas à supporter la perte fortuite de la marchandise. Sa responsabilité ne serait engagée qu'en cas de faute de sa part dans le cadre de l'exécution de ses obligations de dépositaire. »

1897 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Paris, Libraire Arthur Rousseau, 1931, n° 69 ; D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 104 : « *La simple séparation matérielle n'offre pas nécessairement des garanties suffisantes pour l'acquéreur. La fraude serait facile pour le vendeur s'il lui était possible de procéder seul à l'individualisation dans ses magasins, et de provoquer lui-même le transfert de propriété.* »

1898 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 59 : « *La fraude est facile pour le vendeur qui, par une individualisation unilatérale, pourrait provoquer le transfert des risques ; en cas de perte ou de destruction partielle de la masse de marchandises sur laquelle doit être prélevé l'objet du contrat, le vendeur pourrait faire "après coup, une imputation arbitraire à son acheteur" des marchandises.* »

1899 F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chr., p. 175, spéc. 178.

1900 *Ibid.*, spéc., p. 177 : « *On peut se demander […] s'il ne vaudrait pas mieux abandonner la conception d'une individualisation contradictoire. Aucun texte ne l'impose.* » Elle résulte du système du Code civil, dans lequel elle constitue un principe.

1901 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 49 : « *[…], l'individualisation peut se faire à l'avance dans les magasins du vendeur, la marchandise continuant à y séjourner, ou seulement lors de la prise de possession par l'acheteur ou du dessaisissement du vendeur. Le problème du transfert des risques se pose différemment dans les deux cas. Les deux possibilités se trouvent en dehors des hypothèses visées par l'art. 1585 C. civ. ; il peut toujours y avoir individualisation soit sans dessaisissement du vendeur, soit avec dessaisissement au profit de l'acheteur ou d'un tiers.* »

perte. » [1902] L'individualisation contradictoire est la seule démonstration qui résulte de ces propos. En effet, si l'acheteur encourt le risque de la non-conformité s'agissant de la quantité, en achetant les marchandises en bloc, en revanche l'individualisation a pour conséquence de l'en épargner.

C'est d'ailleurs par la possibilité de vérifier immédiatement la quantité de la chose, que le tribun FAURE oppose la vente de choses de genre à la vente en bloc. L'effet de la vente de choses de genre consiste dans l'existence d'un « *engagement réel entre les parties dès le moment du contrat. De cet engagement réciproque résulte pour l'acheteur le droit de demander la livraison des marchandises en faisant la vérification convenue, et pour le vendeur le droit de demander le prix de la vente, en offrant d'en faire la livraison.* » [1903] L'individualisation est ici considérée de façon expresse comme une opération absolument contradictoire. Le comptage, le pesage ou le mesurage constituent des opérations qui nécessitent par principe la présence de l'acheteur.

631. Le domaine commun à l'individualisation et à l'agréation. L'on objecte en général que l'individualisation ne se confond pas avec l'agréation [1904]. On en convient. Toutefois cette objection ne semble pas décisive. En effet, il ne s'agit pas là fondamentalement de l'agréation. Les opérations d'individualisation et d'agréation peuvent avoir en commun un

---

[1902] M. FAURE, « Communication officielle au Tribunat », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 150, spéc. 153.

[1903] M. FAURE, « Communication officielle au Tribunat », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 150, spéc. 153.

[1904] F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chr., p. 175, spéc. 177 : « *elle* (conception de l'individualisation contradictoire) *procède […] d'une confusion entre la spécification et l'agréation. Celle-ci consiste à vérifier si la chose fournie est conforme à la chose vendue. Elle ne se produit normalement qu'après la délivrance, car c'est seulement à ce moment que l'acheteur aura la possibilité d'examiner la marchandise. L'individualisation, au contraire, se borne à déterminer l'objet vendu. Pourquoi dès lors exiger qu'elle soit contradictoire ? Aux termes de l'art. 1129 du Code civil, le contrat est valablement formé lorsque l'objet est déterminé seulement quant à son espèce. On ne voit pas pour quelle raison l'accord des volontés devrait se réaliser de nouveau à l'occasion de l'individualisation de la chose vendue. Certes il faut empêcher les manœuvres frauduleuses. Mais le résultat peut être atteint en exigeant simplement une spécification sérieuse et contrôlable. Au fond le problème est une question de preuve : il faut démontrer une individualisation définitive et irrévocable.* » ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 63 : « *Le risque de non conformité de la marchandise individualisée puis perdue, ne relève pas du problème du transfert des risques mais celui de l'exécution du contrat. Une confusion est souvent faite entre spécialisation et agréation de la marchandise.* » En liant les risques au transfert de la propriété, cette auteure estime que la question de l'attribution de la charge des risques ne relève pas de l'exécution du contrat. Autrement dit, selon elle, la charge des risques ne relève pas de l'obligation du contrat. On peut alors se demander pourquoi elle recherche à déterminer le moment de l'individualisation. ; J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 546 : « *[…], il ne faut pas confondre la spécification et l'agréation et dès l'instant qu'en vertu de l'article 1129 du Code civil, le contrat est valablement formé lorsque l'objet est déterminé seulement quant à son espèce, on ne voit pas pourquoi l'accord de volontés devrait se réaliser de nouveau à l'occasion de l'individualisation de la chose vendue.* » Il paraît difficile de garantir la preuve même d'une individualisation définitive et irrévocable.

domaine, mais sans forcement s'identifier l'une à l'autre [1905]. Et tel est certainement le cas dans les opérations de mesurage, de comptage ou de pesage de la chose. Il résultera de la présence de l'acheteur à ces opérations, l'agréation de la quantité, et peut-être aussi de la qualité de la chose, en même temps que l'exécution de l'obligation de mise à disposition [1906]. La vérification de la conformité du nombre, du poids ou de la mesure de la chose peut absolument être effectuée lors de l'individualisation. Cependant, le processus de l'agréation n'en termine pas là pour autant [1907].

632. Le prolongement de l'agréation. La question de la conformité pourra encore surgir lorsque la chose sera transportée chez l'acheteur [1908]. En effet, celui-ci ne peut s'assurer de façon absolue de la qualité de la chose au moment de l'individualisation contradictoire, autrement dit, de la prise de livraison. Il peut se contenter, lors de l'individualisation, de prendre livraison des sacs de blé, comptés, pesés ou mesurés, mis à sa disposition. Il fait confiance à son vendeur. Il n'en arrive pas moins cependant qu'il découvre aussi, chez lui, dès l'ouverture de quelques sacs, que le blé est mélangé avec d'autres céréales. Il sera toujours reçu à se plaindre de la non-conformité de la qualité de la chose délivrée. La découverte de cette non-conformité implique une vérification que l'acheteur ne peut effectuer lors de l'individualisation. La non-conformité apparaît quelques fois lors de l'utilisation de la chose. L'individualisation contradictoire constitue ainsi un principe qui peut simplement connaître une atténuation dans certaines circonstances.

B. L'atténuation du caractère contradictoire de l'individualisation

633. Difficultés à satisfaire à l'exigence de l'individualisation contradictoire. Dans certaines hypothèses, on ne peut pas tenir de façon rigoureuse à l'individualisation contradictoire. Il semble qu'on doive l'atténuer. En pratique, en effet, l'exigence de l'individualisation purement contradictoire, autrement dit, effectuée en présence de

---

1905 F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chr., p. 175, spéc. 178 : « *Fréquemment il y a également agréage de la marchandise, l'acheteur constatant que les choses vendues ont la qualité voulue.* »

1906 H. BOUCARD, *L'agréation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2005, n° 39 : « *dans la vente dite sur place, ou face-à-face, la délivrance par le vendeur et le retirement par l'acheteur se concentrent dans un même endroit et le contrôle de la livraison peut se faire sur-le-champ.* »

1907 *Ibid.*, n° 38 : « *[…], dans la vente de choses de genre, leur individualisation nécessaire à la délivrance, peut renseigner l'acheteur sur leurs qualités ou défauts. Cette individualisation est opérée en commun, ou bien par l'acheteur, ou enfin par le vendeur. Toutefois, qu'elle soit unilatérale ou contradictoire, ce n'est qu'un diminutif du contrôle préalable à l'agréation, fragmentaire et aléatoire. L'information ne porte pas sur la livraison en son entier ; […].* »

1908 CA Bordeaux, 11 janvier 1888, *S.* 1891, II, p. 5 : « *Attendu qu'à tort, les premiers juges ont décidé que la réception des bouteilles élevait une fin de non recevoir contre l'action en résolution ; qu'il est de jurisprudence que cette action peut être exercée, même après la réception de la marchandise, lorsqu'elle n'est pas loyale et marchande, et si d'ailleurs son identité peut être reconnue ; […].* »

l'acheteur ou de son représentant, s'avère fâcheuse dans certaines hypothèses. Il est difficile de tenir rigoureusement à cette forme d'individualisation sans inconvénients pour les parties elles-mêmes. Les ventes à distance ou qui impliquent un transport de marchandises constituent le domaine dans lequel l'exigence de l'individualisation contradictoire est souvent atténuée. Pour déterminer ici l'existence d'une individualisation contradictoire, les juridictions ont été conduites à déduire en général de la commande de marchandise un mandat tacite de l'acquéreur en faveur du vendeur en vue d'effectuer le pesage [1909]. En cela, cette jurisprudence est critiquée [1910]. Même en pratique, l'individualisation contradictoire s'avère ici lourde, ou peut être coûteuse pour l'une ou l'autre partie contractante. Le déplacement de l'une des parties à l'opération d'individualisation, engendre certainement des frais supplémentaires. C'est en outre incompatible avec la célérité nécessaire dans les activités commerciales, d'attendre la présence de l'acquéreur en vue de procéder à l'individualisation ; les ventes sur commandes par exemple, portent en elles-mêmes la connotation de laisser au vendeur la possibilité d'effectuer seul l'individualisation [1911]. L'individualisation unilatérale semble s'imposer.

634. L'insuffisance de cette individualisation unilatérale à valoir la délivrance. Cependant, elle seule ne suffit pas à emporter la délivrance ; seule, elle ne vaut qu'une simple séparation des marchandises ; elle n'est en effet pas concomitante avec l'exécution de la délivrance. À ce titre, elle ne doit avoir aucune incidence sur la question de la charge des risques. Il faudrait encore déterminer à quel moment la mise à disposition paraît ici effective. On a rappelé que, dans l'hypothèse de l'article 1585 du Code civil, la question de la charge des

---

[1909] Crim., 24 décembre 1875, *S*. 1876, jur., p. 238 : « *Attendu […] que lorsqu'il s'agit de marchandises vendues au poids, la commande adressée par écrit à un marchand en gros par un marchand en détail ne résidant pas dans la même ville, implique nécessairement de la part de celui-ci un mandat conféré au vendeur de procéder par lui-même ou, selon le cas, par le voiturier dont le choix lui est laissé, à l'opération du pesage, destiné à individualiser la marchandise ; […]*. » ; Civ., 1er juillet 1889, *D*. 1891, I, p. 302 : « *Attendu que l'arrêt attaqué a considéré, d'abord, et avec raison, qu'en principe, une commande de la nature de celle dont il s'agit impliquait un mandat tacite donné par l'acheteur au vendeur ou au voiturier d'effectuer le pesage exigé par l'art. 1585 c. civ. ; qu'il a, de plus, décidé, par une interprétation souveraine des termes et des conditions du contrat, de la correspondance des parties et des circonstances de la cause, que la volonté des parties de conférer et de recevoir ce mandat était évidente ; […]*. » Dans le même sens, CA Paris, 29 novembre 1898, *S*. 1899, II, p. 126. Solution approuvée par une doctrine, R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome 6, Paris, Libraire Arthur Rousseau, 1931, n° 69 : « *Si les marchandises sont expédiées dans un autre lieu, le vendeur a reçu le mandat de les individualiser et elles deviennent propriété de l'acheteur dès la remise au voiturier.* »

[1910] Le mandat ne doit pas être déduit implicitement de la convention des parties, D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 107 ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 65.

[1911] J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 547 : « *L'acheteur qui commande à un fournisseur éloigné telle quantité de telle marchandise n'a pas, la plupart du temps, la possibilité d'aller lui-même la choisir sur place ou de déléguer un mandataire à cet effet. L'individualisation est donc par la force des choses le fait du vendeur seul […]*. » C'est ce qui ressort des termes des décisons suivantes : Civ., 1er juillet 1889, *D*. 1891, I, p. 302 ; CA Paris, 29 novembre 1898, *S*. 1899, II, p. 126.

risques ne se pose que dans l'intervalle du temps séparant la formation du contrat de l'individualisation de la chose. Dans l'entendement des codificateurs, les effets du contrat sont épuisés avec l'individualisation. Ainsi, lorsque la vente est conclue à distance ou implique un transport de marchandises à la charge du vendeur, l'étendue de la délivrance doit se déterminer en considération de ce transport [1912].

635. Le transport compris dans la délivrance. De ce transport, est exclu celui assuré par l'acheteur lui-même ou son représentant, la délivrance étant par principe effective dès la remise de la marchandise, dans les locaux du vendeur, à l'acheteur ou au représentant de celui-ci [1913]. La règle artificielle consistant dans l'association du transfert de la propriété à l'individualisation, conduit certaines opinions à lier ici l'individualisation à la remise de marchandises à l'acheteur où à son représentant [1914]. On observe que le seul intérêt, pour cette opinion, de rechercher ainsi le moment du transfert de la propriété, c'est l'attribution de la charge des risques. On ne voit aucun autre intérêt. L'on sait en effet que par principe la revendication ne prospère pas à l'égard de choses de genre ; en outre, ce sont des meubles qui sont ici remis à l'acheteur. Cette remise anéantit, dans le système du Code civil,

---

1912 R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, spéc. 169 : « *Entre la conclusion du marché et son exécution, le vendeur déploie une certaine activité dont il convient de tenir compte pour préciser l'étendue de son obligation.* »

1913 J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 547 : « *[…] lorsque l'acquéreur vient prendre possession de la marchandise dans les magasins du vendeur, le transfert de la propriété et des risques ne s'opèrent normalement que par la délivrance qui résulte de cette mise en possession, […].* »

1914 D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 108 : « *Le dessaisissement du vendeur fait disparaître toute cause de confusion entre les marchandises vendues et les marchandises qu'il a conservées en sa possession. Ce dessaisissement constitue donc un facteur déterminant de l'individualisation de la chose. […]. L'individualisation ne saurait faire de doute : cette délivrance directe emporte le transfert de la propriété et des risques à l'acquéreur. On peut dire dans ce cas qu'il y a transfert de propriété par la tradition, mais encore faut-il préciser que la tradition n'a de valeur qu'en tant qu'elle spécialise la chose. Ce n'est donc qu'un moyen d'individualisation parmi d'autres. La même solution doit être également admise lorsque la chose est remise au représentant de l'acheteur, par exemple à un voiturier choisi par lui.* » ; G. FRIEDEL, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 117, spéc. 151 : « *C'est […] par référence aux principes du Code civil qu'il faut décider que, normalement, l'acheteur doit être considéré comme propriétaire à partir du moment où la marchandise est "sortie des magasins du vendeur" — circonstance précisée par l'article 100-: du moment qu'elle est sortie des magasins du vendeur, la marchandise est suffisamment individualisée puisqu'elle est destinée à un acheteur déterminé, et l'on peut considérer que la "livraison" opérant transfert de propriété, a lieu dès ce moment, encore que la marchandise soit alors le plus souvent remise, non pas à l'acheteur, mais aux mains d'un tiers, l'entrepreneur de transport.* » ; J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 547 : « *Si lorsque l'acquéreur vient prendre possession de la marchandise dans les magasins du vendeur, le transfert de la propriété et des risques ne s'opèrent normalement que par la délivrance qui résulte de cette mise en possession, la situation est plus confuse lorsqu'il s'agit de vente à distance, impliquant le recours à un transporteur pour faire parvenir la chose entre les mains de l'acheteur.* »

le droit du premier acquéreur. Il s'ensuit que les créanciers du vendeur ne peuvent par principe saisir les marchandises délivrées à l'acquéreur. Ainsi, on ne voit pas l'intérêt, en dehors d'attribuer la charge des risques, de rechercher à déterminer le moment du transfert de la propriété, par l'association de l'individualisation à la remise de la marchandise. Il semble qu'on doive simplement se détourner de la règle *res perit domino* pour suivre sans gêne la cohérence implacable du système du Code civil dans la résolution de la charge des risques. L'acheteur commence en effet le transport dès les locaux du vendeur, à la suite de l'individualisation contradictoire emportant la délivrance [1915] ; la vente épuise ainsi ses effets par la mise à disposition suivie du retirement. La détérioration ou la perte fortuite survenue à la chose au cours de ce transport ne relève pas de la question des risques, autrement dit, elle ne doit par principe être prise en considération dans les effets du contrat.

636. Le transport effectué par le vendeur. Le seul transport qui puisse jeter un doute sur l'effectivité de la délivrance, c'est celui effectué par le vendeur, son représentant [1916], ou un tiers indépendant [1917]. Le vendeur identifie en ce cas seul les marchandises, puis les transporte ou les fait transporter jusqu'à un endroit prévu par le contrat [1918], ou chez l'acheteur [1919]. Les parties peuvent en effet convenir que les marchandises soient livrées dans un endroit particulier permettant leur retirement par l'acheteur [1920]. La mise à disposition s'effectue alors par le transport de la marchandise jusqu'à ce lieu. Ce qui se traduit en pratique par le « *marché gare départ* » [1921]. Il arrive que l'acheteur se contente de

---

1915 J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 547.

1916 R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, spéc. 179 : « *En l'absence de textes, si l'on fait appel à la conception qui a prévalu dans le Code relativement à la notion de délivrance, on est amené à des solutions extrêmement simples pour la vente à distance. La délivrance supposant une mise en possession de l'acquéreur se réalise par l'entrée de la marchandise dans les magasins de l'acheteur. Le lieu de la délivrance est celui de la destination, le temps de la délivrance, celui de l'arrivée des marchandises. Dans un tel système, le transport constitue simplement un acte préparatoire à la délivrance. Le contrat de transport est dépourvu de toute incidence sur l'exécution de l'obligation du vendeur.* »

1917 Req., 11 août 1874, *S.* 1874, jur., p. 472.

1918 CA Paris, 29 novembre 1898, *S.* 1899, II, p. 126.

1919 Civ., 1er juillet 1889, *D.* 1891, I, p. 302.

1920 Une espèce similaire, Crim., 8 mai 1879, *S.* 1880, jur., p. 334 : « *Attendu qu'il est déclaré en fait par l'arrêt attaqué, que des marchés intervenus entre les parties, de leur correspondance et des autres documents de la cause, il résulte que, d'après la commune intention du vendeur et des acheteurs, les ventes, toutes conclues dans l'arrondissement de Châteaubriant, ne devaient devenir parfaites que par la livraison et le pesage effectués non à Paris, où les marchandises se trouvaient, mais à la gare de Châteaubriant où elles devaient être expédiées franco, et que c'est dans cette gare qu'elles ont été adressées, livrées et acceptées ;— Attendu que cette déclaration est souveraine et qu'elle échappe au contrôle de la Cour de cassation ; qu'il en ressort que la vente n'a été parfaite qu'au moment et au lieu où les marchandises ont été reçues ; […].* »

1921 G. FRIEDEL, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 117, n° 32 ; F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chr., p. 175,

… / …

demander, ou que le contrat prévoie que le vendeur livre les marchandises à la gare à partir de laquelle il sera procédé à la prise de livraison [1922], c'est-à-dire l'acquéreur se chargera de leur transport. L'exécution de la délivrance s'épuise par principe avec la livraison des marchandises à la gare [1923]. Seule la perte ou la détérioration de la chose survenue avant ou pendant cette livraison constitue un risque, lequel est à la charge du vendeur. À proprement parler, les parties sont libérées de leurs obligations réciproques, le prix ne sera pas payé.

637. La charge des risques. Le droit positif traduit souvent cette situation de façon inexacte en considérant que les risques sont transférés à l'acheteur à compter de la livraison des marchandises [1924]. Il semble ainsi qu'on doive délimiter le domaine du contrat, afin d'en exclure toute perte dont toute chose peut être l'objet. La charge des risques n'est pas envisageable là où les obligations contractuelles s'avèrent exécutées. Dans l'hypothèse où une date est prévue pour ce transport, aucune obligation ne pèse sur le vendeur d'informer l'acheteur de sa réalisation. S'il n'est pas prévu la remise de la marchandise à un tiers, l'acquéreur doit se présenter à l'endroit où elle doit être transportée en vue de son retirement. La perte fortuite de la chose survenue pendant ou avant ce transport libère les contractants de leurs obligations réciproques. En revanche, si l'acheteur n'est pas présent lors de l'arrivée de la marchandise, l'obligation de conservation pèse sur le vendeur ; celui-ci peut même revendre la chose pour le compte de l'acquéreur si elle est périssable, ou pour éviter des frais trop élevés de conservation [1925]. Cependant les frais de conservation ainsi que les risques survenus pendant ce moment sont à la charge de l'acheteur.

638. L'effectivité de la délivrance dans l'hypothèse de l'expédition. En outre, l'acquéreur peut se contenter de demander, ou le contrat de stipuler que le vendeur expédie la

---

spéc. 179 ; R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, spéc. 179 : « *S'il a été convenu […] que la vente se ferait "gare départ" ou "sur wagon départ", il importe peu que l'agréation n'ait lieu qu'à l'arrivée des marchandises chez l'acquéreur. L'accord des parties sur le lieu de l'agréage ne change rien à la localisation de la délivrance au départ. Les deux questions sont distinctes et ne peuvent être confondues. De même, la clause qui met les frais du transport à la charge de l'acheteur stipule implicitement livraison au départ ; le fait que le paiement de la marchandise est subordonné à l'acceptation d'un tiers ne modifie pas la fixation du lieu de livraison.* »

1922 G. FRIEDEL, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 117, n° 32 : « *Le marché "gare départ" : En vertu de cette convention, le vendeur se charge seulement de livrer la marchandise dans la cour de la gare de départ : l'acheteur, ou le transporteur agissant pour son compte, doit en prendre livraison en ce lieu, et effectuer le chargement. Donc à partir de la remise en gare, la propriété et la charge des risques passent à l'acheteur, les pertes ou avaries survenues en cours de chargement comme les risques du transport lui-même.* »

1923 CA Paris, 29 novembre 1898, *S.* 1899, II, p. 126.

1924 G. FRIEDEL, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 117, n° 32. Même la jurisprudence : CA Paris, 29 novembre 1898, *S.* 1899, II, p. 126.

1925 Req., 19 mars 1929, *S.* 1929, I, p. 245.

marchandise. Celui-ci se voit alors chargé de trouver un transporteur de son choix pour le transport de la marchandise [1926]. Telle est l'espèce dans laquelle l'arrêt du 1er juillet 1889 a été rendu [1927]. Le vendeur devait d'abord séparer la marchandise vendue du lot, et ensuite la transporter chez l'acheteur. Après le pesage, la marchandise est expédiée. Tel est aussi en pratique commerciale le « *marché franco sur wagon* » [1928]. L'effectivité de la délivrance doit, dans ces hypothèses, résulter de la notification [1929], par exemple par titre de transport [1930], à l'acheteur de l'expédition de la marchandise [1931]. À cet égard, les décisions du 24 décembre 1875 de la chambre criminelle [1932] et du 1er juillet 1889 de la chambre civile [1933] de la Cour de cassation sont critiquables. Elles déclarent que la vente est effective par la seule remise de la marchandise au voiturier [1934], autrement dit, que la délivrance est consommée par l'expédition ; elles déduisent de la commande un mandat tacite conféré au

---

1926 Req., 11 août 1874, *S.* 1874, jur., p. 472.

1927 Civ., 1er juillet 1889, *D.* 1891, I, p. 302.

1928 R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, spéc. 179 ; F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chr., p. 175, spéc. 179 ; G. FRIEDEL, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 117, n° 33 : « *Le marché "franco sur wagons" : le vendeur est tenu de se procurer les wagons nécessaires au transport et de procéder à ses frais au chargement. La propriété et les risques ne passent à l'acheteur qu'au moment où le chargement est terminé, parce que c'est à ce moment que les tribunaux considèrent que se fait la remise de la chose à l'acheteur : l'acheteur supporte donc les pertes ou avaries survenues au cours de transport, mais peut en rejeter la responsabilité sur le vendeur, en prouvant qu'elles étaient dues à un chargement défectueux.* »

1929 Le vendeur a commis une faute de n'avoir pas informé l'acheteur de la quantité de seigle par lui déposée à la gare : Req., 11 août 1874, *S.* 1874, jur., p. 472.

1930 R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, spéc. 182 : « *L'art. 92* (du Code de commerce) *[…] met sur le même pied la lettre de voiture et le connaissement. L'une et l'autre sont représentatifs de la marchandise transportée. Dès lors, il n'y a aucune difficulté à expliquer pourquoi la délivrance dans la vente à distance peut se faire grâce à la lettre de voiture. La situation est la même qu'en cas de vente d'une marchandise déposée dans un magasin général. Comme en matière de récépissé-warrant, on se retrouve en présence d'un instrument de la possession, qui permet à son titulaire de se faire remettre la marchandise.* »

1931 C'est la solution prévue par un projet de loi internationale sur la vente, F. GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chr., p. 175, spéc. 180 : « *[…] logiquement une individualisation définitive et irrévocable devrait être suffisante. C'est ce dernier système qui a été adopté par le projet de loi internationale sur la vente pour le transfert des risques. L'art. 19 précise que les choses vendues doivent avoir été manifestement réservées pour l'exécution du contrat, mises à part pour le compte de l'acheteur, et que le vendeur doit avoir expédié un avis informant l'acheteur de cette spécification.* »

1932 Crim., 24 décembre 1875, *S.* 1876, jur., p. 238.

1933 Civ., 1er juillet 1889, *D.* 1891, I, p. 302.

1934 C'est aussi l'avis de certains auteurs, H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., Montchrestien, 1968, n° 908 : « *Dès l'expédition l'acheteur acquiert […] la propriété et supporte les risques, sauf son recours éventuel contre le transporteur : solution d'une grande importance pratique, le transport étant une cause fréquente de pertes ou détériorations.* »

vendeur à l'effet d'individualiser la marchandise, sans égard à la nécessité de notification de l'expédition à l'acquéreur. La dernière espèce mérite davantage d'observations. En effet, le contrat soumet, en l'espèce, l'expédition de la marchandise, entre autres, à l'avis préalable de l'acquéreur. De par ses prétentions, celui-ci invoque d'une part l'absence de l'individualisation en ce qu'il n'était ni présent ni représenté à l'individualisation alléguée, et d'autre part le défaut de cet avis. La Cour de cassation rejette ces arguments en estimant qu'avant d'être expédiée, la marchandise est pesée, et qu'il résulte de la nature du contrat, c'est-à-dire de la commande, que l'acquéreur a donné, à cet effet, un mandat tacite au vendeur. La recherche d'un mandat tacite est critiquée par une doctrine [1935].

639. Effet perturbateur de la règle res perit domino dans cet arrêt. Selon la Cour, le pesage, soutenu par l'expédition de la marchandise, suffit à opérer le transfert de la propriété à l'acquéreur et, par conséquent, à mettre les risques à la charge de celui-ci. Cette décision trouve écho dans certaines opinions doctrinales associant la charge des risques au transfert de la propriété, et suivant lesquelles la remise de la marchandise au transporteur suffit [1936]. Cet arrêt de la Cour, et donc cette opinion n'est pas soutenable, lorsqu'on se rend à l'évidence que la charge des risques est plutôt liée à la délivrance. La remise de la marchandise au transporteur seule ne suffit évidemment pas à traduire la mise à

[1935] D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 107 ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 65.

[1936] E. THALLER, note sous Civ., 31 décembre 1894, *D*. 1895, I, p. 409 : « *[…] la cour de cassation répond que l'individualisation d'une marchandise restée aux mains de la personne qui l'a vendue n'a pas, en général, pareil résultat : dans les ventes de choses fongibles, la propriété n'est, en principe, transférée à l'acheteur que par une livraison effective, en d'autres termes, lorsque la marchandise est sortie des magasins du vendeur et a été remise au voiturier. En conséquence, la provision n'avait pas été faite avant la faillite. Cette interprétation est exacte. Il ne semble pas, d'ailleurs, que la jurisprudence fût déjà acquise en ce sens, ainsi que le soutenait le pourvoi. L'arrêt de cassation de la chambre criminelle du 24 déc. 1875 (D. P. 76. 1. 91), cité par le pourvoi, concerne une question de compétence judiciaire en droit pénal, la détermination du lieu où s'est accomplie une falsification de denrées voyageant d'une ville à une autre ; et il a posé en règle que la vente des choses sujettes à pesée, d'après l'art. 1585 c. civ., devenait parfaite, non au lieu d'arrivée, mais au lieu d'expédition, "la commande impliquant mandat conféré au vendeur de procéder par lui-même, ou selon les cas par le voiturier dont le choix lui est laissé, à l'opération du pesage destinée à individualiser la marchandise" […].* » L'arrêt ici commenté se borne à déclarer que « *dans les ventes sur commandes de choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent, la propriété […] n'est, en principe, transférée à l'acheteur que lorsque la marchandise est sortie des magasins du vendeur et a été remise au voiturier […]*. » (*S*. 1897, I, p. 216). Autrement dit, l'arrêt n'a pas déterminé expressément que la délivrance s'effectue par la remise de la marchandise au voiturier. ; J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 547 : « *[…] c'est la remise au transporteur pour expédition qui, en rendant irrévocable cette individualisation unilatérale, transforme en corps certain la chose de genre commandée. Il est donc logique de considérer que la chose devient, à compter de cette remise, la propriété de l'acheteur destinataire, et ce que le transporteur ait été choisi par ce dernier ou par le vendeur. […]. Elle devient dès cet instant la propriété de l'acquéreur et voyage à ses risques et périls.* »

disposition [1937]. Le contrat n'épuise ses effets, en ce qui concerne la charge des risques, que par la notification de l'expédition à l'acquéreur [1938]. L'inexistence de cette notification aurait conduit à une solution différente de celle de l'arrêt du 1er juillet 1889 de la chambre civile de la Cour de cassation [1939]. Si les juges devaient faire abstraction du fait que le contrat soumet l'expédition de la marchandise à l'avis préalable de l'acquéreur, ils auraient dû néanmoins considérer l'absence de notification de l'expédition à celui-ci. Ce qui aurait conduit, indépendamment de la question du transfert de la propriété, à mettre les risques à la charge du vendeur. Non seulement la notification permet, en l'espèce, à l'acquéreur de préparer la prise de livraison, mais il en résulte que la marchandise est mise à sa disposition [1940].

640. Effet de la notification de l'expédition. En général, la notification de l'expédition faite par la remise du titre de transport permet aussi à l'acheteur de disposer des marchandises en cours de transport [1941]. Ce droit de disposer est jugé à juste titre indépendant du droit de propriété [1942]. Le vendeur ne doit plus être inquiété par la perte de la chose ou sa détérioration produite postérieurement à la notification faite à l'acheteur de son expédition. Les risques sont concevables seulement dans la période antérieure à l'expédition. De même,

---

1937 R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, spéc. 183 : « *Tant que le vendeur garde la lettre de voiture ou le récépissé, il a la maîtrise du transport : à son gré, il peut changer la destination prévue, dérouter la marchandise, la faire revenir à son point de départ. Son droit s'évanouit le jour où, en exécution de son obligation de délivrance, il remet le titre de transport à l'acheteur. À partir de ce moment, la maîtrise du contrat passe au destinataire qui jouit des prérogatives dont l'expéditeur bénéficiait antérieurement.* »

1938 Il semble que c'est aussi la solution consacrée par le droit allemand lorsqu'il s'agit de la vente de choses fongibles, R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, 3e éd., LexisNexis, 2016, n° 594 : « *S'il s'agit de choses fongibles, deux conditions sont nécessaires pour que les risques passent à l'acquéreur : l'individualisation des choses vendues, l'avertissement de l'acquéreur.* »

1939 Civ., 1er juillet 1889, *D*. 1891, I, p. 302.

1940 CH. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, tome 3, 4e éd., LGDJ, 1906, n° 107 : « *Certains modes de délivrance sont spécialement usités dans le commerce. Mais rien n'empêcherait de les employer aussi en matière civile : telle est la transmission de la lettre de voiture pour les marchandises transportées par mer (art. 576 et 92, C. com.) ; cette transmission se fait dans des formes différentes selon que le titre est à personne dénommée, à ordre ou au porteur. L'endossement d'un récépissé pour les marchandises déposées dans un magasin général (L. 28 MAI 1858, art. 3 et 4), le transfert en douane pour les marchandises se trouvant dans un entrepôt, opérés au profit de l'acheteur, sont aussi des formes de livraison.* »

1941 R. DECOTTIGNIES, « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 161, spéc. 183 : « *La solution présente pratiquement le plus grand intérêt. L'acheteur peut disposer de la marchandise avant qu'elle arrive dans ses magasins. S'il trouve preneur, il lui suffit de donner des ordres au voiturier pour transporter la marchandise vers sa nouvelle destination.* »

1942 *Ibid*., spéc. 184 : « *Il ne saurait être question de rattacher le droit de disposition au droit de propriété des marchandises en cours de route, en remontant à l'inverse du contrat de transport vers le contrat de vente. Pour déterminer qui a le droit de disposer de la marchandise, le voiturier doit tenir compte uniquement du titre de transport qui le lie à l'expéditeur et au destinataire sur la chose transportée. Somme toute, dans la vente à distance, la transmission du droit de disposition de la marchandise se rattache à l'exécution de l'obligation de délivrance et non aux autres effets de la vente.* »

lorsqu'une destination est prévue pour la livraison des marchandises, par exemple en cas du marché « *franco gare de destination* »[1943], la délivrance s'effectue par le transport de la marchandise jusqu'à cette destination. Les risques sont par conséquent, à moins de convention contraire, à la charge du vendeur jusqu'à l'arrivée des marchandises à cette destination ; à proprement parler, la perte de la marchandise libère les parties de leurs obligations réciproques : les risques sont partagés.

641. Conclusion de la Section II. En définitive, dans l'hypothèse de choses de genre, la perfection de la vente indique le moment de son exécution. L'exécution instantanée de la vente n'est pas ici concomitante avec la formation du contrat ; elle est suspendue à l'individualisation de la chose. Celle-ci emporte par principe la délivrance, et par conséquent les risques à la charge de l'acquéreur lorsque le vendeur se trouve être encore détenteur de la chose. À cet égard, l'individualisation doit être contradictoire. Toutefois la délivrance constitue, dans le système du Code civil, une opération purement juridique, si bien qu'elle s'adapte à toute hypothèse. L'étendue de son contenu varie seulement suivant les hypothèses. Elle implique en général un acte négatif, lequel peut être précédé dans certaines hypothèses des actes positifs. Il suffit d'identifier les éléments susceptibles de constituer son contenu. L'individualisation valant délivrance doit être contradictoire, ou effectuée suivant la volonté préalable des parties contractantes ; ou l'acte dont peut résulter la délivrance, dans certaines hypothèses, doit être porté à la connaissance de l'acquéreur ; celui-ci se doit, à son tour, d'exécuter immédiatement son obligation de retirement.

[1943] G. FRIEDEL, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 117, n° 34.

Conclusion du Chapitre I

642. Article 1585. Sans doute, l'hypothèse de l'article 1585 du Code civil révèle de façon flagrante que le législateur de 1804 et le droit positif ont des regards divergents non seulement sur la question de la charge des risques, mais aussi sur celle de la portée de l'opposabilité du droit de propriété. Si la portée de l'opposabilité du droit de propriété était vraiment dans la vision des codificateurs telle qu'elle est conçue dans le droit positif, ceux-ci l'auraient affirmée dans toutes les hypothèses, et surtout dans celle de l'article 1585 ; ils ne l'auraient sans doute pas abandonnée à la doctrine pour être répercutée dans la jurisprudence. Une opposabilité *erga omnes* du droit de propriété est une construction arbitraire de la doctrine qui contribue à perturber la perception de la liaison des risques à l'obligation de délivrance dans le système du Code civil de 1804.

La doctrine ramène le transfert de la propriété à l'étape de la vente où s'exécute par principe l'obligation de délivrance, en vue de justifier de la règle *res perit domino*. Or, les rédacteurs du Code civil ont consciemment omis de faire référence au transfert de la propriété ; car, ils n'ont vu aucun intérêt à déterminer le moment où l'aspect abstrait du droit de propriété doit être considéré comme transmis. Le seul but du transfert *solo consensu* de propriété, c'est de conférer, outre l'action personnelle résultant du contrat, l'action réelle à l'acquéreur en vue de forcer, le cas échéant, la remise matérielle de la chose. Or, l'exercice de l'action réelle est ici inenvisageable jusqu'à l'individualisation de la chose, laquelle emporte par principe la délivrance, période pendant laquelle les risques sont attribués au vendeur. Le contrat s'exécute instantanément lors de l'individualisation ; ses effets sont par principe épuisés à ce moment-là. La délivrance demeure consensuelle dans l'acquisition tant de corp certain, de choses de genre que de choses futures.

CHAPITRE II.

CHOSES FUTURES

643. Vente de choses futures et le louage d'ouvrage. D'une part, la doctrine s'accorde à dire que la vente de choses futures n'est pas envisagée de façon formelle dans le Code civil, hypothèse dont la proximité avec celle de vente de choses de genre est évidente. D'autre part, elle reconnaît aussi dans sa majorité que l'acquisition de choses futures semble difficile à distinguer de certaines hypothèses du contrat qualifié de louage d'ouvrage règlementé par le Code civil dans les articles 1779 et suivants. Or, il est évident que les solutions données, dans le contrat de louage d'ouvrage, à la question de la charge des risques ne correspondent pas à celle qui règne en droit positif concernant l'acquisition de propriété [1944]. En effet, aux termes de l'article 1788 du Code civil, issu des dispositions relatives au contrat dénommé louage d'ouvrage, « *si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose* ».

644. Le rôle de la délivrance. La doctrine majoritaire aussi bien que la jurisprudence se rendent à l'évidence que la règle *res perit domino*, telle qu'elle est rappelée dans les développements précédents, se heurte ainsi de façon frontale aux solutions des risques issues de la règlementation relative au contrat dénommé louage d'ouvrage [1945]. Le droit de propriété

[1944] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome XI, *Contrats civils*, vol. 2, 2e éd., par A. ROUAST, J. LEPARGNEUR, R. SAVATIER et A. BESSON, LGDJ, 1954, n° 927 : « *Lorsque le maître fournit la matière, la question des risques ne peut plus être liée à celle du transfert de propriété, puisque le maître demeure propriétaire de la chose pendant que l'ouvrier la travaille. Il y a donc lieu, en ce cas, de revenir à l'application de la règle générale des risques, telle qu'elle découle du mécanisme même du contrat synallagmatique.* » ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32230 : « *[…], l'application de ces textes implique de faire abstraction, dans une certaine mesure, de la propriété de la chose. Force est de constater, en effet, que les solutions qui en découlent ne sont pas toujours en harmonie avec le principe* res perit domino. *Car, lorsque les matériaux utilisés pour la construction ont été fournis par l'entrepreneur, on admet que leur propriété se trouve transmise au maître de l'ouvrage au fur et à mesure de la réalisation des travaux, par l'effet de l'accession. Pourtant, l'art. 1788 n'attribue pas les risques de perte au maître de l'ouvrage : il impose de les faire peser sur l'entrepreneur, dissociant par là même les questions de risque et de propriété.* »

[1945] Ph. RÉMY, obs. sur Civ. 3e, 19 février 1986, *RTD civ*. 1986, p. 607 : « *Pour appliquer l'article 1788 du Code civil à l'entrepreneur de construction, il a fallu en modifier le fondement : si ce texte laisse les risques à l'entrepreneur qui fournit le matériau, c'est parce que, dit-on aujourd'hui, "l'entrepreneur conserve les pouvoirs sur la chose fournie… jusqu'à la réception des travaux" […]. Dans ce système, l'accession est indifférente : les risques ne suivent pas la propriété. La jurisprudence est aujourd'hui fermement en ce sens […]. Inversement, la propriété ne suit pas les risques : un entrepreneur ne saurait invoquer l'article 1788 pour prétendre à la propriété des constructions en cours, lorsque le maître de l'ouvrage est déclaré en liquidation de biens […].* » Dans l'hypothèse de choses de genre concernant par principe les choses corporelles, l'on n'a éprouvé aucune hésitation à dire que les risques sont à la charge

… / …

n'est mentionné nulle part [1946]. Ici encore, le droit positif tente en vain de rattacher le transfert de la propriété à la question des risques résolue formellement [1947]. Le rôle de la délivrance apparaît ici, comme dans l'hypothèse de l'acquisition de choses de genre, incontestable dans les solutions données à la question des risques ; il ne peut être éclipsé par la question du transfert de la propriété. Il en résulte de façon évidente une discontinuité dans le système du droit positif. Plutôt que de rechercher la cause profonde de cette disparité à laquelle il donne lieu dans les solutions des risques, le droit positif préfère l'entretenir en la justifiant notamment par la nature différente du contrat.

Il s'ensuit qu'une distinction, qui ne semble exister qu'en apparence, est établie entre le contrat de louage d'ouvrage, ou d'entreprise et le contrat de vente (Section I). En réalité, aucune différence ne peut être relevée entre le louage d'ouvrage et la vente de choses futures, susceptible d'entraîner une différence de solutions à la question de la charge des risques. Autrement dit, les règles de l'attribution des risques dans le contrat de louage d'ouvrage (Section II) ne présentent aucune dérogation à celles dont la restauration est proposée jusqu'ici.

---

du vendeur jusqu'à l'individualisation parce que c'est à ce moment que la propriété est transférée. En présence de la même règle dans le louage d'ouvrage, c'est-à-dire dans l'hypothèse de l'objet corporel individualisé, la même analyse ne peut être constamment soutenue par ceux qui l'ont proposée.

1946 L'arrêt suivant dit que l'article 1788 du Code civil ne concerne que l'attribution des risques : Civ. 3e, 23 avril 1974, *D*. 1975, jur., p. 287, note J. MAZEAUD.

1947 Civ., 20 mars 1872, *S*. 1872, jur., p. 101 : « *Attendu qu'aux termes de l'art. 1788, C. civ., l'ouvrier qui fournit la matière, supporte la perte de la chose qui lui a été commandée si cette chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée ;— Qu'il faut nécessairement induire de là que le législateur a considéré que la propriété de la chose commandée residait sur la tête de l'ouvrier, aussi longtemps que son œuvre n'était pas achevée et qu'il n'avait pu la remettre aux mains de celui auquel il s'était engagé à la livrer ;* ». Pour la doctrine : L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, tome 2, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, 1885, n° 780 et suiv. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome XI, *Contrats civils*, vol. 2, 2e éd., par A. ROUAST, J. LEPARGNEUR, R. SAVATIER et A. BESSON, LGDJ, 1954, n° 926 : « *Ces solutions constituent une application de la règle* res perit domino. *L'entrepreneur étant demeuré propriétaire, conserve les risques de la chose ouvrée. Il en est ainsi même si le maître a exercé une surveillance sur l'exécution du travail, la surveillance n'entraînant pas une subordination.* » D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 113 ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., par M. DE JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 1337 ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32226 : « *Lorsque l'ouvrage à réaliser est un bien meuble, les solutions posées par le Code civil sont en pleine harmonie avec la théorie des risques. Les art. 1788 et 1789 C. civ. retiennent fort logiquement, en ce qui concerne la perte de la chose, des solutions différentes selon que le prestataire fournit ou non la matière, parce que dans le premier cas il en est propriétaire et non dans le second. En revanche, il assume toujours les risques du contrat.* » La règle *res perit domino* n'a simplement aucun support ici. L'entrepreneur ne peut assumer les risques tantôt en tant que propriétaire, tantôt comme débiteur de la délivrance. Le rattachement des risques à la propriété se heurte toujours à des difficultés d'harmonisation.

SECTION I.
DISTINCTION DE SIMPLE APPARENCE ENTRE LE LOUAGE D'OUVRAGE ET LA VENTE

645. Les prétendus éléments distinctifs. Les termes de vente de choses futures sont absents dans le Code civil de 1804. Par conséquent, l'on a l'idée que les codificateurs ont perdu de vue la vente de choses futures. Le droit positif recherche alors les caractéristiques de ce contrat, qui constitue la vente la plus pratiquée de nos jours. Cependant, l'image de cette vente paraît identique à celle du contrat de louage d'ouvrage envisagé expressément dans le Code civil. Ainsi, la recherche de la physionomie de cette vente a donné lieu à une analyse séparative de celle-ci avec le contrat d'entreprise. Suivant la doctrine majoritaire, la distinction entre le contrat de vente et le louage d'entreprise, qui commanderait l'application des règles différentes (§ 2), résulterait de la différence entre les objets de certaines obligations considérées comme caractéristiques de ces conventions (§ 1). Autrement dit, la règle *res perit domino* doit revêtir ici un aspect particulier en raison de cette prétendue distinction entre le contrat dénommé louage d'ouvrage et le contrat de vente portant sur des choses futures.

§ 1. LES OBLIGATIONS PRÉTENDUES CARACTÉRISTIQUES DES DEUX CONVENTIONS

646. Distinction inexistante. La distinction soutenue entre le contrat de vente et le contrat d'entreprise n'existe qu'en apparence. Le contrat d'entreprise doit être considéré comme le contrat de vente portant sur des choses futures. Il semble nécessaire de présenter d'abord les termes de cette distinction (A), avant de démontrer son inexistence (B).

A. Les termes de la distinction

647. L'obligation contractuelle considérée comme distinctive. La distinction artificiellement instaurée entre le contrat de vente et le louage d'ouvrage se base sur le contenu de l'obligation du créancier du prix, c'est-à-dire respectivement du vendeur et de l'entrepreneur [1948]. Les deux contrats ont en outre bien en commun l'obligation de payer le prix [1949], contrepartie de l'obligation de la partie qui en est le créancier. Cependant, il n'est

---

[1948] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 73 : « *Le contrat d'entreprise (art. 1787 et s.), que l'on appelait autrefois louage d'ouvrage et d'industrie, est une convention par laquelle une personne s'engage moyennant rémunération à exécuter un travail de façon indépendante. Apparemment, la différence avec la vente est nette ; faire un travail pour autrui, ce n'est pas une vente : on ne vend pas des services, mais des choses.* »

[1949] C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 374, p. 399 : « *Le contrat qui a pour objet la confection d'un ouvrage (*locatio operis*) et qu'on appelle*

… / …

pas conféré à l'obligation de payer le prix un rôle déterminant dans leur prétendue distinction [1950], surtout dans la qualification du contrat d'entreprise [1951]. Ainsi, l'obligation caractéristique respective de ces contrats se trouve ailleurs. Elle consisterait dans la fourniture de la chose, en cas de contrat de vente, et dans un travail à exécuter [1952], qui peut porter sur une chose, lorsqu'il s'agit de louage d'ouvrage [1953]. Autrement dit, le contrat de vente se distingue essentiellement en ce qu'il en résulterait que le vendeur fournisse une chose à l'acquéreur, tandis que l'entrepreneur contracterait seulement l'obligation de faire [1954]. Toutefois, à la différence du contrat de travail, l'entrepreneur n'est pas

---

aujourd'hui couramment contrat d'entreprise, a pour objet, comme le contrat de travail, l'exécution d'un travail pour le compte d'autrui moyennant une rémunération qui peut être établie sur des bases quelconques. Il se distingue du contrat de travail par le fait que le travail n'est pas accompli en état de subordination. »

1950 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 708 : « *L'obligation de payer le prix à laquelle est tenu le maître n'est pas caractéristique : d'une manière générale, une obligation monétaire ne permet pas de qualifier un contrat. Cependant, elle confère au contrat une nature nécessairement onéreuse, qui peut ainsi être présumée ; le contrat d'entreprise peut être onéreux, même si une somme d'argent n'est pas due par le maître […].* » Le contrat de vente constitue peut-être une exception, puisque l'obligation de payer le prix est considéré comme caractéristique.

1951 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 421 : « *L'existence d'une contrepartie financière, bien que fréquente, reste indifférente à la qualification.* »

1952 Civ. 3e, 31 janvier 1996, *Bull. civ.* 1996, III, n° 28 : « *Attendu que, pour rejeter cette demande, l'arrêt retient que les prestations effectuées par la société Sicobois ont consisté exclusivement en la fourniture d'éléments de menuiserie et en leur pose ; Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, en effectuant cette pose, la société Sicobois n'avait pas exécuté pour partie le contrat d'entreprise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;* ».

1953 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 374, p. 399 ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 32 : « *Dans le louage d'ouvrage l'obligation principale de l'ouvrier est une une obligation de faire. Ce sont les termes mêmes de l'art. 1710 qui nous permettent de l'affirmer. Par conséquent, si aux termes du contrat cette obligation a une valeur supérieure à celle des matériaux utilisés, on pourra qualifier le contrat de louage d'ouvrage.* » ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 421 : « *L'entrepreneur est tenu d'exécuter une prestation. Indépendamment de la nature de cette dernière, l'entrepreneur est donc débiteur d'une obligation de faire.* » Cette conception ne semble pas satisfaisante. La fourniture d'une chose constitue aussi une obligation de faire. Dans le louage d'ouvrage l'entrepreneur est tenu de restituer la chose lorsque la matière est fournie par le maître de l'ouvrage : A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 558 et suiv. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 708 : « *L'obligation spécifique du contrat d'entreprise pèse sur l'entrepreneur qui doit exécuter un travail, lui-même ou par celui qu'il se substitue au moyen d'une convention de sous-traitance. Cette obligation permet de situer le contrat d'entreprise par rapport à d'autres contrats.* » ; P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999, n° 51 : « *La fourniture du travail constitue bien pour l'entrepreneur sa prestation principale, parce qu'elle lui impose un effort (le "faire"), une compétence (le"savoir-faire") et du temps. Le prix payé par le maître représente, du point de vue du prestataire, la rémunération de l'activité déployée.* »

1954 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 374, p. 399 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 731 ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse

… / …

subordonné à son cocontractant, il réalise son ouvrage, ou service en toute indépendance [1955].

648. Une observation préliminaire. On peut d'ores et déjà observer que cette base séparative du contrat de vente et du louage d'entreprise n'est pas satisfaisante. La fourniture d'une chose constitue aussi une obligation de faire ; on verra ci-dessous qu'elle est aussi présente dans les différentes hypothèses du louage d'entreprise [1956]. En outre, aux termes de l'article 1163 du Code civil, issu de la réforme du 10 février 2016 [1957], toute obligation a pour objet une prestation qui peut être présente ou future. Il suit de là que les obligations issues du contrat de vente n'ont pour objet que des prestations. La réforme semble ainsi emporter cette base trompeuse de la séparation du contrat de vente et du louage d'entreprise, paraissant reposer sur l'ancienne opposition entre les obligations de prester et de donner [1958]. Cependant, l'on dira toujours que la prestation consiste, dans un cas, à fournir une chose et, dans l'autre, à réaliser simplement un travail.

649. Difficulté avouée dans la distinction de ces conventions. Souvent, une même opération combine ces deux types d'activités, consistant à exécuter un travail et à fournir une chose, considérées comme objets des obligations respectives de l'entrepreneur et du vendeur [1959]. L'hypothèse est prévue à l'article 1787 du Code civil, aux termes duquel,

---

Montpellier I, 1978, n° 38 ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11123 : « *Alors que la vente consiste à fournir un bien, le louage d'ouvrage, ou contrat d'entreprise, a pour objet un travail, exécuté en toute indépendance, par une personne qui réalise un ouvrage ou rend un service.* » ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 79 : « *La présence d'une chose appropriée, corporelle ou incorporelle constitue le préalable nécessaire au transfert de propriété ; l'absence de chose appropriée empêche toute qualification du contrat de vente.* »

1955 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 374, p. 399 ; J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 72 : « *Le contrat d'entreprise est une convention par laquelle une personne, le maître de l'ouvrage, en charge une autre, l'entrepreneur, d'exécuter, en toute indépendance — ce qui la distingue du contrat de travail caractérisé par un lien de subordination — un ouvrage, un travail déterminé, consistant en de simples actes matériels de telle sorte qu'il ne confère à l'entrepreneur aucun pouvoir de représentation.* » ; P. — H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 429 et suiv.

1956 P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999, n° 34 et suiv.

1957 L'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

1958 D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 112 : « *La qualification d'un tel contrat est difficile à déterminer ; l'on peut hésiter entre deux types de conventions, la vente à livrer d'une chose future, et le contrat de louage d'industrie. Dans le premier, l'on insiste sur l'obligation de donner qui incombe au vendeur ; dans le second sur l'obligation de faire qu'assume l'ouvrier, l'obligation de donner apparaissant comme accessoire.* »

1959 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 374, p. 400 : « *Ce contrat présente des caractères différents, selon que l'ouvrier ne s'engage à fournir que son travail ou son industrie, ou qu'il s'engage à fournir également la matière.* » ; J. GHESTIN (Sous la dir.) et

… / …

« *lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière* ». Il en va ainsi lorsque le fournisseur d'une chose commandée doit la travailler avant de la livrer [1960], ou encore lorsqu'une commande d'une chose à fabriquer s'accompagne de l'obligation pour le fabricant de son installation chez l'acquéreur [1961], ou de former celui-ci ou son personnel sur l'entretien de la chose livrée [1962] ; il en est également ainsi lorsque l'entrepreneur qui construit une maison, pour le compte du maître de l'ouvrage, sur le terrain de celui-ci, fournit des matériaux [1963].

650. La question de la qualification de l'opération combinant les deux activités. Cette mixité donne alors lieu à la question de la qualification d'une telle opération. Celle-ci renferme en effet à la fois la conception traditionnelle de la vente [1964] et le travail considéré comme caractéristique du contrat d'entreprise. Il se pose ainsi la question de savoir s'il faut faire découler d'une telle opération seul, soit le contrat de vente, soit le louage d'ouvrage, ou la considérer comme un contrat mixte entraînant l'application distributive ou successive des règles propres au contrat de vente dans un domaine, et de celles régissant le contrat d'entreprise dans un autre. La doctrine ne s'accorde pas sur une qualification unitaire, exclusive, ou mixte. Une partie de l'opinion doctrinale propose une qualification distributive ou successive, c'est-à-dire mixte [1965], et l'autre une qualification unitaire. La doctrine est ainsi partagée entraînant dans son sillage la diversité de critères dans la

---

B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 72 : « *L'objet du contrat porte à la fois sur une chose et sur un travail. Lequel de ces deux éléments doit déterminer sa qualification ?* » ; Y. DAGORNE-LABBE, obs. sur Com., 4 juillet 1989, *JCP* 1990, II, 21515 : « *Le contrat d'entreprise, lorsque la matière à travailler n'est pas fournie par le client, présente, en plus de sa partie main-d'œuvre, une partie vente relative aux éléments nécessaires à la réalisation du travail demandé. Cette situation, notamment si l'aspect vente de la convention est relativement important, peut aboutir à un problème de qualification.* »

1960 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 79 : « *La coïncidence d'une prestation humaine et d'une chose dans le perimètre de l'objet du contrat introduit une concurrence de qualification entre la vente et le contrat d'entreprise par lequel un entrepreneur s'engage à exécuter une prestation de travail, de manière indépendante, au profit de son client […].* »

1961 Civ. 1re, 14 décembre 1999, *Bull. civ.* 1999, I, n° 340. J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11123.

1962 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11129.

1963 Civ., 18 octobre 1911, *D.* 1912, I, p. 113. Cet arrêt qualifie l'opération de louage d'ouvrage. La solution paraît constituer une application de la règle selon laquelle l'accessoire suit le principal, qui est en l'espèce le terrain. Dans le même sens : Civ. 3e, 16 mars 1977, *Bull. civ.* 1977, III, n° 131 (construction d'une centrale thermique).

1964 Qui porte sur une chose existante lors de la conclusion du contrat.

1965 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 374, p. 400 : « *[…], il* (le contrat) *participe à la fois de la vente et du louage.* » ; J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 82 ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thès Montpellier I, 1978, n° 33.

jurisprudence ; autrement dit, la qualification tant exclusive que distributive trouve écho dans la jurisprudence.

651. Qualification mixte. La qualification mixte, déjà rappelée, consiste à considérer dans une même opération l'existence des deux contrats, autrement dit, à cumuler les règles spéciales à chacun de ceux-ci [1966]. Selon l'opinion favorable à cette qualification, la partie du contrat constitutive de la vente sera régie exclusivement par les règles propres à celle-ci, tandis que celle dont résulte le contrat d'entreprise constituera le domaine dans lequel seront appliquées les règles relatives au louage de service, ou d'ouvrage [1967]. Il en est ainsi décidé de la construction d'une centrale thermique sur le terrain du maître de l'ouvrage [1968]. C'est une qualification qui se veut respectueuse des différentes étapes de l'opération.

652. Difficultés de la mise en œuvre de la qualification mixte. Néanmoins, la mise en œuvre de cette théorie d'apparence simple, préférée par certains auteurs [1969], est

---

[1966] P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 424 : « *[…] on a aussi proposé pour une même opération une qualification mixte donnant lieu à une application distributive des règles : seraient tantôt appliquées les règles de la vente, tantôt celles de l'entreprise, selon la phase d'exécution du contrat.* »

[1967] C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 374, p. 400, note de bas de page n° 2 : « *[…] nous pensons que, dans le cas même où la matière a été exclusivement fournie par l'ouvrier, il faut, pour rester dans le vrai, reconnaître que la convention est de nature mixte. Nous serions assez disposés à dire que, jusqu'au moment de la réception de l'ouvrage, les rapports des parties sont principalement régis par les règles du louage et que celles de la vente deviennent applicables à partir de ce moment. Telle est l'idée qu'expriment, à notre avis, les termes du projet : "c'est une vente d'une chose une fois faite".* » ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome XI, *Contrats civils*, vol. 2, 2e éd., par A. ROUAST, J. LEPARGNEUR, R. SAVATIER et A. BESSON, LGDJ, 1954, n° 912, p. 148 : « *La solution de la difficulté ne consiste […] pas à éliminer la vente au profit de l'entreprise ou réciproquement, mais à combiner deux contrats qui existent réellement. On est en présence d'un contrat mixte qui se décompose en deux contrats distincts et les réunit dans une même opération économique. Le contrat dans lequel l'ouvrier fournit la matière est à la fois une entreprise et une vente, et produit les effets combinés des deux contrats.* » ; E. BECQUÉ, obs. sur CA Paris, 24 mai 1944, *JCP* 1945, II, 2742 : « *[…] toutes les fois qu'il s'agit de commande d'objets mobiliers adressé à des industriels, on est en présence d'un contrat mixte, qui se décompose en deux contrats distincts (entreprise et vente), et les réunit en une même opération économique […].* » ; G. CORNU, obs. sur Civ. 1ere, 16 juillet 1968, *RTD civ*. 1969, p. 355.

[1968] Civ. 3e, 16 mars 1977, *Bull. civ*. 1977, III, n° 131 : « *Mais attendu que les juges d'appel, qui ont pu estimer que la convention complexe liant la société Les Papeteries de France à la société Tunzini-Entreprise comportait à la fois un louage d'ouvrage et une vente de fourniture, ont énoncé que la qualité de maître d'œuvre résultant du contrat d'entreprise avait mis à la charge de la société Tunzini-Entreprise la direction de l'installation et la surveillance des travaux, obligation imparfaitement exécutée ; qu'ils l'ont déclaré responsable de quatre séries de malfaçons par eux attribuées, au vu de l'expertise, à des fautes d'exécution ou d'installation et n'ont fondé la condamnation à réparation de la société précitée que sur des manquements aux obligations du contrat d'entreprise ; D'où il suit qu'en aucune de ses branches le moyen ne peut être accueilli.* »

[1969] C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 374, p. 400. G. CORNU, obs. sur Civ. 3e, 16 mars 1977, *RTD civ*. 1977, p. 785 : « *Pour composer le régime juridique de cette convention complexe dont aucun élément — principal ou accessoire — ne doit être négligé, il suffit de faire distributivement sortir à chacun la conséquence qu'il engendre, jusqu'au moment où une incompatibilité de régime commande — mais alors seulement — de faire prévaloir,* in

… / …

évidemment délicate [1970]. Dans l'hypothèse où l'entrepreneur fournit à la fois la matière et le travail, il faudra séparer, selon cette théorie, les domaines respectifs de la vente et du travail en vue de leur appliquer des règles différentes [1971]. Or, dans une telle opération, le travail se situe entre deux choses fournies de façon successive par l'entrepreneur : d'abord les matériaux et ensuite la chose réalisée par le travail à partir de ceux-ci [1972]. Autrement dit, la fourniture de la matière devrait se voir logiquement appliquer les règles issues du contrat de vente ; c'est en effet là la première étape de l'opération. De même, la transmission de la chose réalisée sera régie par les règles relatives au contrat de vente, tandis que le travail effectué, dans l'intervalle de ces deux étapes, sera soumis aux règles du louage d'ouvrage. La logique implique de n'omettre aucune de ces trois étapes. Ce qui paraît cependant concrètement difficile à mettre en œuvre. Par ailleurs, la perte de la matière fournie par l'entrepreneur compromet les autres étapes suivantes qui ne seront jamais réalisées.

653. La qualification exclusive. Une autre opinion soutient la qualification unitaire de l'opération [1973]. Le critère de cette qualification ne cesse d'évoluer. Parmi les partisans de cette analyse, certains proposent de retenir la vente [1974], chaque fois que l'entrepreneur

---

casu, *l'un ou l'autre […]*. » ; Th. HASSLER, obs. sur Civ. 3e, 16 mars 1977, *JCP* 1978, II, 18913 : « *[…] la qualification mixte était la meilleure solution dans la mesure où elle tenait compte de la diversité de nature des obligations contractuelles.* » ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11128 : « *Dans la mesure où cette solution est envisageable, elle est certainement préférable à toute autre car elle a le mérite de rendre compte, réellement, de ce que sont les différentes facettes de l'opération.* »

1970 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 35.

1971 D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 113 : « *[…] la recherche d'une délimitation exacte du domaine des deux contrats apparaît comme assez décevante, et ne permet pas de donner une solution définitive au problème étudié. Et l'on peut hésiter entre trois moments pour fixer le transfert, l'achèvement de la chose, la réception et la livraison.* »

1972 Si les règles du contrat de vente régissent distinctement l'étape de la fourniture des matériaux, c'est que ceux-ci sont la propriété du maître de l'ouvrage dès avant qu'ils ne soient incorporés dans l'ouvrage. Or, pour AUBRY et RAU, l'opération constitue le louage d'ouvrage jusqu'à la réception ; elle devient contrat de vente à compter de la réception (C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 374, p. 400).

1973 J. CARBONNIER, obs. sur CA Paris, 24 mai 1944, *RTD civ.* 1945, p. 121. H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., par M. DE JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 1336 : « *Ce système a le mérite de la simplicité : le critère est très net ; il y a soit contrat d'entreprise, soit vente de choses futures, selon que la matière est fournie par la personne qui commande l'ouvrage, ou par celle qui l'exécute.* » ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 723 ; G. VIRASSAMY, note sous Com., 20 juin et 4 juillet 1989, *D.* 1990, p. 246.

1974 M. DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, Alex-Gobelet, Libraire, 1833, n° 250 : « *Il semble […], d'après l'article 1711, qu'il n'y a louage d'ouvrage que dans les cas où c'est celui pour lequel l'ouvrage se fait qui fournit la matière […]*. » ; L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, tome 2, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, 1885, n° 774, p. 303 : « *Aussi concluons-nous que le*

… / …

fournit à la fois les matériaux et le travail, et d'autres le contrat d'entreprise [1975]. Cette analyse paraît aussi être celle résultant de la CVIM [1976]. Il s'agirait ainsi de la vente, le marché dans lequel le constructeur d'un navire fournit les matériaux [1977]. En dehors de cette opinion, qui semble minoritaire, l'on a fait longtemps reposer la qualification unitaire sur l'importance quantitative de la valeur pécuniaire respective du travail et des matériaux fournis pour la réalisation de l'ouvrage [1978]. Il a été qualifié ainsi de contrat d'entreprise, la convention par laquelle un peintre s'engage à réaliser un portrait avec sa matière [1979]. La Convention de Vienne du 11 avril 1980 paraît s'en inspirer, en excluant de son champ d'application « *les contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services* » [1980]. Cette théorie constitue une reprise de la vieille maxime romaine *accessorium sequitur principale* [1981]. Suivant cette qualification, l'analyse de l'opération en contrat de vente l'emporte lorsque la valeur

---

contrat par lequel on entreprend un ouvrage moyennant un prix déterminé sera un louage d'ouvrage, si la matière est fournie par celui qui a commandé le travail, et une vente si elle est fournie par l'ouvrier. »

1975 Une opinion propose justement qu'on considère le contrat d'entreprise comme ayant un effet translatif de propriété : P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999, n° 41, p. 85 : « *[…], le recours envisagé à la règle de l'accessoire avait moins pour objectif d'expliquer le transfert que de l'ignorer au nom de l'élimination des éléments secondaires. La technique était grossière et irréaliste. Le problème demeure donc entier. Ici comme précédemment, il ne peut être réglé qu'en reconnaissant directement au contrat d'entreprise un effet translatif de propriété.* »

1976 Aux termes de l'alinéa 1 de l'article 3 de cette Convention, « *Sont réputés ventes les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande celles-ci n'ait à fournir une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production.* »

1977 Req., 10 juillet 1888, *S*. 1888, I, p. 430 : « *Attendu que le marché à forfait pour la construction d'un navire, alors que le constructeur fournit tout à la fois son travail, son industrie et la matière, constitue, non un simple louage d'ouvrage, donnant lieu seulement à l'application de l'art. 1798, C. civ., mais une véritable vente à livrer ;* » ; Req., 31 octobre 1900, *D*. 1901, I, p. 65 : « *Attendu que le marché à forfait pour la construction d'un navire, où l'entrepreneur fournit les matériaux, constitue, en principe, non un louage d'ouvrage dans le sens de l'art. 1798 C. civ., mais une vente à livrer dont l'objet reste, jusqu'à la livraison, la propriété du constructeur ; […].* »

1978 Civ. 1re, 15 juin 1983, *Gaz. pal*. 1983, pan. jur., p. 303, note A. PIEDELIÈVRE ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11126 : « *On s'est entendu, pendant longtemps, pour opérer une analyse quantitative et retenir un critère dit "économique" selon lequel il convient de rechercher dans l'opération ce qui, de la matière fournie ou du travail effectué, représente l'élément prépondérant […].* »

1979 Civ., 14 mars 1900, *D*. 1900, I, p. 497.

1980 Art. 3, alinéa 2.

1981 Y. DAGORNE-LABBE, obs. sur Com., 4 juillet 1989, *JCP* 1990, II, 21515 : « *Le critère économique est une application de la maxime* accessorium sequitur *principale. Il consiste à déterminer dans la convention quel est, de la main-d'œuvre ou de la matière, l'élément en valeur le plus important. Si c'est le premier, la convention est considérée dans son ensemble comme un contrat d'entreprise, si c'est le second, c'est un contrat de vente.* » ; G. VIRASSAMY, note sous Com., 20 juin et 4 juillet 1989, *D*. 1990, p. 246, n° 11 ; F. LABARTHE, note sous Com., 6 mars 2001, *JCP* 2001, II, 10564 ; F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Traité des contrats, Le contrat d'entreprise*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, Lextenso éditions, 2008, n° 96 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 74.

des matériaux est supérieure à celle du travail réalisé [1982]. En revanche, l'on retient le contrat d'entreprise lorsque la valeur du travail s'avère supérieure à celle des matériaux fournis [1983].

654. Critiques de la qualification unitaire basée sur la valeur pécuniaire respective des activités en présence. La critique formulée en général à l'endroit de la qualification unitaire ou exclusive, est qu'il en résulte la disparition de l'opération de valeur inférieure considérée comme l'accessoire de l'autre [1984], autrement dit, elle fait abstraction d'une

---

1982 CA Paris, 24 mars 1944, *JCP* 1945, II, 2742 : « *Mais considérant qu'en raison de la valeur des matériaux bien supérieure, comme il arrive le plus souvent dans l'industrie, à celle du travail proprement dit il y avait entre les parties, dans les circonstances particulières de la cause, non point louage d'ouvrage ni vente pure et simple, parfaite dès le jour du contrat, mais vente d'une chose future ; qu'un tel contrat est prévu par l'alinéa 1er de l'article 1130 du Code civil ; […].* » Le pourvoi contre cette décision est rejeté par la Cour de cassation par son arrêt du 1er août 1950 (Civ., 1er août 1950, *S*. 1951, I, p. 100) : « *Mais attendu que l'arrêt attaqué, relevant que dans le marché litigieux la valeur des matériaux était bien supérieure à celle du travail proprement dit, en a déduit à bon droit que ledit marché constituait non un louage d'ouvrage, mais la vente d'une chose future prévue par l'alin. 1° de l'art. 1130 C. civ. ;* » ; Civ. 1re, 27 avril 1976, *JCP* 1977, II, 18635, note J. HUET : « *Mais attendu […] que la Cour d'appel a décidé à bon droit que le contrat par lequel une personne fournit à la fois son travail et des objets mobiliers doit être analysé juridiquement comme une vente dès lors que le travail en constitue l'accessoire, et a, par une appréciation qui échappe au contrôle de la Cour de cassation, souverainement estimé que tel était le cas en l'espèce où l'élément matière l'emportait sur l'élément "façon"* ».

1983 C'est ce qui ressort de cet arrêt paraissant évidemment combiner (F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Traité des contrats, Le contrat d'entreprise*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, Lextenso éditions, 2008, n° 95) les critères de spécificité et de valeur économique du travail : Civ. 3e, 19 juin 1991, *Bull. civ*. 1991, III, n° 185 : « *Mais attendu qu'ayant retenu que le travail de fabrication était plus important et coûteux que la seule fourniture du matériau, que le produit, qui était un procédé du donneur d'ordres, la société Modux, ne pouvait être remplacé par un autre, que la société Glangetas exécutait un travail exclusif pour les besoins de la société Modux, s'interdisant de le faire pour un autre client et que cette société se réservait le contrôle de la fabrication et imposait à la société Glangetas les directives, indications et contraintes spéciales incluses dans le cahier des charges, la cour d'appel, qui en a exactement déduit que les parties étaient liées par un contrat de sous-traitance, excluant l'existence d'un contrat distinct de fourniture, a, sans avoir à procéder à des recherches qui ne lui étaient pas demandées, légalement justifié sa décision de ce chef ;* ». J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11126 : « *[…] est une vente le contrat dans lequel prédomine la fourniture de matériau (on parle alors de "vente à livrer"), alors qu'est un louage d'ouvrage celui où le travail l'emporte. On retient, par là même, une qualification unique — encore appelée exclusive — de l'opération.* »

1984 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome XI, *Contrats civils*, vol. 2, 2e éd., par A. ROUAST, J. LEPARGNEUR, R. SAVATIER et A. BESSON, LGDJ, 1954, n° 912, p. 147 : « *L'application de la règle* Accessorium sequitur *principale risque […] de conduire à des difficultés inextricables quand le travail est d'importance sensiblement équivalente au prix des matériaux. Au cas d'une construction sur un terrain appartenant au maître de l'ouvrage, on ne peut guère d'ailleurs considérer que le sol constitue la matière de cette construction. La vente étant un contrat dont l'objet est de transférer la propriété d'une chose, on peut considérer qu'il y a vente lorsque la chose existera, soit par un phénomène naturel, soit par l'intervention d'un tiers. Mais si elle doit être créée par le travail de celui qui la promet, le contrat n'a plus seulement pour objet le transfert de propriété d'une chose, il comprend en outre le travail à effectuer pour cette création. C'est dénaturer ce contrat que d'oublier cet élément, même s'il est de valeur pécuniaire moindre que celle de la matière fournie. Inversement c'est également dénaturer le contrat que de le réduire purement et simplement à une entreprise même si le travail est l'élément principal, en oubliant qu'il y a fourniture d'une chose dont la valeur est un élément du prix convenu, donc une vente.* » ; Th. HASSLER, obs. sur Civ. 3e, 16 mars 1977, *JCP* 1978, II, 18913 : « *La règle de "l'accessoire suit le principal" est à repousser chaque fois que son utilisation conduirait à*

… / …

opération au profit de l'autre. Les juridictions apprécient aussi le caractère accessoire d'une activité par référence à l'intention des parties contractantes. Une activité peut apparaître principale dans l'intention des parties. La mise en application de ce critère, comme l'ont observé certains auteurs, paraît aussi délicate [1985]. Surtout la réalisation de l'estimation de la valeur du travail semble une opération compliquée [1986].

655. Le critère dit psychologique. Ainsi, il est encore proposé de substituer au critère de valeur pécuniaire respective du travail et de la matière fournie, un autre critère dit psychologique [1987], proche de l'intention des parties [1988], consistant à tenir compte de la provenance du plan ou des directives exécutées par l'entrepreneur [1989]. On est alors en présence de louage d'ouvrage, lorsque le fabricant se limite dans sa fabrication à exécuter un plan conçu par son client, ou se contente de travailler sous les directives de celui-ci [1990].

---

une simplification abusive d'une situation juridique […]. » ; J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 76 ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11127.

1985 Th. HASSLER, obs. sur Civ. 3e, 16 mars 1977, *JCP* 1978, II, 18913 : « *[…] ce critère économique paraît difficile à mettre en application.* » ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11126, p. 79.

1986 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11126, p. 79 : « *En pratique, […], le maintien du criètre ne laisse pas d'être délicat : car la pondération, mathématique, des éléments de la prestation peut s'avérer malaisée. On observe, d'ailleurs, que les juges privilégient souvent la qualification de vente, notamment en ce qui concerne la garantie due par le fournisseur, même dans les situations où il semble qu'on est en présence d'un travail spécifique, effectué pour les besoins d'un client particulier.* »

1987 J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux*, par J. HÉMARD, Sirey, 1953, n° 70 ; A. PIEDELIÈVRE, note sous Civ. 1re, 15 juin 1983, *Gaz. pal*. 1983, pan. jur., p. 303.

1988 Com., 13 mai 1981, *Gaz. pal*. 1981, 2, pan. jur., p. 360. Y. DAGORNE-LABBE, obs. sur Com., 4 juillet 1989, *JCP* 1990, II, 21515 : « *Le critère psychologique, lui, s'intéresse à l'intention des parties. Soit, celles-ci ont voulu laisser toute liberté au fabricant quant à la conception et la réalisation du produit et il s'agit d'une vente, soit, à l'inverse, le fabricant n'a fait que suivre les indications du client et c'est alors un contrat d'entreprise.* » ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., par M. DE JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 1336.

1989 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 424.

1990 J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux*, par J. HÉMARD, Sirey, 1953, n° 70 : « *La jurisprudence se fonde sur des considérations de fait pour se décider : lorsque le fabricant a travaillé sur ses plans et suivant son initiative, elle admet qu'il y ait vente ; tandis que s'il a travaillé sur les plans et sous la direction du maître, il y a louage d'ouvrage.* » ; F. LABARTHE, note sous Com., 6 mars 2001, *JCP* 2001, II, 10564 : « *[…], il* (critère psychologique) *consiste à rechercher la volonté des parties, qui s'est exprimée dans la conception de la chose à fabriquer, et donc à qualifier le contrat d'entreprise si le fabricant a travaillé sur les plans du maître de l'ouvrage, et de vente s'il a travaillé sur ses propres plans.* »

À l'inverse, on est en présence du contrat de vente [1991]. On ne peut voir là un critère sérieux de distinction du louage d'ouvrage du contrat de vente.

656. Critique du critère psychologique. En premier lieu, il produit l'effet inverse de celui des règles générales relatives à l'interprétation des conventions. Aux termes de ces principes, on ne doit rechercher la commune intention des parties que pour déterminer le sens de l'obligation [1992], mais non la qualification du contrat [1993]. En effet, le contenu d'une obligation ne dépend pas forcément de la nature d'une convention dont il est issu [1994] ; il est différent de celle-ci. C'est seulement lorsqu'on n'arrive pas à déterminer le sens de l'obligation contractée par rapport à d'autres clauses [1995], qu'on doit le déduire de la nature de la convention [1996]. Il est même interdit au juge de s'arrêter au sens littéral que les parties donnent à leur contrat. Comme conséquence de ces principes, c'est plutôt l'obligation qui influe sur la qualification du contrat [1997], mais pas l'inverse. Or, le critère psychologique a pour but de déterminer la nature du contrat, laquelle devra permettre, à son tour, de préciser la portée des obligations à la charge des parties. En second lieu, la fourniture du plan ou d'orientation par le client n'est pas un fait spécial pour caractériser le contrat d'entreprise. Il n'est pas en effet rare que l'acheteur présente, au vendeur, un modèle de la chose qu'il projette d'acquérir [1998]. Celui-ci doit délivrer une chose conforme au modèle

---

1991 Les termes de l'un des motifs de l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 5 novembre 1954 (*Gaz. pal.* 1955, jur., p. 154) : « *Attendu qu'en l'espèce la maison Scheyen travaillait sur ses plans et selon son initiative ; qu'elle laissait à Laurent le soin d'exécuter tous les travaux de maçonnerie ; qu'il est stipulé sur le bon que "les marchandises sont prises départ Strasbourg", disposition qui affirme le caractère de vente du contrat ;* ».

1992 L'article 1188 du Code civil, issu de la réforme de 2016, ayant repris l'ancien article 1156, dispose que : « *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.* »

1993 F. LABARTHE, note sous Civ. 3e, 18 novembre 2009, *D.* 2010, p. 741, n° 8 : « *[…], la volonté, même exprimée, des parties dans le sens d'une qualification ne lie pas le juge en raison des termes de l'article 12 du Code de procédure civile.* »

1994 L'article 1189 du Code civil le dit clairement : « *Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier. Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci* ».

1995 Art. 1189 du Code civil.

1996 C'est ce qui ressort de l'alinéa 2 de l'article 1188 du Code civil.

1997 M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 47 : « *La qualification d'un contrat est fonction de deux instruments : sa cause […] et son objet […]. Que l'on recoure à l'un ou à l'autre pour qualifier le contrat, on en revient toujours à l'obligation primaire : les contrats sont distingués en fonction de l'opération économique qu'ils poursuivent et cette opération se révèle à l'examen des obligations primaires. Au stade de la qualification du contrat, on voit ainsi que l'obligation contractuelle est envisagée du point de vue de sa finalité : c'est parce que les obligations primaires sont les instruments de réalisation de l'objectif contractuel que la qualification du contrat dépend d'elles.* »

1998 E. BECQUÉ, obs. sur CA Paris, 24 mai 1944, *JCP* 1945, II, 2742 : « *[…] l'entreprise spécialisée dans une certaine branche de production industrielle s'engage à fabriquer la chose en fournissant à la fois la*

… / …

fourni. Le critère psychologique trouve peu d'écho dans la jurisprudence, mais paraît annonciateur de celui dit de la spécificité du travail réalisé [1999].

657. Le critère de la spécificité de l'ouvrage. En effet, le critère paraissant le plus utilisé de nos jours par la jurisprudence dans la qualification exclusive, est celui de la spécificité du travail exécuté [2000], par rapport à celui habituellement réalisé en série pour satisfaire aux besoins d'une large clientèle [2001]. Autrement dit, l'ouvrage commandé doit être différent de celui que réalise l'entrepreneur de façon habituelle dans le cadre de son activité professionnelle [2002]. Ce critère, non exempt de critique [2003], diffère très peu de celui rappelé

---

matière et la main-d'œuvre, et à livrer au client, après achèvement, conforme au plan ou devis : c'est ce que l'on appelle, dans le langage commercial, une "vente à livrer". »

1999 F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Traité des contrats, Le contrat d'entreprise*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, Lextenso éditions, 2008, n° 90 : « *Le critère de la spécificité marque une évolution par rapport au critère psychologique. Si une parenté existe indéniablement entre les deux, le nouveau critère peut tout à fait être utilisé indépendamment.* »

2000 *Ibid*., n° 93 : « *Les critères de spécificité a pendant un temps été utilisé avec les autres critères connus. On peut dire aujourd'hui que cette tendance s'est estompée et que le critère de spécificité bénéficie d'une assise certaine, même si des hésitations subsistent.* »

2001 Com., 4 janvier 1989, *Bull. civ*. 1989, IV, n° 210 : « *Attendu [...] que l'arrêt attaqué relève que la commande de la société Fould Springer a été faite sur la base des caractéristiques et descriptions techniques convenues à l'avance entre les parties et que l'installation devait être conforme à une spécification technique jointe à la commande, que la société Fould Springer avait défini les conditions de fonctionnement de l'installation et les objectifs à atteindre et qu'elle se réservait, pendant l'exécution des travaux en atelier, le droit de faire procéder à des contrôles divers sur ceux-ci ; que l'arrêt constate encore que le contrat passé entre la société Speichim et la société Rateau contenait des énonciations du même ordre sur les caractéristiques de construction, de fonctionnement, de puissance et de débit des équipements que cette dernière devait réaliser ; qu'ayant retenu de ces constations et énonciations que les contrats successivement conclus portaient non sur des choses dont les caractéristiques étaient déterminées d'avance par le fabricant mais sur un travail spécifique pour les bésoins particuliers exprimés par la société Fould Springer, la cour d'appel a pu en déduire qu'ils étaient constitutifs non pas de ventes mais de contrats d'entreprise ;* ». Com., 5 février 1991, *Bull. civ*. 1991, IV, n° 53 ; Civ. 3e, 3 juin 1992, *Bull. civ*. 1992, III, n° 187 ; Com., 3 janvier 1995, *Bull. civ*. 1995, IV, n° 2 ; Com., 17 mars 1998, *Bull. civ*. 1998, IV, n° 104.

2002 Ph. RÉMY, obs. sur Civ. 3e, 5 février 1985, *RTD civ*. 1985, p. 737 : « *À suivre la religion de l'arrêt, on ne considérerait plus le prix du travail et celui des matériaux, mais la dose d'initiative laissée à celui qui accomplit le travail. Le critère devient alors celui de la conception du produit : l'entrepreneur est celui qui réalise un produit répondant à des "spécifications" définies par un "donneur d'ordres", généralement en vue d'un ouvrage déterminé — c'était le cas dans l'espèce. Le vendeur (de chose future) est au contraire celui qui fabrique, selon ses propres spécifications, un produit que son client ne conçoit pas — même s'il a le choix entre plusieurs produits aux spécifications différentes (les "options") ou si, simplement, il requiert du vendeur des adaptions de détail [...].* »

2003 G. VIRASSAMY, note sous Com., 20 juin et 4 juillet 1989, *D*. 1990, p. 246, n° 15 : « *En dépit de son intérêt, puisque ce critère met très opportunément l'accent sur la particularité du contrat d'entreprise qui est un contrat dans lequel l'entrepreneur met avant tout sa compétence et son savoir-faire au service d'autrui plus qu'il ne lui transmet un produit, il ne faut pas se cacher ses inconvénients. Outre qu'il est délicat de savoir à partir de quel degré d'exigence du client on pourra parler véritablement de spécificité de travail accompli, ce critère laisse une part, peut-être trop importante, à la volonté individuelle dans la qualification du contrat. Pour se placer sous l'empire d'un contrat d'entreprise, qui pourrait présenter pour lui un intérêt, le client ne risque-t-il pas de formuler quelques exigences particulières qui donneraient au travail un caractère spécifique, mais seulement en apparence ? Ne faudrait-il pas exiger,*

… / …

ci-dessus, se rapportant à la psychologie du maître de l'ouvrage [2004]. Sont seulement abandonnées, comme critère, les circonstances établissant une collaboration étroite entre les parties, c'est-à-dire celles où l'entrepreneur exécute le travail suivant les plans conçus par le maître de l'ouvrage ou sous les directives de celui-ci [2005]. Lorsque la commande implique un ouvrage spécifique, c'est-à-dire différent de celui réalisé en série, il s'agirait du contrat d'entreprise [2006]. En revanche, lorsqu'elle n'implique pas la réalisation d'un ouvrage spécifique répondant aux besoins particuliers du client, on serait en présence du contrat de vente [2007].

---

pour éviter cette fraude à la qualification, que les exigences particulières soient effectivement et objectivement nécessaires ? »

2004 F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Traité des contrats, Le contrat d'entreprise*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, Lextenso éditions, 2008, n° 96 : « *Le critère psychologique va dans le sens de la spécificité : ce dernier est simplement plus large, mais il englobe par définition même le premier. Suivre les plans et les indications du donneur d'ordre s'oppose a fortiori à une fabrication déterminée à l'avance.* ».

2005 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 424.

2006 Civ. 3e, 30 octobre 1991, *Bull. civ*. 1991, III, n° 257 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que le plancher, les poutres et les poteaux, livrés […] résultaient d'un travail spécifique destiné à un chantier déterminé, comportant assemblage en vertu d'indications particulières, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de ce chef ;* » ; Com., 7 novembre 2006, *Bull. civ*. 2006, IV, n° 215 : « *Mais attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que la lettre du 3 octobre 1997 adressée par la société Larsen à la société Distillerie des Chabannes s'analyse comme une demande de faire vieillir pour son compte un lot d'eaux-de-vie jusqu'en 2001, période pendant laquelle la société Larsen a procédé à deux reprises à des examens d'échantillon afin d'apprécier s'ils correspondaient à ses exigences de qualité ; que la cour d'appel ayant ainsi fait ressortir que le contrat conclu entre la société Larsen et la société Distillerie des Chabannes était un contrat d'entreprise par lequel la première avait confié à la seconde la réalisation d'un produit qui ne correspondait pas à des caractéristiques déterminées à l'avance par cette dernière mais était destiné à satisfaire aux besoins particuliers exprimés par la société Larsen, le moyen, qui postule que le contrat était un contrat de vente, est inopérant ;* ». Dans le même sens, Civ. 3e, 18 novembre 2009, *D*. 2010, p. 741, note F. LABARTHE ; Civ. 1re, 14 décembre 1999, *Bull. civ*. 1999, I, n° 340 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 486 : « *Mais il faut une réelle particularité : il s'agira encore d'une vente si la chose présente aucune particularité spécifique et ce même si elle a été choisie (sur catalogue) selon les "spécifications" indiquées par le client ou même fabriquée à sa demande mais sans aucune particularité, peu important qu'elle soit complexe, qu'elle nécessite une adaptation ou qu'elle doive être fabriquée sur études et plans : le travail spécifique s'entend d'un effort de conception ou d'une technique de fabrication propre.* »

2007 Com., 1er octobre 1991, *Bull. civ*. 1991, IV, n° 268 : « *Mais attendu qu'après avoir relevé que la société Saint-Eloi "a fabriqué sur commande de la société Gartmann deux machines et des accessoires destinés à être incorporés à un ensemble de machines que la société Gartmann s'est engagée à installer dans l'imprimerie Brodart", l'arrêt retient que cette commande, "telle qu'elle résulte de la lettre du 25 août 1982, ne présente aucune particularité" et "aucune indication spécifique concernant la forme, la consistance, les dimensions desdites machines eu égard à l'ensemble commandé par la société Brodart" ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a décidé à bon droit que "la nature juridique du lien contractuel unissant la société Gartmann à la société Saint-Eloi doit s'analyser en un marché de fournitures et non en une sous-traitance" ; que le moyen n'est pas fondé ;* ». La spécificité concerne la réalisation, F. LABARTHE, note sous Com., 6 mars 2001, *JCP* 2001, II, 10564 : « *Si la spécification n'a d'autre but que de déterminer de manière précise un objet déjà en référence chez le professionnel, alors il y a vente.* »

658. Critiques du critère de spécificité de l'ouvrage. Le critère de spécificité de l'ouvrage constitue aussi un abandon de celui de travail, considéré en soi comme obligation, critère originaire par lequel le Code civil semble distinguer entre le louage d'ouvrage et le contrat de vente. Or, on peut observer que la spécificité du travail, critère approuvé par certains auteurs [2008], ne constitue pas, en elle-même, une obligation de l'entrepreneur ; elle n'implique qu'une qualité du travail ou de la chose convenue entre les parties. Elle se rapporte ainsi moins à la question de qualification du contrat qu'à celle de conformité de l'exécution de l'obligation ; c'est ce qui ressort d'ailleurs en général de la jurisprudence y faisant référence [2009]. Elle ne doit, par conséquent, pas apparaître comme critère distinctif entre le contrat d'entreprise et le contrat de vente. Elle se constate en effet dans le contrat de vente comme une figure d'intensité de conformité de la délivrance [2010]. Dans le contrat de vente, la chose à transmettre doit répondre aux besoins particuliers exprimés dans le contrat par l'acquéreur. Autrement dit, l'exécution de l'obligation de délivrance doit toujours être conforme à ce qui est convenu entre les parties. Celles-ci peuvent se contenter de conclure sur le style du vendeur ou modifier celui-ci pour l'adapter à un besoin particulier éprouvé par l'acquéreur [2011]. La seule instabilité dans le critère distinctif atteste suffisamment qu'il n'existe pas en réalité de distinction à faire entre la vente de choses futures et le contrat d'entreprise.

B. L'inexistence en réalité de critère distinctif

659. Précision de l'objet de l'obligation du créancier du prix. Bien que séduisante, la distinction prétendue entre le contrat de vente et le louage d'ouvrage, n'existe qu'en

---

2008 Ph. RÉMY, obs. sur Civ. 3e, 5 février 1985, *RTD civ*. 1985, p. 737 ; F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Traité des contrats, Le contrat d'entreprise*, (Sous la dir. J. GHESTIN), LGDJ, Lextenso éditions, 2008, n° 92, p. 58 : « *Ce critère de spécificité apparaît judicieux, et correspond davantage à la réalité que le critère économique dans certaines hypothèses. Il est plus large que le critère psychologique, car il n'exige pas que le client ait donné des directives précises de fabrication. Il suffit qu'il ait indiqué les caractéristiques de l'objet, ou bien le but à atteindre. Il n'y a pas nécessairement un travail réalisé sous la direction du maître de l'ouvrage. Il va en conséquence s'imposer comme critère spécial de distinction entre contrat d'entreprise et contrat de vente.* » ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 11127.

2009 Voir le dipositif de cet arrêt ci-dessus raporté, Com., 4 janvier 1989, *Bull. civ*. 1989, IV, n° 210. Dans le même sens : Civ. 3e, 16 mars 1977, *Bull. civ.* 1977, III, n° 131 ; *JCP* 1978, II, 18913, obs. Th. HASSLER. Dans la dernière espèce, la condamnation de l'entrepreneur se fonde sur l'exécution imparfaite de l'obligation de celui-ci.

2010 Civ. 1re, 20 décembre 1982, *D*. 1983, IR, p. 477, obs. B. AUDIT

2011 J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux*, par J. HÉMARD, Sirey, 1953, n° 177 : « *La vente sur modèle concerne les produits à fabriquer : l'une des parties, généralement le vendeur* (plutôt l'acheteur)*, présente lors de la passation du contrat une pièce qui doit faire l'objet de la fabrication et le vendeur s'engage à en fournir un certain nombre qui soient identiques, qui la reproduisent exactement. La vente sur plan est la vente conclue entre un acquéreur qui précise les caractéristiques de l'objet qu'il désire acheter et un vendeur qui s'engage à le fabriquer conformément aux indications données.* »

apparence. En effet, selon la séparation qu'on tente d'établir de façon définitive entre ces contrats qui n'ont de différence que dans leurs dénominations, la vente consisterait pour le créancier du prix à fournir une chose, tandis que le contrat d'entreprise à réaliser un travail [2012]. L'analyse fait ainsi abstraction de l'objet précis de l'obligation du créancier du prix dans le louage d'ouvrage. Comme l'ont fait observer certains auteurs [2013], dans l'exécution de l'obligation de l'entrepreneur, le travail ne constitue qu'une étape dans un processus [2014]. Le but du contrat, ce n'est pas en réalité ce travail, mais son résultat [2015], lequel doit s'apprécier indépendamment de la fameuse distinction classique entre les obligations de moyen et de résultat. Le travail à exécuter vise un résultat, qui peut être matériel ou immatériel [2016], de même que le contrat de vente peut porter sur un objet corporel ou incorporel. Le succès, par exemple, constitutif du résultat de la prestation de l'avocat est une chose, et l'exécution effective de cette prestation en est une autre. C'est de cette dernière, considérée comme obligation de moyen, qu'il s'agit dans le contrat d'entreprise [2017]. La pertinence de cette prestation relève d'une autre question, qui est sans doute celle de la conformité de l'exécution de l'obligation.

2012 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 723 et 731 ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11124 : « *On a peu de doute […] lorsque, pour la réalisation de la chose, les matériaux sont fournis par le client : celui qui la façonne ou la fabrique, n'apportant que son travail, apparaît comme un entrepreneur, exécutant un louage d'ouvrage, et non comme un vendeur. Mieux encore, lorsque la chose n'est pas fabriquée, mais seulement réparée ou entretenue : la prestation constitue un pur et simple service.* »

2013 P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999, n° 35 : « *Les obligations successives mises à la charge de l'entrepreneur apparaissent distinctement lorsque l'ouvrage à réaliser est une chose matérielle. À l'obligation d'accomplir le travail succède naturellement celle imposant la livraison de l'ouvrage achevé.* »

2014 L'analyse similaire mais qui soutient la qualification du contrat d'entreprise, L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, tome 2, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, 1885, n° 774, p. 302 : « *[…], si on envisage le contrat en lui-même, abstraction faite des textes qui l'organisent, on est amené à y voir un véritable louage d'ouvrage, un contrat d'entreprise : l'ouvrier s'engage à faire un travail déterminé, voilà le but du contrat, la chose que les parties ont en vue, et la matière n'est que l'accessoire ou le moyen de faire le travail promis. Dans la vente, au contraire, l'objet du contrat, c'est une chose que l'une des parties se propose d'acheter et l'autre de vendre, et le vendeur ne prend pas l'engagement de faire un travail.* »

2015 C'est ce qui ressort de cette analyse, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 422 : « *La différence avec les contrats sur les choses où la richesse (chose) préexistait au consentement est […] flagrante ; la plupart du temps dans le contrat d'entreprise la richesse résultera de la prestation du débiteur, de l'exécution du contrat donc.* »

2016 Il n'est pas douteux que les choses immatérielles fassent l'objet de propriété, et que par conséquent se transfèrent. Le droit en général est une chose immatérielle. Aux termes de l'alinéa 1 de l'article 1196 du Code civil, issu de la réforme du 10 février 2016, « *Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.* »

2017 Rappelée par cet auteur : P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999, n° 39 : « *Ainsi l'avocat, le médecin l'architecte… doivent-ils tout d'abord mener une réflexion sur les questions qui leur sont soumises en mettant en œuvre leurs connaissances, leurs compétences, c'est-à-dire leur savoir-faire. Cette réflexion doit déboucher sur le résultat demandé : diagnostic, renseignement, conseil… Le prestataire est ensuite tenu d'informer son cocontractant du résultat de ses recherches,*

… / …

660. Une chose nouvelle, objet de l'obligation de l'entrepreneur. Peu importe en général la façon dont le travail à réaliser par l'entrepreneur s'exécute [2018], c'est d'ailleurs cette liberté de mener ce travail qui démontre son indépendance à l'égard du maître de l'ouvrage. Ainsi, contrairement à l'opinion majoritaire [2019], il n'est pas excessif d'affirmer que le travail ne paraît d'ailleurs pas constitutif de l'obligation de l'entrepreneur. C'est plutôt au résultat du travail que les parties tiennent [2020]. S'il s'agit de transformer une matière fournie, le travail vise la réalisation d'une chose nouvelle [2021], c'est-à-dire différente de la chose initiale sur laquelle il s'exécute [2022]. Que ce soit le débiteur ou le créancier du prix, qui fournit la matière, une chose nouvelle naîtra du travail à exécuter [2023]. Une cour d'appel a justement vu dans une telle opération un contrat de vente [2024]. C'est la livraison ou délivrance de celle-

---

c'est-à-dire de lui transmettre le fruit de son travail. L'économie générale du contrat repose en effet de manière indivisible sur ces deux prestations. Réduire, par le jeu abusif de la règle de l'accessoire, l'importance de la seconde méconnaît alors la structure du contrat. »

2018 *Ibid*., n° 49 : « *Le travail n'est appréhendé qu'à travers le résultat qu'il produit et qui est transmis au maître. Il ne devient source de rémunération qu'une fois mis à la disposition du cocontractant, c'est-à-dire une fois exécutée la seconde prestation.* »

2019 *Ibid*., n° 39, p. 81 : « *Fourniture du travail et transmission de son résultat participent […] de manière indissociable à la réalisation du service. Mais de ces deux prestations l'on ne retient généralement que la première car elle paraît à l'évidence la plus importante. La remarque est sans doute exacte pour le prestataire dont le savoir-faire commande davantage la fourniture du travail que celle de son résultat. Mais elle est bien moins convaincante du côté du cocontractant qui attend, au-delà du travail, la transmission d'un résultat.* »

2020 D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 112 : « *Une saine interprétation de la volonté des parties conduit […] à constater que c'est un objet confectionné, terminé, que l'acheteur veut acquérir.* »

2021 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome XI, *Contrats civils*, vol. 2, 2e éd., par A. ROUAST, J. LEPARGNEUR, R. SAVATIER et A. BESSON, LGDJ, 1954, n° 912 : « *La question de la distinction de l'entreprise et de la vente ne se pose pas lorsqu'il s'agit uniquement d'un travail à effectuer sur une chose déjà existante : mais cette distinction doit être faite quand le travail a pour objet de faire une chose nouvelle : on peut alors se demander s'il n'y a pas vente d'une chose future.* » ; P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999, n° 34 : « *L'entrepreneur, par son activité, crée une valeur qu'il transmet ensuite à son cocontractant, lequel s'engage éventuellement, en échange, à payer un prix, céder un bien ou acomplir à son tour une prestation. L'existence de la prestation et, lorsqu'elle est stipulée, sa nature, importent peu. Est en revanche décisive l'activité créatrice de richesse du prestataire, peu importe que cette activité soit ou non physiquement pénible. Mais en donnant par son travail naissance à une valeur nouvelle, l'entrepreneur n'en fait pas toujours bénéficier automatiquement le maître de l'ouvrage. Une seconde prestation s'impose alors à lui, destinée à transmettre les produits de son activité.* »

2022 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11124 : « *La vente porte toujours sur une chose, souvent le louage d'ouvrage a pour objet d'en fabriquer une.* »

2023 P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999, n° 40, p. 83 : « *Il est vrai que la valeur créée par l'activité du prestataire existe indépendamment de la matière qui la supporte et que, de ce point de vue, les deux peuvent être dissociés.* »

2024 Les motivations de la décision sont reprises dans cet arrêt de cassation : Com., 3 janvier 1995, *Bull. civ*. 1995, IV, n° 2 : « *Attendu que, pour décider que la SNDI et la société Diététique et santé avaient conclu un contrat de vente, et non pas un contrat d'entreprise, l'arrêt retient "que fabriquer les barres de*

… / …

ci que le maître de l'ouvrage attend de l'exécution de l'obligation de l'entrepreneur [2025]. Il n'y a pas de doute lorsque le travail consiste dans la transformation de la matière fournie ; il donnera lieu à la création d'une autre chose d'aspect différent [2026]. Ainsi, tant dans la vente que dans le louage d'ouvrage, l'obligation du créancier du prix consiste dans la fourniture d'une chose.

661. Une différence mineure entre une espèce de vente et le louage d'ouvrage. On peut néanmoins relever, à deux égards, une différence mineure entre une espèce de vente et le louage d'ouvrage. D'une part, une différence existe surtout entre la vente traditionnelle et le louage d'ouvrage, mais elle ne réside pas dans la nature de l'objet de l'obligation [2027]. Lorsqu'on ne considère, au regard du contrat d'entreprise, que la vente sous sa forme traditionnelle, c'est-à-dire vente pure et simple, on peut affirmer que la différence entre les deux contrats réside dans le moment de l'existence de la chose à fournir. Dans le contrat de vente pure et simple, en effet, la chose à fournir existe par principe lors de la formation du contrat, tandis qu'elle doit être fabriquée dans le louage d'ouvrage [2028].

---

céréales à partir de spécifications techniques données par la société Diététique et santé et sur le matériel de cette dernière, avec pour partie des produits fournis par elle, ne constitue pas un contrat d'entreprise au sens de l'article 1787 du Code civil". » Dans le même sens, une décision cassée par Com., 17 mars 1998, *Bull. civ.* 1998, IV, n° 104 : « *Attendu que, pour débouter la société Sofranelec de ses prétentions, l'arrêt retient qu'il n'y avait pas de relation de sous-traitance entre la société ACCE et la société Sofranelec, laquelle n'était qu'un vendeur de pièces ;* ».

2025 L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, tome 2, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, 1885, n° 774, p. 302 : « *Sans doute, il est impossible de méconnaître que ces deux contrats présentent beaucoup d'analogie, puisque le résultat de l'un comme de l'autre est de transmettre à l'une des parties la propriété d'un objet travaillé par l'autre : mais, dans l'une des hypothèses, le travail est l'objet principal du contrat, tandis que dans l'autre, il n'est qu'un moyen de livrer l'objet vendu dans l'état convenu entre les parties contractantes. Cette différence importante suffit pour séparer nettement les deux contrats l'un de l'autre.* » Dans le même sens : P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999, n° 36 : « *Dans tous les cas, le travail produit une valeur dont la vocation est d'être transmise au cocontractant. La fourniture à ce dernier du bien ou du service assure dès lors la transmission de la valeur issue du travail, que celle-ci soit ou non matérialisable.* »

2026 P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999, n° 40 : « *La fourniture du résultat du travail s'accompagne […] nécessairement du transfert de propriété du support matériel dont il demeure néanmoins distinct. Or, le caractère traditionnellement non translatif du contrat d'entreprise se heurte d'emblée à cette observation.* »

2027 L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, tome 2, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, 1885, n° 774, p. 302 : « *Qaunt aux objections théoriques présentées contre le système que nous croyons être celui du Code, elles doivent échouer contre cette considération décisive : quelle différence y a-t-il entre la vente d'un objet préparé à l'avance, et l'obligation prise par le propriétaire de matières premières de les mettre en œuvre, puis de les livrer une fois préparées ? La seule différence qui nous paraisse exister entre ces deux hypothèses, c'est que la vente est pure et simple dans le premier cas, et que dans le second cas elle est conditionnelle, et subordonnée à la confection de l'ouvrage promis : mais dans les deux cas, le but est le même, la translation de propriété d'un objet, moyennant un prix, c'est-à-dire une vente.* »

2028 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11124 : « *[…] lorsque le bien existe d'ores et déjà, lors du contrat : celui qui en recherche la propriété l'acquiert par l'effet d'une vente, le travail quelle qu'en soit l'ampleur s'étant incorporé dans la chose. Tel est le cas, notamment, de la vente d'un corps certain : immeuble existant […].* »

D'autre part, dans la vente traditionnelle, l'initiative de la création de la chose vendue vient du vendeur, alors que c'est l'acquéreur qui sollicite sa fabrication dans le contrat d'entreprise. L'existence de la chose implique toujours un processus de sa création, ou son acquisition, incombant à son aliénateur. Ainsi, il n'existe en réalité aucune distinction entre le contrat d'entreprise et la vente lorsqu'on considère celle-ci sous toutes ses formes. Il n'est pas satisfaisant de distinguer selon que l'initiative de la fabrication de la chose vient du vendeur ou de l'acquéreur. Dans les deux cas, l'existence de la chose postérieurement à la formation du contrat donne lieu au caractère futur de la chose. Ce qui reflète parfaitement l'alinéa 1 de l'article 1163 du Code civil, issu de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 [2029], aux termes duquel, « *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future* ». L'objet de l'obligation caractéristique du contrat d'entreprise ne consiste pas dans le simple travail, mais dans la délivrance d'une chose devant être créée [2030].

662. Conclusion. Comme le recommande l'article 1188 du Code civil, on ne doit pas s'arrêter à la dénomination du contrat. Tout travail vise un résultat, sans lequel il n'y a pas de sens à exécuter un travail ; c'est ce résultat qui constituera en réalité l'objet de l'obligation du vendeur. Le contrat de vente ne se distingue du contrat d'entreprise que par sa dénomination ; aucune obligation ne semble séparer ces contrats ; on ne doit pas non plus s'évertuer à distinguer entre les règles qui les régissent.

§ 2. QUANT À LA DISTINCTION DE RÈGLES APPLICABLES

663. Trois règles principales. Il a été démontré ci-dessus que le contrat dénommé louage d'entreprise ne diffère pas du contrat de vente portant sur des choses futures du point de vue de l'objet de l'obligation considérée comme caractéristique. Aucune obligation ne sépare ces contrats qui ne se distinguent en réalité que par leur dénomination. De même, aucune règle n'a vocation à s'appliquer différemment selon qu'il s'agit de l'un ou de l'autre. En effet, il est prétendu que l'intérêt de distinguer entre le contrat de vente et le louage d'ouvrage, consiste dans l'existence de certaines règles devant s'appliquer particulièrement à chacune de ces conventions. En général, l'on rappelle, à ce titre, trois règles considérées comme principales [2031], dont une partie relève de la formation du contrat (A), et l'autre de son exécution (B).

[2029] Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[2030] L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, tome 2, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, 1885, n° 774.

[2031] H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., par M. DE JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 1337 ; Y. DAGORNE-LABBE, obs. sur Com., 4 juillet 1989, *JCP* 1990, II, 21515 : « *Le contrat reste-t-il un contrat d'entreprise ou ne doit-il pas être qualifié de vente ? La solution apportée à cette interrogation n'est pas sans importance si l'on tient compte des différences entre les règles applicables à ces deux conventions : différences concernant, notamment, l'accord sur le prix, la garantie des vices cachés et le moment du transfert de la propriété et des risques*

… / …

A. Les règles relatives à la formation du contrat

664. Le moment de la détermination du prix. S'agissant des règles relatives à la formation du contrat, l'opinion majoritaire considère que le prix devrait être déterminé ou déterminable lors de la formation du contrat de vente [2032], alors que cela ne constitue pas une exigence dans le contrat d'entreprise [2033]. L'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant [2034] fait de façon formelle de la détermination du prix une condition de validité du contrat de vente. Aux termes des alinéas 1 et 2 de son article 14 : « *la vente est un contrat consensuel. Elle est valablement formée dès que les parties sont convenues du bien et du prix* ». En effet, sous l'influence sans doute de la doctrine [2035], la jurisprudence érige d'abord la fixation du prix en une condition supplémentaire de validité du contrat de vente, avant d'opérer un revirement consistant à se satisfaire d'un prix déterminable. Il est vu dans le prix un caractère particulièrement essentiel du contrat de vente au point que son indétermination entraîne par principe l'inexistence ou la nullité absolue [2036] de celui-ci [2037]. Il est ainsi décidé

---

de la chose. » ; J. HUET, note sous Civ. 3e, 5 février 1985, *D*. 1986, jur., p. 499 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 74.

2032 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 11123 : « *[…] la vente suppose un prix déterminé dès le départ, le louage d'ouvrage n'en nécessite pas en principe […].* » ; J. HUET, note sous Civ. 3e, 5 février 1985, *D*. 1986, jur., p. 499 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 487 : « *Quant à la validité du contrat, le prix est un élément essentiel du contrat de vente, il doit être déterminé lors de la conclusion du contrat, sous peine de nullité alors que dans le contrat d'entreprise il peut être fixé postérieurement à la conclusion du contrat.* » ; E. LAMAZEROLLES, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, « Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 35 : « *Dans le Code civil, la fonction première de la règle du prix déterminé est d'assurer l'existence du contrat de vente* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 74 : « *De nombreux intérêts sont attachés à la qualification. […] : le prix doit être déterminé lors du contrat dans la vente, non dans le contrat d'entreprise.* » ; G. VIRASSAMY, note sous Com., 20 juin et 4 juillet 1989, *D*. 1990, p. 246, n° 6 : « *Le régime de la fixation du prix obéit de son côté à des règles sensiblement différentes selon qu'il s'agit d'un contrat de vente ou d'un contrat d'entreprise. Chacun sait qu'en matière de vente, le prix doit être déterminé ou au moins déterminable (art. 1591 C. civ.) sous peine de nullité absolue du contrat, certains arrêts parlent même de l'inexistence de la vente. Le contrat d'entreprise bénéficie lui d'un régime souple. La Cour de cassation a posé comme principe qu'un accord exact sur le montant de la rémunération n'est pas essentiel à la validité d'un contrat de cette nature […].* »

2033 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., par M. DE JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 1337 : « *Le prix étant un élément essentiel de la vente, le défaut de prix entraîne la nulité du contrat. Dans le louage d'ouvrage, on admet, au contraire, que le prix peut être fixé postérieurement à la conclusion du contrat : il est fréquent que le maître de l'ouvrage s'en remette à l'entrepreneur quant à la fixation du prix lorsqu'il s'agit d'un travail peu important.* » ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 63.

2034 Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, proposé en juin 2017 par l'Association Henri Capitant.

2035 Elle admet dans sa majorité la solution.

2036 Com., 30 novembre 1983, *Bull. civ*. 1983, IV, n° 333 : « *Attendu que la vente nulle pour défaut de prix, acte dépourvu d'existence légale, n'est susceptible ni de confirmation, ni de ratification ;* » ; Com., 23 octobre 2007, *Bull. civ*. 2007, IV, n° 226 : « *Attendu que pour rejeter la demande d'annulation de la*

… / …

dans le litige faisant l'objet de l'arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1973 [2038]. Le vendeur avait, en l'espèce, déterminé le prix de son immeuble et conféré un mandat à une personne en vue de le vendre. Le mandataire a pu vendre l'immeuble à un prix supérieur à celui fixé par le propriétaire ; le prix auquel l'immeuble est vendu comprend les frais de la vente ainsi que la commission de l'intermédiaire. L'acquéreur a versé un acompte, et le mandataire lui a remis immédiatement les clefs de l'immeuble.

665. Solution non souhaitable donnée par les juridictions. Les juges du fond ont condamné le mandataire à payer des dommages et intérêts au propriétaire ; ils estiment que celui-ci a commis une faute en délivrant les clefs de l'immeuble à l'acquéreur sans que les parties soient d'accord sur le prix. La Cour de cassation a rejeté le moyen du pourvoi formulé contre cette décision. On peut observer, dans cette espèce, que l'annulation du contrat est abusive ; la détermination du prix ne fait pas en réalité défaut en l'espèce. D'une part, le prix est déjà déterminé par le vendeur ; d'autre part, comme l'a relevé le moyen du pourvoi, la somme d'argent que l'acquéreur accepte de verser, à titre du prix déterminé entre celui-ci et le mandataire, est supérieure au montant du prix fixé par le propriétaire de l'immeuble. Par conséquent, il semble inexact d'estimer que l'accord ne s'est pas formé sur le prix. D'ailleurs, c'est l'accord entre le mandataire et l'acquéreur qui doit compter, le propriétaire s'étant fait représenter dans l'opération. Ce serait plutôt peut-être les modalités du paiement du prix qui n'ont pas fait l'objet d'accord entre le propriétaire et l'acquéreur. Là encore, le mandataire n'est en faute que dans l'hypothèse où le propriétaire a exprimé dans le mandat une préférence pour une modalité déterminée avant la conclusion de la vente. Ce qui est apparemment douteux, puisque le propriétaire prétend plutôt qu'il n'existe pas d'accord sur le prix.

666. L'absence de base textuelle dans le Code civil. La base textuelle de l'érection de la fixation du prix en une condition de validité du contrat de vente semble ambiguë dans le Code civil de 1804 [2039]. Cette règle est d'origine purement jurisprudentielle. Son application a justement conduit les tribunaux à une impasse [2040] ; d'une part, ses conséquences se

---

cession des parts sociales, l'arrêt retient que la nullité pour vileté du prix est soumise comme toute nullité à la prescription de cinq ans ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; ».

2037 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 142 et suiv. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2016, n° 203 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2013, n° 286 et suiv.

2038 Civ. 3e, 4 janvier 1973, *Bull. civ*. 1973, III, n° 21.

2039 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 283 : « *Les enseignements que l'on peut déduire du Code civil en matière de détermination du prix sont modestes. Aucune disposition relative au droit commun des contrats ne traite […] explicitement de cette question.* »

2040 *Ibid*., n° 286 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 196.

révèlent injustes notamment dans les contrats à exécution successive, dénommés contrats cadre ; d'autre part, elle donne prise à la mauvaise foi. Dans les contrats dont l'exécution s'étale sur une durée, la restitution consécutive à la nullité du contrat s'avère particulièrement compliquée. L'exception de nullité de ces contrats, souvent invoquée, lorsque surgit un litige apparaît comme l'expression de la mauvaise foi. En général, c'est lors d'un litige sur l'exécution du contrat que le défendeur prétend que le contrat est nul pour indétermination du prix [2041] ; or, le contrat se trouve déjà très souvent suffisamment exécuté. Cette mauvaise foi patente d'une partie, conjuguée aux difficultés liées à la restitution des prestations déjà fournies, a conduit les tribunaux à écarter la nullité du contrat dans certaines circonstances. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a dû ainsi insister sur la nécessité d'écarter la règle, dans les espèces donnant lieu à ses quatre arrêts rendus le 1er décembre 1995 [2042].

667. Apport de la réforme du 10 février 2016. Les formules résultant de ces arrêts sont passées dans le Code civil par le biais de la réforme du 10 février 2016 [2043]. La règle qu'elles portent s'applique néanmoins aux contrats limitativement énumérés : les contrats cadre et de prestation de service. L'indétermination du prix lors de la formation de ces contrats n'affecte pas leur validité. Cette règle ne semble pas tout à fait nouvelle ; elle est très proche de celle résultant, à propos du contrat de vente, du revirement jurisprudentiel opéré par la

---

[2041] C'est ce qu'on peut observer dans les espèces faisant l'objet des arrêts de l'assemblée plénière du 1er décembre 1995 (Ass. plén., 1er décembre 1995, *Gaz. civ*., tome 2, 12e éd., Dalloz, n° 152-155).

[2042] Ass. plén., 1er décembre 1995, *GAJC*, tome 2, 12e éd., Dalloz, n° 152-155 : 4e arrêt : « *Attendu que la clause d'un contrat de franchissage faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affecte pas la validité du contrat, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ;* », les visas du 1er et 2e arrêt : « *Attendu que lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ;* »

[2043] Le nouvel art. 1164 du Code civil dispose que : « *Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.* » ; art. 1165 : « *Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts.* » La formulation de ces dispositions posera sans doute des difficultés. Elle est reprise presque dans des termes généraux dans lesquels la jurisprudence l'a posée. Or, sa consécration législative doit être précédée d'une relecture attentive. N'ayant pas été bien observée avant sa consécration, la formule devient ambiguë. En effet, c'est naturellement la partie contestant le prix fixé par son cocontractant qui se plaindra de l'abus dans la fixation du prix. Il n'est pas cohérent qu'elle demande directement des dommages et intérêts, alors que la contestation suppose qu'elle n'a encore rien versé au créancier. Autrement dit, la partie qui conteste la normalité du prix n'a pas encore subi de préjudice. C'est celui dont la quotité de la créance est contestée qui semble subir des préjudices, puisque le paiement de sa créance tarde par suite de la contestation. L'objet principal de la saisine du juge doit être plutôt d'apprécier l'abus prétendu, autrement dit, la contestation du prix. Le juge aura à vérifier d'abord l'existence de l'abus prétendu. Les dommages et intérêts n'en découleront que lorsque le contrat devra être résolu pour abus dans la fixation du prix. Le juge doit se voir conférer le pouvoir de modifier le prix litigieux si la contestation s'avère fondée.

Cour de cassation depuis 1925. La seule différence avec celle-ci est qu'elle permet que le prix soit fixé après la formation du contrat de façon unilatérale [2044] ; or, les dispositions du Code civil de 1804 semblent exclure que la détermination du prix soit abandonnée à la volonté unilatérale [2045]. En dehors de cette différence, les deux règles se rejoignent en ce qui concerne le moment de la détermination du prix. En effet, l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1925 dispose que : « […] *si le prix d'une vente doit être déterminé et désigné par les parties, il n'est pas nécessaire que le montant en soit fixé, dans le principe, d'une manière absolue ;* […] *il suffit, pour la formation de la vente, que le prix puisse être déterminé, en vertu des clauses du contrat, par voie de relation avec des éléments qui ne dépendent plus de la volonté ni de l'une ni de l'autre des parties ;* » [2046]. Cette règle demeure constante dans la jurisprudence [2047].

668. La méprise sur les dispositions du Code civil. En réalité, l'érection de la détermination du prix en une condition de validité du contrat de vente constitue le produit de la méprise sur les termes de certaines dispositions du Code civil. Aucune disposition de ce Code ne paraît justifier cette règle. L'on tente en général de la rattacher aux articles 1591 et 1592 [2048],

---

2044 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 203 : « *Le droit de la vente se sépare […] désormais du droit commun fixé par les arrêts d'assemblée plénière du 1er décembre 1995 sur un point : il n'est pas permis aux parties de conclure une vente en abandonnant la fixation du prix au pouvoir de l'une des parties, qui s'exercerait après la vente. Sur ce point, le droit positif évoluera peut-être encore […].* » ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 128 : « *[…] l'exigence d'un prix déterminé ou, surtout, déterminable hors la volonté d'une seule des parties, survit dans le contrat de vente, alors qu'elle a disparu pour le contrat-cadre de fourniture. Reste qu'il sera parfois difficile de faire le tri entre les deux formules […].* »

2045 F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 191 : « *Il ne saurait […] y avoir de vente si la fixation du prix se voyait abandonnée à la volonté de l'un ou l'autre des contractants. Dans le même temps, en exigeant que le prix soit déterminé "par les parties", l'article 1591 paraît bannir toute intervention extérieure dans la fixation du prix de vente.* »

2046 Req., 7 janvier 1925, *Gaz. civ.*, tome 2, 12e éd., Dalloz, n° 260.

2047 Com., 30 novembre 1983, *Bull. civ*. 1983, IV, n° 333 ; Civ. 3e, 26 septembre 2007, *Bull. civ*. 2007, III, n° 159 : « *Mais attendu qu'ayant énoncé à bon droit que l'article 1591 du Code civil n'impose pas que l'acte porte en lui-même indication du prix mais seulement que ce prix soit déterminable, et constaté que l'article 2 de l'acte du 16 décembre 1985 stipulait que "Serge Denain et Marc Denain cèdent 50% de leurs droits sur ledit bien, et donnent quittance à Isacco Levi Laurenti du paiement du prix correspondant à cette cession", la Cour d'appel, qui a pu en déduire que le fait que les consorts Denain aient reconnu dans l'acte avoir reçu paiement du prix démontrait à l'évidence que celui-ci avait été déterminé et désigné entre les parties au jour de sa signature, voire antérieurement, a retenu, sans être tenue de procéder à des recherches que ses contestations rendaient inopérantes, par une appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve produits par les parties, à savoir des documents complémenatires consistant en courrier rédigé à l'en-tête de Serge Denain et un courrier émanant du notaire chargé par l'acquéreur de rédiger l'acte authentique de vente, que le montant de ce prix était de 550 000 francs soit 83 847 euros ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;* » ; Com., 23 octobre 2007, *Bull. civ*. 2007, IV, n° 226.

2048 Com., 23 octobre 2007, *Bull. civ*. 2007, IV, n° 226 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 286 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 203 : « *Le particularisme du droit français de la vente tient à une autre règle : le montant du prix doit être déterminé par accord des parties au moment de la formation du contrat, et "indiqué" dans l'acte, sinon la vente est nulle, voire inexistante (art. 1591).*

… / …

aux termes respectifs desquels « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* », « *il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente* ». À la première lecture de ces textes, l'on peut être tenté de voir qu'il est incontestable que l'absence de la fixation du prix a pour conséquence la nullité ou l'inexistence de l'opération. Il ressort en effet de façon expresse du deuxième texte qu'il n'y a point de vente lorsque le tiers ne veut ou ne peut pas faire l'estimation du prix [2049].

669. Le sens des articles 1591 et 1592 du Code civil. Cependant, lorsqu'on dépasse ce qui paraît être le sens littéral de ces dispositions, on peut s'apercevoir que celles-ci ne font pas de la détermination du prix une cause de nullité du contrat de vente. L'article 1591 ne précise pas le moment auquel le prix doit être déterminé dans le contrat [2050] ; il se borne à exiger, comme principe, que le prix soit fixé par les parties contractantes, autrement dit, discuté et accepté par celles-ci. Ce qui va de soi, le contrat étant la loi des parties. La formulation n'est pas spéciale au contrat de vente, elle ne rappelle que le principe général : la détermination de l'objet de toute obligation contractuelle incombe aux cocontractants. Mais s'agissant de la formation du contrat de vente, ce texte n'exclut pas que la détermination du prix puisse se faire postérieurement à l'accord des parties sur la chose. L'article 1592, quant à lui, pose une règle d'exception consistant pour les parties à pouvoir s'en remettre à l'arbitrage d'un tiers pour la détermination du prix [2051]. Cette règle suppose que le contrat soit formé antérieurement au recours à l'arbitrage d'un tiers.

Une lecture littérale de l'article 1591 conduirait à exiger que les parties se mettent d'accord sur un chiffre et l'indiquent sur l'instrumentum ; à défaut, la vente serait inefficace car personne ne pourrait déterminer ce prix à la place des parties ; en particulier, le juge ne pourrait se substituer aux parties, ce qui conduirait, à défaut d'accord entre elles, à une impossibilité de fixer un prix. » ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 192 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd., par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 125 et suiv.

2049 F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 194 : « *[…] la vente est nulle si le tiers désigné par les parties se récuse ou est victime d'un empêchement, sans que le salut de la vente puisse venir du juge.* »

2050 En matière de cession de droits sociaux, la jurisprudence n'éprouve aucune difficulté à appliquer l'article 1591 tel qu'il est rappelé ici : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 206 : « *Le critère de la validité est simple : pour respecter l'article 1591, le prix doit être déterminé ou déterminable ; lorsqu'il est seulement déterminable, le contrat doit préciser les éléments objectifs qui en permettent la fixation […].* » ; Com., 10 mars 1998, *Bull. civ.* 1998, IV, n° 99 : « *Mais attendu que l'arrêt a constaté que l'acte faisait référence, pour la fixation du prix des actions restant à acquérir, à la valeur réelle de l'entreprise et à l'évolution des résultats et que ces éléments sont indépendants de la seule volonté des parties ; que la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir le caractère objectif du critère choisi pour la fixation du prix, a pu en déduire que celui-ci était déterminable et, dès lors, sans se substituer aux parties, charger un expert de le chiffrer en application du critère retenu ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;* »

2051 J. MOURY, note sous Com., 16 février 2010, *D.* 2010, p. 1765, n° 3 : « *Sans doute l'arbitre et le tiers estimateur de l'article 1592 tiennent-ils l'un comme l'autre leurs pouvoirs de leurs cocontractants. Sans doute leur intervention conduit-elle dans les deux hypothèses à l'émission d'un acte indépendant présentant pour les parties un caractère obligatoire.* »

Autrement dit, le recours à cet arbitrage pour l'estimation du prix constitue l'exécution d'un accord préalable intervenu entre les parties [2052]. Celles-ci conviennent dans le contrat, c'est-à-dire après leur accord sur la chose, de s'en remettre à un tiers pour la détermination du prix. Il est inimaginable que les parties contractantes se reportent à l'arbitrage [2053] d'un tiers en vue de déterminer le prix d'une chose sur laquelle elles n'ont pas encore noué un accord. D'ailleurs, il n'est pas fortuit que dans les dispositions du Code civil énumérant les objets des obligations respectives des parties au contrat de vente, la mention de la chose précède celle du prix [2054]. La fixation du prix s'effectue dans la plupart des circonstances en dernier lieu. Les jurisconsultes romains estiment que le contrat d'achat et de vente est parfait dès que les parties sont convenues du prix [2055]. L'accord sur la chose est censé avoir précédé celui sur le prix.

670. Le prix déterminable dans le contrat stipulant le recours à l'arbitrage d'un tiers. Le moment de la formation du contrat est sans conteste antérieur à l'estimation par le tiers de la valeur pécuniaire de la chose. Ce n'est pas l'acceptation du tiers d'exécuter la volonté des parties qui noue les relations contractuelles entre celles-ci. Le contrat de vente stipulant de recourir à l'arbitrage d'un tiers pour la fixation du prix, répond de façon parfaite aux règles posées à l'ancienne disposition de l'article 1129 du Code civil. On ne peut en effet douter que le prix soit déterminable dans un tel contrat [2056]. Dans l'hypothèse où la réponse

---

2052 Exemple, Com., 25 mai 1981, *Bull. civ.* 1981, IV, n° 247 ; Com., 16 février 2010, *D.* 2010, p. 1765, note J. MOURY.

2053 Sur la nature juridique de l'intervention d'un tiers, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 204 : « *Malgré le texte, il ne s'agit pas d'"arbitrage", car un arbitre a pour mission de trancher une contestation, ce qui n'est pas le cas ici. Pas davantage, il ne s'agit d'"expertise", bien que ce soit parfois le langage des arrêts ; car un expert a pour office de donner au juge des avis consultatifs, tandis qu'ici l'évaluation faite par le tiers est définitive. En réalité, le tiers est un mandataire commun du vendeur et de l'acheteur ; il ne peut être révoqué que par leur consentement mutuel.* » ; Com., 4 février 2004, *Bull. civ*. 2004, IV, n° 23 : « *Vu les articles 1592 et 1992 du Code civil ; Attendu qu'il résulte du premier de ces textes que les parties à un contrat de vente peuvent donner mandat à un tiers de procéder à la détermination du prix ; qu'aux termes du second, le mandataire répond non seulement de son dol, mais encore de toutes les fautes qu'il commet dans sa gestion ;* ».

2054 Dans les articles 1582, 1583 et 1589.

2055 Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 12, Les Institutes, Livre III, Titre XXIV, p. 180 : « *Le contrat d'achat et de vente est parfait, dès que les parties sont convenues du prix, quand même le prix ne serait pas payé, et qu'on n'aurait point donné d'arrhes : car les arrhes sont la preuve d'une vente déjà contractée.* »

2056 Com., 25 mai 1981, *Bull. civ.* 1981, IV, n° 247 : « *Attendu que, pour faire droit aux prétentions des époux Mélia, la Cour d'appel, après avoir décidé, à bon droit, que la seule référence, sans autre précision, "aux prix habituellement pratiqués à Paris" ne permettait pas de rendre le prix des fournitures successives déterminable, énonce que le recours à un expert désigné par le président du Tribunal de commerce, en cas de désaccord des parties sur les prix des produits, "n'y change rien" ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'estimation par un tiers désigné suivant la convention des parties rend le prix déterminable, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ;* ». En réalité, ce n'est pas l'estimation faite par un tiers désigné qui rend le prix déterminable ; le caractère déterminable du prix résulte plutôt de la stipulation de recourir à un tiers pour procéder à l'estimation.

sollicitée du tiers fait défaut, il incombe aux parties de le pallier en s'accordant sur le montant du prix. Le refus du tiers ou son incapacité à estimer le prix s'apparente à un cas de force majeure temporaire [2057] ; d'une part, en effet, les cocontractants ne peuvent forcer le tiers à répondre à leur sollicitation, d'autre part, l'incapacité ou le refus du tiers ne constitue pas un obstacle à la fixation du prix par les parties elles-mêmes. Si elles ne le font pas, c'est qu'elles n'ont aucune intention d'exécuter le contrat. Ainsi, malgré les termes de l'article 1592 et de ceux résultant de la présentation faite par PORTALIS dans les travaux préparatoires du Code civil [2058], repris de l'analyse des jurisconsultes romains [2059], le contrat paraît plutôt soit révoqué [2060], soit caduc [2061], mais loin d'être inexistant ou nul. Seule son exécution est bloquée par le défaut de prix.

[2057] Sur la responsabilité du tiers : Com., 4 février 2004, *Bull. civ*. 2004, IV, n° 23 : « *Attendu que pour rejeter la demande de la société Fabricants indépendants, l'arrêt retient encore qu'en tout état de cause, le préjudice causé par la faute du tiers désigné en application de l'article 1592 ne consiste pas dans la différence entre le prix fixé par le tiers et le prix qui aurait dû être retenu si les erreurs n'avaient pas été commises, mais dans les conséquences financières découlant de ce que la vente n'aurait pas été parfaite ou du retard qui aurait affecté la conclusion définitive de celle-ci, et relève qu'en l'espèce la perfection de la vente et l'absence de retard excluent tout préjudice ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le vendeur est en droit d'obtenir réparation du préjudice que lui cause la sous-évaluation fautive de la chose vendue, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;* ».

[2058] M. PORTALIS, « Présentation au corps législatif », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 114 : « *La nécessité de stipuler un prix certain n'empêche pourtant pas qu'on ne puisse s'en rapporter à un tiers pour la fixation de ce prix. Mais la vente est nulle si ce tiers refuse la mission qu'on lui donne, ou s'il meurt avant de l'avoir remplie. Une des parties ne pourrait exiger qu'il fût remplacé par un autre.* »

[2059] Corps de droit civil romain en Latin et en Français, tome 9, Livre IV, Titre XXXVII, p. 126 : l'emprereur Justinien écrit à Julien en ces termes : « *À l'égard des contrats de vente, il s'était élevé de grands doutes parmi les anciens jurisconsultes au sujet de cette condition apposée dans un contrat de vente : qu'on donnerait de la chose le prix auquel Titius l'estimait. Nous, voulant décider les doutes, nous ordonnons que lorsqu'on aura mis cette condition dans le contrat de vente, que tel estimerait la chose, que si celui qui est nommé dans le contrat pour faire l'estime, a déterminé le prix, le prix soit fourni tel qu'il aura été réglé, et que la vente sorte son entier effet, soit que le contrat soit fait par écrit ou non. Car lorsqu'un pacte de cette sorte a été rédigé, il est, d'après une de nos lois, complet et parfait en toutes choses. Si celui qui a été nommé pour faire l'estime, refuse ou ne peut pas fixer le prix, la vente dans ce cas est nulle, n'ayant pas de prix fixé. Nous abolissons les conjonctures et à plus forte raison les divinations qui étaient employées pour savoir si les contractants qui faisaient de tels pactes s'en rapporteraient à la décision d'une certaine personne ou à l'arbitrage d'un homme de bien. Croyant ces formalités absolument impossibles, nous les abolissons par la présente loi. Nous ordonnons que cette loi soit applicable aux locations pareilles aux ventes dont nous venons de parler.* »

[2060] Art. 1134 ancien du Code civil, et art. 1193 nouveau, aux termes duquel, « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ».

[2061] Art. 1186 nouveau du Code civil : « *Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.* » Il résulte de l'impossibilité, liée soit au refus ou à l'incapacité du tiers d'estimer, ou au refus des parties de fixer le prix, qui était au départ déterminable, que le prix, élément essentiel du contrat de vente, a disparu. Par conséquent, le contrat de vente devient caduc.

671. La non-exigence de la fixation du prix lors de la formation du contrat de vente. L'obligation de payer le prix constitue, tant dans le contrat de vente que dans le contrat d'entreprise, la contrepartie de la fourniture de la chose [2062]. Dans les deux cas, la détermination du prix peut s'effectuer à la formation du contrat, ou à un autre moment suivant la volonté des parties. Le Code civil n'exige nulle part que le prix du contrat de vente soit fixé lors de sa formation. L'on prétend que le Code civil est discret sur la question de l'indétermination du prix [2063]. Cette prétendue discrétion est déduite de la seule observation de la réglementation du contrat de vente ; à ce titre, elle doit être perçue plutôt comme un démenti à l'égard de la règle selon laquelle le contrat de vente n'est formé que si le prix est fixé. La détermination du prix ne déroge pas au droit commun des contrats. La déclaration de l'assemblée plénière dans l'un de ses arrêts du 1er décembre 1995, ne reflète pas la conception du législateur de 1804. Il est en effet déclaré de façon formelle que l'ancien article 1129 du Code civil ne s'applique pas à la détermination du prix [2064]. Il n'est pas excessif d'affirmer que cette déclaration méconnaît les règles issues de cette disposition. Elle apparaît arbitrairement réductrice de la portée de ces règles. Le rattachement, à l'article 1591 [2065], du revirement de jurisprudence opéré depuis 1925 [2066], ci-dessus rappelé, est inexact, car ce revirement n'est qu'une reprise de la règle générale posée de façon formelle à l'ancienne disposition de l'article 1129 du Code civil.

Tout contrat peut en effet renfermer une obligation ayant un objet déterminé ou déterminable ; autrement dit, l'exigence de l'objet au moins déterminable de l'obligation résulte des articles 1129 ancien, et 1163 nouveau [2067], du Code civil comme envisageable dans la formation de tout contrat. L'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1925, ci-

---

2062 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 423 : « *Le prix est une condition de validité de la vente, ce qui n'est pas le cas pour le contrat d'entreprise.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 708 : « *Dans le contrat d'entreprise, une personne (l'entrepreneur) s'engage moyennant rémunération à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d'une aure (le maître de l'ouvrage), sans la représenter.* »

2063 F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, obs. sur Ass. plén., 1er décembre 1995, *GAJC*, tome 2, 12e éd., Dalloz, n° 152-155.

2064 Ass. plén., 1er décembre 1995, *GAJC*, tome 2, 12e éd., Dalloz, n° 152-155 : 3e arrêt : « *Mais attendu que l'article 1129 du Code civil n'étant pas applicable à la détermination du prix et la cour d'appel n'ayant pas été saisie d'une demande de résiliation ou d'indétermination pour abus dans la fixation du prix, sa décison est légalement justifiée ;* »

2065 C'est qui ressort de ces arrêts : Civ. 3e, 26 septembre 2007, *Bull. civ*. 2007, III, n° 159 ; Com., 7 avril 2009, *D*. 2009, p. 1138.

2066 Req., 7 janvier 1925, *Gaz. civ.*, tome 2, 12e éd., Dalloz, n° 260 ; Civ. 3e, 26 septembre 2007, *Bull. civ*. 2007, III, n° 159.

2067 Cet article dispose que : « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.* »

dessus rapporté, l'a si bien rappelé [2068]. Aux termes de l'ancienne disposition de l'article 1129, « *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.* » Cette règle se retrouve dans la proposition de réforme faite par l'Association Henri Capitant, suivant laquelle, « *les parties sont convenues du bien et du prix lorsque ceux-ci sont déterminés ou déterminables, sans qu'il soit besoin d'un accord ultérieur de leur part* » [2069]. La reprise de cette règle dans le droit particulier de la vente semble heurter la logique du système du Code civil. En effet, le Code civil ne peut reprendre la question de l'indétermination du prix dans les dispositions relatives au contrat de vente que lorsqu'il entend en faire une condition particulière de sa validité [2070]. Or, les conditions de la formation du contrat de vente ne diffèrent pas de celles prévues pour tout contrat dans le régime général. La détermination de l'objet de l'obligation de l'acquéreur [2071], quant à son espèce, résulte de la nature même du contrat [2072] ; elle ne requiert pas, contrairement à la quotité de l'objet, une stipulation spéciale dont le défaut entraînerait la nullité ou l'inexistence du contrat.

672. L'objet de l'obligation de l'acheteur. C'est dire que la formation du contrat de vente ne déroge pas aux principes posés depuis 1804 à l'ancien article 1129. Il résulte du contrat de vente que l'objet de l'obligation de l'acheteur consiste dans le payement du prix [2073]. Par conséquent, il n'y a pas que la chose, objet de l'obligation du vendeur, qui puisse être déterminable dans le contrat de vente. Il ne peut d'ailleurs paraître extraordinaire que le prix puisse aussi être fixé définitivement au moment de l'exécution du contrat de vente. C'est même l'hypothèse courante dans la vente conclue en bloc impliquant ultérieurement l'opération de comptage ou de mesurage, celle-ci vise à fixer le prix définitif, autrement dit, à déterminer la quotité de l'objet de l'obligation de l'acheteur. Par ailleurs, il y a lieu de

---

2068 Req., 7 janvier 1925, *GAJC*, tome 2, 12e éd., Dalloz, n° 260.

2069 Ce sont les termes de l'alinéa 3 de l'article 14 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, proposé par l'Association Henri Capitant en juin 2017.

2070 On comprend que l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant propose cette règle dans la règlementation de la vente. Car cet avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, fait de la détermination du prix une condition particulière de la validité du contrat de vente : art. 14. Cette logique est différente de celle du système du Code civil.

2071 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 266 : « *D'après l'article 1126 du Code civil, l'objet serait la "chose" sur laquelle porte l'obligation. Ce terme ne doit pas être pris dans son sens courant. Il désigne non seulement une chose matérielle, corporelle, mais aussi une chose incorporelle, — telle la propriété intellectuelle : un droit de propriété littéraire ou artistique, un brevet d'invention — et plus généralement un droit. Entendue au sens large, la "chose", objet de l'obligation, est la prestation promise par le débiteur, ce à quoi celui-ci s'est engagé.* »

2072 F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, obs. sur Ass. plén., 1er décembre 1995, *GAJC*, tome 2, 12e éd., Dalloz, n° 152-155, spéc. 2 : « *Hormis l'échange, les contrats à titre onéreux donnent naissance à l'obligation de payer une certaine somme d'argent, le prix.* »

2073 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 11181 : « *Comme tout contrat synallagmatique, l'objet se dédouble : s'agissant de vente, il est constitué de la chose et du prix.* »

prévenir une tentative d'interprétation de l'article 1583 du Code civil dans le sens de la règle ici rejetée. L'on peut en effet céder à la tentation de voir, dans les termes de cette disposition, la détermination du prix comme une condition de validité du contrat de vente [2074]. Or, tel ne semble pas être le sens de cet article, lequel se borne à indiquer le moment où la vente paraît exécutoire, en disposant que celle-ci « […] *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ».

673. Vente parfaite au sens du Code civil. Une vente imparfaite, contraire de vente parfaite, ne s'entend pas d'une vente nulle ; les travaux préparatoires du Code civil sont dans ce sens, elle est une vente bien existante [2075]. La vente nulle constitue l'hypothèse où elle est considérée comme purement inexistante. Au contraire, la vente imparfaite c'est simplement celle dans laquelle, soit l'objet de l'obligation du vendeur, soit celui de l'obligation de l'acquéreur, n'est pas définitivement déterminé. La vente parfaite, quant à elle, s'entend, au sens du Code civil, surtout de celle dans laquelle la chose se trouve à la disposition de l'acquéreur [2076]. Le terme parfait est utilisé dans le Code civil pour indiquer le moment où le contrat de vente est considéré comme exécutoire. Ce dont s'entendent bien les propos de PORTALIS aux termes desquels « *il existe une véritable vente dès que les parties sont d'accord sur la*

2074 Cette tentative s'observe dans l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1925 (Req., 7 janvier 1925, *GAJC*, tome 2, 12e éd., Dalloz, n° 260). Le pourvoi vise les articles 1583 et 1582 à l'appui de la prétention selon laquelle la vente est nulle lorsque le prix n'est pas fixé lors de sa formation. L'analyse similaire : J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 11181 : « *Les art. 1582 et 1583 C. civ. requièrent la présence de l'un et de l'autre pour former le contrat. L'un et l'autre, d'ailleurs, ont des points communs puisque les art. 1108 et 1129, du régime général des obligations, leur sont également applicables […].* », *Ibid.*, n° 11190 : « *Contrairement à ce qui se passe dans le louage d'ouvrage, ou contrat d'entreprise, la validité du contrat est subordonnée, dans la vente, à l'accord des parties sur le prix. On le déduit de l'art. 1583 C. civ., qui requiert explicitement qu'on s'entende sur la chose et sur le prix, et de l'art. 1591 qui précise que le prix doit être déterminé. Cette solution, acquise depuis toujours et dont la justesse tombe sous le sens, n'a pas été remise en cause par les décisions de la Cour de cassation du 1er décembre 1995, ouvrant plus largement que par le passé la possibilité de laisser le prix indéterminé, notamment dans les accords de distribution.* » ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 10e éd., Dalloz, 2016, n° 106 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 184 : « *[…], le prix est une condition de validité de la vente. La vente devient […] parfaite dès que les parties se sont accordées sur la chose et sur le prix (art. 1583, C. civ.).* » ; E. LAMAZEROLLES, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, « Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003, n° 35 : « *[…], l'article 1591 du Code civil, qui exige que le prix soit "déterminé ou désigné par les parties", n'est que l'écho de l'article 1583 selon lequel la vente est formée dès que les parties ont convenu de la chose et du prix.* »

2075 GRENIER, « Discussion devant le corps législatif » in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 180, spéc. 182.

2076 Il en résulte qu'une vente sous condition suspensive ou subordonnée à un événement particulier soit exclue : M. PORTALIS, « Présentation au corps législatif », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 113 : « *La règle que la vente est parfaite, bien que la chose vendue ne soit point encore livrée, et que le prix n'ait point encore été payé, ne s'applique qu'aux ventes pures et simples, et non au ventes conditionnelles ou subordonnées à quelconque événement particulier.* »

chose et sur le prix »[2077]. C'est l'hypothèse où, par principe, l'accord entre les parties porte d'abord sur la chose, et ensuite sur le prix. L'acquéreur examine la chose avant d'en discuter le prix ; il lui est ainsi loisible, dès la formation du contrat, de se faire mettre en possession matérielle de la chose.

674. L'idée découlant de l'existence de promesse de vente. Par ailleurs, on n'aurait pas entendu les termes de promesse de vente, si la détermination définitive du prix était érigée en une condition supplémentaire de validité du contrat de vente. À s'en tenir, en effet, à cette logique, les contrats qualifiés de promesse de vente devraient être simplement considérés comme des contrats nuls ou inexistants. On conçoit mal qu'une promesse de vente constitue une convention valable alors que l'indétermination du prix affecte la validité du contrat de vente. En disposant, à l'alinéa 1 de l'article 1589, que « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des parties, sur la chose et sur le prix* »[2078], le système du Code civil sous-entend qu'il existe une hypothèse de vente dans laquelle l'accord ne s'est pas encore formé entre les parties sur la chose et le prix, ou soit sur l'un seulement de ces éléments essentiels du contrat de vente[2079]. Une promesse de vente ne peut être identifiée telle qu'en présence de certains éléments la rapprochant de la vente. Ce qui ne peut se faire que par référence plus ou moins précise aux éléments essentiels du contrat de vente. L'article 1589 laisse entendre par analogie que la promesse de vente est une convention dans laquelle soit la chose à vendre soit le prix de celle-ci sera déterminé ultérieurement. Or, aux termes de l'article 1186 du Code civil, issu de la réforme du 10 février 2016, la sanction de l'absence de l'élément essentiel du contrat ne consiste pas dans la nullité de celui-ci, mais plutôt dans sa caducité.

675. L'article 1582 du Code civil. En outre, les termes de l'article 1582 définissant la vente comme « […] *une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* » ne peuvent se trouver à la base de la règle selon laquelle l'indétermination du prix entraîne la nullité du contrat de vente[2080] ; ils permettent, au contraire, d'affirmer que la formation du contrat de vente ne requiert pas la détermination définitive du prix. La vente s'identifie seulement dans l'ensemble d'une opération par l'existence du prix, peu important le

---

2077 M. PORTALIS, « Présentation au corps législatif », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 110.

2078 Commentaire : M. PORTALIS, « Présentation au corps législatif », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, Paris, 1827, p. 115 : « *On trouve effectivement, en pareil cas, tout ce qui est de la substance du contrat de vente.* »

2079 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 11176 : « *[…] on mesure aussitôt les limites du principe : s'il est clair que les parties, ou l'une d'entre elles, tiennent pour essentiel un point sur lequel ne s'est pas encore fait l'entente, alors la promesse n'est pas encore parfaite.* »

2080 Certaines opinions justifient par les termes de l'article 1582 du Code civil l'érection de la détermination du prix en une condition de validité : J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 11181.

moment où ce prix est définitivement fixé. D'ailleurs, une vente en bloc dont le prix définitif dépendra du comptage ou du mesurage ultérieur de la chose n'en demeure pas moins une vente.

676. Conclusion. En définitive, non seulement le législateur n'a nullement exigé que le prix de la vente soit déterminé lors de la formation du contrat. Mais il ne semble pas exact de continuer de voir dans la détermination du prix un critère de distinction entre le contrat d'entreprise et le contrat de vente dès lors que la jurisprudence ramène il y a fort longtemps la formation de celui-ci dans le droit commun. La jurisprudence avait seulement connu une aventure en déclarant que le contrat de vente n'est valable que si le prix en est déterminé lors de sa formation. Elle s'est rendue à l'évidence qu'il n'est pas nécessaire que le prix du contrat de vente soit fixé lors de sa formation. Inversement, il n'est jamais dénié que le prix du contrat d'entreprise soit fixé dès sa formation. Dans les circonstances où le prix est déterminé après la réalisation de l'ouvrage, ce prix n'en demeure pas moins déterminable dès la formation du contrat ; il dépendra de la valeur de l'ouvrage réalisé, ce qui constitue un élément objectif. Aucune règle ne s'applique en réalité de façon différente selon qu'il s'agit du contrat de vente ou du contrat d'entreprise, aussi bien dans leur formation que dans leur exécution.

B. Les règles relatives à l'exécution du contrat

677. Moment du transfert de la propriété. En premier lieu, le moment du transfert de la propriété est analysé par la doctrine majoritaire différemment selon qu'il s'agit du contrat de vente ou du contrat d'entreprise [2081]. Fortes de leur conception suivant laquelle le contrat d'entreprise n'engendre que l'obligation de faire à la charge du fabricant [2082], certaines opinions doctrinales ne se donnent même pas la peine de rechercher ce moment

---

[2081] H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., par M. DE JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 1337 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 723 ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 34, p. 41 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 487 : « *Quant au transfert de propriété et des risques, il ne s'effectue pas au même moment : il intervient dès que la chose est achevée dans la vente […] mais, dans le contrat d'entreprise, seulement au moment de la réception de l'ouvrage achevé […].* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 74 : « *Le transfert de propriété et des risques a lieu lors de l'achèvement de la chose dans la vente de choses futures.* » ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 423 ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 11123 : « *[…] le transfert de propriété et des risques s'opère dès l'accord des parties ou dès l'identification du bien à fournir en matière de vente, alors qu'il faut attendre que la chose soit en état d'être livrée dans le louage d'ouvrage […].* »

[2082] F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 735 : « *Ce constat mène naturellement à la vente mais non à l'entreprise où il est question de faire. Cependant, un point de rencontre se dessine lorsqu'il s'agit de transférer la propriété d'une chose future qui reste à fabriquer : y a-t-il vente de la chose future ou un contrat d'entreprise ?* ».

dans ce contrat, ou doutent même de l'existence de propriété à transférer [2083] ; le fabricant n'opérerait pas le transfert de propriété, il se limiterait à réaliser un travail [2084]. Cette analyse semble trop superficielle. Il est en effet rappelé ci-dessus que ce travail à réaliser vise plutôt un résultat, lequel constitue l'objet du droit de propriété que le créancier du prix doit transférer à son cocontractant. Que les matériaux soient fournis par le maître de l'ouvrage ou par l'entrepreneur, le travail exécuté par celui-ci donnera lieu à une chose nouvelle dont le transfert de la propriété est visé par le contrat. Dans l'hypothèse où le maître de l'ouvrage fournit les matériaux, il coexistera deux droits de propriété sur la chose créée par l'incorporation de ces matériaux [2085]. La coexistence de deux droits de propriété ne fait aucun doute, lorsque chaque contractant fournit une matière. La construction immobilière, domaine par excellence du contrat d'entreprise, fournit des illustrations [2086]. Aux termes de l'article 555 du Code civil, le constructeur, autrement dit, l'entrepreneur, est propriétaire du bâtiment construit, tandis que le maître de l'ouvrage est propriétaire du sol [2087].

678. Reconnaissance par une opinion de l'effet translatif de propriété du contrat d'entreprise. Une autre opinion ne doute pas de l'effet translatif de propriété du contrat d'entreprise [2088]. Cependant, elle propose d'analyser différemment le moment du transfert de la propriété selon qu'il s'agit du contrat de vente ou du contrat d'entreprise [2089]. Elle

---

2083 D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 10e éd., Dalloz, 2016, n° 524 : « *Aussi délicate est la question de savoir si le contrat dans lequel un transfert de propriété apparaît peut être considéré comme un contrat d'entreprise. En principe, en effet, l'obligation de donner, si elle existe, caractérise le contrat de vente, la donation… des contrats qui comportent un transfert de propriété pour prestation caractéristique, très éloigné d'un travail.* »

2084 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 73 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 483 et suiv.

2085 P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999, n° 50, p. 95 : « *L'ouvrage est […] constitué par la combinaison de la matière et de cette valeur issue du travail.* »

2086 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 11125 : « *En matière immobilière, joue l'effet d'attraction de la propriété du sol. […]. Si le constructeur fournit le terrain, la qualification de vente l'emporte, quelle que soit l'ampleur du travail fourni : cédant le terrain, celui qui réalise les travaux est considéré comme vendeur de ce qu'il y édifie, qui s'y incorpore par la voie de l'accession, en vertu de l'art. 551 C. civ. Application de la règle* accessorium sequitur *principale, la solution est admise de longue date.* »

2087 P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999, n° 45 : « *Il s'agit par exemple du contrat de construction sur le terrain dont est propriétaire le maître, ou encore de la réparation d'un bien lui appartenant. Dans ces exemples, la fourniture du travail emporte transfert automatique et immédiat au cocontractant de la valeur créée par l'activité. Cette valeur est bien le résultat du travail et non le travail lui-même. La fourniture de ce résultat passe donc inaperçue puisqu'elle s'opère automatiquement au fur et à mesure du développement de l'activité du prestataire.* »

2088 P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 6e éd., Dalloz, 2015, n° 873 : « *L'effet translatif de propriété du contrat d'entreprise est vivement discutée en doctrine. Il est pour l'instant plus facilement admis en matière mobilière qu'en matière immobilière.* »

2089 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 423 : « *Le transfert de la propriété et des risques n'intervient pas au même moment ni au titre*

… / …

considère que le transfert de la propriété s'opère dès la formation du contrat en cas de vente et, à un autre moment dans le contrat de louage d'ouvrage [2090]. Le transfert de la propriété dans la vente de choses futures devrait s'effectuer dès l'achèvement de la chose et, en revanche, à la réception de celle-ci, dans le contrat d'entreprise. Ainsi, l'existence de la chose est proposée par l'avant-projet de réforme présentée par l'Association Henri Capitant [2091] comme le moment du transfert de la propriété dans la vente de choses futures. L'article 24 de cet avant-projet énonce que : « *lorsque la vente porte sur une chose future, le transfert de propriété a lieu lorsque la chose vient à exister.* »

On a rappelé ci-dessus que cette analyse séparative procède fondamentalement d'une difficulté éprouvée par la doctrine à articuler la règle *res perit domino* avec les solutions de la charge des risques prévues à l'article 1788 et suivants du Code civil. En effet, le droit positif n'a éprouvé aucune gêne à rattacher le transfert de la propriété à la charge des risques dans l'acquisition de choses de genre, mais, ici, il lui paraît incommode d'opérer le même rattachement. L'on se satisfait de justifier la différence ainsi créée par la nature différente du contrat. Or, dans le système du Code civil, la dénomination différente du contrat ne donne pas, en soi, lieu à un changement de règle, notamment à celle du transfert de la propriété. Les contrats de donation [2092] et d'échange [2093], par exemple, partagent, avec le contrat de vente, le même mécanisme de transfert de la propriété.

679. La garantie des vices cachés. En second lieu, l'on relève que l'obligation de garantie de vices cachés obéit à des régimes différents selon qu'il s'agit de la vente ou du contrat d'entreprise [2094]. La jurisprudence refuse ainsi d'accorder au maître de l'ouvrage le bénéfice

---

des mêmes mécanismes : un effet translatif contractuel dans la vente, la règle de l'accessoire et de l'accession pour l'entreprise […]. »

2090 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 34, p. 41 : « *Le contrat qualifié de vente devrait se voir appliquer une règle différente de celle posée par l'article 1788 C. civ. qui ne le concerne plus. En vertu des articles 1138 et 1583 C. civ., la propriété et les risques de la chose vont être transférés à l'acheteur dès l'achèvement de celle-ci avant même sa livraison, par l'effet du consentement : le seul obstacle au transfert instantané par la volonté des parties serait la non-existence de l'objet à confectionner, lors de la conclusion du contrat. Mais dès que cet objet a pris corps et individualité, il peut faire l'objet d'appropriation et le transfert* solo consensu *s'opère sans qu'il soit besoin de faire intervenir une quelconque opération matérielle supplémentaire, telle que la livraison.* »

2091 Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, proposé par l'Association Henri Capitant en juin 2017.

2092 Aux termes de l'article 938 du Code civil, « *la donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition* ».

2093 L'article 1702 du Code civil dispose que : « *l'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre.* » Les règles régissant le contrat de vente s'appliquent aussi à l'échange, selon les termes de l'article 1707 du Code civil : « *toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange* ».

2094 Civ. 3e, 11 décembre 1973, *Bull. civ*. 1973, III, n° 619 : « *Vu les articles 1792 et 2270 du Code civil ; Attendu qu'en vertu de ces textes, les constructeurs d'immeubles ne sont tenus à la garantie décennale*

… / …

de la règle de garantie de vices cachés [2095]. Ce refus ne paraît reposer sur aucune raison de fond [2096], mais sur le simple fait que cette règle est prévue dans le contrat de vente [2097]. Par ailleurs, en droit de consommation, cette garantie due par le vendeur professionnel est stricte ; celui-ci ne peut ni s'y soustraire par une clause, ni en restreindre la portée [2098]. En revanche, la clause limitative de cette responsabilité est par principe valable dans le contrat d'entreprise [2099]. Cette analyse ne doit avoir aucune considération distinctive dans les rapports entre le contrat de vente et le louage d'ouvrage [2100]. L'exclusion de la possibilité de limitation de l'obligation de garantie ne peut constituer un fondement d'une distinction

---

qu'à la condition d'avoir été liés au propriétaire par un contrat de louage d'ouvrage ; » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 74 : « *La garantie des vices cachés obéit dans les deux cas à des règles différentes. Sans compter d'autres règles spéciales à la vente […].* » ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 487 ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 11123 : « *La garantie due par le vendeur professionnel est très stricte et ne se prête pas aux clauses contraires, ce qui le place dans une position moins facile que le locateur d'ouvrage, ou prestataire de service […].* » J. HUET, note sous Civ. 3e, 5 février 1985, *D*. 1986, jur., p. 499 ; G. VIRASSAMY, note sous Com., 20 juin et 4 juillet 1989, *D*. 1990, p. 246, n° 9.

2095 Civ., 18 octobre 1911, *D*. 1912, I, p. 113 : « *Qu'en effet, le contrat par lequel le propriétaire d'un terrain charge des architectes et un entrepreneur d'y construire un édifice constitue, non une vente, mais un louage, même lorsque l'entrepreneur fournit, avec son travail, les matériaux de la construction ; — Qu'on ne peut appliquer à ce contrat les règles spéciales concernant la garantie en matière de vente ; […].* »

2096 M. PLANIOL, note sous Civ., 18 octobre 1911, *D*. 1912, I, p. 113 : « *[…] la loi n'impose à ce contrat complexe aucun régime spécial ; elle ne contient aucune disposition expresse qui écarte d'une façon absolue les règles de la vente pour la fourniture de matériaux, et les articles qui suivent se bornent à formuler quelques règles très limitées, relatives aux risques, qui ne permettent pas d'en tirer des conséquences plus générales sur la nature du contrat.* »

2097 G. CORNU, obs. sur Civ. 3e, 16 mars 1977, *RTD civ*. 1977, p. 785 : « *Nulle difficulté à mettre […] à la charge de l'entrepreneur — fournisseur la garantie des vices cachés de la chose vendue […].* »

2098 Com., 6 mars 2001, *JCP* 2001, I, 10564, note F. LABARTHE.

2099 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 487 : « *Quant aux clauses de non — responsabilité, elles sont nulles en matière de vente dès lors que le vendeur est un professionnel […] alors qu'elles sont en principe valables dans un contrat d'entreprise […].* » ; G. VIRASSAMY, note sous Com., 20 juin et 4 juillet 1989, *D*. 1990, p. 246, n° 9 : « *L'enjeu dans l'arrêt Soc. Speichim du 4 juillet était l'application d'une clause limitative de responsabilité. Il est traditionnellement admis qu'en matière de contrat de vente, la validité de ces clauses est subordonnée à la double condition que le cocontractant du vendeur soit un acheteur professionnel, et de surcroit de la même spécialité que lui, cela au moins sur le terrain de la garantie des vices cachés. La validité de ces clauses est donc soumise à des conditions qui ne se retrouvent pas dans le contrat d'entreprise. Les cocontractants disposent dans ce type de convention d'une liberté plus grande.* »

2100 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32266 : « *Dans son régime, la garantie qui s'impose au fournisseur de la prestation est comparable sur bien des points à celle d'un vendeur. Tout d'abord, cette garantie est due pour les seuls vices cachés. On admet, d'ailleurs, que la réception de l'ouvrage sans réserve prive le maître du droit de se plaindre d'un défaut qui était apparent à ce moment. Ensuite, il convient d'agir en justice pour se prévaloir de la garantie du prestataire.* »

entre le contrat de vente et le louage d'ouvrage [2101]. Bien que ce principe ne soit prévu que dans le domaine du contrat de vente, il n'a pas vocation à s'appliquer dans tous les contrats de vente.

680. L'application de l'exclusion de garantie au sein du contrat de vente. Autrement dit, même au sein du contrat de vente, l'exclusion de la limitation de l'obligation de garantie s'applique de façon restrictive. Elle dépend de la qualité des parties contractantes, mais non de la nature de l'opération contractuelle. Ainsi, les parties contractantes peuvent revêtir cette qualité aussi bien dans le contrat de vente que dans le contrat d'entreprise [2102]. L'on sait en effet que celui-ci ne met pas en présence que les professionnels. L'assimilation par la jurisprudence du fabricant au vendeur professionnel [2103] ou encore par le Code de la consommation du prestataire de services au vendeur professionnel [2104], démontre qu'il n'existe aucun obstacle à ce que l'exclusion de la limitation de garantie de vices cachés s'applique dans le contrat d'entreprise [2105].

681. La qualité de non-professionnel du maître de l'ouvrage. La spécificité du travail réalisé, même sous les instructions ou directives du maître de l'ouvrage, ne peut exonérer l'entrepreneur des défauts de fabrication, ou d'un vice caché lié à celle-ci [2106]. L'entrepreneur est chargé de réaliser l'ouvrage parce que son cocontractant ne peut le faire

---

2101 La différence entre les délais impartis pour agir, d'une part, et les points de départ de ces délais, d'autre part, tient plutôt à l'objet du contrat, mais non à la nature du contrat (articles 1792 et 1648 du Code civil).

2102 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 433 : « *Le contrat d'entreprise liant un consommateur à un professionnel relèvera comme la vente […] des dispositions protectrices du Code de la consommation. Ainsi, tout professionnel prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du service ainsi qu'un certain nombre d'informations relatives à ce prestataire […].* » ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 10e éd., Dalloz, 2016, n° 525 : « *La très grande majorité des contrats d'entreprise sont conclus par des entrepreneurs professionnels en raison de la compétence exigée de ces derniers dans l'exécution de la prestation à laquelle ils s'obligent. Certains de ces contrats sont d'ailleurs réservés à des professionnels, sous peine de sanctions pénales.* »

2103 J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 857.

2104 Art. L. 121-16-1, 11° et les Sous-sections 2, 3, 6 et 7 de la Section II du Chapitre premier. ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 487 : « *[…], on note que le Code de la consommation a pris soin d'assimiler fréquemment le "professionnel vendeur de biens ou prestataire de service".* » ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 433.

2105 M. PLANIOL, note sous Civ., 18 octobre 1911, *D.* 1912, I, p. 113 : « *L'exclusion de l'obligation de garantie repose […] sur une véritable erreur, qui consiste à croire que cette obligation est spéciale à la vente, alors qu'elle découle bien plutôt de l'idée de transmission de propriété, dont le contrat de vente fournit le type principal, mais non unique, en sorte que la négation des éléments de la vente dans le contrat d'entreprise ne conduit pas nécessairement à la négation de la garantie.* »

2106 J. GHESTIN (Sous la dir.) et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, n° 861 : « *On s'est étonné de cette sévérité à l'égard des seuls vendeurs professionnels alors que d'autres contrats, tel le contrat d'entreprise, par exemple, présentent les mêmes dangers. On a fait état des difficultés qui naîtront de la nécessité de tracer une ligne de démarcation nette entre la vente et d'autres contrats.* »

lui-même [2107]. Par conséquent, les instructions ou directives que le maître de l'ouvrage fournit à l'entrepreneur demeurent indicatives [2108], elles ne peuvent se substituer, au fond, à la compétence de celui-ci. Le travail à exécuter vise un résultat devant être livré, lequel peut être affecté d'un vice légitimement ignoré du maître de l'ouvrage lors de la réception [2109]. C'est ce qui justifie d'ailleurs l'existence de durée de garantie. Rien n'exclut que le maître de l'ouvrage ne puisse être un non-professionnel [2110]. Il doit même être réputé non-professionnel, sinon il pourrait réaliser lui-même l'ouvrage. C'est donc à juste titre que la Cour de cassation étend les clauses abusives au contrat d'entreprise [2111].

682. Conclusion. Aucune règle ne semble pouvoir s'appliquer différemment selon qu'il s'agit du contrat de vente ou du louage d'entreprise. La formation tant du contrat de vente que du louage d'ouvrage ne requiert nullement la fixation définitive du prix. L'érection du prix en condition de validité dans la formation du contrat de vente résulte seulement de la méprise sur le sens de certaines dispositions du Code civil. La formation du contrat de vente ne déroge pas à la règle générale posée à l'ancien article 1129 du Code civil. Il suffit, aussi bien pour la formation de la vente que pour celle de louage d'entreprise, que le prix soit déterminable. De même, le louage d'ouvrage vise le transfert de propriété de la chose façonnée. La dénomination différente du louage d'ouvrage n'exclut pas l'obligation de garantie de vices cachés ; celle-ci peut s'appliquer indifféremment dans les deux hypothèses.

683. Conclusion de la Section I. En définitive, il semble qu'on ne doive pas s'atteler à distinguer entre le contrat de vente et le louage d'ouvrage [2112]. Il n'est pas fortuit que les

---

2107 J. HUET, note sous Civ. 3e, 5 février 1985, *D.* 1986, p. 499 : « *[…], en matière d'entreprise, si les exigences particulières du client sont un élément prépondérant, il ne s'ensuit pas que l'entrepreneur n'ait pas un rôle déterminant à jouer dans la conception de la chose. Et, d'ailleurs, c'est précisément en raison de sa capacité à le faire, de sa compétence, que l'on fait appel à lui.* »

2108 C'est ce que laisse observer cet arrêt : Com., 6 mars 2001, *JCP* 2001, II, 10564, note F. LABARTHE.

2109 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 374, p. 403 : « *Que s'il s'agissait de défauts qui ne sont révélés qu'ultérieurement, l'ouvrier n'est pas dégagé de sa responsabilité par la seule réception de l'ouvrage. Mais l'action en dommages-intérêts, ou, le cas échéant, en résiliation du marché, compétant au maître, doit, par application de l'art. 1648 ou par analogie de sa disposition, être formée dans un bref délai, suivant la nature de l'ouvrage et les vices qui s'y rencontrent.* »

2110 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 750 : « *Outre l'obligation d'accomplir sa tâche, l'entrepreneur professionnel a une obligation d'information et de conseil ; le contrat suppose ainsi la collaboration entre les contractants, plus encore que la vente.* »

2111 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 541 : « *[…] dans les rapports entre professionnels et profanes, ces clauses* (de non — responsabilité) *tombent sous le contrôle des clauses abusives, que la Cour de cassation a étendu au contrat d'entreprise malgré l'absence de texte réglementaire : est nulle la clause de non — responsabilité qui procure un avantage excessif au professionnel lorsqu'il peut, du fait de sa position économique, l'imposer à son client ;* ».

2112 J. HUET, note sous Civ. 3e, 5 février 1985, *D.* 1986, jur., p. 499 : « *La distinction entre le contrat de vente et le louage d'ouvrage, ou contrat d'entreprise, demeure une question mal élucidée, malgré d'importants*

… / …

codificateurs n'ont pas envisagé formellement la vente de choses futures. De nos jours, le contrat d'entreprise doit simplement être identifié à la vente de choses futures. Celle-ci résulte forcement d'un travail du vendeur visant à créer la chose. Dans la vente de choses existantes, ce travail est réalisé avant la formation du contrat. En revanche, dans le contrat d'entreprise, qui ne se distingue pas en réalité de la vente de choses futures, le vendeur commence le travail à compter de la formation du contrat. C'est sans doute cette différence du moment de la création de la chose vendue, qui a conduit les codificateurs à séparer le louage d'ouvrage du contrat de vente traditionnelle, c'est-à-dire celle dans laquelle la chose existe lors de la formation du contrat. Les solutions de la question des risques demeurent toutefois les mêmes dans les deux hypothèses.

---

efforts doctrinaux […]. » ; F. LABARTHE, note sous Com., 6 mars 2001, *JCP* 2001, II, 10564 : « *La distinction entre contrat d'entreprise et contrat de vente relève de ces difficultés anciennes dont on a l'impression qu'elles ne finiront jamais, la question s'étant posée en droit romain […].* »

SECTION II.
CHARGE DES RISQUES SUIVANT LA NATURE FUTURE DE LA CHOSE

684. Les mêmes solutions analysées jusqu'ici. Le contrat de vente est prétendument distingué du louage d'ouvrage en vue notamment de justifier une particularité des règles relatives à la charge des risques prévues à l'article 1788 et suivants du Code civil. L'on se rend compte que ces solutions ne peuvent être démontrées par la maxime *res perit domino* qui règne en droit positif. L'on prétend y voir une exception au rattachement des risques au transfert de propriété. Or, aucune particularité ne paraît exister dans la résolution de la charge des risques posée dans le Code civil de 1804. Les solutions données à la question des risques demeurent constantes. Ce que l'on perçoit comme particulier dans ces dispositions relatives au contrat qualifié de louage d'ouvrage, doit plutôt être regardé comme un autre démenti à l'égard de la solution qui consiste à rattacher la charge des risques au transfert de la propriété. Dans les termes de ces dispositions, les codificateurs se contentent de reprendre la règle dont l'analyse est proposée jusqu'ici. La charge des risques est étroitement associée à l'obligation de délivrance. Il convient d'analyser la façon dont cette règle générale est reprise dans les dispositions des articles 1788, 1789 et 1790 du Code civil (§ 1), avant ses manifestations dans quelques cas types de vente de choses futures (§ 2).

§ 1. LA RÈGLE POSÉE PAR LES ARTICLES 1788, 1789 ET 1790 DU CODE CIVIL

685. Justification de l'absence de mention relative au droit de propriété. On a vu que les codificateurs ne voient l'intérêt de fixer le moment du transfert de la propriété que dans les hypothèses où l'exercice de l'action réelle en vue de forcer la délivrance est envisageable. Ainsi, lorsque la chose aliénée est livrable dès la formation du contrat, le Code civil déclare que l'acquéreur en est propriétaire dès ce moment, en vue de permettre à celui-ci d'exercer le droit de suite. En revanche, dans les hypothèses où l'exercice de cette action est inenvisageable, le Code civil ne voit, par voie de conséquence, aucun intérêt à fixer le moment où l'aspect abstrait du droit de propriété doit être considéré comme transféré. C'est dans cette logique que le transfert de la propriété, à l'instar de nombreuses hypothèses précédemment analysées, n'est pas mentionné dans le contrat dénommé louage d'ouvrage, lequel n'a en réalité aucune différence avec la vente de choses futures. Seule la charge des risques est ici résolue de façon formelle [2113].

686. Les solutions de la charge des risques. Il est évident que les trois solutions à la question des risques, posées aux articles 1788, 1789 et 1790 du Code civil, ne sont pas différentes de celles analysées jusqu'ici. Ces dispositions du Code civil renferment un seul mécanisme

---

[2113] Civ. 3e, 23 avril 1974, *D*. 1975, jur., p. 287, note J. MAZEAUD.

d'attribution des risques autour de deux hypothèses dans lesquelles les obligations de l'entrepreneur sont plus ou moins complexes. La première hypothèse se caractérise par la succession des obligations de délivrance et de conservation à la charge de l'entrepreneur (A) ; en revanche dans la seconde, l'obligation de délivrance est encadrée par l'obligation de conservation (B).

A. La succession des obligations de délivrance et de conservation dans l'hypothèse de l'article 1788

687. Matière fournie par l'entrepreneur. Dans l'hypothèse de l'article 1788 du Code civil, l'exécution de l'obligation de délivrance précède celle de l'obligation de conservation. L'ordre d'exécution de ces deux obligations, toujours en relation étroite, est le même que dans l'hypothèse de l'ancienne disposition de l'article 1138 précédemment analysée. Cet ordre procède de l'hypothèse particulière où l'entrepreneur doit créer la chose commandée à partir de la matière fournie par lui-même. Autrement dit, l'ouvrier est ici à la fois propriétaire de la matière et de la chose devant en sortir à la suite de son travail. Rien n'est remis par le maître de l'ouvrage à l'ouvrier en vue de réaliser l'ouvrage commandé. Celui-ci vend à celui-là à la fois les matériaux fournis et la nouvelle chose réalisée [2114]. Les prix respectifs des deux choses sont réunis dans celui de la chose nouvelle.

688. Le critère d'attribution de la charge des risques. La question des risques est résolue ici, comme dans l'hypothèse de l'acquisition de choses de genre, sans égard à celle du transfert du droit de propriété [2115]. C'est toujours l'obligation de délivrance qui constitue ici le critère d'attribution de la charge des risques. En effet, aux termes de l'article 1788 du Code civil, « *si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose* ». La doctrine majoritaire analyse les termes de cette disposition comme rattachant la charge des risques à la réception ou livraison de la chose façonnée [2116]. Son attention ne semble ainsi

---

2114 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 723 : « *L'entrepreneur peut également s'obliger à fabriquer un bien meuble et s'engager à fournir et son travail et la matière. Il œuvre sur quelque chose qui lui appartient et qu'il va transmettre à son client. Est-il encore l'entrepreneur ? Ne devient-il pas un banal vendeur ?* »

2115 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 781 : « *Peu importe que le maître de l'ouvrage soit devenu le propriétaire de la chose, car la charge des risques n'est pas ici liée au transfert de propriété, mais incombe au débiteur (*res perit debitori*), c'est-à-dire l'entrepreneur qui connaît la chose. Au contraire dans la vente de chose future, la charge des risques est, sauf stipulation contraire, associée à la propriété, et la jurisprudence décide que la propriété est transférée dès l'achèvement de la chose.* »

2116 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 32, p. 39 : « *[…] le client ne devient propriétaire de l'œuvre qu'avec la réception de la chose, l'artiste restant libre de la détruire avant, sous réserve des sanctions contractuelles par lui encourues en raison de l'inexécution de son obligation de faire. Le transfert des risques ne s'effectuera donc qu'à la livraison de l'ouvrage, conformément à l'art. 1788 C. civ.* », *Ibid.*, n° 34 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 487 ; Ph. MALAURIE,

… / …

portée que sur les termes « *réception* » et « *livraison* » qui résultent de cette disposition [2117]. On peut donc reprocher à cette analyse un certain manque de rigueur. Elle n'a pas pu s'apercevoir de la présence de l'obligation de délivrance dans ce texte ; elle s'est focalisée sur un ou deux termes au détriment du contexte dans lequel ils se trouvent. Ce qui l'a amenée à faire une prétendue distinction selon laquelle les risques seraient à la charge de l'acquéreur dès l'achèvement de la chose dans la vente de choses futures [2118], tandis qu'ils seraient à la charge du maître de l'ouvrage à la réception ou livraison de la chose dans le contrat d'entreprise [2119].

689. Une différence mineure entre l'ancien article 1138 et l'article 1788. En réalité, ce qui diffère dans les termes de l'article 1788 de la règle de l'ancienne disposition de l'article 1138 du Code civil, c'est que la délivrance, comme dans l'acquisition de choses de genre, ne s'effectue pas concomitamment avec la formation du contrat. Il n'en demeure pas moins cependant que le caractère consensuel de l'obligation de délivrance résulte, presque de la même façon, de ces deux dispositions. La nuance tient à la différence de l'hypothèse : dans un cas, le contrat est exécutoire immédiatement, alors que dans l'autre, l'exécution est suspendue à la réalisation de la chose. Ainsi, dans l'hypothèse de l'ancienne disposition de l'article 1138 du Code civil la délivrance s'effectue en principe par le même consentement qui se trouve à la base de la formation du contrat ; en revanche, dans l'article 1788 elle résulte de la mise en demeure [2120]. Les risques ne sont pas en effet à la charge du maître de

---

L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 781 : « *Lorsque la matière a été fournie par l'entrepreneur, celui-ci est responsable de sa perte quelle qu'en soit la cause, foruite ou fautive, tant que la chose n'a pas été livrée (art. 1788).* » ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32227 : « *Le moment du transfert des risques au cocontractant est celui de la livraison effective de la chose, et donc de sa réception. Et c'est à ce moment qu'on fixe également le transfert de propriété. Tout se tient.* », *Ibid*., n° 32229 ; P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999, n° 48 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 825.

2117 D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 112 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 555 : « *L'article 1788 pose en ce cas une règle très claire : si la chose périt avant d'être livrée, la perte est entièrement à la charge de l'entrepreneur, même si elle est due à la force majeure.* » Cette analyse fait abstraction du rôle de la mise en demeure figurant dans l'article 1788 du Code civil.

2118 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 34.

2119 *Ibid*., n° 34 : « *Si l'on adopte le premier critère, le problème est réglé aisément par l'article 1788 C. civ. lorsque le contrat est qualifié de louage d'ouvrage, et le transfert des risques aura lieu à la réception des travaux par l'acheteur.* »

2120 L'on conçoit ici encore que la mise en demeure établit une faute du maître de l'ouvrage : P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 6e éd., Dalloz, 2015, n° 878 : « *Le texte apporte toutefois une exception à cette règle en faisant supporter les risques au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci est en demeure de recevoir la chose. Il ne faudrait pas en effet que son retard cause un préjudice à l'entrepreneur. Contrairement à la vente de chose future qui lie la charge des risques à la propriété (*res perit domino*), ces solutions*

… / …

l'ouvrage lorsque la chose façonnée est reçue par celui-ci [2121], mais plutôt dès qu'il est mis en demeure de la recevoir [2122]. Il y a incontestablement là une différence assez nette. Mettre en demeure de recevoir ne veut pas dire avoir déjà reçu, livré ou pris livraison. Il existe toujours un intervalle de temps séparant le moment de la mise en demeure de celui de la prise de livraison ou réception de la chose.

690. Limite entre les obligations de délivrance et de conservation. Lorsque le maître de l'ouvrage est mis en demeure de recevoir la chose [2123], c'est que celle-ci se trouve seulement mise à sa disposition. Il lui appartient alors de quérir la chose. La délivrance est ainsi remplie [2124]. À ce moment, l'exécution du contrat suspendue à la réalisation de la chose à délivrer devient instantanée. La réception consécutive épuise les effets du contrat s'agissant de la transmission de la chose, la conformité de celle-ci constituant évidemment une question différente [2125]. Lorsque le maître de l'ouvrage est mis en demeure de recevoir la

---

reposent sur un fondement différent dans la mesure où la jurisprudence en admet l'application alors même que le maître de l'ouvrage est devenu propriétaire des matériaux par voie d'accession immobilière. Les risques incombent donc tout simplement au débiteur : res perit debitori ; » ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 825 : « *Il n'y a là qu'application de la règle "*res perit domino*" : le prestataire propriétaire de la chose en supporte la perte tant que la propriété n'en aura pas été transférée au maître de l'ouvrage par la réception. Seule limite à la règle, la mise en demeure du maître de recevoir la chose le place en faute et justifie que les risques, qui ne peuvent durer éternellement sur la tête de l'entrepreneur, passent sur la sienne.* » Ces auteurs ont des opinions divergentes concernant le fondement de la charge des risques, mais font tous les deux résulter de la mise en demeure une faute du maître de l'ouvrage. Alors, comment cette prétendue faute peut-elle se démontrer ? Quel est le comportement du maître de l'ouvrage, dont résulterait une telle faute ? Celui-ci ne peut savoir à quel moment le travail réalisé est terminé ; alors comment la mise en demeure peut-elle expliquer sa faute ? Lorsque l'on ne se détourne pas de la règle *res perit domino*, l'on ne peut qu'être confronté à des difficultés de démonstration de l'application de la théorie des risques dans le système du Code civil. La mise en demeure établit plutôt la mise à disposition de l'ouvrage réalisé.

2121 C'est le contraire qu'affirme la doctrine majoritaire, A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 555.

2122 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 374, p. 401 : « *Si l'ouvrier fournit la matière, et que l'ouvrage vienne à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'avoir été livré, l'ouvrier perd à la fois la matière et le prix de son travail, à moins que l'autre partie n'ait été mise en demeure de recevoir l'ouvrage, auquel cas il a droit tant à son salaire qu'au prix de la matière.* »

2123 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 770 : « *La prise de livraison constitue un acte matériel, alors que la réception est un acte juridique.* »

2124 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32255 : « *La délivrance est la mise à disposition de l'ouvrage par le prestataire dans des conditions qui permettent au bénéficiaire de la prestation d'en prendre livraison et d'en opérer la réception.* »

2125 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 439 : « *On s'accorde à reconnaître, par application de l'article 1245 du Code civil, que "l'exécution de l'obligation de livraison est remplie dès lors que le locataire livre la chose, qu'importe l'état dans lequel elle se trouve".* » ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32257 : « *Il est loisible au maître de l'ouvrage, tout comme à l'acheteur d'une chose qui s'avère n'être pas conforme aux prévisions du contrat, de refuser la prestation dès lors qu'elle ne présente pas les qualités et caractères convenus. Souvent, ce rejet sera le préambule de la résolution du contrat.* »

chose et qu'il tarde à le faire, l'entrepreneur n'en est plus que détenteur ; la délivrance étant ainsi effective, l'entrepreneur n'est plus que dépositaire ou conservateur de la chose, du seul consentement du maître de l'ouvrage. Car, l'obligation de délivrance attend d'être exécutée seulement dans l'intervalle séparant la formation du contrat de la mise en demeure du maître de l'ouvrage.

691. Nuance avec l'ancien article 1138. On a vu, dans l'hypothèse de l'ancienne disposition de l'article 1138, qu'il résulte de l'absence de mise en demeure que l'aliénateur n'est plus que conservateur de la chose. En effet, dans le contexte de cette disposition, l'absence de manifestation de l'acquéreur en vue de se faire mettre en possession matérielle de la chose, donne lieu automatiquement à l'obligation de conservation à la charge de l'aliénateur. La chose étant par hypothèse de corps certain, elle se trouve, à ce titre, immédiatement à la disposition de l'acquéreur. L'inertie de celui-ci entraînant la prise de livraison tardive, démontre qu'il consent à ce que la chose demeure encore sous la détention de l'aliénateur. Dans l'opération dénommée contrat d'entreprise, en revanche, la mise en demeure est naturellement faite par l'entrepreneur. La délivrance dépend en effet de la réalisation de la chose.

692. Justification de la mise en demeure par l'entrepreneur. Or, c'est l'entrepreneur qui doit réaliser la chose avant de la délivrer. Il est par conséquent le seul à savoir à quel moment la chose est livrable, c'est-à-dire achevée [2126]. C'est par la mise en demeure que le maître de l'ouvrage sera informé de l'achèvement de celui-ci, et donc à la fois de son caractère livrable et de sa mise à disposition. Ainsi, jusqu'à la mise en demeure, la délivrance n'est pas encore exécutée. Par voie de conséquence l'entrepreneur supporte la perte de la chose quelle qu'en soit la cause [2127]. Si la perte de la chose est intervenue de façon fortuite, il ne recevra pas le

---

2126 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 439 : « *Si l'entrepreneur livre dans le délai un ouvrage qui n'est pas achevé, "l'exécution de l'obligation de livraison n'a aucun effet libératoire".* »

2127 Civ. 3e, 27 janvier 1976, *Bull. civ*. 1976, III, n° 34 : « *Mais attendu que la Cour d'appel, qui constate qu'au jour de l'incendie la réception des travaux par le maître de l'ouvrage n'avait pas eu lieu et que la plus grande partie de l'ouvrage avait été détruite par le sinistre dont la cause était demeurée inconnue, a pu estimer, sans se contredire, dès lors que ce maître de l'ouvrage n'avait pas été mis en demeure de procéder à la réception, que la perte en était pour l'entrepreneur, en application de l'article 1788 du Code civil, et qu'en conséquence celui-ci ne pouvait prétendre au paiement du coût des travaux qu'il n'était pas en mesure de livrer ; que la Cour d'appel en a justement déduit que les acomptes versés par le maître de l'ouvrage en paiement de ces travaux, alors même que leur inexécution ne serait pas fautive, devaient lui être restitués ;* ». Pour la doctrine, M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome XI, *Contrats civils*, vol. 2, 2e éd., par A. ROUAST, J. LEPARGNEUR, R. SAVATIER et A. BESSON, LGDJ, 1954, n° 926 : « *Si l'entrepreneur fournit la matière, l'art. 1788 décide que la perte est pour lui, de quelque manière qu'elle survienne, c'est-à-dire non seulement par sa faute mais par cas foruit.* » ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 555 : « *— d'une part, l'entrepreneur ne peut réclamer à son client ni rémunération du travail effectué ni remboursement des matériaux utilisés et reste donc redevable des acomptes qu'il a éventuellement reçus ; — d'autre part, la règle "*genera non pereunt*" exclut toute libération de l'entrepreneur lorsque la matière qu'il fournissait est une chose de genre : la perte a pour seul effet de*

… / …

prix, mais il sera néanmoins exonéré de dommages et intérêts [2128] : les contractants sont ainsi libérés de leurs obligations réciproques. Si la chose périt, au contraire, par la faute de l'entrepreneur, celui-ci doit réparer les préjudices qui en résultent pour le maître de l'ouvrage. En ce dernier cas, il s'agit de l'inexécution fautive de la délivrance, mais pas de perte fortuite [2129].

693. L'analyse de la doctrine en droit positif. La doctrine considère, d'une part, que les risques sont à la charge du maître par la réception de l'ouvrage et, d'autre part, que l'attribution de cette charge est liée aux pouvoirs de l'entrepreneur sur la chose [2130]. Cette analyse ne correspond pas à la conception des auteurs du système du Code civil ; elle contrarie d'ailleurs la règle découlant des caractères imprévisible et irrésistible de la force majeure. L'attribution de la charge des risques ne se justifie pas par la maîtrise matérielle d'une partie contractante sur la chose. Il ne peut en effet être douteux que le pouvoir matériel sur la chose ne prenne pas fin par la mise en demeure. Or, les risques pèsent sur le maître de l'ouvrage dès la mise en demeure ; le seul fondement plausible de cette solution est que l'entrepreneur n'est dès lors que dépositaire de l'ouvrage. La charge des risques n'est pas liée à la réception de l'ouvrage. On observe, en général, que la doctrine n'envisage la charge des risques que là où les auteurs du Code civil ne la conçoivent pas. Là où le Code considère, à juste titre, les effets du contrat épuisés, la doctrine paraît les maintenir fictivement. Postérieurement à la réception de la chose, l'exécution du contrat s'agissant des obligations principales, est par principe terminée. Les risques étant liés à la délivrance, jusqu'à l'exécution de celle-ci, la perte de la chose libère les parties de leurs obligations réciproques : l'entrepreneur ne recevra pas le prix de la chose. Chaque partie supporte les dommages proportionnellement à son investissement réalisé.

---

lui imposer de se procurer à nouveau cette matière, sans qu'un éventuel changement des cours ne lui permette de modifier le prix stipulé au contrat. »

2128 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 557.

2129 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32224, p. 1298 : « *Si la perte de la chose ou l'impossibilité d'exécuter est due à la faute de l'un d'eux, ce n'est plus de risque mais de responsabilité qu'il s'agit.* »

2130 F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 749, p. 688 : « *Si l'entrepreneur fournit la matière et son travail, les risques sont pour lui (art. 1788).* Res perit domino. *La charge des risques n'est pas liée ici à la propriété, mais plutôt aux pouvoirs que l'entrepreneur a sur la chose jusqu'à la réception des travaux.* » ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 444 : « *Si, pendantt longtemps, on a vu dans ce texte la simple application de l'adage* res perit domino*, on reconnaît aujourd'hui que la charge des risques est liée aux pouvoirs que l'entrepreneur a sur la chose fournie jusqu'à la réception des travaux, et que cette considération "doit faire triompher l'autre adage,* res perit debitori*".* » ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32230 : « *[…], bien que dérogatoire au droit commun […], la règle n'en est pas moins raisonnable : dès lors que le constructeur a tous pouvoirs sur le chantier, il est normal qu'il assume les risques de cas fortuit pouvant y survenir.* »

694. La perception d'une doctrine et d'une jurisprudence. Une doctrine ainsi qu'une jurisprudence [2131] paraissent avoir une perception inexacte de la portée de cette règle posée à l'article 1788 du Code civil. Elles soutiennent en effet que cette disposition ne libère pas l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage [2132], lequel aurait en conséquence la faculté d'opter pour la résolution du contrat avec dommages et intérêts [2133], ou son exécution à nouveau [2134]. Ce n'est absolument pas là la portée de cette règle. Cette perception contraste

---

2131 Civ. 3e, 19 février 1986, *Bull. civ*. 1986, III, n° 10 : « *Attendu que pour confirmer la décision des premiers juges de mettre hors de cause l'entrepreneur et son assureur, l'arrêt retient qu'aucune des parties ne la contestait sérieusement, la destruction de la chose ayant constitué pour M. Randieri un cas de force majeure imprévisible et irrésistible ; Qu'en statuant ainsi, alors que dans ses conclusions la Compagnie Les Assurances Générales de France soutenait qu'en l'absence de réception de l'ouvrage, la charge des risques devait être supportée par l'entrepreneur, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ;* ». Dans le même sens, Civ. 3e, 28 octobre 1992, *Bull. civ*. 1992, III, n° 281.

2132 Civ. 3e, 28 octobre 1992, *Bull. civ*. 1992, III, n° 281 : « *Mais attendu qu'ayant retenu que la perte de l'ouvrage était due à un événement de force majeure, intervenu avant la livraison, la cour d'appel a exactement relevé, par motifs propres et adoptés, que l'entrepreneur n'était tenu que de procurer au maître de l'ouvrage la chose qu'il s'était engagé à fournir et que l'offre de rembourser le coût de la reconstruction de l'ouvrage détruit, selon les conditions du marché initial ou de reconstruire cet ouvrage sauf à ne supporter que ce coût, était satisfactoire ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;* ». Cette décision reprend la solution de l'arrêt qui suit : Civ. 3e, 19 février 1986, *Bull. civ*. 1986, III, n° 10.

2133 Civ. 1ere, 11 octobre 1983, *Bull. civ*. 1983, I, n° 221 : « *Mais attendu que la Cour d'appel, ayant relevé que l'incendie était survenu avant réception des travaux par le maître de l'ouvrage, a pu décider, sans contradiction, qu'en application de l'article 1788 du Code civil, la société Alquier devait supporter la perte de l'ouvrage, mais que le dommage avait été causé à la SCICM qui avait la qualité de tiers au sens du contrat d'assurance ; que, par ces énonciations, l'arrêt attaqué se trouve légalement justifié ; que le moyen ne peut donc être accueilli en aucune de ses branches ;* ». L'entrepreneur tenu de rembourser les frais de réparation avancés par le maître de l'ouvrage : Civ. 3e, 2 novembre 1983, *Bull. civ*. 1983, III, n° 210.

2134 Civ. 3e, 27 janvier 1976, *Bull. civ*. 1976, III, n° 34 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 557 : « *Cette charge des risques qui pèse sur l'entrepreneur n'est pas une responsabilité : il perd seulement ce qu'il a fourni et doit donc refaire les travaux pour honorer son contrat, mais ne doit pas pour autant* ipso facto *des dommages — intérêts au maître pour le préjudice qui en résulte (par exemple pour le retard d'exécution ou pour les autres biens du maître qui ont pu être endommagés, notamment en cas d'incendie). Pour obtenir réparation de ce préjudice, le maître peut engager la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur : mais il devra alors prouver sa faute.* » Il y a un rapport entre la question des risques et celle de la responsabilité. Celle-là démontre l'inexistence de celle-ci. Autrement dit, là où il s'agit de risques, la responsabilité est exclue. Alors, si l'entrepreneur doit refaire les travaux pour honorer son engagement, c'est qu'il ne s'agit pas de risques. Sur quelle base l'entrepreneur ne doit-il pas *ipso facto* des dommages et intérêts, alors qu'il est tenu de refaire les travaux ? Et pourquoi est-il tenu de refaire les travaux ? Il s'agit d'une exonération partielle ? P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 444 : « *Le maître d'ouvrage a le choix : soit il opte pour la résolution, et les acomptes versés doivent être restitués par l'entrepreneur ; soit il demande à ce dernier d'exécuter à nouveau les travaux à ses frais, sans pouvoir exiger plus que les conditions initiales du marché.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 781 : « *Le maître de l'ouvrage a une option : ou bien, il demande à l'entrepreneur de faire à nouveau les travaux, à l'identique ; ou bien, il demande la résolution du contrat et la restitution des acomptes.* » ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 749, p. 688 : « *Les risques pèsent [...] sur l'entrepreneur jusqu'à la réception ou jusqu'à la mise en demeure qu'il adresse au client. Celui-ci est en droit d'exiger soit la restitution des acomptes versés, soit*

… / …

d'ailleurs avec l'idée de la théorie des risques [2135], qui, par définition, renvoie à la conséquence de l'impossibilité d'exécuter le contrat [2136]. Même dans l'hypothèse de l'article 1789 où le maître de l'ouvrage fournit la matière, l'entrepreneur n'est tenu que de sa faute [2137]. On ne voit alors aucune logique qui ne libérerait pas l'entrepreneur dans l'hypothèse de l'article 1788. Les parties sont en réalité libérées, l'une à l'égard de l'autre, de leurs obligations réciproques [2138] ; c'est ce que démontre la restitution par l'entrepreneur des acomptes reçus [2139]. Le contrat doit être considéré comme résolu de plein droit ; autrement dit, il n'y aura pas de possibilité de résolution avec dommages et intérêts. Le juge devra se borner à constater la résolution du contrat [2140].

695. Une certaine particularité. Ce qu'il y a néanmoins de particulier dans l'hypothèse prévue à l'article 1788, c'est qu'il en résulte, en apparence, que l'entrepreneur subit, à double titre, la perte [2141]. D'une part, en effet, il perd la matière fournie ; et c'est là la perte qui semble

---

la construction de l'ouvrage (selon les conditions du marché initial). » ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 6e éd., Dalloz, 2015, n° 878 : « *[…] lorsque la chose est fournie par l'entrepreneur, les risques sont en principe à sa charge. L'article 1788 du Code civil est en ce sens très clair : "*Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier*". Il s'ensuit que ce dernier n'a droit à aucune rémunération et que le maître de l'ouvrage a le droit d'exiger, soit la réalisation à l'identique des travaux effectués, soit la résolution du contrat et la restitution des acomptes éventuellement versés.* »

2135 P.-Y. GAUTIER, obs. sur Civ. 3e, 28 octobre 1992, *RTD civ*. 1993, p. 602, spéc. 604 : « *[…] l'explosion de l'immeuble corse n'a rien à voir avec l'éventuelle défaillance technique dans la construction, dont se prévaut ici le maître de l'ouvrage (toiture insuffisante, s'affaissant sous le poids de la neige), ce qui fait revenir à la théorie générale des risques : celle-ci suppose en effet que l'événement* sine dolo *et* culpa venditoris accidit*, survienne sans dol ni faute du vendeur (Justinien, Institutes, III, XXIII,* de emptione et venditone*, 3) ; la faute du débiteur, fut-elle légère, détruit le risque et il faut soigneusement se garder de les confondre […].* »

2136 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32224, p. 1298 : « *Il s'agit […] bien des risques créés par la survenance d'un événement de la force majeure. Si la perte de la chose ou l'impossibilité d'exécuter est due à la faute de l'un d'eux, ce n'est plus de risque mais de responsabilité qu'il s'agit.* »

2137 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome XI, *Contrats civils*, vol. 2, 2e éd., par A. ROUAST, J. LEPARGNEUR, R. SAVATIER et A. BESSON, LGDJ, 1954, n° 928 : « *Le problème des risques, exposé dans les deux numéros […], suppose un cas fortuit. Si une faute est imputable à l'entrepreneur, la question ne se pose plus dans les mêmes termes ; elle devient une question de responsabilité.* »

2138 *Ibid*., n° 926 : « *Lorsque la chose sur laquelle s'exécutait le travail vient à périr par cas foruit, l'entrepreneur est dégagé de son obligation de livrer, soit qu'il ait fourni la matière, soit qu'elle lui ait été remise (art. 1788-1789). Il lui appartient toutefois, conformément au droit commun, de faire la preuve du cas fortuit (art. 1302 al. 3.).* »

2139 Civ. 3e, 27 janvier 1976, *Bull. civ*. 1976, III, n° 34.

2140 C'est ce que prévoit l'article 1228 du Code civil issu de la réforme du 10 février 2016, aux termes duquel, « *Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts.* »

2141 Civ. 3e, 27 janvier 1976, *Bull. civ*. 1976, III, n° 34. Même analyse mais qui fait néanmoins intervenir la propriété : J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32224 : « *En fait, les risques sont de deux*

… / …

apparaître importante aux yeux du législateur, puisque c'est la seule qui est en général considérée de façon formelle dans les articles 1788, 1789 et 1790 du Code civil. D'autre part, l'entrepreneur perd l'avantage attendu du contrat, lequel consiste dans le prix, contrepartie du travail à exécuter [2142]. Cependant, lorsqu'on considère que la matière fournie ainsi que le travail à exécuter visent une chose distincte, objet de l'obligation de délivrance dont l'exécution devient impossible, on comprend que la règle libère simplement les parties de leurs obligations réciproques ; la délivrance étant naturellement différée à la réalisation de l'ouvrage, l'impossibilité de son exécution libère les parties [2143]. Ainsi, outre l'avantage attendu du contrat, le maître de l'ouvrage désormais impossible à réaliser ne prétendra, de son côté, ni aux dommages et intérêts, ni au payement des frais éventuellement engendrés par la conclusion du contrat [2144]. Autrement dit, celui-ci ne

---

ordres, et les solutions retenues par les textes du Code sont en harmonie avec les principes du droit commun : il y a, d'un côté, le risque de perte de la chose, du fait de sa destruction ou détérioration par cas fortuit, qui pése en principe sur son propriétaire en application de la règle res perit domino *(parce qu'il est propriétaire, il souffre la perte de la chose), et, de l'autre, le risque du contrat qui surgit en cas d'impossibilité de réaliser le travail promis à raison de la force majeure et c'est au débiteur de la prestation qu'il incombe en vertu de la règle* res perit debitori *(bien que créancier du prix, le prestataire n'a pas droit au paiement).* » Ce n'est pas parce que l'entrepreneur est propriétaire, que le Code civil indique qu'il supporte la perte de la matière fournie. La situation paraissant complexe, les codificateurs se doivent de désigner la partie devant supporter la perte de la matière fournie, consistant dans l'incorporation de celle-ci dans l'ouvrage fortuitement détruit, autrement dit, impossible à délivrer. Sans ce rappel consistant à dire simplement que le débiteur de la délivrance de l'ouvrage, impossible à réaliser, supporte les risques, l'entrepreneur serait tenté de réclamer le payement au moins du prix de la matière fournie. Si cette charge était liée à la propriété, il serait alors incohérent que la mise en demeure emporte les risques à la tête du maître de l'ouvrage. Il semble en effet que la mise en demeure n'opère pas transfert de propriété. L'entrepreneur demeure ainsi propriétaire, alors que le maître de l'ouvrage supporte les risques. La mise en demeure ne constitue pas, contrairement à certaines opinions, une sanction ; elle constitue plutôt un mécanisme régulateur de l'exécution de l'obligation de délivrance. Ici, sa présence démontre l'effectivité de la délivrance, tandis que son absence l'ineffectivité de celle-ci. Dans l'hypothèse de l'ancienne disposition de l'article 1138 du Code civil, il résulte de l'absence de mise en demeure, que la délivrance est effective et que l'acquéreur consent à ce que la chose demeure sous la détention de l'aliénateur ; en revanche, la présence de mise en demeure établit l'ineffectivité de la délivrance, la chose ne se trouve pas mise à la disposition de l'acquéreur. P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 6e éd., Dalloz, 2015, n° 879 : « *La solution paraît certes sévère pour l'entrepreneur qui a pu finir son travail avant la destruction de la chose mais elle est justifiée par la dualité d'objet du contrat d'entreprise. La cause de l'engagement du maître de l'ouvrage ne réside pas tant dans la fourniture du travail que dans celle du résultat de ce travail par l'entrepreneur. Ce que veut le maître est moins une activité que les fruits de cette activité. Par conséquent, tant que ce résultat, c'est-à-dire l'ouvrage achevé, n'est pas mis à la disposition du maître, ce qui implique sa réception, l'entrepreneur est considéré comme n'ayant pas accompli sa mission : les risques sont donc à sa charge en vertu de la règle* res perit debitori. »

2142 Ces auteurs considèrent que c'est un salaire : C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 374, p. 401.

2143 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32228, p. 1301 : « *La logique du système est que le prestataire, étant dans l'impossibilité de s'exécuter pour une raison de force majeure, est exonéré de toute responsabilité, mais qu'en revanche il n'a pas de salaire à réclamer. Et cette logique n'est pas sans fondement : si la rémunération n'est pas due, c'est sans doute parce que, la chose n'ayant pas été livrée, la qualité du travail fourni n'a pas pu se trouver vérifiée.* »

2144 Voir, P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, « Bibliothèque de droit privé tome 220 », préf. B. Teyssié, LGDJ, 1992, notamment n° 228 et suiv.

dispose d'aucune option : il ne réclamera ni les dommages et intérêts, ni l'exécution à nouveau du contrat, celle-ci s'avérant par hypothèse impossible.

696. ***Res perit creditori***. La délivrance s'effectue par la mise en demeure de recevoir l'ouvrage. Si la chose se trouve sous la détention de l'ouvrier après la mise en demeure, dont il résulte l'effectivité de la délivrance, sa perte fortuite pèse sur le maître de l'ouvrage ; celui-ci demeure créancier de l'obligation de conservation : *res perit creditori*. Il sera tenu de payer le prix à l'ouvrier. La charge des risques est concevable seulement dans ces deux hypothèses. La perte de la chose, quelle qu'en soit la cause, survenue après la réception, autrement dit, entre les mains du maître de l'ouvrage ne constitue pas un risque. Cette règle est reprise dans l'hypothèse où l'obligation de délivrance est encadrée par l'obligation de conservation.

B. L'encadrement de l'obligation de délivrance par celle de conservation dans l'hypothèse des articles 1789 et 1790

697. **Conservation de la matière fournie par le maître de l'ouvrage**. La règle posée à l'article 1788 est reprise dans une hypothèse particulière. Le Code civil envisage en effet dans les articles 1789 et 1790 l'hypothèse où l'ouvrier exécute son travail sur la matière fournie par le maître de l'ouvrage. Dans cette hypothèse, on observe la présence de l'obligation de conservation de part et d'autre de l'obligation de délivrance, c'est-à-dire avant et après l'exécution de celle-ci. Le maître de l'ouvrage est le propriétaire des matériaux remis à l'ouvrier pour la réalisation d'un ouvrage [2145]. En ce cas, l'ouvrier est tenu d'exécuter, d'abord, l'obligation de conservation [2146] et, ensuite, l'obligation de délivrance [2147]. Celui-ci doit évidemment veiller à la conservation de la matière qui lui est remise par le maître de l'ouvrage [2148]. Ainsi, la jurisprudence n'a pu que découvrir

---

2145 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 559 : « *Lorsqu'il s'agit de meubles, la condition ne prête guère à difficultés car ils sont ordinairement remis à l'entrepreneur pour qu'il effectue le travail dans ses ateliers […].* » ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 439 : « *Lorsqu'une chose a été confiée à l'entrepreneur, ce dernier devient alors débiteur, à l'instar d'un dépositaire, d'une obligation de conservation, sans que la présence de cette obligation modifie la nature du contrat […].* » ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 10e éd., Dalloz, 2016, n° 543 : « *[…], la chose peut être remise à l'entrepreneur, notamment lorsqu'il s'agit de la réparer. L'entrepreneur assume alors une obligation de conservation analogue à celle d'un dépositaire.* »

2146 H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., par M. DE JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 1350 : « *[…] il a l'obligation de conserver la chose qui lui a été remise par le maître.* »

2147 Dans un sens similaire, J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32231 : « *[…], dans ce cas de figure, on peut voir interférer les règles propres à l'obligation de restitution pesant sur le prestataire. Car ce dernier est tenu de rendre à son propriétaire la chose qui lui a été confiée pour y effectuer le travail demandé. Or, le régime de cette obligation veut que son débiteur assume la charge de prouver que la perte, ou détérioration, de la chose ne résulte pas de sa faute.* »

2148 Dans le même sens, sauf qu'il n'est pas délimité de façon précise les domaines respectifs des obligations de conservation et de délivrance : F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et*

… / …

l'obligation de conservation dans ces dispositions. Contrairement, en effet, à une opinion doctrinale [2149], ce n'est pas la jurisprudence qui a introduit l'obligation de conservation dans l'article 1789 du Code civil. La matière n'est pas remise à l'entrepreneur à titre de propriété, mais pour être transformée. Il en est d'abord le dépositaire et ensuite le transformateur, le travail dépendant de la bonne conservation de la matière. Il va de soi que l'entrepreneur soit tenu, au cours de la transformation de la matière, de veiller en même temps à sa conservation.

698. La délivrance de l'ouvrage réalisé. Au terme du travail, l'ouvrier et le maître sont copropriétaires de l'ouvrage réalisé, lequel constitue une chose nouvelle distincte de la matière dont il est issu. L'entrepreneur va alors procéder à la délivrance de cet ouvrage [2150]. Avant la délivrance de cette nouvelle chose, l'entrepreneur doit être considéré comme demeurant dépositaire de la matière fournie par le maître de l'ouvrage. L'achèvement de l'ouvrage est indifférent. Le maître de l'ouvrage doit être réputé ignorant du déroulement de l'incorporation de la matière dans l'ouvrage à réaliser. La période considérée comme celle où l'entrepreneur demeure dépositaire de la matière fournie, s'achève par l'information du maître de la réalisation de l'ouvrage. Cette information s'effectuera par la mise en demeure de recevoir la chose.

699. Opinion de Aubry et Rau sur la charge de la mise en demeure. AUBRY et RAU prétendent que c'est le maître de l'ouvrage qui a la charge de mettre en demeure l'ouvrier de délivrer la chose [2151]. Cette idée semble constituer une simple analogie avec l'hypothèse

---

commerciaux, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 735 : « *Lorsqu'une chose a été confiée à l'entrepreneur en vue d'exécuter un travail déterminé, il doit la conserver en bon état. Plus précisément, l'entrepreneur ayant reçu une chose en dépôt pour réparation n'est pas libéré de ses obligations de dépositaire par la réalisation des travaux commandés, mais demeure tenu de garder et de conserver cette chose jusqu'à sa restitution.* » ; M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ*. 1993, p. 757, n° 40 : « *Quant au* locator operis*, il doit restituer une chose dans un meilleur état que lorsqu'elle lui a été remise s'il a été chargé d'une restauration, d'une réparation ou d'un simple entretien. L'obligation du débiteur d'exécuter un travail sur la chose peut donc être dissociée de l'obligation de conservation elle-même qui consiste en une garde pure et simple destinée à éviter la détérioration ou la perte de la chose confiée.* »

2149 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 558 : « *L'article 1789 dispose que l'entrepreneur qui ne fournit que son travail ne répond que de sa faute. Ce texte est imprécis et a été complété par la jurisprudence sur deux points qui sont liés : d'une part, cette faute est présumée ; d'autre part, la présomption ne joue que parce que la chose a été confiée à l'entrepreneur. En d'autres termes, la jurisprudence a introduit dans le contrat, lorsque l'entrepreneur s'est vu confier la chose, une obligation de conservation et de restitution analogue à celle du dépositaire.* »

2150 P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999, n° 46 : « *[…], il y a lieu de reconnaître qu'à l'obligation de réaliser l'ouvrage succède celle de le mettre à la disposition du client et que, d'une façon ou d'une autre, doit se produire un transfert de la propriété de cet ouvrage.* »

2151 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 374, p. 402 : « *Si l'ouvrier fournit seulement sont travail, il ne répond de la perte de la matière, qu'autant qu'elle a été le résultat d'une faute par lui commise, ou qu'elle a eu lieu après sa mise en demeure de livrer l'ouvrage. Art. 1789.* »

de l'ancienne disposition de l'article 1138 du Code civil. Or, celle-ci se rapporte à l'acquisition de corps certain, dans laquelle la chose doit par principe se trouver immédiatement à la disposition de l'acquéreur. Celui-ci n'a pas à mettre en demeure son cocontractant, lequel doit de façon spontanée favoriser la prise de livraison. S'il arrive toutefois qu'il soit mis en demeure, c'est qu'il s'ensuivra une mise à disposition tardive. On a vu que la présence de la mise en demeure établit, dans l'hypothèse de l'ancienne disposition de l'article 1138, l'absence de mise à disposition, et qu'il résulte de son absence que l'acquéreur consent à la conservation de la chose par l'aliénateur. La mise en demeure doit ainsi être adressée par l'acquéreur. En revanche, la mise en demeure traduit l'effectivité de la mise à disposition dans l'hypothèse des articles 1788 et 1789 du Code civil. Il va de soi qu'elle doit être faite par l'entrepreneur. Il en résultera en effet que la délivrance est effective, autrement dit, que l'ouvrage est mis à la disposition du maître.

700. Perte de la chose libératoire des parties, ou pesant sur le créancier selon l'étape. L'exécution d'une obligation de conservation précède ainsi celle de l'obligation de délivrance. La perte de la matière fournie, sans la faute de l'entrepreneur, avant que l'ouvrage recommandé ne soit réalisé, libère les parties [2152]. L'entrepreneur ne recevra rien en contrepartie de la conservation de la chose effectuée jusqu'à sa perte fortuite. Inversement, le maître de l'ouvrage ne réclamera rien à l'ouvrier. L'obligation de délivrance s'exécutant de façon instantanée et consensuelle, elle est toujours suivie dans l'hypothèse du contrat d'entreprise par l'exécution plus ou moins longue de l'obligation de conservation. En effet, l'effectivité de la délivrance résulte de la mise en demeure du maître de l'ouvrage de recevoir l'ouvrage réalisé. Dès que l'exécution de l'obligation de délivrance s'avère ainsi effective, la perte de la chose survenue postérieurement sans la faute de l'entrepreneur pèse sur le maître de l'ouvrage : la règle *res perit creditori*. Il lui suffit de rapporter la preuve de l'absence de sa faute dans l'exécution de son obligation de conservation, la chose ayant péri entre ses mains. L'entrepreneur n'est devenu, après la mise en demeure, que le dépositaire de l'ouvrage réalisé.

701. Caractère complémentaire de l'article 1789. L'article 1789 constitue un complément de l'article 1788, lequel reprend la règle générale dans une hypothèse particulière. La règle consiste dans le mécanisme de l'attribution de la charge des risques, indépendamment du rapport de droit d'une partie contractante avec la matière fournie [2153]. C'est cette règle qu'on a vu, tant dans l'ancienne disposition de l'article 1138 que dans l'article 1788, que la mise en demeure a pour fonction de réguler. Elle est posée dans l'article 1788 en même temps que l'hypothèse particulière où l'entrepreneur fournit la matière. Les articles suivants, c'est-à-dire 1789 et 1790 n'ont pour objet que de rappeler les autres hypothèses autour de

---

2152 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32228.

2153 Voir l'analyse contraire : *Ibid*., n° 32226 et suiv.

la règle déjà posée à l'article 1788 du Code civil. Dans l'hypothèse rappelée au même endroit que la règle, l'entrepreneur est propriétaire de la matière à partir de laquelle il doit réaliser un ouvrage. Dans l'hypothèse des articles 1789 et 1790, en revanche, c'est le maître de l'ouvrage qui est propriétaire de cette matière.

702. Le but du rappel du droit de propriété sur la matière fournie. Le Code civil rappelle chaque hypothèse à côté de la règle dans le seul dessein de mettre en relief laquelle des parties contractantes subit le plus de préjudice suite de la perte de la chose. Celui qui fournit la matière perd à la fois la chose et l'avantage attendu du contrat ainsi que les dépenses engagées dans sa conclusion. C'est cette double perte subie soit par le maître de l'ouvrage, soit par l'entrepreneur, qui a amené les auteurs du Code civil à énumérer distinctement les hypothèses, autrement dit, à faire référence au rapport de propriété entre une partie contractante et la matière fournie. Et cette mise en relief de l'appartenance de la matière semble viser à rompre avec les règles issues des systèmes juridiques antérieurs au Code civil, lesquels imposaient au maître de l'ouvrage, dans l'hypothèse où celui-ci fournit le matériau, de rémunérer l'ouvrier pour le travail réalisé [2154]. Le maître de l'ouvrage n'est pas ainsi libéré de son obligation.

703. La simple perte subie par l'entrepreneur et la double perte pesant sur le maître. Dans les articles 1789 et 1790, l'entrepreneur perdra le prix, contrepartie de l'ouvrage dont la réalisation constitue l'objet de son obligation [2155], tandis que le maître ne recevra non seulement cet ouvrage, mais il ne prétendra non plus avoir droit aux dommages et intérêts [2156]. En effet, aux termes de l'article 1789 du Code civil, « *dans le cas où l'ouvrier fournit*

[2154] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome XI, *Contrats civils*, vol. 2, 2e éd., par A. ROUAST, J. LEPARGNEUR, R. SAVATIER et A. BESSON, LGDJ, 1954, n° 927 : « *Les Romains et notre ancien droit préféraient raisonner moins strictement, et ils rapprochaient l'entrepreneur du vendeur pour mettre les risques à la charge du maître, comme ils le sont à celle de l'acheteur.* » ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32228, p. 1301 : « *[…], dans cette situation, la jurisprudence de l'Ancien régime, reprenant les préceptes romains, faisaient peser la perte du travail sur le maître, propriétaire de la chose, pour cette raison que le travail s'y était incorporé : le maître devait rémunérer l'entrepreneur empêché de fournir sa prestation.* »

[2155] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome XI, *Contrats civils*, vol. 2, 2e éd., par A. ROUAST, J. LEPARGNEUR, R. SAVATIER et A. BESSON, LGDJ, 1954, n° 927 : « *Le cas fortuit rendant impossible l'exécution de son obligation d'exécuter et de livrer le travail, le maître est déchargé de la sienne, il ne doit plus payer le prix. Cette solution logique est assez rigoureuse pour l'ouvrier, en raison de sa condition sociale. Mais elle est la contre-partie de l'indépendance avec laquelle il exécute son travail ; l'indépendance qui est un des traits caractéristiques du contrat d'entreprise.* » ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32228, p. 1301 : « *L'art. 1790, prenant le contre-pied de la tradition, applique ici le principe* res perit debitori. *La logique du système est que le prestataire, étant dans l'impossibilité de s'exécuter pour une raison de force majeure, est exonéré de toute responsabilité, mais qu'en revanche il n'a pas de salaire à réclamer.* »

[2156] J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32228 : « *Implicitement, mais clairement, le texte*

… / …

seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute ». Le fait que l'ouvrier travaille sur la chose qui ne lui appartient pas interpelle le législateur à apporter une précision particulière à la règle générale posée à l'article 1788. Sans cette précision, en effet, le maître de l'ouvrage serait tenté de réclamer au moins la valeur de sa chose fortuitement détruite. L'intérêt de la précision découle en outre de l'approche par laquelle la question des risques est ici traitée. On a vu ci-dessus que, dans l'article 1788, le Code civil combine la règle générale avec une hypothèse qui est celle où l'ouvrier fournit la matière à partir de laquelle il doit réaliser l'ouvrage commandé. Il est alors logique qu'il soit envisagé ensuite l'hypothèse où c'est plutôt le maître de l'ouvrage qui fournit la matière à façonner. L'article 1789 du Code civil apporte ainsi un complément nécessaire à la règle générale posée à l'article 1788. L'ouvrier n'est toujours tenu que de sa faute en cas de perte de la chose intervenue, par hypothèse, entre ses mains.

704. Éclairage de l'article 1789 par l'article 1790. De même, l'article 1790 du Code civil dispose que : « *si, dans le cas de l'article précédent, la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu, et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière.* » Une opinion doctrinale prête à cette disposition une portée inexacte. Elle laisse en effet entendre que l'article 1790 enlève tout droit à rémunération à l'entrepreneur [2157]. Cette affirmation paraît trop absolue ; elle ne semble pas refléter l'esprit et le sens de cette disposition. Ce texte reprend en effet simplement le mécanisme d'attribution de la charge des risques dans l'hypothèse où la matière est fournie par le maître de l'ouvrage.

Autrement dit, l'article 1790 reprend évidemment la règle posée à l'article 1788 dans l'hypothèse prévue à l'article 1789 [2158]. Jusqu'à la mise en demeure, la délivrance n'est pas effective. L'entrepreneur est considéré par conséquent comme dépositaire de la matière fournie par le maître de l'ouvrage. La perte fortuite de la chose survenue dans cette période libère les parties. Elle suppose que l'entrepreneur exécute sans défaillance son obligation de conservation. Il s'ensuit que, d'une part, le maître de l'ouvrage perd sa matière fournie ainsi que l'avantage attendu du contrat et, d'autre part, l'entrepreneur ne recevra pas le prix [2159].

---

décide que la perte de la chose fabriquée avec des matériaux fournis par le bénéficiaire du travail à réaliser est supportée par ce dernier. »

2157 A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 561 : « *La preuve de son absence de faute exonère l'entrepreneur de toute responsabilité pour la perte subie par le maître. Mais, cela ne lui donne pas pour autant droit à rémunération du travail qu'il avait pu effectuer : appliquant la règle "*res perit debitori*", l'article 1790 lui enlève tout droit à rémunération, sauf si la perte est due à un vice de la chose fournie.* »

2158 J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32228, note de bas de page n° 36 : « *L'art. 1790 C. civ. adopte la même solution que l'art. 1788 […].* »

2159 C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, 6e éd., par P. ESMEIN, Éditions Techniques S. A., 1952, § 374, p. 402 : « *L'ouvrier, quoique non responsable de la perte de la matière, perd cependant le prix de son travail et ne peut réclamer de salaire, lorsque l'ouvrage vient à périr avant d'avoir été reçu, à moins que*

… / …

L'exécution de l'obligation de délivrance découle de la mise en demeure de recevoir la chose fabriquée. L'obligation de conserver la matière fournie s'éteint par la mise en demeure ; celle-ci emporte l'effectivité de la délivrance, laquelle s'effectue de façon instantanée.

705. L'exécution de l'obligation de conservation après la délivrance. Postérieurement à la mise en demeure, l'entrepreneur devient dépositaire de la nouvelle chose réalisée, mais non de la matière fournie ; celui-ci conserve l'ouvrage jusqu'à sa réception ou prise de livraison par le maître. La perte fortuite de cet ouvrage pendant cette période de conservation pèse sur le maître. L'entrepreneur recevra le prix de l'ouvrage réalisé. En définitive, l'article 1790 n'enlève, à l'entrepreneur, le droit à rémunération qu'en l'absence de mise en demeure de recevoir l'ouvrage réalisé [2160]. Lorsque la chose périt sans que le maître de l'ouvrage soit mis en demeure de la recevoir, l'entrepreneur ne recevra le prix que dans le cas où la perte est due à un vice caché de la matière fournie. La perte de la chose qui survient après la mise en demeure, pèse sur le maître de l'ouvrage ; celui-ci devra payer le prix du travail exécuté par l'entrepreneur. Le fondement de l'attribution de cette perte au maître de l'ouvrage est évident ; la prise de livraison immédiate aurait permis d'éviter à la chose les conséquences de l'événement de force majeure.

706. Conclusion. Les solutions de la charge des risques posées aux articles 1788, 1789 et 1790 du Code civil ne diffèrent pas de celles analysées précédemment. La seule différence avec les dispositions générales de l'ancienne disposition de l'article 1138, c'est que la délivrance, comme dans l'acquisition de choses de genre, n'est pas concomitante avec la formation du contrat. Il s'ensuit que la mise en demeure doit être faite par l'entrepreneur, celui-ci étant le seul à savoir à quel moment l'ouvrage est livrable. À l'image de l'hypothèse de la vente de choses de genre, l'entrepreneur doit en effet informer ici le maître de l'ouvrage de la mise à disposition de la chose réalisée. Après la mise en demeure qui emporte l'effectivité de la délivrance, l'entrepreneur n'est plus qu'un dépositaire de l'ouvrage réalisé. La perte de la chose survenue pendant cette période pèse sur le maître de l'ouvrage. L'adaptation des solutions des risques posées aux articles 1788, 1789 et 1790 du Code civil se vérifie bien dans les hypothèses types de l'acquisition de choses futures.

---

le maître ne soit en demeure de le vérifier, ou que la perte ne provienne du vice de la matière. Art. 1790. »

[2160] J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012, n° 32228, p. 1301 : « *Même si rien ne permet de lui imputer la perte, le prestataire ne saurait prétendre à rémunération. Il n'en va différemment que s'il avait mis son cocontractant en demeure de prendre livraison. Sauf en ce cas, donc, il perd le salaire convenu.* »

§ 2. Quelques cas de figures de choses futures

707. Vente de choses naturelles à produire et de choses à fabriquer. Le contrat d'entreprise devrait de nos jours être considéré comme l'hypothèse du contrat de vente de choses futures. Les codificateurs n'ont pas envisagé la vente de choses futures, simplement en raison de l'absence de différence entre celle-ci et le contrat d'entreprise. Ce dont peut d'ailleurs témoigner l'hésitation des auteurs du Code entre la qualification de vente et de louage d'entreprise [2161]. Les solutions de la charge des risques prévues aux articles 1788, 1789 et 1790 du Code civil, ci-dessus analysées, est celle devant régir la vente de choses naturelles à produire (A) et de choses à fabriquer (B) [2162] ; ces deux hypothèses sont représentatives de l'acquisition de choses futures [2163].

A. La vente de choses naturelles à produire

708. Domaines. L'agriculture, l'élevage et la pêche constituent des domaines d'activités pourvoyeuses par excellence de l'objet de l'obligation du vendeur dans cette vente. C'est en effet dans ces activités qu'on rencontre des choses essentiellement naturelles à produire. Le vendeur vend par exemple ses récoltes à venir, situées sur un champ, ou à cultiver. Il semble falloir rappeler encore une nuance dans le premier cas ; il ne peut s'agir, en réalité et contrairement à certaine opinion [2164], forcément de la vente d'une chose future ; l'hypothèse inclut aussi la vente d'une chose déjà existante. Une récolte à venir portant sur un objet déjà en germe ou sur des fruits déjà apparus n'attend que la maturité de ceux-ci. De même, les poules déjà pondues lors du contrat n'attendent que leur maturité pour être livrées. C'est seulement l'exécution de la délivrance qui est ainsi décalée au moment de la

---

2161 M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome XI, *Contrats civils*, vol. 2, 2e éd., par A. Rouast, J. Lepargneur, R. Savatier et A. Besson, LGDJ, 1954, n° 912 : « *[…] si la matière est fournie par l'entrepreneur, une controverse règne sur la nature du contrat. Les auteurs du Code civil l'ont rendue inévitable par la contradiction apparente des art. 1711 et 1787. Aux termes de l'art. 1711, il y a louage d'ouvrage c'est-à-dire entreprise, "*lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait*", ce qui peut laisser entendre qu'il y a vente dans l'hypothèse contraire.* »

2162 D. Tallon, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. Hamel (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 110 : « *[…] il faut distinguer entre les choses qui doivent être créées naturellement, et les choses pour la création desquelles le travail de l'homme est indispensable.* »

2163 *Ibid*., spéc. 110 et suiv. ; H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., par M. De Juglart, Montchrestien, 1968, n° 909 : « *Le vendeur contracte […], suivant les cas, l'obligation de créer la chose vendue, par exemple de fabriquer un objet, ou l'obligation de contribuer à sa naissance, par exemple de donner les soins nécessaires à la récolte future vendue, […].* » ; R. Juan-Bonhomme, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 25 et suiv.

2164 R. Juan-Bonhomme, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, notamment, n° 26 : « *L'hypothèse envisagée est celle de la vente de récoltes futures. Les parties concluent le contrat d'achat — vente avant que la récolte ne soit en état d'être coupée. […]. La propriété de la chose ne pouvant être transférée lors de la conclusion du contrat faute d'existence ou de maturité de la chose, […].* »

récolte ou à l'âge stipulé des poules. On n'est en réalité en présence de chose future que dans le second cas où la récolte vendue n'est pas encore semée, les fruits ne sont pas encore apparus, ou les poules vendues ne sont pas encore pondues. L'existence de la chose ne découlera que de la semence de la récolte, de l'apparition des fruits ou de la ponte des poules.

709. Nuance sans intérêt concret. On peut observer que la différence n'a toutefois aucun intérêt. Dans les deux cas, en effet, seule la délivrance de la chose paraît importante dans l'intention des parties. Que la récolte, les fruits ou les poules vendues existent ou pas, c'est leur délivrance que l'acquéreur attend du contrat. Le vendeur peut aussi vendre ses animaux dont les parties contractantes sont sûres de l'existence future, ou de la maturité future. On peut vendre par exemple des poules pondeuses qui n'existent pas encore, mais dont on possède les moyens de l'existence future, ou des poules existantes, mais qui n'ont pas encore atteint la maturité nécessaire à leur délivrance à l'acheteur ; il peut en être de même pour des animaux d'autres espèces. Dans les deux cas, c'est la délivrance des animaux qui paraît importante aux yeux des contractants. L'âge des poules fixé au contrat constitue le moment de leur délivrance.

710. L'opinion de la doctrine sur la charge des risques. Il est proposé dans la vente de ces produits naturels que les risques pèsent sur l'acquéreur dès que la récolte est en état d'être coupée lorsque la coupe est à la charge de celui-ci [2165], et dès la mise de la récolte dans le sac s'il est en ainsi prévu dans le contrat [2166]. Cette opinion est la conséquence de la conception qui rattache les risques au transfert de la propriété. On recherche le moment du transfert de la propriété dans le seul dessein d'attribuer la perte éventuelle de la chose à l'acquéreur. Celui-ci ne peut en effet jouir d'aucune façon du droit de propriété qu'on lui confère ainsi fictivement. Il ne peut connaître le moment de la maturité de la chose ni savoir si le blé est déjà mis en sac. On voit mal comment s'exerce un droit dont le titulaire ne sait pas s'il peut déjà l'exercer. Seul le vendeur peut connaître le moment auquel la récolte est en état d'être coupée, ou les poules recommandées ont atteint la maturité stipulée au contrat.

711. Une certaine confusion. Cette opinion conduit à confondre quelques fois une question relevant de la conformité de la chose à celle de la charge des risques [2167]. L'appréciation de

---

[2165] D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 111 ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., par M. DE JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 909 : « *[…], l'acheteur d'une récolte future de blé à couper devient propriétaire et supporte les risques dès que le blé est en état d'être coupé ; […].* »

[2166] R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 30.

[2167] *Ibid.*, n° 30 : « *Dès lors que la chose en sa totalité répond aux exigences de l'acheteur, elle est à ses risques. Concrètement cela supprime les difficultés rencontrées en cas de maturité partielle : dans*

… / …

la maturité de la chose relève de la compétence du vendeur, lequel vend d'ailleurs la chose en tant que spécialiste, puisqu'il doit par hypothèse avoir élevé ou cultivé la chose avant de la délivrer. C'est lui seul qui connaît le moment à compter duquel il a commencé la culture ou l'élevage devant lui permettre de s'acquitter de l'obligation contractée. Même dans l'hypothèse où l'âge des poules est stipulé dans le contrat, c'est toujours le vendeur qui connaît le moment à compter duquel celles-ci ont été pondues ; il semble difficile que ce moment fasse l'objet d'une stipulation. Il est ainsi incontestable que la maturité de la récolte ou des poules pondeuses relève de la question de la conformité de la chose. L'acquéreur qui effectue la récolte ou prend livraison des poules pondeuses sans y être autorisé par le vendeur, ne doit pas se plaindre ultérieurement d'un défaut de conformité.

712. Le critère de l'attribution de la charge des risques. Ainsi, la maturité de la récolte ou des poules recommandées ne peut constituer un critère permettant d'attribuer leur perte fortuite à l'acquéreur. Cette perte pèse sur le vendeur tant que son partenaire contractuel n'est pas mis en demeure de couper la récolte ou de retirer les poules vendues ; autrement dit, elle libère les contractants de leurs obligations réciproques. En revanche, l'effectivité de la délivrance résulte de cette mise en demeure. Dès que l'acquéreur est mis en demeure de procéder au retirement de la chose, lequel s'effectuera par la coupe de la récolte ou la prise de livraison des poules, le vendeur n'est plus qu'un conservateur de la chose. Celui-ci doit veiller à la conservation de la chose jusqu'à son retirement par l'acquéreur. Les risques survenus pendant la période de conservation sont à la charge de l'acquéreur. On ne doit pas perdre de vue que la prise en considération de la portée terrestre de l'événement de force majeure constitue un principe dans le système du Code civil. La mise en demeure permettrait probablement à l'acquéreur de faire éviter à la récolte ou aux poules la perte fortuite susceptible de les frapper dans le champ ou la ferme du vendeur. L'exécution immédiate de l'obligation de retirement évitera par exemple aux poules une maladie s'abattant sur l'élevage du vendeur dans sa ferme. L'article 1788 du Code civil peut s'appliquer aussi bien à la vente de choses naturelles à produire qu'à celle de produits à fabriquer.

B. La vente de choses à fabriquer

713. Raison probable de l'absence de cette vente dans le Code civil. Il est vrai que le Code civil n'a pas prévu de façon formelle la vente de choses futures [2168], mais l'opération

---

l'intention de l'acheteur, l'objet n'est parvenu à son achèvement que lorsque toute la récolte est mûre, ou lorsque l'ensemble des animaux commandés a acquis les qualités pour lesquelles il a contracté. »

2168 D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 112 ; R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 31 : « *La vente de choses futures est ignorée par notre Code dans tous ses aspects.* »

dénommée louage d'ouvrage, on l'a fait observer, ne se distingue pas en réalité de cette vente [2169]. La séparation par le Code civil du contrat de vente du louage d'ouvrage s'explique peut-être par une conception de la vente particulière à l'époque de l'élaboration de ce Code ; une conception qui serait même le produit de l'histoire. Il se peut en effet qu'à cette époque, la vente ne tombe sous le bon sens que lorsqu'elle porte sur une chose existante [2170]. Or, l'hypothèse de vente de choses futures implique que les parties conviennent de créer la chose, inexistante lors du contrat, dont l'acquéreur a besoin [2171]. Celui-ci sollicite de son cocontractant la réalisation d'une chose qu'il souhaite acquérir, ou encore lui remet une matière permettant de réaliser une chose nouvelle en contrepartie d'un prix. Cette opération peut être conçue comme différente de la vente s'il est habituel, à l'époque de l'élaboration du Code civil, que la vente porte sur une chose existante, ou qui ne nécessite pas un travail spécial demandé au vendeur en vue de répondre à un besoin particulier.

714. Identification souhaitable du louage d'ouvrage à la vente de choses à fabriquer. De nos jours, rien ne s'oppose à ce que l'opération soit assimilée au contrat de vente sous la

---

2169 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 79 : « *[…] de vraies difficultés de qualification se proposent lorsque le créancier de somme d'argent s'oblige au titre du contrat à réaliser une chose dont il transférera ensuite la propriété. La coïncidence d'une prestation humaine et d'une chose dans le périmètre de l'objet du contrat introduit une concurrence de qualification entre la vente et le contrat d'entreprise par lequel un entrepreneur s'engage à exécuter une prestation de travail, de manière indépendante, au profit de son client (maître de l'ouvrage) et moyennant un prix […]*. » ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 10e éd., Dalloz, 2016, n° 530 : « *Le contrat d'entreprise se distingue difficilement de la vente, notamment s'agissant de la comparaison d'une vente de chose à fabriquer et de contrat d'entreprise avec fourniture de matières […]*. »

2170 C'est d'ailleurs l'analyse qui prévaut dans la distinction du contrat de vente et du louage d'ouvrage : P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013, n° 432 : « *[…], le contrat d'entreprise se forme par l'échange des consentements des parties sur le travail à réaliser, sans qu'un accord préalable sur le montant de la rémunération ne soit un élément essentiel à la formation du contrat. Cette indifférence contraste avec le régime de la vente où l'exigence d'un prix déterminé apparaît comme structurelle au contrat à raison de la préexistence de la chose au consentement […] ; dans l'entreprise, au contraire, la richesse naît de l'exécution du contrat : il est alors difficile de prévoir à l'avance le temps nécessaire à l'ouvrage ou la qualité de celui-ci une fois réalisé.* » On ne voit ici aucune raison satisfaisante qui pourrait ériger la détermination du prix en condition de validité du contrat de vente, mais non du louage d'entreprise. La durée de la réalisation du travail est en général déterminée lors de la conclusion du contrat d'entreprise. Elle peut faire l'objet de modification ultérieurement. Le salaire est érigé en condition de validité du contrat de travail. D'ailleurs, il n'est pas rare de s'apercevoir de l'opinion contraire à celle rapportée ci-dessus : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 703 : « *Souvent, le contrat d'entreprise est précédé de projets et devis, c'est-à-dire d'études portant sur les caractéristiques des travaux à exécuter et le prix auquel ils seront réalisés. Parfois, au contraire, l'entrepreneur fixe plus tard le prix, ce qui est un risque pour le client, que celui-ci doit assumer.* »

2171 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016, n° 74 : « *Par exemple, je commande un meuble à un ébéniste, c'est moi qui fournis les plans et les indications, c'est lui qui fournit les matériaux. Est-ce une vente de chose future ou un contrat d'entreprise ? La différence est mince, parce que dans les deux cas, la fabrication a lieu après la conclusion du contrat.* »

dénomination de vente de chose future [2172]. Elle incarne la vente la plus pratiquée en matière commerciale. Dans le domaine de commerce, les choses se fabriquent de plus en plus sur commande. Ce qui n'est pas différent de l'opération dénommée contrat de louage d'ouvrage. Le vendeur ne vend que la chose dont il est propriétaire. L'acquisition de la propriété implique l'accomplissement d'un processus. Celui-ci peut être la création de la chose, ou son acquisition en vue de sa revente. La vente de chose existante est celle portant sur une chose préfabriquée, c'est-à-dire celle dont la création spontanée par le vendeur a précédé la conclusion de la vente. En revanche, dans l'opération dénommée louage d'ouvrage, le processus de la création de la chose, comme rappelé ci-dessus, est suscité par l'acquéreur. Autrement dit, dans ces opérations dénommées différemment, que sont la vente de chose existante et le louage d'ouvrage, seuls sont en réalité différents, les initiateurs du processus de la création de la chose. Dans l'une, le vendeur crée la chose de façon spontanée pour la vendre à tout acquéreur potentiel, tandis que dans l'autre, il lui est sollicité de créer la chose pour un acheteur déterminé.

715. Proposition de requalification du louage d'ouvrage. Concrètement, il n'existe pas de différence entre la vente de choses futures et le louage d'ouvrage [2173]. Et contrairement à certaine opinion [2174], toute réforme doit intégrer la règlementation relative au louage d'ouvrage dans le vaste contrat de vente [2175], avec la qualification de vente de choses

---

2172 J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux*, par J. HÉMARD, Sirey, 1953, n° 70 : « *Le premier contrat avec lequel la vente peut parfois être confondue [...] est le louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise, par lequel une personne, fournissant ou non des matériaux à un entrepreneur, lui demande d'en faire un objet déterminé, moyennant un certain prix.* »

2173 R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 31 : « *[...] la vente de choses futures se distingue assez mal du louage d'ouvrage. Dans les deux contrats il y a fourniture d'un travail et de la matière.Va-t-on appliquer indifféremment 1788 à tous les contrats prévoyant à la charge de l'une des parties les deux obligations de fourniture d'un matériau et de fabrication d'un objet à partir de celui-ci ?* » M. PUIG, qui plaide pour le maintien de la sépration de ces deux opérations contractuelles, reconnaît aussi leur similitude : P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999, n° 59, p. 118 : « *En réalité, le but de la vente ne disparaît pas complètement ; il est simplement ramené à un but intermédiaire. Il s'agit donc moins de détourner une technique de sa destination première que d'intégrer le mécanisme d'une institution dans une autre qui l'absorbe. D'une certaine façon, la vente elle-même devient une technique de réalisation du contrat. Il a d'ailleurs été clairement montré que le même mot "vente" désignait "tout à la fois, et l'institution dans son ensemble, et sa technique en particulier" et qu'il serait plus juste de dire que l'institution dont le but est d'opérer le transfert d'un bien en contrepartie d'un prix est réalisée par le procédé technique de la vente.* »

2174 M. PUIG préfère le contrat d'entreprise, P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999, n° 64.

2175 J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux*, par J. HÉMARD, Sirey, 1953, n° 66 : « *Contrat usuel du droit civil, la vente est l'opération commerciale la plus répandue, elle connaît des formes et des modalités nombreuses, elle porte sur les objets les plus divers.* » ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015, n° 38 : « *Il est banal de dire que le droit de vente s'est assez profondément transformé. Cette transformation s'est faite en dehors du Code civil dont les dispositions sont pour l'essentiel demeurées formellement inchangées. Mais ce n'est qu'une apparence. C'est l'œuvre de la*

… / …

futures. L'on sait, d'ailleurs, que la nature différente du contrat n'entraîne pas forcément la différence de règles. On a rappelé que les solutions des risques résultant des articles 1788, 1789 et 1790 du Code civil ne constituent qu'une reprise, avec quelques adaptations nécessaires, de la règle générale posée depuis l'ancienne disposition de l'article 1138 [2176]. Ainsi, les risques ne sont pas à la charge de l'acquéreur dès l'achèvement de la chose, contrairement à la doctrine majoritaire [2177] et à la jurisprudence [2178]. C'est le fabricant seul, autrement dit, le vendeur qui sait à quel moment la chose est achevée. Il n'est donc pas équitable de mettre les risques à la charge de l'acquéreur, par exemple dès que la machine est en marche [2179].

716. L'exécution de l'obligation de délivrance. La délivrance résulte de la mise en demeure de recevoir la chose, c'est-à-dire d'en prendre livraison. Dès la mise en demeure, l'exécution de l'obligation de transmission de la chose est effective. L'exécution consécutive et immédiate de l'obligation de retirement permettrait de mettre la chose à l'abri de l'événement de force majeure survenu au lieu de sa fabrication. Dans toute hypothèse, la question de la charge des risques n'est concevable que lorsque la délivrance ne s'avère pas encore exécutée, ou que celle-ci est effective mais que la chose demeure sous la détention du vendeur du seul fait de l'acquéreur tardant à procéder à la prise de livraison. C'est dans ces deux hypothèses que le contrat n'est pas encore complètement exécuté. On n'envisage

---

jurisprudence que d'avoir réinterprété les obligations du vendeur professionnel en leur redonnant leur plein effet : création d'une obligation de renseignement et de conseil, extension de la garantie des vices cachés et de l'obligation de délivrance, interdiction des clauses exonératoires de responsabilité. »

2176 Une opinion similaire : A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 554 : « *Les articles 1788 et 1789 du Code civil précisent l'application au contrat d'entreprise des règles générales concernant les obligations relatives à des corps certains (art. 1137, 1245 et 1302 […].* »

2177 D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 112 et suiv. ; H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., par M. DE JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 909 : « *Si la chose future est un corps certain, l'acheteur en acquiert la propriété et les risques dès son achèvement, […].* »

2178 CA Paris, 24 mai 1944, *JCP* 1945, II, 2742 : « *[…] qu'un tel contrat (vente de chose future) est prévu par l'alinéa 1er de l'article 1130 du Code civil ; que l'effet, quant aux obligations qu'il engendre, en est subordonné à la production de la chose, qui sans cette production, apparaîtrait en soi inconcevable ; que ce n'est qu'à l'instant précis de la création de la chose, sous forme de corps certain, que s'opèrent, de plein droit, à la fois, par la vertu même de cette création, l'accord de volonté prévu par l'article 1583 du Code civil, la transmission immédiate de propriété qui l'accompagne et le déplacement des risques qui en découle, comme conséquence nécessaire ; qu'il suffit que la chose soit effectivement en état de pouvoir, par son achèvement normal, être délivrée à l'acquéreur […].* »

2179 C'est le contraire de l'opinion de ces auteurs : H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., par M. DE JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 909 : « *[…] ; l'industriel qui commande une machine à un constructeur, acquiert la propriété et les risques dès que la machine est en état de marche.* »

pas l'attribution des risques par la réception de la chose [2180], celle-ci étant une prise de livraison qui marque alors la fin de la transmission de la chose. L'exécution de la délivrance découle de la mise en demeure. Après celle-ci, le fabricant ou le vendeur n'est plus qu'un dépositaire [2181] ; il exécute l'obligation de conservation. La perte fortuite de la chose est à la charge de l'acquéreur qui sera tenu d'en payer le prix : la règle *res perit creditori*.

[2180] Opinion analysant les termes de l'article 1788 comme liant le transfert des risques à la réception de la chose : R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978, n° 34 et suiv.

[2181] C'est aussi l'analyse de cet auteur, mais il prétend que la qualité de dépositaire du fabricant commence dès l'achèvement de la chose : D. TALLON, « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises*, Dalloz, 1951, p. 93, spéc. 114 : « *L'obstacle juridique qui s'oppose à la transmission de la propriété est levé lorsque l'objet à fabriquer est terminé. La mission du constructeur est dès lors terminé, et il devient simplement dépositaire de la chose jusqu'à la livraison.* »

Conclusion du Chapitre II

717. L'acquisition de choses futures et la règle des articles 1788, 1789 et 1790. La règle posée aux articles 1788, 1789 et 1790 du Code civil, est celle devant régir la charge des risques dans l'acquisition de choses futures. Techniquement, les risques ne sont à la charge de l'acquéreur ni dès l'achèvement de la chose, ni par la réception ou livraison de celle-ci. La charge des risques est bien liée à l'obligation de délivrance. Or, l'achèvement de la chose n'emporte pas sa délivrance ; celle-ci constitue une opération qui relève du consentement du débiteur. La réception de la chose ou sa prise de livraison, quant à elle, épuise l'effet matériel translatif de l'opération ; la transmission matérielle de la chose est consommée ; la charge des risques est inconcevable postérieurement au transfert matériel de la chose.

718. La mise à disposition. Dans l'hypothèse des articles 1788, 1789 et 1790, l'effectivité de la délivrance résulte de la mise en demeure faite par l'entrepreneur, autrement dit, le vendeur. L'objet de l'obligation de celui-ci n'existe pas lors de la formation du contrat ; il est le seul à pouvoir savoir le moment auquel la chose se trouve mise à la disposition de son cocontractant, lequel ignore par hypothèse le déroulement de la création de la chose. Avant la mise en demeure, les risques sont en réalité partagés entre les contractants, la délivrance n'étant pas effective. Cela se traduit par la libération de ceux-ci de leurs obligations réciproques. Le débiteur de l'obligation de délivrance paraît subir le plus de perte : d'où la référence par les codificateurs à la règle *res perit debitori*. Dès la mise en demeure, celui-ci n'est plus qu'un conservateur de la chose, la délivrance étant déjà exécutée. La perte de la chose survenue pendant cette période incombe à l'acquéreur, créancier de l'obligation de conservation dont l'exécution est ainsi interrompue : la règle *res perit creditori*.

CONCLUSION DU TITRE II

719. Dans la délivrance différée. L'état de la chose lors de son aliénation met aussi en évidence le rôle de l'obligation de délivrance dans la détermination de la partie contractante devant subir les conséquences de l'événement de force majeure. Il arrive que la chose aliénée ne puisse être immédiatement délivrée en raison de l'état dans lequel elle se trouve lors de la formation du contrat ; tel est le cas dans les hypothèses de choses de genre et de choses futures. Dans ces deux hypothèses, il ne peut être dénié à l'obligation de délivrance le rôle de régulateur de la charge des risques. Il est d'une grande apparence que la charge des risques dépend étroitement de la délivrance. Dans l'hypothèse de l'acquisition de choses de genre, envisagée à l'article 1585 du Code civil, le droit positif lie le transfert de la propriété à l'individualisation, le moment auquel la délivrance s'effectue par principe. Il tente de justifier cette liaison en prêtant à l'opposabilité du droit de propriété une portée interpersonnelle particulière. Or, la portée de l'opposabilité du droit en général ne diffère point. Elle résulte du devoir général qui impose aux tiers de respecter le droit d'autrui. Tout droit est opposable aux tiers.

720. Vente de choses futures et louage d'entreprise. Quant à l'acquisition de choses futures, le Code civil n'a certes pas envisagé celle-ci de façon formelle. Cependant, elle ne diffère point de l'hypothèse dénommée contrat de louage d'ouvrage. Ici encore, le rôle de l'obligation de délivrance dans l'attribution de la charge des risques, paraît ignoré en droit positif ; les risques sont en effet liés par principe à l'achèvement de la chose. Ce sont ainsi les termes mêmes des articles 1788, 1789 et 1790 du Code civil qui semblent analysés de façon inexacte ; la mise en demeure est perçue en général comme établissant une faute du maître de l'ouvrage. Or, ce n'est pas là sa fonction ; elle établit plutôt l'effectivité de la délivrance. Aussi longtemps que l'entrepreneur, autrement dit, le vendeur, n'a pas mis en demeure le maître de l'ouvrage de prendre livraison, la perte fortuite de la chose libère les parties de leurs obligations réciproques. Le vendeur n'est plus tenu de son obligation de délivrance ; de même, l'acquéreur est libéré de son obligation de payer le prix. Après la mise en demeure, l'entrepreneur n'est plus que dépositaire de la chose, la délivrance étant effective ; le créancier de l'obligation de conservation, c'est-à-dire le maître de l'ouvrage, supporte les risques.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

721. Dans l'hypothèse du différé volontaire de la délivrance. Les sources du différé de l'obligation de délivrance sont de deux ordres. D'une part, il résulte de certaines hypothèses que la dissociation de la délivrance de la formation du contrat est purement tributaire de la volonté des contractants. Il s'agit des hypothèses des objets de corps certains envisagées aux anciennes dispositions de l'article 1302 du Code civil, reprises aux nouveaux articles 1351 et 1351-1 [2182] dans des termes paraissant très généraux [2183]. La partie contractante dans les mains de laquelle se trouve la chose, détient celle-ci du seul consentement de l'autre. L'exigibilité de la délivrance est ainsi volontairement différée. La chose a été remise au détenteur à titre de dépôt. Celui-ci a contracté l'obligation de conserver la chose pendant un temps déterminé. La délivrance s'ensuivra au terme du délai de la conservation.

722. À propos du droit de propriété. Dans cette hypothèse, il n'est nullement fait référence au droit de propriété. L'obligation de délivrance apparaît de façon incontestable comme le seul critère attributif de la charge des risques. La tentative du droit positif de démontrer ici l'existence de la règle *res perit domino* se révèle d'une incohérence flagrante. Or, les solutions de la question de la charge des risques inspirées de DOMAT et posées depuis l'ancienne disposition de l'article 1138 du Code civil, sont simplement reprises dans ces hypothèses. Dans les anciennes dispositions de l'article 1302 du Code civil, jusqu'à la mise en demeure, le détenteur de la chose exécute son obligation de conservation ; la perte fortuite de la chose libère celui-ci, l'obligation étant unilatérale. Le créancier de l'obligation supporte les risques : la règle *res perit creditori*. En revanche, dès la mise en demeure, le débiteur doit mettre la chose à la disposition du créancier ; s'il tarde à le faire, la perte fortuite de la chose n'affectera pas le contrat ; l'obligation de restituer subsistera, sauf dans le cas où le débiteur prouve que cette perte pourrait se produire pareillement chez le créancier.

723. Dans l'hypothèse du différé de la délivrance découlant de la nature de la chose. D'autre part, le caractère médiat de l'obligation de délivrance découle aussi de l'état dans lequel se trouve la chose aliénée. Il en va ainsi dans l'hypothèse de choses de genre ou de choses futures. Dans le premier cas, la chose existe lors de la formation du contrat, mais la délivrance requiert son individualisation ; dans le second cas, la mise à disposition dépend

---

2182 Art. 1351 du Code civil dispose que : « *L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure* ». Aux termes de l'article 1351-1 : « *Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée* ».

2183 Les nouvelles dispositions ne semblent pas, contrairement aux anciennes, se limiter au corps certain.

de la réalisation de la chose. Ici encore, l'obligation de délivrance apparaît dans les deux cas comme le seul critère par référence auquel se résout la question de la charge des risques. À l'instar de l'hypothèse précédente, le droit de propriété n'est nullement mentionné dans l'article 1585 du Code civil. Car l'intérêt d'indiquer le moment du transfert de l'aspect immatériel du droit de propriété, s'avère inexistant. Le droit positif tente ici en vain de reléguer au second rang le rôle de l'obligation de délivrance ; il identifie le moment du transfert de la propriété à celui où s'effectue par principe la délivrance de la chose. Il n'en demeure pas moins que la règle *res perit domino* semble davantage difficile à justifier tant dans l'acquisition de choses de genre que dans celle de choses futures. Aussi longtemps que la délivrance n'est pas effectuée, la perte fortuite de la chose libère les parties de leurs obligations réciproques. La délivrance résulte par principe de la mise en demeure. Après la mise en demeure, l'acquéreur supporte les risques, le vendeur n'étant plus que dépositaire de la chose qui se trouve encore sous sa détention du seul consentement de son cocontractant.

CONCLUSION GÉNÉRALE

724. Le rappel de la conception dominante. La conception de la charge des risques issue du droit positif français se trouve à l'origine de la coexistence inutile de deux typologies de règles dans les systèmes juridiques analysés. Les droits uniformes, autrement dit, le droit de l'OHADA et la CVIM, sont influencés par le droit positif français. L'analyse de l'ancien article 1138 du Code civil a donné lieu à une solution considérée comme dérogatoire à celle suivant laquelle la force majeure a pour conséquence d'éteindre l'obligation, et donc de libérer les contractants de leurs obligations réciproques [2184]. Ainsi, dans l'hypothèse des contrats translatifs de propriété, la force majeure ne libérerait pas les parties contractantes, autrement dit, elle n'aurait pas pour effet d'éteindre l'obligation ; par voie de conséquence, les risques sont mis de façon systématique à la charge de l'acquéreur lorsque la propriété est considérée comme transférée. L'on prétend que l'effet essentiel du contrat est exécuté, du côté du vendeur, avant que la force majeure ne survienne.

Cette conception de la résolution de la question des risques se retrouve évidemment dans la CVIM, source d'inspiration principale du législateur de l'OHADA. L'attribution de la charge des risques apparaît en général comme la conséquence de l'appartenance du droit de propriété. La CVIM paraît ambiguë sur la question du transfert de la propriété ; elle renferme deux dispositions sans doute contradictoires sur cette question. L'une déclare exclue de son domaine d'application la question de propriété ; l'autre traite, en revanche, le transfert de la propriété comme une obligation du vendeur. En dehors de cette ambiguïté, les solutions des risques, issues de la CVIM, dites dérogatoires à celle de principe sont identiques à la règle que le droit positif français tire de l'hypothèse de l'article 1585 du Code civil ; il s'agit de choses de genre dans les deux cas. Inspirées de la CVIM, les solutions dites dérogatoires résultant du droit de l'OHADA sont en général dans le même sens. Ainsi, les règles exceptionnelles consistant dans l'attribution de la charge des risques à l'acquéreur sont, dans les trois systèmes juridiques, perçues comme une opération de transfert.

En général, soit le transfert de la propriété est lié à la formation du contrat, soit il dépend de la délivrance. Dans le premier cas, les risques sont mis à la charge de l'acquéreur dès la formation du contrat. Dans le second cas, ils sont déclarés transférés à celui-ci par la mise à disposition [2185]. On a démontré que la coexistence de deux catégories de solutions de la charge des risques, est inutile. Il résulte des droits uniformes, de façon particulièrement flagrante, que les règles dites dérogatoires ne constituent qu'une reprise inutile *a contrario* de la règle de principe. Elles consistent en général à déclarer que l'exécution de la délivrance attribue les risques à l'acquéreur. Or, suivant la règle de principe, l'inexécution fortuite de la délivrance éteint l'obligation ; certes, les codificateurs

---

[2184] La règle de principe : l'article 1218 du Code civil français, l'article 79 de la CVIM et l'article 294 de l'Acte uniforme portant droit commercial général.

[2185] Les articles 66 à 69 de la CVIM. Les articles 277 à 280 de l'Acte uniforme de l'OHADA portant droit commercial général.

de 1804 considèrent, en ce cas, que la perte de la chose pèse sur le débiteur ; mais, à proprement parler, les contractants sont plutôt libérés de leurs obligations réciproques. La coexistence inutile de deux typologies de solutions de la charge des risques, constitue la conséquence de la conception qui rattache la charge des risques au transfert de la propriété. Cette conception découle de l'analyse déformante des termes de l'ancien article 1138 du Code civil.

725. Res perit domino. En effet, à l'examiner de près, le système du Code Napoléon de 1804 ignore la règle *res perit domino*. La mention de cette règle dans les travaux préparatoires de ce Code, n'est qu'incidente ; elle ne suffit pas à démontrer la reprise de cette maxime dans le Code civil ; elle ne revêt qu'un caractère tactique, car son rappel est destiné en général à emporter l'approbation du corps législatif devant lequel la plupart des discours l'ayant contenu sont prononcés. Parmi les tribuns, autrement dit, les rédacteurs du Code civil, PORTALIS est l'un des rares qui discernent de façon parfaite la distance existant dans le système du Code civil entre le transfert du droit de propriété et la charge des risques. Il est presque le seul, dans les différents discours prononcés devant le corps législatif, à expliquer nettement le but du transfert *solo consensu* de la propriété. Sa démonstration du but de ce mécanisme traduit de façon exacte la règle que la doctrine du droit naturel attend de la part de tout système juridique.

Le droit positif influencé par la doctrine majoritaire établit à tort un lien de cause et effet entre le transfert de la propriété et la charge des risques. Le transfert *solo consensu* de la propriété n'a nullement pour conséquence d'opérer un transfert des risques. Ce mécanisme vise seulement à conférer à l'acquéreur le pouvoir de forcer éventuellement la délivrance de la chose aliénée ; il a pour seul effet de permettre à celui-ci d'exercer, suivant les circonstances, l'action réelle ou l'action personnelle en vue de l'obtention de la transmission matérielle de la chose. Les contrats d'aliénation de la chose se sont vu ainsi conférer un effet obligatoire qui manque à leurs homologues issus des systèmes juridiques antérieurs au Code civil. L'effet obligationnel du contrat constitue le seul critère régulateur de l'attribution de la charge des risques ; celle-ci n'est nullement liée à l'effet réel du contrat.

726. *Dare* du droit romain. La transposition, dans le système du Code civil, du concept *dare*, issu du droit romain, est sans doute hasardeuse. Elle est à la base du trouble observé dans l'explication du système du Code civil de 1804, conduisant à la suppression non seulement de l'obligation de donner, mais aussi de la distinction tripartite des obligations, par la réforme du 10 février 2016 ; elle a enlevé, en particulier, à l'obligation de donner tout son sens. Or, à l'examiner de près, le terme *dare* ne traduit aucune obligation particulière. *Dare*, repris du droit romain comme une obligation, ne traduit rien de différent de l'obligation de délivrance. Il désigne seulement le but de l'opération constitutive de l'obligation de mise à disposition.

Le transfert de la propriété ne constitue pas une obligation, même en droit romain ; il dépend de la délivrance en droit romain, tandis qu'il relève de l'effet légal du contrat dans le

système du Code civil de 1804. La détermination du moment du transfert abstrait de la propriété n'a d'intérêt que dans l'hypothèse de l'aliénation de corps certain. Ce qui justifie son absence dans d'autres hypothèses. Le moment du transfert abstrait de la propriété n'est déterminé que dans l'hypothèse où l'exercice du droit de suite est envisageable : permettre à l'acquéreur de revendiquer la chose entre les mains d'un tiers détenteur. C'est là la seule conséquence du transfert *solo consensu* de propriété dans le Code civil de 1804.

727. Perte de la chose, objet de l'obligation de délivrance. La charge des risques, quant à elle, entretient, comme l'a proposé DOMAT, une relation étroite plutôt avec l'obligation de délivrance. Elle est envisageable dans une hypothèse exceptionnelle. Ainsi, elle est par principe inconcevable dans l'hypothèse de la vente pure et simple ; les effets de celle-ci s'épuisent instantanément, autrement dit, dès la formation du contrat. L'ancien article 1138 du Code civil règlemente l'hypothèse exceptionnelle dans laquelle la chose peut demeurer, postérieurement à la formation du contrat, sous la détention de l'aliénateur. Cette hypothèse ne démontre pas forcément l'inexécution de la délivrance ; celle-ci peut être effective dès la formation du contrat, alors que la chose se trouve encore sous la détention de l'aliénateur. La délivrance s'opère par le même consentement ayant noué les relations contractuelles. Par voie de conséquence, l'attribution de la charge des risques à l'acquéreur s'effectue seulement concomitamment avec le transfert de la propriété ; une simple coïncidence.

On a démontré, en effet, que la délivrance s'effectue par principe par le même consentement que le transfert de la propriété. Autrement dit, l'exécution de l'obligation de délivrance est immédiate. Ainsi, la perte fortuite de la chose survenue entre les mains de l'aliénateur est supportée par l'acquéreur lorsque celui-ci ne manifeste pas son intention de retirer la chose. En ce cas, l'aliénateur n'est plus qu'un conservateur de la chose. L'acquéreur supporte les risques en tant que créancier de l'obligation de conservation : la règle *res perit creditori*. La prise de livraison tardive met à la charge de son cocontractant l'obligation de conservation. En revanche, la perte fortuite de la chose libère les parties lorsque le débiteur est mis en demeure de délivrer la chose. En général, la disparition de la chose fait dire aux codificateurs que les risques sont à la charge de l'aliénateur. Or, à proprement parler, cette perte libère plutôt les contractants. La délivrance n'est pas effective ; par conséquent, les parties sont libérées de leurs obligations réciproques : l'acquéreur se trouvant dans l'impossibilité de délivrer la chose ne peut recevoir le prix de celle-ci.

Dans les hypothèses de l'ancienne disposition de l'article 1302, reprises dans les articles 1351 et 1351-1 du Code civil, le débiteur ayant contracté, à titre principal, l'obligation de conservation, la fin de celle-ci résulte de la mise en demeure de remettre la chose. L'exécution de l'obligation de délivrance est suspendue par la volonté des parties au terme de l'exécution de l'obligation de conservation. La mise en demeure marque l'exigibilité de l'obligation de délivrance. La perte fortuite de la chose dans la période antérieure à l'exigibilité de l'obligation de restitution libère le débiteur. Dès la mise en

demeure, la mise à disposition, autrement dit, l'obligation de restitution, peut être effective. Cependant, si elle s'avère tardive du fait du débiteur, la perte de la chose sera indifférente ; elle n'affectera pas l'obligation de restitution ; celle-ci ne s'éteindra pas, elle subsistera, son exécution s'effectuera par le payement en nature ou par équivalent, à moins que le débiteur ne prouve que la perte de la chose pourrait se produire pareillement chez le créancier.

L'acquisition de choses de genre et de choses futures constitue l'hypothèse où la délivrance est différée par l'état de son objet. Dans le premier cas, la mise à disposition implique l'individualisation de l'objet sur lequel elle porte. L'individualisation contradictoire emporte la délivrance de la chose. L'article 1585 du Code civil dispose que les risques pèsent sur le vendeur jusqu'à l'individualisation. À proprement parler, la perte de la chose survenue avant l'opération d'individualisation libère plutôt les parties de leurs obligations réciproques : la délivrance devenant impossible, le vendeur ne recevra pas le prix. Les effets du contrat s'agissant de la transmission matérielle de la chose, s'épuisent par l'individualisation. Les risques du contrat ne sont plus envisageables. Il va ainsi de soi que le Code civil n'envisage la charge des risques que dans l'intervalle séparant la formation du contrat de l'individualisation de la chose. Dans le second cas, la délivrance de la chose dépend de la réalisation de celle-ci. L'impossibilité de réaliser la chose libère les parties : l'acquéreur n'est plus tenu de payer le prix. De même, jusqu'à la mise en demeure de recevoir la chose réalisée, la perte de celle-ci libère les parties. La délivrance résulte de la mise en demeure adressée par l'entrepreneur ou le vendeur à l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage de procéder à la prise de livraison. Après la mise en demeure, le vendeur ou l'entrepreneur n'est plus que conservateur de la chose réalisée, la perte fortuite de celle-ci incombe à l'acquéreur ou au maître de l'ouvrage : celui-ci sera tenu de payer le prix.

728. L'alinéa 3 de l'article 1196 issu de la réforme du 10 février 2016. Ainsi, il n'est pas excessif d'affirmer que le Code civil n'a nullement repris la maxime *res perit domino*. La formulation de l'alinéa 3 du nouvel article 1196, issue de la réforme du 10 février 2016, ne traduit pas la règle posée à l'ancienne disposition de l'article 1138 du Code civil. D'ailleurs, une telle formulation n'aurait pas échappé aux codificateurs si ceux-ci avaient dans leur vision d'associer les risques au transfert de la propriété. Une formulation qui reflète et complète la pensée des auteurs du Code Napoléon de 1804 dans l'ancien article 1138, est seulement celle qui sépare la charge des risques du transfert de la propriété, par leur répartition dans des dispositions différentes. Il suffit pour préserver la cohérence du système du Code civil, et donc de la règle posée en 1804, que la réforme opère cette séparation de façon suivante : « *1. L'obligation de délivrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties. Elle rend le créancier propriétaire. 2. La détérioration ou la perte fortuite de la chose incombe à l'acquéreur dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier* ».

729. Plaidoyer. Il est très souhaitable de restaurer cette règle posée en 1804. Le rattachement artificiel de la charge des risques au droit de propriété isole à tort le système du Code civil

de 1804 sur la question du transfert *solo consensu* de la propriété. La charge des risques apparaît comme le seul intérêt pour lequel le moment du transfert de la propriété doit être déterminé. Par voie de conséquence, le Code civil inspire de façon négative les systèmes juridiques postérieurs, lesquels repoussent en général le moment du transfert de la propriété à la mise à disposition ; les systèmes juridiques modernes sont ainsi tentés de se rapprocher du droit romain vivement critiqué par la doctrine du droit naturel. Le Code civil de 1804 constitue la loi de la majorité des États parties de l'OHADA. Or, on a observé que l'Acte uniforme de l'OHADA portant droit commercial général a choisi de lier le transfert de la propriété à la prise de livraison. Il est ainsi annoncé la suppression du mécanisme de transfert *solo consensu* de propriété dans l'espace juridique de l'OHADA. La CVIM, source d'inspiration fondamentale du législateur de l'OHADA, a tenté de taire la question du transfert de la propriété, mais elle dispose toutefois que ce transfert constitue l'obligation du vendeur, laquelle semble se rapporter à l'obligation de délivrance. Le transfert *solo consensu* de propriété est ainsi rejeté en général, sa conséquence démontrée en droit positif ne paraissant pas satisfaisante. Or, le véritable but assigné en 1804 au transfert *solo consensu* de propriété, consistant plutôt à favoriser la transmission matérielle de la chose, ne saurait encourir d'aucune façon le rejet. Aussi bien dans la CVIM que le droit de l'OHADA, le vœu du législateur de favoriser l'exécution du contrat semble évident. Ce qui correspond à cet objectif du mécanisme de transfert *solo consensu* de propriété.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. DROIT FRANÇAIS

- ANTONMATTEI (P.-H.) et RAYNARD (J.), *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7e éd. par J. RAYNARD, LexisNexis, 2013.
- ATIAS (C.), *Droit civil. Les biens*, 12e éd., LexisNexis, 2014.
- AUBRY (C.) et RAU (C.), *Droit civil français*, tome 5, 6e éd., refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par P. ESMEIN, Éditions techniques, 1952.
- AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, tome 4, 6e éd. revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par E. BARTIN, Librairie du Conseil d'État et de la Cour de cassation, Sirey, 1962.
- AYNÈS (L.) et CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, 9e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015.
- BART (J.), *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, « Domat droit privé », 2e éd., Montchrestien, Lextenso éditions, 2009.
- BASDEVANT-GAUDEMET, BRIGITTE et GAUDEMET (J.), *Introduction historique au droit : XIIIe-XXe siècles*, 3e éd., LGDJ, 2010.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Précis de droit civil,* tome 2, 4e éd., Larose et Forcel, 1892.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome 1, L. Larose et Forcel, 1897.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et SAIGNAT (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange*, L. Larose et Forcel, 1900.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et CHAUVEAU (M.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, *Des biens*, 2e éd., L. Larose et Forcel, 1899.
- BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, « Domat droit privé », 15e éd., LGDJ, Lextenso, 2016.
- BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, « Domat droit privé », 14e éd., LGDJ, lextenso, 2014.
- BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, « Domat droit privé », 13e éd., Montchrestien, Lextenso éditions, 2012.
- BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, « Domat droit privé », 12e éd., LGDJ, 2017.
- BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, « Domat droit privé », 11e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015.
- BENABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, « Domat droit privé », 10e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013.
- BERLIOZ (P.), *Droit des biens*, Ellipses, 2014.
- BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, tome 4, *Les biens*, 2e éd., publié par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNÈRE, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1938.
- BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, tome 11, *La vente, Le louage des choses*, 2e éd., publiée par R. BEUDANT et P. LEREBOURS- PIGEONNÈRE, Librairie Arthur Rousseau, 1938.
- BONNECASE (J.), *Traité théorique et pratique de droit civil (supplément)*, tome 3, 1926, Réimpression Schmidt periodicals GmbH, 2001.
- BONNECASE (J.), *Précis de droit civil,* tome 2, Librairie Arthur Rousseau, 1934.
- BRÉGI (J.-F.), *Droit romain : les biens et la propriété*, « Universités-Droit », ellipses, 2009.
- BRÉGI (J.-F.), *Droit romain, Les obligations*, « Universités-Droit », ellipses, 2006.
- BRUSORIO-AILLAUD (M.), *Droit des obligations*, 6e éd., Paradigme, 2015.
- BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, 14e éd., par V. LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, 2014.
- BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 18e éd., Sirey, 2013.

- BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, 15e éd., par V. LARRIBAU-TERNEYRE, Sirey, 2017.
- BUFNOIR (C.), *Propriété et contrat*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », LGDJ, 2005.
- CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, 11e éd., Dalloz, 2014.
- CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, 3e éd., « Faculté Jean Monnet, Université Paris-Sud », Avant-propos D. MAZEAUD, Éditions La Mémoire du Droit, 2012.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. 2, 1re éd., Puf, Quadrige, 2004.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil*, tome 4, *Les obligations*, 22e éd., Puf, 2004.
- CASSIN (A.), *L'exécution du contrat et ses suites*, Les cours du droit, 1934.
- CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.
- CHARTIER (J.-L. A.), *Portalis, père du Code civil,* préf. J. TULARD, Éditions Fayard, 1998.
- CHÉNEDÉ (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016.
- CHEVRAU (E.), MAUSEN (Y.) et BOUGLÉ (C.), *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., LexisNexis, 2011.
- CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.), *Droit des biens*, Dyna'sup droit, 2011.
- COËFFARD (P.), *Garantie des vices cachés et « responsabilité contractuelle de droit commun »*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », Préf. Ph. REMY, LGDJ, 2005.
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.) et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.), *Traité de droit civil*, tome 1, Dalloz, 1957.
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.) et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.), *Traité de droit civil*, tome 2, *Obligations, Théorie générale, Droits principaux*, Dalloz, 1959.
- COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 10e éd., Dalloz, 2015.
- CORNIL (M.-J.), *Droit romain, Traité élémentaire des droits réels et des obligations*, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, Éditeurs, 1885.
- CUQ (É.), *Manuel des institutions juridiques des romains*, 2e éd., LGDJ, 1928.
- DELEBECQUE (Ph.) et PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7e éd., LexisNexis, 2016.
- DELEBECQUE (Ph.) et PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 6e éd., LexisNexis, 2013.
- DEMANTE (A. M.) et COLMET DE SANTERRE (E.), *Cours de Code Napoléon*, tome 5, Paris, Henri Plon, 1865.
- DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon*, tome 24, Durand et Hachette, 1870.
- DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon*, tome 25, Durand et Hachette, 1869.
- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, Les notions fondamentales du droit privé*, Éditions La Mémoire du Droit, 2001.
- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, tome 5, Rousseau, 1925.
- DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., Economica, 2012.
- DROSS (W.), *Droit des biens*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2012.
- DURANTON (M.), *Cours de droit civil français*, tome 11, Parsi, Alex-Gobelet, Libraire, 1830.
- DURANTON (M.), *Cours de droit civil français*, tome 17, Alex-Gobelet, Libraire, 1833.
- DURANTON (M.), *Traité des obligations conventionnelles en général suivant, le Code civil*, tome 1, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846.
- DURANTON (M.), *Traité des obligations conventionnelles en général, suivant le Code civil*, tome 2, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846.
- DURANTON (M.), *Traité des obligations conventionnelles en général, suivant le Code civil*, tome 3, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846.
- DURANTON (M.), *Traité de la vente et de l'échange, suivant le Code civil*, 3e éd., Toussaint, Libraire-éditeur, 1846.
- EMERICH (Y.), *La propriété des créances : approche comparative*, « Bibliothèque de droit privé », préf. F. ZENATI-CASTAING, LGDJ, 2007,

- ESCARRA (J.), ESCARRA (E.) et RAULT (J.), *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les contrats commerciaux*, par J. HÉMARD, Sirey, 1953.
- EWALD (F.), *Naissance du code civil, travaux préparatoires du code civil*, préf. G. CANIVET, Flammarion, 2004,
- FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations. 2-Responsabilité et quasi-contrats*, « Thémis droit », 2e éd., Puf, 2010
- FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, « Thémis droit », 2e éd., Puf, 2010.
- FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, « Thémis droit », 3e éd., Puf, 2012.
- FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, « Thémis droit », 4e éd., Puf, 2016.
- FAGES (B.), *Droit des obligations*, 7e éd., LGDJ, Lextenso, 2017.
- FAGES (B.), *Droit des obligations*, 6e éd., LGDJ, Lextenso, 2016.
- FAGES (B.), *Droit des obligations*, 3e éd., LGDJ, 2011.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et FLOUR (Y.) et SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Sirey, 2013.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et FLOUR (Y.) et SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique,* 15e éd., Sirey, 2013.
- GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, Puf, 1992.
- GHESTIN (J.), *Conformité et garantie dans la vente*, LGDJ, 1983.
- GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat,* LGDJ, 2006.
- GHESTIN (J.) (Sous la dir.), BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.) et CIMAMONTI (S.), *Traité de droit civil, les biens*, 2e éd., LGDJ, 2010.
- GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Les effets du contrat*, 3e éd., LGDJ, 2001.
- GHESTIN (J.) (Sous la dir.) et DESCHÉ (B.), *Traité des contrats. La vente*, LGDJ, 1990.
- GHESTIN (J.) (Sous la dir.), LABARTHE (F.) et NOBLOT (C.), *Traité des contrats, Le contrat d'entreprise*, LGDJ, Lextenso éditions, 2008.
- GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, tome 1, *Le contrat, Le consentement*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013.
- GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *La formation du contrat*, tome 2, *L'objet et la cause, Les nullités*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013.
- GHESTIN (J.) (Sous la dir.) et VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, 3e éd., LGDJ, 2008.
- GHESTIN (J.) (Sous la dir.), VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et CARVAL (S.), *Les conditions de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013.
- GAUDEMET (E.), DESBOIS (H.) et GAUDEMET (J.), *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 2004, présentation de D. MAZEAUD.
- GIRARD (P. F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. LÉVY, Dalloz, 2003.
- GIRARD (P. F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 7e éd., Librairie Arthur Rousseau et Cie, 1924.
- GIVORD (F.), GIVERDON (C.) et CAPOULADE (P.), *La copropriété*, 8e éd., Dalloz, 2012/2013.
- GUÉTAT (J.-É.), *Histoire élémentaire du droit français, depuis ses origines gauloises jusqu'à la rédaction de nos codes modernes*, Paris, L. Larose et Forcel, Libraires-Éditeurs, 1884.
- GUILLARD (L.), *Traité du contrat de louage*, tome 2, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, 1885.
- HALPÉRIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens*, éd., Economica, 2008.
- HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, tome 2, préf. H. MUIR WATT, PUAM, 2001,
- HUBRECHT (G.), *Manuel de droit romain*, tome 2, *Les obligations*, LGDJ, 1943.
- HUET (J.), *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés*, Litec, 1987.
- HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LÉCUYER (H.) et MOREL-MAROGER (J.), *Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012.
- JOBBÉ-DUVAL, *Étude historique sur la revendication des meubles en droit français*, Paris, L. Larose, 1881.

- JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, tome 1, 1re éd., Sirey, 1930.
- JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, tome 2, 2e éd., Sirey, 1933.
- JOURDAIN (P.), *Les principes de la responsabilité civile*, 9e éd., Dalloz, 2014.
- LAPOYADE DESCHAMPS (C.), BLOCH (L.) et MORACCHIN-ZEIDENBERG (S.), *Droit des obligations*, 2e éd., Ellipses, 2008.
- LAROMBIÈRE (M. L.), *Théorie et pratique des obligations*, tome 1, A. Durand, Libraire, 1857.
- LAROMBIÈRE (M. L.), *Théorie et pratique des obligations*, tome 3, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885.
- LARROUMET (Ch.) (Sous la dir.), *Droit civil, les biens, droits réels principaux,* tome 2, 5e éd., Economica, 2006.
- LARROUMET (Ch.), *Droit civil*, tome 3, *Les effets. Le contrat, 2e partie : Effets*, 6e éd., Economica, 2007.
- LARROUMET (Ch.) (Sous la dir. de), *Droit civil,* t.ome 4, *Les obligations. Régime général,* 1re éd., par J. FRANÇOIS, Economica, 2000.
- LARROUMET (Ch.) (Sous la dir.), *Droit civil*, tome 2, *Les biens, Droits réels principaux*, 5e éd. par Ch. LARROUMET, Economica, 2006.
- LARROUMET (Ch.) (Sous la dir.) et BROS (S.), *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 7e éd., Economica, 2014.
- LARROUMET (Ch.) (Sous la dir.) et BROS (S.), *Traité de droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, 8e éd., Economica, 2016.
- LARROUMET (Ch.) (Sous la dir.) et FRANÇOIS (J.), *Traité de droit civil*, tome 4, *Les obligations, Régime général*, 2e éd., Economica, 2011.
- LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, tome 17, 3e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe et Paris, A. Marescq, Aîné, 1878.
- LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, tome 16, 3e éd., Bruxelles, Brylant-Christophe, 1878.
- LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, 2e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2012.
- LEGEAIS (R.), *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, 3e éd., LexisNexis, 2016.
- LE TOURNEAU (P.) (Sous la dir. de), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, 2012.
- LE TOURNEAU (P.), FISCHER (J.) et TRICOIRE (E.), *Principaux contrats civils et commerciaux*, Ellipses, 2005.
- LEVENEUR (L.), *Droit des contrats (10 ans de jurisprudence commentée)*, Litec, 2002.
- LEVY (J.-P.) et CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil,* 2e éd., Dalloz, 2010.
- LEWKOWICZ (G.) et XIFARAS (M.) (Sous la dir.), *Repenser le contrat*, « Méthode du droit », Dalloz, 2009.
- LOUSSOUARN (Y.), *Le transfert de propriété par l'effet des contrats*, « Cours de doctorat, droit privé », Paris 1969-1970.
- LYON-CAEN (CH.) et RENAULT (L.), *Traité de droit commercial*, tome 3, 4e éd., LGDJ, 1906.
- MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.), *Droit des obligations*, Ellipses, 2008.
- MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux,* 9e éd., Dalloz, 2014.
- MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux,* 10e éd., Dalloz, 2016.
- MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, 9e éd., LGDJ, Lextenso, 2017
- MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016.
- MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Les obligations*, 6e éd., LGDJ, 2013.
- MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux*, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014.
- MALAURIE (Ph.) et AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Droit civil, Droit des contrats spéciaux,* 8e éd., LGDJ, Lextenso, 2016.
- MALAURIE (Ph.) et AYNÈS (L.), *Les biens*, 6e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015.
- MALINVAUD (P.) et FENOUILLET (D.), *Droit des obligations*, 11e éd., Litec, 2010.
- MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 13e éd., LexisNexis, 2014.
- MARCADÉ (V.), *Explication théorique et pratique du Code Napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, tome 3, 5e éd., Paris, Cotillon, 1852.

- MARCADÉ (V.), *Explication théorique et pratique du Code Napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, tome 4, 5e éd., Paris, Cotillon, 1852.
- MARCADÉ (V.), *Explication théorique et pratique du Code Napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, tome 6, 5e éd., Paris, Cotillon, 1852.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les obligations*, 2e éd., Sirey, 1988.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil,* tome 1*, Les obligations*, vol. 1, *Les sources*, 2e éd., Sirey, 1988.
- MATHIEU (M.-L.), *Droit civil. Les biens*, 3e éd., Sirey, 2013.
- MAZEAUD (H. et L.) et TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome 1, 6e éd., préf. H. CAPITANT, Montchrestien, 1965.
- MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 1, *Les obligations, Théorie générale*, 9e éd., par François CHABAS, Montchrestien, 1998.
- MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil*, tome 3, vol. 2, *Principaux contrats*, 3e éd., par M. DE JUGLART, Montchrestien, 1968.
- MAZEAUD (H. et L.), MAZEAUD (J.) et CHABAS (F.), *Biens : Droit de propriété et ses démembrements*, tome 2, vol. 2, 8e éd. par François CHABAS, Montchrestien, 1994.
- MÉMENTEAU (G.), *Droit des biens*, 4e éd., Paradigme, 2009.
- MONIER (R.), *Manuel élémentaire de droit romain*, tome 1, Domat-Montchrestien, 1935.
- MOUSSERON (J.), *Technique contractuelle*, 2e éd., Éditions Francis Lefebvre, 1999.
- OLIVIER-MARTIN (F.), *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, 2e éd., Éditions du CNRS, 1995.
- OURLIAC (P.) et MALAFOSSE (J. de), *Histoire du droit privé*, tome 1, *Les obligations*, « Thémis », Puf, 1961.
- OURLIAC (P.) et GAZZANIGA (J.-L.), *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, « L'Évolution de l'Humanité », Albin Michel, 1985.
- PINEAU (S.), BURMAN (D.) et GAUDET (S.), *Théorie des obligations*, 4e éd., Les Éditons Thémis, 2001.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, tome 6, 2e éd., par P. ESMEIN, LGDJ, 1952.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, tome 3, *Les biens*, par PICARD, 2e éd., LGDJ, 1952.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, tome 11, *Contrats civils*, vol. 2, 2e éd., par A. ROUAST, J. LEPARGNEUR, R. SAVATIER et A. BESSON, LGDJ, 1954.
- PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil 2e année, Les obligations 2018*, 10e éd., Dalloz, 2017.
- PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil 2e année, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2016.
- PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil 2e année, Les obligations*, 8e éd., Dalloz, 2014.
- POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations*, préf. J.-L. HALPIN, Dalloz, 2011.
- PUFENDORF (S.), *Le droit de la nature et des gens*, tome 2, trad. de J. BARBEYRAC, Édition de Bâle, 1732, « Bibliothèque de philosophie politique et juridique », Presse universitaire de Caen, 2009.
- REBOUL-MAUPIN (N.), *Droit des biens*, 4e éd., Dalloz, 2012.
- RIGALLE-DUMETZ (C.), *La résolution partielle du contrat*, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », préf. Ch. JAMIN, LGDJ, 2003.
- ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, « Thémis droit », 2e éd., Puf, 2013.
- ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, « Bibliothèque Dalloz », préf. D. DEROUSSIN, Dalloz, 2005.
- SABATIÉ (C.), *Copropriété*, 21e éd., Delmas, 2011/2012.
- SALEILLES (R.), *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil allemand*, 3e éd., LGDJ, 1925.
- SALLEILES, *Mélanges de droit comparé, 2. De la possession des meubles : études de droit allemand et de droit français*, Pichon, 1907.
- SAVIGNY (F. C. V.), *Le droit des obligations*, par Michel BOUDOT, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », LGDJ, 2012.
- SCHMIDLIN (B.), *Droit privé romain*, tome 1, *Origines et sources, Famille, biens, successions*, « Faculté de droit de l'Université de Genève », 2008.

- SÉRIAUX (A.), *Contrats civils*, « droit fondamental », Puf, 2001.
- SÉRIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, « droit », Puf, 2006.
- SÉVELY-FOURNIÉ (C.), *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », préf. L. ROZÈS, Dalloz, 2010.
- SIMLER (Ph.), *Les biens*, 3e éd., « Le droit en plus », PUG, 2006.
- STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, 6e éd., Litec, 1998.
- STRICKLER (Y.), *Les biens*, « Thémis droit », Puf, 2006.
- TERRÉ (F.) (Sous la dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009.
- TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013.
- TERRÉ (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil, Les biens*, 8e éd., Dalloz, 2010.
- TOULLIER (C.-B.-M.), *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 3, 6e éd., F. Cotillon et J. Renouard, continué et complété par J.-B. DUVERGER.
- TOULLIER (C.-B.-M.), *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 4, 6e éd., F. Cotillon et J. Renouard, continué et complété par J.-B. DUVERGER.
- TROPLONG (R.-T.), *De la propriété d'après le Code civil*, Petits traités publiés par l'Académie des sciences morales et politiques, 1848.
- TROPLONG (M.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente, De la vente*, Charles Hingray, 1834.
- VASSART (P.), *Manuel de droit romain*, Bruylant, 2015.
- VILLEY (M.), *Le droit romain*, Puf, Quadrige, 2012.
- VIOLLET (P.), *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, L. Larose et Forcel, Libraires-Éditeurs, 1886.
- WILLIAM (D.), *Droit des biens*, Montchrestien, 2012.
- WOLFF (C.), *Principes du droit de la nature et des gens*, par J.-H.-S. FORMEY, Édition d'Amsterdam, 1758, « Centre de Philosophie politique et juridique URA-CNRS de l'Université de Caen », 1990.
- ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (T.), *Les biens*, « droit fondamental », 3e éd., Puf, 2008.

B. DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

- AUDIT (B.), *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990.
- BÉGUIN (J.) et MENJUCQ (M.) (Sous la dir.), *Droit du commerce international*, LexisNexis, 2011.
- BIANCA (C. M.), GRUNDMAN (S.) et STIJNS (S.) et BERNARDEAU (L.), *La Directive communautaire sur la vente : Commentaire*, Bruylant, LGDJ, 2004.
- CHATILLON (S.), *Droit des affaires internationales*, 4e éd., Vuibert, 2005.
- EBERHARD (S.), *Les sanctions de l'inexécution du contrat et les Principes UNIDROIT*, CEDIDAC 63, 2005.
- EISEMANN (F.) et DERAINS (Y.), *La pratique des incoterms*, LGDJ, 1988.
- ERCÜMENT ERDEM (H.), *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne : Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1990.
- HEUZÉ (V.) (Sous la dir. J. GHESTIN), *Traité des contrats, La vente internationale de marchandises*, LGDJ, 2000.
- HEUZÉ (V.), *La réglementation française des contrats internationaux : Études critiques des méthodes*, GLN-Joly, 1990.
- HEUZÉ (V.), *La vente internationale de marchandises : Droit uniforme*, GNL, Joly, 1992.
- JACQUET (J.-M.) et DELEBECQUE (Ph.), *Droit du commerce international*, « Cours Dalloz. Série droit privé », Dalloz, 1997.
- JACQUET (J.-M.) et DELEBECQUE (Ph.) et CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, « Précis Dalloz. Droit privé », 2e éd., Dalloz, 2010.
- JOLIVET (E.), *Les incoterms, Étude d'une norme du commerce international*, Litec, 2003.
- KAHN (Ph.), *La vente commerciale internationale*, « Bibliothèque de droit commercial, t. 4 », préf. B. GOLDMAN, Sirey, 1961,

- KASSIS (A.), *Théorie générale des usages du commerce. Droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, lex mercatoria*, LGDJ, 1984.
- KESSEDJIAN (C.), *Droit du commerce international*, « Thémis droit », Puf, 2013.
- LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J.-D.), *Droit du commerce international*, Sirey, 1969.
- MOULY (C.), *La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises et les incoterms*, LGDJ, 1990.
- MOUSSERON (J.-M.), FABRE (R.), RAYNARD (J.) et PIERRE (J.-L.), *Droit du commerce international*, 4e éd., Litec, LexisNexis, 2012.
- NEUMAYER (K. H.) et MING (C.), *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, CEDIDAC 24, Lausanne, 1993.
- OPPETIT (B.), *Droit du commerce international*, « Thémis », Puf, 1977.
- RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), *Droit du commerce international*, Dalloz, 2007.
- RODIÈRE (R.) (Sous la dir.), *Les effets du contrat dans les pays du marché commun : Etude comparative dans les pays du marché commun*, « Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun », A. Pedone, 1985.
- SCHLECHTRIEM (P.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2e éd., Clarendon press oxford, 1998.
- SCHLECHTRIEM (P.) et WITZ (C.), *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008.
- SCHLECHTRIEM (P.) et BUTLER (P.), *UN law on international Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2009.
- SCHLECHTRIEM (P.) et SCHWENZER (I.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, edited by I. SCHWENZER, oxford university press, 2009.
- VOGEL (L.) (Sous la dir.), *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Panthéon Assas, Paris, diff. LGDJ, 2001.
- VOGEL (L.) (Sous la dir.), *La globalisation du droit des affaires : mythe ou réalité ?*, Panthéon Assas, Paris, diff. LGDJ, 2001.
- WITZ (C.), *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, LGDJ, 1995.

C. DROIT DE L'OHADA

- ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant Bruxelles, 2002.
- KONÉ (M.), *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA : Comparaison avec le droit français*, LGDJ, 2003.
- MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SELLERS (D.) et THOUVENOT (S.), *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, préf. K. MBAYE, 2e éd., Litec, LexisNexis, 2009.
- NGOUMTSA ANOU (G.), *Droit OHADA et conflits de lois*, LGDJ, 2013.
- SANTOS (A. P.) et TOÉ (J. Y.), *OHADA, Droit commercial général*, Bruylant Bruxelles, 2002.
- TCHANTCHOU (H.), *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA : Étude à la lumière du système des communautés européennes*, Harmattan, 2009.
- TIGER (Ph.), *Le droit des affaires en Afrique*, « Que sais-je ? », 3e éd., Puf, 2001.

II. THÈSES ET MONOGRAPHIES

- ANCEL (M.-É), *La prestation caractéristique du contra*t, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2002
- ANTONMATTEI (P. H.), *Contribution à l'étude de la force majeure*, Préf. B. TEYSSIÉ, LGDJ, 1992.
- ALTER (M.), *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, thèse Grenoble, 1972.
- ATIAS (C.), *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse Poitiers, 1974.
- BACACHE-GIBEILI (M.), *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, « Bibliothèque de droit privé, tome 268 », préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 1996.

- BAKRI (A.), *Du rôle de la possession en matière mobilière*, thèse Paris, 1943.
- BELISSENT (J.), *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, thèse Montpellier, LGDJ, 2001, préf. R. CABRILLAC.
- BENABENT (A.), *La chance et le droit*, thèse Paris, LGDJ, 1973.
- BERNARD (L.), *L'acte conditionnel envisagé dans ses rétroactifs, Essai d'une théorie de non-rétroactivité*, thèse Aix-Marseille, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey & du Journal du Palais, 1909.
- BLOUD-REY (C.), *Le terme dans le contrat*, « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Y. GAUTIER, PUAM, 2003.
- BOCQUET (Cl.), *De l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel, Essai d'épistémologie juridique sur la base des droits allemand, français et suisse*, thèse Genève, éd., Genève Avenir S. A., 1978.
- BOUCARD (H.), *L'agréation de la livraison dans la vente. Essai de théorie générale*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. RÉMY, diff. LGDJ, 2005.
- BOULAY (J.-Ch.), *La conformité des biens dans la vente de corporels*, thèse Paris, 1979.
- BOUTEILLE (M.), *Les propriétés conditionnelles*, « Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université Paul Cézanne-Aix-Marseille, Institut de Droit des Affaires », PUAM, 2008.
- BRÈS (A.), *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, « Bibliothèque de droit de l'entreprise », préf. J. RAYNARD, Litec, 2009.
- BRUNETTI-PONS (C.), *L'obligation de conservation dans les conventions,* « Institut de droit des affaires de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille », préf. Ph. MALINVAUD, PUAM, 2003.
- BUFFELAN-LANORE (Y.)*, Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, thèse Toulouse,* LGDJ, 1961.
- BUSSMANN (M.), *L'obligation de délivrance du vendeur en droit romain classique*, Thèse de doctorat présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne imprimerie C. Risold & Fils, 1933.
- CALASTRENG (S.), *La relativité des conventions, Étude l'Article 1165 du Code civil*, thèse Toulouse, Gaillac, Imprimerie H.-C. Harvey, 1939.
- CARDOSO-ROULOT (N.), *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, préf. E. LOQUIN, L'Harmattan, 2008.
- CATALA (N.), *La nature juridique du payement*, « Bibliothèque du droit privé, tome 25 », LGDJ, 1961.
- CONSTANTINESCO (L.-J.), *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (droits français, allemand, anglais)*, « Institut de droit européen de l'Université de la Sarre », Stuttgart, 1960.
- CORGAS-BERNARD (C.), *La réalisation unilatérale du contrat à durée déterminée*, « Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille », préf. Ch. JAMIN, PUAM, 2006.
- CORNIL (G.), *Étude sur la publicité de la propriété dans le droit romain*, Bruxelles, Brylant-Christophe & Compagnie, Éditeurs, 1890.
- DANOS (F.), *Propriété, possession et opposabilité*, « Recherches Juridiques », préf. L. AYNÈS, Economica, 2007.
- DIMITRESCO (G.), *Condition résolutoire dans les contrats*, thèse Paris, V. Giard & E. Brière, Libraires-éditeurs, 1906.
- DUBBARY (J.), *Le transfert conventionnel de propriété. Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand,* thèse Paris I, 2013.
- DUBERTRET (M.), *Négociabilité et possession, Essai sur l'inopposabilité des vices de la propriété mobilière*, préf. A. GHOZI, Éditions Panthéon-Assas (Paris II), diff. LGDJ, 2010.
- DUCLOS (J.), *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, « Bibliothèque de droit privé, tome CLXXIX », préf. D. MARTIN, LGDJ, 1984.
- DUPRÉ-DALLEMAGNE (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation : (Recherche sur la notion d'obligation)*, « Institut de droit des affaires de l'Aix-en-Provence », préf. Ph. DELEBECQUE, PUAM, 2004.
- EYGOUT (H.), *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, thèse Paris, 1922.
- FAURE ABBAD (M.), *Le fait générateur de responsabilité contractuelle. Contribution à une théorie de l'inexécution contractuelle*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. Ph. REMY, diff. LGDJ, 2003.
- FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, thèse Paris, LGDJ, 1935

- FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, « Nouvelle bibliothèque de Thèses, volume 116 », préf. F. LEDUC, Dalloz, 2012.
- FROSSARD (J.), *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. NERSON, LGDJ, 1965.
- GENICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2007.
- GIJSBERS (Ch.), *Sûretés réelles et droit des biens*, « Recherches Juridiques », préf. M. GRIMALDI, Economica, 2016.
- GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.
- GRANDMOULIN (J.), *Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles dans l'ancien droit romain et dans le droit français*, thèse Rennes, 1892.
- GRARE (C.), *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, « Nouvelle bibliothèque de Thèses », préf. Y. LEQUETTE, Dalloz, 2005.
- GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. C. OPHELE, diff. LGDJ, 2006.
- GROSS (B.), *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, « Bibliothèque de droit privé, tome 42 », préf. D. TALLON, LGDJ, 1964.
- GROSSER (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat : Essai de classification*, thèse Paris I, 2000.
- GOUTAY (P.), *Le transfert de propriété des titres cotés*, thèse Paris IX, 1997.
- GUELFUCCI-THIBERGE (C.), *Nullités, restitutions et responsabilité*, « Bibliothèque de droit privé tome 218 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992.
- JOBBÉ-DUVAL, *Études historique sur la revendication des meubles en droit français*, thèse Paris, 1881.
- JUAN-BONHOMME (R.), *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, 1978.
- KONSTANTINOVITCH (M.), *Le periculum rei venditæ en droit romain*, thèse Lyon, Imprimerie Bosc Frères & Riou, 1923.
- LAMAZEROLLES (E.), *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », Préf. Ph. RÉMY, diff. LGDJ, 2003.
- LATINA (M.), *Essai sur la condition en droit des contrats*, « Bibliothèque de droit privé tome 505 », préf. D. Mazeaud, LGDJ, Lextenso éditions, 2009.
- LAURENT (Ph.), *L'enchevêtrement des actions de l'acheteur liées à l'état du bien vendu*, thèse Nantes, 1998.
- LE BOURG (J.), *La remise de la chose ; Essai d'analyse à partir du droit des contrats*, thèse Grenoble, 2010.
- LE GALL (J.-P.), *L'obligation de garantie dans le louage de choses*, « Bibliothèque de droit privé, tome 36 », Préf. A. TUNC, LGDJ, 1962.
- LÉONARD (Th.), *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes, Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, « Collection de thèses », préf. M. COIPEL et L. CORNELIS, Éditions Larcier, 2005.
- LORVELLEC (L.), *L'essai dans les contrats*, thèse Renne, 1972.
- LEVIS (M.), *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, « Collection droit civil », préf. P. RAYNAUD, Economica, 1989.
- MADOT (Y.), *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant Bruxelles, 1998.
- MALAURIE (M.), *Les restitutions en droit civil*, préf. G. CORNU, Éditions Cujas, 1991.
- MILHAC (O.), *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 286 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2001.
- OPHÈLE (C.), *L'exécution anticipée d'une obligation contractuelle*, thèse Tours, 1993.
- OSMAN (F.), *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*, « Bibliothèque du droit privé, t. 224 », préf. E. LOQUIN, LGDJ, 1992.
- OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, « Bibliothèque de droit privé, tome 91 », préf. J. BRETHE DE LA GRESSAYE, LGDJ, 1969.
- PAGNERRE (Y.), *L'extinction unilatérale des engagements*, Éditions Panthéon-Assas, 2012.
- PARAISO (F.), *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, préf. Ch. ATIAS, PUAM, 2011.

- PARANCE (B.), *La possession des biens incorporels*, thèse Paris I, 2003.
- PAVAGEAU (S.), *Le droit de propriété dans les jurisprudences suprêmes françaises, européennes et internationales*, « Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers », préf. S. BRACONNIER, diff. LGDJ, 2006.
- PELISSIER (A.), *Possession et meubles incorporels*, thèse Montpellier, 2001.
- PENIN (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, « Bibliothèque de droit privé tome 535 », préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, Lextenso éditions, 2012.
- PÉRONCHON (F.), *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, « Bibliothèque de droit de l'entreprise, tome 21 », préf. F. DERIDA, Litec, 1988.
- PICARD (E.), *Droit pur*, Bruxelles, Veuve Ferdinand Larcier, Éditeur, et Paris, Germer-Baillière et Cie Félix Alcan, Éditeur, 1899.
- POINCARÉ (R.), *De la possession et de la revendication des meubles*, thèse Paris, 1883.
- PRYBIS-GAVALDA (N.), *L'obligation de donner*, thèse Montpellier I, 1997.
- PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, thèse Paris II, 1999.
- RIGALLE-DUMETZ (C.), *La résolution partielle du contrat*, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », préf. C. JAMIN, Dalloz, 2003.
- ROUILLER, *La maxime nemo plus juris*, thèse Rennes 1964
- SAUNIER, *De l'application de l'article 2279 dans les rapports entre auteur et ayant cause*, thèse Paris, 1907.
- SCAPEL (J.), *La notion d'obligation réelle*, « Institut de Droit des affaires de l'Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille », préf. P. JOURDAIN, PUAM, 2002.
- SEGUR (L.), *La notion de faute contractuelle en droit civil français : étude jurisprudentielle*, thèse Bordeaux, 1954.
- SÉRINET (Y.-M.), *Les régimes comparés de sanction de l'erreur, de vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, thèse Paris, 1996.
- SARGET (D.), *Les problèmes juridiques de la vente libre-service*, thèse Paris I, 1982.
- STEINMETS (B.), *De la présomption de bonne foi. Essai critique sur la preuve de la bonne et de la mauvaise foi*, thèse Strasbourg, 2002.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, « Bibliothèque de droit privé, t. 337 », préf. R. BOUT, LGDJ, 2000.
- TAISNE (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse Lille II, 1977.
- TORTAT, *L'occupation en droit civil français*, thèse Bordeaux, 1954.
- TOSI (I.), *Acte translatif et titularité des droits*, « Bibliothèque de droit privé tome 471 », préf. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, LGDJ, 2006.
- TRIGUEAUD (J.-M.), *La possession des biens immobiliers, Nature et Fondement*, thèse Paris II, 1981.
- VERDIER (J.-M.), *Les droits éventuels, Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, thèse Paris, Rousseau et Cie, 1955,
- VIGNAL (N.), *La transparence en droit privé des contrats : approche critique de l'exigence*, « Institut de droit des affaires », préf. J. MESTRE, PUAM, 1998.
- WEILL (A.), *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1938.
- WICKER (G.), *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997.
- WINTGEN (R.), *Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, « Bibliothèque de droit privé, tome 426 », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004.
- ZENATI (F.), *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon III, 1981.

III. JURISPRUDENCE, NOTES ET OBSERVATIONS

AGOSTINI (E.)

- Note sous Civ. 1re, 18 février 1971, *D.* 1972, p. 53.

- Note sous Civ. 1re, 14 février et Civ. 1re, 18 juillet 1995, *D.* 1996, p. 391.

AUBERT (J.-L.)

- Obs. sur Civ. 1re, 28 octobre 2003, *Defrénois*, 2004, art. 37894, p. 381.
- Obs. sur Civ. 1re, 8 novembre 2000, *Defrénois*, 2001, art. 37309, n° 18.

AUDIT (A.)

- Obs. sur Civ. 1re, 20 décembre 1982, *D.* 1983, IR, p. 477.

BEAUGENDRE (S.)

- Note sous Civ. 3e, 22 février 2006, *D.* 2006, p. 2972.

BECQUÉ (E.)

- Obs. sur CA Montpellier, 27 mai 1948, *JCP* 1948, II, 4561.
- Obs. sur CA Paris, 24 mai 1944, *JCP* 1945, II, 2742.

BÉNABENT (A.)

- Note sous Ass. plén., 7 février 1986, *D.* 1986, p. 293.
- Note sous Com., 30 juin 1992, *D.* 1994, p. 454.

BORIES (A.)

- Note sous Civ. 1re, 13 juillet 2004, *D.* 2005, p. 1009.

BREDIN (J.-D.)

- Obs. sur Civ. 30 janvier 1963, *RTD civ.* 1963, p. 575.

BRUN (Ph.)

- Obs. sur Civ. 3e, 12 octobre 2012 et Civ. 3e, 24 octobre 2012, *Rev. des contrats*, 2013/2, p. 613.

CABRILLAC (M.)

- Obs. sur Com., 22 avril 1997, *JCP E*, 1997, I, 681.
- Obs. sur Com., 11 mars 1997, *JCP E*, 1997, I, 681.

CARBONNIER (J.)

- Obs. sur CA Paris, 24 mai 1924, *RTD civ.* 1951, p. 388.
- Obs. sur CA Paris, 24 mai 1944, *RTD civ.* 1945, p. 121.
- Obs. sur Com., 4 décembre 1957, *RTD civ.* 1958, p. 266.
- Obs. sur Civ., 1er août 1950, *RTD civ.* 1951, p. 388.

CAVARROC (R.)

- Obs. sur Civ., 8 novembre 1950, *JCP G* 1950, II, 5870.

CHABAS (F.)

- Note sous Civ. 1re, 7 octobre 1992, *JCP G*, 1993, II, 22072.
- Obs. sur Com., 4 décembre 1957, *RTD civ.* 1958, p. 266.

CHAVEGRIN (E.)

- Note sous civ. 13 mars 1907 et 4 juin 1907, *S.* 1907, I, p. 321.

CHEVRIER (E.)

- Obs. sur com. 8 janvier 2002, *D.* 2002, I, p. 567.

CORNU (G.)

- Obs. sur Com., 19 mars 1963, *RTD civ.* 1963, p. 566.
- Obs. sur Civ. 1re, 26 novembre 1980, *RTD civ.* 1981, p. 647.
- Obs. sur Civ. 3e, 16 mars 1977, *RTD civ.* 1977, p. 785.
- Obs. sur Civ. 1re, 16 juillet 1968, *RTD civ.* 1969, p. 355.
- Obs. sur CA Douai, 16 mars 1977, *RTD civ.* 1977, p. 785.

DAGORNE-LABBE (Y.)

- Obs. sur Com., 4 juillet 1989, *JCP* 1990, II, 21515.

DAGOT (M.)

- Note sous Civ. 1re, 20 novembre 1990, *JCP* 1992, II, 21841.

DE LA PRADELLE (G.)

- Note sous Civ. 1re, 11 octobre 1966, *JCP*. 1967, II, 15193.

DELEBECQUE (Ph.)

- Note sous Civ. 1re, 12 janvier 1994 et Civ. 1re, 2 février 1994, *JCP G* 1994, II, 22294.
- Obs. sur Civ. 1re, 13 octobre 1998, *D*. 1999, Somm., p. 115.

DELPECH (X.)

- Obs. sur Civ. 3e, 12 octobre 2005, *D*. 2005, III, p. 2872.

DROSS (W.)

- Obs. sur Civ. 2e, 7 avril 2016, *RTD civ*. 2016, p. 664.
- Obs. sur Civ. 3e, 8 octobre 2015, *RTD civ*. 2016, p. 154.
- Obs. sur Civ. 1re, 7 octobre 2015, *RTD civ*. 2016, p. 146.

DUBERTRET (M.)

- Note sous Com., 24 mai 2011, *Rev. des sociétés*, 2012, p. 157.

DURAND (P. M.-F.)

- Note sous Com., 19 juillet 1965, *D*. 1966, p. 450.

DURRY (G.)

- Obs. sur Com., 8 juillet 1981, *RTD civ*. 1982, p. 425.

FAGES (B.)

- Obs. sur Civ. 1re, 5 novembre 2008, *RTD civ*. 2009, p. 119.
- Obs. sur Com., 10 février 2009, *RTD civ*. 2009, p. 318.

FOREST (G.)

- Obs. sur Civ. 3e, 1er avril 2009, *D*. 2009, p. 1083.

GALLMEISTER (I.)

- Note sous Civ. 1re, 30 octobre 2008, *D*. 2008, p. 2937.
- Obs. sur Civ. 1re, 23 juin 2011, *D*. 2011, p. 1817.

GAUDEMET (E.)

- Note sous Req., 31 octobre 1900, *D*. 1901, I, p. 65.

GAUTHIER (P.-Y.)

- Obs. sur com. 8 janvier 2002, *RTD civ*. 2002, p. 323.
- Obs. sur Civ. 3e, 28 octobre 1992, *RTD civ*. 1993, p. 602.

GHESTIN (J.)

- Note sous Com., 20 novembre 1979, *JCP*, 1981, II, 19615.
- Note sous Com., 5 novembre 1991, 19 novembre 1991 et 23 février 1993, *D*. 1993, p. 380,

GIVERDON (C.) et SALVAGE-GEREST (P.)

- Obs. sur Civ. 3e, 23 avril 1974 et 12 mars 1985, *RTD civ*. 1986, p. 377.

GOINEAU (J.)

- Obs. sur Cass. Ch. mixte, 4 février 1983, *D*. 1984, IR, p. 165.

GROSSER (P.)

- Obs. sur Civ. 1re, 13 mars 2007, *JCP* 2007, I, 161, n° 12.

HASSLER (Th.)

- Obs. sur Civ. 3e, 16 mars 1977, *JCP* 1978, II, 18913.

HAUSER (J.)

- Obs. sur Civ. 3e, 1er mars 1995, *RTD civ.* 1996, p. 363.

HÉMARD (J.)

- Obs. sur Com., 4 décembre 1957, *RTD com.* 1958, p. 364.
- Note sous Com., 18 avril 1967, *JCP* 1968, II, 15481.
- Note sous Com., 2 octobre 1973, *JCP* 1974, II, 17699.
- Obs. sur Com., 20 janvier 1976, *RTD com.* 1976, p. 785.

HUET (J.)

- Obs. sur Com., 19 octobre 1982, *RTD civ.* 1984, p. 515.
- Note sous Civ. 3e, 5 février 1985, *D.* 1986, Jur., p. 499.
- Note sous Civ. 1re, 27 avril 1976, *JCP* 1977, II, 18635.

ISSA-SAYEGH (J.)

- Obs. sur TPI d'Abidjan, 25 avril 2001, jugement n° 327 CIV 7, *www.ohada.com/jurisprudence/ohadata-J-02-111*.

JAMIN (C.)

- Note sous Civ. 1re, 13 octobre 1998, *D.* 1999, I, p. 197.
- Note sous Civ. 1re, 20 février 2001, *D.* 2001, p. 1568.
- Obs. sur CA Nancy, 20 novembre 2000, *JCP* 2002, II, 10113.

JESTAZ (Ph.)

- Note sous Civ. 3e, 23 mars 1968, *D.* 1970, p. 663.

JOLY (A.)

- Obs sur Trib. civ. Seine, 20 mai 1958, *JCP G* 1958, II, 10826.

JOURDAIN (P.)

- Obs. sur Com., 21 mars 2006, *RTD civ.* 2006, p. 569.
- Obs. sur Civ. 1re, 8 mars 2012, *RTD civ.* 2012, p. 533.
- Obs. sur Civ. 1re, 3 juillet 2002, *RTD civ.* 2002, p. 821.
- Obs. sur Civ. 1re, 23 juin 2011, *RTD civ.* 2011, p. 772.
- Note sous Cass. Ass. plén., 14 avril 2006, *D.* 2006, p. 1577.
- Obs. sur Civ. 1re, 30 octobre 2008, *RTD civ.* 2009, p. 126.

KESSLER (G.)

- Note sous civ. 3e, 6 octobre 2004, *D.* 2004, JP. 3098.
- Note sous civ. 3e, 6 octobre 2004, *Defrénois*, 2005, art. 38142, p. 612.

LABARTHE (F.)

- Note sous Com., 6 mars 2001, *JCP* 2001, II, 10564.
- Note sous Civ. 3e, 18 novembre 2009, *D.* 2010, p. 741.

LACHIEZE (Ch.)

- Obs. sur Civ. 1re, 28 octobre 2003, *JCP* 2004, II, 10109.
- Note sous Civ. 1re, 8 mars 2012, *D.* 2012, p. 1304.

LARROUMET (Ch.)

- Obs. sur Com., 24 avril 1980, *D.* 1980, IR, p. 567.
- Obs. sur CA de Reims, 28 juin 1976, *D.* 1978, I.R., p. 207.

LEVENEUR (L.)
- Obs. sous Civ. 1re, 24 novembre 1993, *JCP E* 1994, II, 593.
- Obs. sous Com., 11 mai 1993, *JCP E* 1994, II, 526.

LIBCHABER (R.)
- Obs. sur Civ. 3e, 6 octobre 2004, *Defrénois*, 2005, art. 38142, p. 612.
- Obs. sur Civ. 1re, 28 octobre 2003, *Defrénois*, 2004, art. 37894, p. 378.

MAINGY (D.)
- Obs. sur com. 2 mars 1999, *D.* 2000, Somm., p. 69.

MARTIN (D.)
- Note sous Civ. 1re, 24 février 1981, *D.* 1982, p. 479.

MAZEAUD (D.)
- Obs. sur Civ. 1re, 13 octobre 1998, *Defrénois* 1999, p. 374, n° 17.

MESTRES (J.) et FAGES (B.)
- Obs. sur Civ. 3e, 22 février 2006, *RTD civ.* 2006, p. 764.
- Obs. sur Civ. 1re, 20 février 2001, *RTD civ.* 2001, p. 363.
- Obs. sur Civ. 1re, 28 octobre 2003, *RTD civ.* 2004, p. 89.
- Obs. sur Com., 4 février 2004, *RTD civ.* 2004, p. 731.

MAZEAUD (J.)
- Note sous Civ. 3e, 23 avril 1974, *D.* 1975, p. 289.

MERLE (M.)
- Note sous Civ., 1er août 1950, *S.* 1951, I, p. 100.

MORIN (G.)
- Note sous Civ. 1re, 10 décembre 1974, *Defrénois*, 1975, art. 30962, p. 992.
- Obs. sur Civ. 1re, 18 juillet 1995, *Defrénois*, 1995, art. 36210, p. 1410.
- Obs. sur Civ. 3e, 12 octobre 2005, *JCP G*, 2006, I, 131.

MOURY (J.)
- Note sous Com., 16 février 2010, *D.* 2010, p. 1765.

PIEDELIÈVRE (A.)
- Note sous Civ. 1re, 15 juin 1983, *Gaz. pal.* 1983, II, pan. jur., p. 303.

PLANIOL (M.)
- Note sous Civ., 18 octobre 1911, *D.* 1912, I, p. 113.
- Note sous Civ. 13 mars 1907, *D.* 1907, I, p. 281.
- Note sous Civ. 14 avril 1891, *DP.* 1891, I, 329.

OLSZAK (N.)
- Note sous CA de Besançon, 14 septembre 1999, *D.* 2001, p. 729.

REMY (Ph.)
- Obs. sur Ass. plén., 7 février 1986, *RTD civ.* 1986, p. 605.
- Obs. sur Civ. 1re, 28 juin 1988, *RTD civ.* 1988, p. 342.
- Obs. sur Civ. 1re, 1er décembre 1987, *RTD civ.* 1988, p. 368.
- Obs. sur Civ. 3e, 19 février 1986, *RTD civ.* 1986, p. 607.
- Obs. sur Civ. 3e, 5 février 1985, *RTD civ.* 1985, p. 737.

REMY-CORLAY (P.)
- Obs. sur Civ. 1re, 30 juin 2004 et Com., 11 février 2004, *RTD civ.* 2005, p. 354.

REVET (T.)

- Note sous Com., 10 janvier 2006, *RTD civ.* 2006, p. 343.
- Obs. sur Com., 24 mai 2011, *RTD civ.* 2012, p. 137.

RIPERT (G.)

- Note sous Trib. com. de la Seine, 16 décembre 1919 ; Trib. com. de Rouen, 18 décembre 1919 ; Trib. com. de Saint-Nazaire, 28 janvier 1920 ; Trib. com. de Marseille, 3 février 1920 ; Trib. civ. de Perpignan, 10 février 1920 ; Trib com. de la Seine, 7 mai 1920, *D.* 1920, II, p. 33.

ROBERT (A.)

- Note sous Civ. 3e, 3 mai 1983, *D.* 1984, IR, p. 426.
- Note sous Civ. 3e, 19 juin 1984, *D.* 1984, IR, p. 426.
- Note sous CA Paris, 29 septembre 1983, *D.* 1984, IR, p. 427.
- Note sous CA Paris, 20 avril 1983, *D.* 1984, IR, p. 427.

RODIÈRE (R.)

- Note sous Civ. 1re, 4 février, 6 février et 25 mars 1963, *D.* 1964, p. 17.

ROGER (R.)

- Note sous Civ. 9 février 1926, *D.* 1926, I, 209.

RZEPECKI (N.)

- Note sous Civ. 1re, 13 octobre 1998, *JCP* 1999, II, 10133.

SAVAUX (É.)

- Obs. sur Civ. 1re, 20 février 2001, *Defrénois*, 2001, art. 37365, n° 41.
- Obs. sur Civ. 1re, 30 octobre 2008, *Defrénois*, 2008, art. 38874, n° 3.

SEUBE (J.-B.)

- Obs. sous Civ. 3e, 31 octobre 2012, *RDC*, 2013/2, p. 627.

SIMON (O.)

- Note sous Civ. 1re, 10 décembre 1974, *D.* 1975, p. 777.

TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.)

- Obs. sur Ass. plén., 1er décembre 1995, *GAJC*, tome 2, 12e éd., Dalloz, n° 152-155.

THALLER (E.)

- Note sous Civ., 31 décembre 1894, *D.* 1895, I, p. 409.

VIRASSAMY (G.)

- Note sous Com., 20 juin et 4 juillet 1989, *D.* 1990, p. 246.

WITZ (C.)

- Note sous Civ. 1re, 5 janvier 1999, *D.* 1999, JP, p. 383.

ZENATI (F.)

- Obs. sur Civ. 3e, 1er mars 1995, *RTD civ.* 1996, p. 658.
- Obs. sur Civ. 3e, 3 octobre 1990, *RTD civ.* 1993, p. 164.

IV. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS À UN OUVRAGE COLLECTIF

- ALGOT BAGGE (M.), « Quelques réflexions à propos du règlement du transfert du risque dans le projet de loi internationale sur la vente présenté en 1935 par l'institut de Rome pour l'unification du droit privé », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 45.
- ALT-MAES (F.), « Une évolution vers l'abstraction : de nouvelles applications de la détention », *RTD civ.* 1987, p. 21.

- ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771
- ANTONMATTÉI (Ph.), « Ouragan sur la force majeure », *JCP* 1996, I, p. 3907.
- ARTZ (J. F.), « La suspension du contrat à exécution successive », *D.* 1979, Chr., p. 95.
- ATIAS (C.), « L'équilibre renaissant de la vente », *D.* 1993, p. 1.
- ATIAS (C.), « Les biens en propre et au figuré : destitution du propriétaire et disqualification de la propriété », *D.* 2004, p. 1545.
- BANNES (F.-M.), « L'impact de l'adoption des Principes Unidroit 1994 sur l'unification du droit du commerce international : réalité ou utopie », *RRJ, Droit et prospectif*, 1996, p. 933.
- BARRET (O.), « Vente », *Répertoire de droit civil*, 2012.
- BECQUÉ (É.), « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, Contribution à l'étude du droit comparé des obligations », *RTD civ.* 1914, p. 251.
- BECQUÉ-ICKOWICZ (S.), « Le rôle de la *traditio* dans le transfert de propriété », in *Livre du Bicentenaire du code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 473.
- BERAUDO (J.-P.), « La Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l'arbitrage », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, mai 1994, p. 61.
- BERAUDO (J.-P.), « Les Principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP* 1995, I, 3842.
- BERGEL (J.-L.), « L'évolution contemporaine du droit de propriété en France », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Béguet*, Faculté de droit de l'Université de Toulon et du Var, 1985, p. 13 et suiv.
- BERTRAND (F.), « Les risques dans le contrat d'entreprise », *RDI* 1981, p. 174.
- BILLIAU (M.), « L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 190.
- BLANLUET (G.), « Le moment du transfert de la propriété », in *Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 409.
- BLANLUET (G.), « Le transfert de propriété des actions », *Droit et patrimoine*, n° 139, octobre 2004, p. 81-82.
- BLOCH (P.), « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988, p. 673.
- BONHOMME (R.), « Dissociation des risques et de la propriété », in *Études de droit de la consommation Jean Calais-Auloy, Mélanges*, Dalloz, 2004, p. 69.
- BONNIER (E.), « De la transmission de la propriété par l'effet des obligations », *Rev. crit. lég. et jur.* avril/septembre 1837, tome 6, p. 432.
- BORGHÉTTI (J.-S.), « Des obligations conditionnelles et à terme », in F. TERRÉ (Sous la dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013, p. 63.
- BORGHÉTTI (J.-S.), « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* 2013/4, p. 1684.
- BOUCARD (H.), « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, p. 779.
- BOULANGER (J.), « Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité », *RTD civ.* 1935, p. 545.
- CALAIS-AULOY (J.), « De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité », in *Mélanges Christian Mouly*, tome 2, Litec, 1998, p. 63.
- CAPITANT (R.), « Sur la nature des droits réels », in *Mélanges Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 29.
- CASAUX-LABRUNE (L.), « Vice caché et défaut de conformité : propos non conformistes sur une distinction viciée », *D.* 1999, chr., p. 1.
- CATALA (P.), « La transformation du patrimoine dans le code civil moderne », *RTD civ.* 1966, p. 185.
- CHAUFFOUR (V.), « L'article 2279 du Code civil interprété par ses origines germaniques », *Rev. crit. lég. et jur.* 1845, tome 2, p. 81.
- CHAUVEAU (M.), « Un projet de loi internationale sur la vente », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 135.
- CHAZAL (J.-P.) et VINCENT (S.), « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, p. 477.

- CHILSTEIN (D.), « Les biens à valeur vénale négative », *RTD civ.* 2006, p. 663.
- COHEN-JONATHAN (G.), « L'article 1 du protocole n° 1 et le droit international des contrats et de l'arbitrage », in *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 53.
- COURDIER-CUISINIER (A.-S.), « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner. Essai sur les causes d'une controverse doctrinale », *RTD civ.* 2005, p. 521.
- CUILLIERON (M.), « Revendication des meubles perdus ou volés et protection possessoire », *RTD civ.* 1986, p. 504.
- DE JUGLART (M.), « Le certificat de propriété de grands vins », *D.* 1958, chr., p. 61.
- DE MARTEL-TRIBES (A.), « Les clauses de réserve de propriété : deux enseignements tirés d'un échec », *JCP* 19977, I, 2875.
- DECOTTIGNIES (R.), « L'exécution de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises, Études de Droit Commercial*, Dalloz, 1951, p. 161.
- DELEBECQUE (P.), « Vente internationale et transport maritime », in *Mélanges Christian Mouly*, 1998, Litec, p. 349.
- DELLECI (J.-M.), « Le nouveau droit de propriété des titres négociés », *JCP E*, 1994, I, 368.
- DERRIDA (F.), « La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives », *D.* 1980, Chr., p. 293.
- DESCHAYES (O.), « Théorie des risques », *Rép. civ. Dalloz*, 2009.
- DROSS (W.), « L'acculturation en matière de vente : l'influence de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises sur la vente interne », Acte de colloque, novembre 2007, Lyon, France, Thémis (Montréal, Québec), p. 143-182, hal-00457624, https://hal-univ-lyon3.archives-ouvertes.fr/hal-00457624.
- DROSS (W.), « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », *RTD civ.* 2006, p. 27.
- DROSS (W.), « Le transfert de propriété en droit français », *RDC* 2013/4, p. 1694.
- DROSS (W.), « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », *RTD civ.* 2015, p. 27.
- DUGUET (C.), « La réserve de propriété, Rapport à la conférence générale des présidents et membres des tribunaux de commerce de France », *Gaz. Pal.* 10 juin 1980, doctrine.
- ESMEIN (P.), « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD civ.* 1933, p. 627.
- ESMEIN (P.), « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 235.
- FABRE-MAGNAN (M.), « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301.
- FABRE-MAGNAN (M.), « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85.
- FANGAIN (P.), « Réserve de propriété, illusion sur ses effets économiques », *Gaz. Pal.* 24 mai 1980, Doctrine.
- FAUVARQUE-COSSON (B.), « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats », *RIDC* 1998, p. 463.
- FAVREAU (B.), « Les spécificités du droit de propriété à travers les États. », in *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 19.
- FERRARI (F.), « Interprétation uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale », *RIDC* 1996, vol. 48, n° 4, p. 813-852.
- FONTAINE (M.), « Les contrats internationaux à long terme » in *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 263.
- FORIERS (P.-P.) et LEVAL (C.), « Force majeure et contrat », in P. WERY (Sous la dir.) *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du code civil*, La charte, Bruxelles, 2004, p. 241 et suiv.
- FOURNIER (J.-L.), « La croyance légitime », *JCP* 1982, I, 3058.
- FRIDEL (G.), « Déplacement volontaire du moment du transfert de la propriété », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises, Études de Droit Commercial*, Dalloz, 1951, p. 117.

- GARCIN (W.) et THIEFFRY (J.), « La clause de réserve de propriété serait-elle déjà pleinement valable en France ou le sera-t-elle bientôt ? », *Gaz. Pal.* 1980, I, Doctrine, p. 193.
- GARREAU (D.), J.-*CL. Civ.*, « articles 1585 à 1588, vente en bloc, vente au poids, au compte ou à la mesure, vente à la dégustation, vente sur échantillon, vente à l'essai. ».
- GAUDIN (L.), « Regards dubitatifs sur l'effectivité des remèdes offerts au consommateur en cas de défaut de conformité de la chose vendue », *D.* 2008, chr., p. 631.
- GERMAIN (M.) et GOUTAY (Ph.), « Le transfert de propriété des titres cotés » Dossier, *Actes pratiques, sociétés*, Éditions du Jurisclasseur, juillet-août 2003.
- GHESTIN (J.), « Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers », *JCP* 2007, I., 157.
- GHESTIN (J.), « Les effets du contrat à l'égard des tiers », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 4.
- GHESTIN (J.), « Les obligations du vendeur », in *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms*, Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989.
- GHESTIN (J.), « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chr., p. 1.
- GHOZI (A.), « Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété », *D.* 1986, chr., p. 317.
- GINOSSAR (S.), « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.* 1962, p. 582.
- GIVERDON (C.), « Les obligations fondamentales de l'acheteur », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises, Etudes de Droit Commercial*, Dalloz, 1951.
- GOBERT (M.), « La publicité foncière française, cette mal aimée », in *Études offertes à Jacques Flour,* Defrénois, 1979, p. 207.
- GORÉ (F.), « Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer », *RTD civ.* 1947, p. 161.
- GORÉ (F.), « Le transfert de la propriété dans les ventes de chose de genre », *D.* 1954, chr., p. 175.
- GRÉAU (F.), « Force majeure », *Rép. civ. Dalloz*, 2017.
- GRIMALDI (C.), « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », *D.* 2009, chr., p. 1298.
- GUTTERIDGE (H. C.), « L'unification du droit de la vente : problèmes soulevés par le conflit des législations en matière de vente », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 273.
- HAMEL (J.), « L'unification du droit privé en matière de vente : méthode et résultat », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 301.
- HOUIN (R.), « L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite », *JCP* 190, I, 2978.
- HUC (T.), « Du transfert de propriété en droit français par l'effet des obligations », *Recueil de l'académie de Législation de Toulouse*, tome XII, Paris, Durand, 1863, p. 246 et suiv.
- HUET (J.), « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 425.
- HUET (J.), « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'Unidroit : une nouvelle lex mercatoria ? », *LPA*, 10 novembre 1995, p. 6.
- HUREAUX (J.-B.-A.), « De la transmission de la propriété par actes entre-vifs », *Revue pratique de droit français*, tome 32, 1871, p. 5 et suiv., p. 317 et suiv., tome 33, 1872, p. 126 et suiv., tome 34, 1872, p. 61 et suiv.
- HUREAUX (J.-B.-A.), « Étude historique et critique sur la transmission de la propriété par acte entre-vifs », *Revue de droit français et étranger*, tome 3, 1846, p. 678 et suiv., p. 7765 et suiv., p. 841 et suiv., 897 et suiv., tome 4, 1847, p. 97 et suiv.
- IZORCHE (M.-L.), « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges Christian Mouly*, tome 1, Litec, 1998, p. 53.
- JACQUET (J.-M.), « Le droit de la vente des marchandises : le mélange des sources », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 90.

- JACQUET (J.-M.), « Le droit français des contrats et les Principes d'UNIDROIT », *Revue de droit uniforme*, 2008, n° 1/2, p. 179. Disponible en ligne : http://www.ohada.com/download/ohadata/D-09-11.pdf.
- JAMIN (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441.
- JESTAZ (Ph.), « L'obligation et la sanction. À la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 273.
- JESTAZ (Ph.), « La réserve de propriété ou la vente éclatée », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 227.
- JESTAZ (Ph.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1985, chr., p. 197.
- JOURDAIN (P.), « Les actes de disposition sur la chose indivise (conditions juridiques des actes irréguliers pendant l'indivision) », *RTD civ.* 1987, p. 498.
- JOURDAIN (P.), « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007.
- JOURDAIN (P.), « Responsabilité civile », *RTD civ.* 2006, p. 770.
- JOURDAIN, « De l'Aliénation, soit totale, soit partielle, du Droit de Propriété, par l'effet des Conventions ou autres Actes entre vifs », *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome 5, 1823, p. 481 et suiv.
- KAHN (Ph.), « La Convention de Haye du 1er juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels », *RTD com.* 1964, p. 689.
- KAHN (Ph.), « La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *RIDC* 1981, vol. 33, n° 4, pp. 951-986.
- KANAYAMA (N.), « Donner et garantir-un siècle après ou une autre histoire », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 473.
- LABBÉ (J.-E.), « Un mot sur la question des risques, souvenirs de droit romain à propos des articles 1138 et 1134 du Code civil », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1888, tome 12, p. 377.
- LAGARDE (P.), « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982.
- LAGARDE (P.), « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de loi ? », *RCDIP* 1964, p. 235.
- LARDEUX (G.), « Qu'est-ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire », *RTD civ.* 2013, p. 741.
- LARROUMET (Ch.), « La valeur des Principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP* 1997, I, 4011.
- LE TOURNEAU (Ph.), « Conformité et garantie dans la vente », *RTD civ.* 1980, p. 231.
- LE TOURNEAU (Ph.), « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *RTD civ.* 1988, p. 505.
- LEROUX (E.), « Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945 », *RTD civ.* 1974. 509.
- LEVY (G.), « Recherches sur quelques aspects de la garantie des vices cachés dans la vente des véhicules neufs et d'occasion », *RTD civ.* 1970, p. 3.
- LIKILLIMBA (G-A.), « La possession *corpore alieno* », *RTD civ.* 2005. 1.
- LOUSSOUARN (Y.), « Les conflits de lois en matière de réserve de propriété », in *Études en l'honneur de R. Houin*, Dalloz, 1985, p. 274.
- MARTIN (D.), « Du conflit relatif à la créance du prix de revente d'une marchandise acquise sous réserve de propriété », *D.* 1986, chr., p. 323.
- MARTIN DE LA MOUTTE (J.), « Les sanctions de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises, Études de Droit Commercial*, Dalloz, 1951, p. 187.
- MARTON (M.-G.), « Obligations de résultat et obligations de moyens », *RTD civ.* 1936, p. 498.
- MAYER (P.), « Les conflits de lois en matière de réserve de propriété et la loi du 12 mai 1980 », *JCP* 1981, I, 3019.
- MAZEAUD (D.), « A propos du droit virtuel des contrats : réflexion sur les Principes d'Unidroit et de la commission Lando », in *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 205.

- MAZEAUD (H.), « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936, p. 1.
- MAZEAUD (H.), « La maxime « *error communis facit jus* » », *RTD civ.* 1925, p. 929.
- MESTRE (J.) et FAGES (B.), « Obligations en général », *RTD civ.* 2006, p. 764.
- MEUKE (B.), « Les nouvelles normes du contrat commercial international : "Bref aperçu sur les Incoterms 2010" », *ohada.com/ohadata D-11-84*.
- MINGO (M.), « Art. 1624, Obligations du vendeur. Risque de la chose vendue », *J.-CL. Civ. 1998*, Vente, p. 1 et suiv.
- MORANÇAIS-DEMEESTER (M.-L.), « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ.* 1993, p. 757.
- MORIN (G.), « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux », *DPCI* 1980.
- MOULY (Ch.), « Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français ? », *D.* 1991, chr., p. 77 et suiv.
- MOULY (Ch.), « Le prix de vente et son paiement selon la convention de Vienne », *LPA*, 15 juin 1990, p. 16.
- MOUSSERON (J.-M.), « La durée dans la formation des contrats », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 509.
- MOUSSERON (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481.
- NICOLAU (G.), « L'équivoque entre vice et vertu », *RTD civ.* 1996, p. 57.
- NIZARD (F.), « Le transfert de propriété des valeurs mobilières : une réforme inachevée », *Revue Société*, n° 3/2004, p. 619.
- PAILLER (P.), « Clause de réserve de propriété : des conditions de son acceptation dans le cadre de relations d'affaires », *RLDC* 2012, n° 94, p. 27.
- PÉROCHON (F.), « La revendication favorisée », *D.* 1994, chr., p. 251.
- PERREAU (E.-H.), « Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé », *RTD civ.* 1911, p. 229.
- PETTITI (M.), « La réparation des atteintes au droit de propriété : l'application de l'article 41 de la CEDH. », in *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 97.
- PLANTAMP (D.), « Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale », *D.* 2000, chr., p. 243.
- PLANTARD (J.-P.), « Un nouveau droit uniforme de la vente internationale de marchandises : la Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980 », *JDI* 1988, p. 318.
- PUECHAVY (P.), « L'expropriation à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme. », in *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 81.
- QUÉZEL-AMBRUNAZ (C.), « La durée de la garantie de conformité dans la transposition de la directive de 1999 », *RLDC*, 2008, n° 54, p. 65.
- RADÉ (C.), « Pour une approche renouvelée de la théorie des risques », *LPA* 7 juillet 1995, n° 81.
- RAWACH (E.), « La validité des clauses exonératoires de responsabilité et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », *RIDC* 2001, vol. 53, p. 141-157.
- REMIEN (O.), « Le transfert de propriété-une perspective allemande », *RDC* 2013/4, p. 1714.
- REVET (Th.), « La prise d'effets du contrat », in « Durées et contrats », *RDC* 2004, p. 36.
- ROBLOT (R.), « Application et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, p. 710.
- RODIÈRE (R.), « Une notion menacée : La faute ordinaire dans les contrats », *RTD civ.* 1954, p. 201.
- ROLAND (H.), « Observations sur la vente des véhicules d'occasion », *D.* 1959, chr., p. 161.
- ROLAND (H.), « Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, p. 737.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », in *Mélanges Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985.
- SAMSON (C.), « L'harmonisation du droit de la vente : l'influence de la Convention de Vienne sur l'évolution et l'harmonisation du droit des provinces canadiennes », in *Les cahiers de droit*, vol. 32, n° 4, 1991, p. 1001-1026, éd. Faculté de droit de l'Université Laval.

- SCHLECHTRIEM (P.) et WITZ (C.), « Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises », par R. JEAN-BAPTISTE, *RIDC* 2009, vol. 60, n° 4, p. 899-901.
- SÉRIAUX (A.), « Res perit domino », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, p. 387.
- SUDAKA (A.), « Où en est la théorie des vices cachés dans la vente des véhicules d'occasion ? », *Gaz. Pal.* 1966, 1, doctrine, p. 61.
- SUDRE (F.), « Le « droit au respect de ses biens » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 1.
- TALLON (D.), « L'article 1184 du code civil. Un texte à rénover ? » in *Clés pour un siècle*, *Mélanges*, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2000.
- TALLON (D.), « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223 et suiv.
- TALLON (D.), « Le transfert de la propriété des marchandises vendues en dehors de la convention des parties », in J. HAMEL (Sous la dir.), *La vente commerciale de marchandises, Études de Droit Commercial,* Dalloz, 1951.
- TALLON (D.), « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à Gérard Cornu*, Puf, 1994, p. 429.
- TALLON (D.), « Le surprenant reveil de l'obligation de donner », *D.* 1992, chr., p. 67.
- TAVERNIER (P.), « Droit de propriété et protection de l'environnement devant la Cour de Strasbourg », in *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 61.
- TOULEMON (A.), « La propriété commerciale devant le Marché Commun », *RTD com.* 1964, p. 729.
- TOURNAFOND (O.), « Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente », *D.* 1989, chr., p. 237.
- TRICROIRE (J.-Ph.), « La réforme de la prescription en droit des biens et en droit de la construction », *LPA*, 24 juillet 2009, n° 147, p. 7.
- TRIGEAUD (J.-M.), « Réserve de propriété et transfert de propriété », *JCP E* 1982, II, 13744.
- VERHEYDEN-JEANMART (N.) et LEPOT-JOLY (N.), « L'opposabilité des contrats à l'égard des tiers et assimilés », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 222.
- VERNIÈRES (Ch.), « Le transfert de propriété des valeurs immobilières non cotées », *JCP E* 2007, 1840.
- VIDA (A.), « Garantie du vendeur et propriété industrielle : les "vices juridiques" dans la vente internationale de marchandises », *RTD com.* 1994, p. 21.
- VIRASSAMY (G.), « La connaissance et l'opposabilité », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (Sous la dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1994, p. 132.
- WESTER-OUISSE (V.), « Le transfert de propriété *solo consensu* : principe ou exception ? », *RTD civ.* 2013, p. 299.
- WITZ (C.), « Droit uniforme de la vente internationale de marchandises », *D.* 2008, pan., p. 383.
- WITZ (C.), « L'adaptation du droit français interne aux règles de la Convention de Vienne sur la vente international de marchandises » : in *Mélanges Christian Mouly*, 1998, Litec, tome 2, p. 205.
- WITZ (C.), « L'exclusion de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties », *D.* 1990, chr., p. 107.
- WITZ (C.), « La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises à l'épreuve de la jurisprudence naissante », *D.* 1995, chr., p. 143.
- WITZ (C.), « Le paiement du prix de vente, condition légale du transfert de propriété en matière mobilière ? Étude comparative », in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, 1999, p. 339.
- ZENATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 316.
- ZENATI (F.), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305.
- ZENATI (F.), « Propriété et droits réels », *RTD civ.* 1995, p. 149.
- ZENATI-CASTAING (F.), « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445.

V. ARTICLES SUR LE DROIT DE L'OHADA

- ABARCHI (D.), « La supranationalité de l'OHADA », *EDJA*, n° 44, janvier-mars 2000, p. 7. Version avant publication disponible sur : http://www.ohada.com/download/ohadata/D-02-02.pdf
- ADIDO (R.), « Réflexion sur le transfert de propriété des marchandises vendues dans l'espace francophone OHADA à la lumière du droit français », *Penant* 2003, n° 845, octobre-décembre 2003, p. 464. Disponible sur : http://www.ohada.com/download/ohadata/D-10-61.pdf
- ADIDO (R.), « Le domaine d'application de la commercialité par accessoire dans les systèmes OHADA et français », *Penant* 2005, n° 853, octobre-décembre 2005. Disponible sur : http://biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=1070
- ADJITA (A. S.), « L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale (OHADA) », *biblio.ohada.org*.
- ANOUKAHA (F.), « L'OHADA en marche », *biblio.ohada.org*.
- BATAKA (W. M.), « Le silence de l'OHADA et la survie partielle des lois nationales de recouvrement en cas d'arrêt des poursuites individuelles prolongé sans concordat », *biblio.ohada.org*.
- BEN KEMOU (L.), « L'OHADA, le temps et le diable : réflexions sur le Traité de Québec », *biblio.ohada.org*.
- BILE (K. E. Jr.), « Quelques considérations sur l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats », *OHADA.com/ohadata D-09-28*.
- BOUMAKANI (B.), « Le juge interne et le droit OHADA », *biblio.ohada.org*.
- CASHIN RITAINE (E.), « Nouvelles tendances en droit des obligations. Quel droit s'applique ? », *OHADA.com/ohadata D-09-06*.
- CASTELLANI (L. G.), « Assurer l'harmonisation du droit des contrats aux niveaux régional et mondial : la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et le rôle de la CNUDCI », *ohada.com, Doctrine, ohadata D-09-07*, ou in *Revue de droit uniforme, UNIDROIT*, 2008, n° 1/2, p. 101.
- DARAKOUM (E.), « Le critère de privation substantielle, condition de la résolution dans la vente commerciale OHADA », *biblio.ohada.org*.
- DARANKOUM (S. E.), « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution. », *OHADA.com/ohadata D-09-16*.
- DEWEDI (E.), « Les obligations post-contractuelles dans l'espace OHADA », *ohadata D-13-44*.
- DEWEDI (E.), « L'obligation de modérer le dommage dans l'espace OHADA », *ohadata D-13-45*.
- DIEDHOU (P.), « L'article 10 du Traité de l'OHADA : quelle portée abrogatoire et supranationale ? », *OHADA.com/ohadata D-08-05*.
- DIFFO TCHUNKAM (J.), « La distinction droit civil- droit commercial à l'épreuve de l'OHADA : une prospective de droit matériel uniforme », *ohada.org*.
- DIOUF (N.), « Droit commercial général : formation des magistrats des cours d'appel en droit OHADA du 26 mars au 06 avril 2007 », *biblio.ohada.org*.
- DJOGBENOU (J.), « La cause dans les contrats conclus sur le fondement des Actes uniformes de l'OHADA », *OHADA.com/ohadata D-09-46*.
- GOMEZ (J.-R.), « Un nouveau droit de la vente commerciale en Afrique », *Penant*, 1998, n° 827, p. 145, disponible sur : http://biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=1025
- HARISSOU (A.), « Nouveau traité OHADA : forces et faiblesses », *OHADA.com/ohadata D-13-59*.
- FENEON (A.), « L'influence de la CVIM sur le nouveau droit de la vente commerciale », *ohada. com ohadata D-10-59*.
- FIENI (P.), « Droit commercial dans l'espace OHADA : étude comparative de l'ancien et du nouvel Acte uniforme », *OHADA.com/ohadata D-13-34*.
- FEVILIYE-DAWEY (C. I.), « La problématique de l'interprétation et de l'application d'un droit commun : l'exemple du droit des affaires en Afrique », *ohada.org*.
- FEVILIYE (I.), « L'OHADA ou le droit au service de l'économie », *biblio.ohada.org*.

- FONTAINE (M.), « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : vue d'ensemble », *OHADA.com/ohadata D-11-23*.
- FONTAINE (M.), « Le projet d'Acte uniforme sur les contrats et les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *OHADA.com/ohadata D-05-01*.
- JOLIVET (E.), « L'harmonisation du droit OHADA des contrats : l'influence des principes d'UNIDROIT en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage », *OHADA.com/ohadata D-09-09*.
- KASSIA BI (O.), « Peut-on renouveler la théorie des Actes uniformes de commerce ? », *biblio.ohada.org*.
- KENFACK (G.), « L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA », *biblio.ohada.org*.
- KENFACK (G.), « Le Traité OHADA révisé », *biblio.ohada.org*.
- KENFACK DOUAJNI (G.), « Les États parties de l'OHADA et la Convention des nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *biblio.ohada.org*.
- KENFACK DOUAJNI (G.), « L'état actuel de l'OHADA », *biblio.ohada.org*.
- KENFACK DOUAJNI (G.), « Les innovations du Traité OHADA révisé », *OHADA.com/ ohadata D-13-58*.
- KENFACK DOUAJNI (G.), « La coordination de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec les autres Actes uniformes de l'OHADA », *OHADA.com/ohadata D-09-22*.
- KERE (I.), « L'OHADA et l'harmonisation du droit des contrats : propos et questions préliminaires », *OHAD.com/ohadata D-09-12*.
- KODO (J.), « Aperçu de l'application des Actes uniformes de l'OHADA », *biblio.ohada.org*.
- KOUADIO (K.), « Conflits de normes et application du droit communautaire dans l'espace OHADA », *ohada.org*.
- LOHOUES-OBLE (J.), « L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *OHADA.com/ohadata D-09-19*.
- MBA-OWONO (C.), « L'exception d'inexécution dans la vente commerciale en droit uniforme OHADA », *biblio.ohada.org*.
- MBAYE (M. N.), « Le transfert intracommunautaire de siège social dans l'espace OHADA », *biblio.ohada.org*.
- MBIKAYI (K.), « La confirmation des principes de bonne foi et de loyauté dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *OHADA.com/ohadata D-09-15*.
- MARTOR (B.), « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », *biblio.ohada.org*.
- MAINGUY (D.), « Le raisonnable » en droit (des affaires) », *OHADA.com/ohadata D-13-32*.
- MASAMBA (R.), « L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique », *biblio.ohada.org*.
- M'BOSSO (J.), « Le rôle des juridictions nationales et le droit harmonisé », *biblio.ohada.org*.
- M'BOSSO (J.), « L'expérience OHADA de la codification du droit des affaires : historiques, mécanisme de prise de décisions et portée de la législation adoptée dans les États membres », *biblio.ohada.org*.
- MDONTSA FONE (A. M.), « Réflexion sur l'article 10 du Traité OHADA », *ohada.org*.
- MDONTSA ÉP. FONE (A. M.), « OHADA : de quelques innovations juridiques », *biblio.ohada.org*.
- MESTRE (J.), « Regards contractuels sur l'OHADA », *OHADA.com/ohadata D-10-14*.
- MEYER (P.), « L'harmonisation du droit OHADA des contrats : Rapport général », *OHADA.com/ohadata D-09-23*.
- MONTCHO-AGBASSA (E.), « Le favor contractus et le droit OHADA », *OHADA.com* [en ligne], rubrique « Doctrine », n° Ohadata D-13-40, [s.d.], disponible sur : http://www.ohada.com/download/ohadata/D-13-40.pdf
- MONTERO (E.), « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats. », *OHADA.com/ohadata D-09-18*.
- NÈGRE (C.), « L'insécurité judiciaire : un obstacle à l'efficacité du droit OHADA », *bibilo.ohada.org*.
- NEVRY (R.), « L'adaptation du prix dans une vente internationale de marchandises par l'arbitrage international », *biblio.ohada.org*.
- NGWANZA (A. A.), « L'équilibre contractuel dans l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats », *OHADA.com/ohadata D-09-31*.

- NSIE (E.), « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le contrat de vente », *biblio.ohada.org*.
- NZAOU (A.), « L'OHADA, un nouveau visage avec le Traité de Québec de 2008 », *OHADA.com/ohadata D-13-63*.
- ONANA ETOUNDI (F.), « Les principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », *OHADA.com/ohadata D-05-63*.
- POUGOUÉ (P.-G.), « OHADA : instrument d'intégration juridique », *ohada.org*.
- POUGOUÉ (P.-G.), « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire », *OHADA.com/ohadata D-07-41*.
- ISSA-SAYEGH (J.), « L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone francs », *biblio.ohada.org*.
- ISSA-SAYEGH (J.), « Le caractère d'ordre public des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique(AUSCGIE) », *biblio.ohada.org*.
- ISSA-SAYEGH (J.), « La portée abrogatoire des Actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des États parties », *ohada.org*.
- ISSA-SAYEGH (J.), « La fonction juridictionnelle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage », *ohada.com D-02-16*.
- ISSA-SAYEGH (J.), « Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des États parties avec les Actes uniformes de l'OHADA et réciproquement », *biblio.ohada.org*.
- ISSA-SAYEGH (J.), « Présentation de l'Acte uniforme sur le droit commercial général », *biblio.ohada.org*.
- ISSA-SAYEGH (J.) et POGOUÉ (P. G.), « Communication : L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions », *OHADA.com/ohadata D-09-26*.
- SAWADOGO (H.), « L'application des Actes uniformes par les juridictions nationales du Burkina Faso », *ohada.org*.
- SIETCHOUA DJUITCHOKO (C.), « Les sources du droit de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des Affaires(OHADA) », *biblio.ohada.org*.
- SOSSA (D. C.), « L'adaptation dirigée du contrat du commerce international aux circonstances », *OHADA.com/ohadata D-10-49*.
- SOSSA (D. C.), « La question de l'introduction du principe de l'estoppel en droit communautaire OHADA », *biblio.ohada.org*.
- SOSSA (D. C.), « Le champ d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : contrat en général ; contrats commerciaux ; contrats de consommation », *OHADA.com/ohadata D-09-20*.
- TATAW ZOUEU (M.), « Libres propos sur l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats », *OHADA.COM/ohadata D-09-32*.
- TOE (S.), « Les enjeux et les perspectives du Traité OHADA révisé », *biblio.ohada.org*.
- ZINZINDOHOUE (A.), « Les juges nationaux et la loi aux prises avec le droit harmonisé », *Revue de droit des affaires internationales* 2000, n° 2. Disponible sur : http://biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=467

VI. COLLOQUES

- ANTAKI (N. N.), « Les défauts de conformité et les vices cachés en droit québécois », in *Les ventes internationales de marchandises*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires (Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), p. 340.
- BONASSIES (P.), « Vente internationale et droit de la concurrence », in *Les ventes internationales de marchandises*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires (Faculté de droit d'Aix-en— Provence, 7 et 8 mars 1980), p. 61

- BORYSEWICZ (M.), « Conventions et projets de convention sur la vente internationale de marchandises », in *Les ventes internationales de marchandises*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires (Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), p. 16
- CASSON (Ph.) et PIERRE (Ph.) (sous la dir.), « La réforme de la prescription en matière civile, Le chaos enfin régulé ? », colloque Rennes, 15 mai 2009, éd. 2010.
- CICILE-DELFOSSE (M.-L.) (sous la dir.), « L'appréhension par le droit de l'incorporalité, Le droit commun est-il apte à saisir l'incorporalité ? », colloque Rennes, 21 novembre 2008, *Lamy*, *novembre 2009*.
- DARBY (J.), « Le droit des États-Unis applicable à la vente internationale d'objets mobiliers corporels », in *Les ventes internationales de marchandises*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires (Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), p. 223.
- DERAINS (Y.) et GHESTIN (J.) (Sous la dir.), « La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms », Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989, LGDJ, 1990.
- DUCOULOUX-FAVARD (C.), « Conformités et garanties dans les ventes internationales d'objets mobiliers et corporels : problèmes de droit italien », in *Les ventes internationales de marchandises*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires (Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), p. 298.
- FORIERS (P.-A.), « Garantie et conformité dans le droit belge de la vente », in *Les ventes internationales de marchandises*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires (Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), p. 198.
- GHESTIN (J.), « Rapport de synthèse : harmonisation des droits nationaux en matière de conformité et de garanties », in *Les ventes internationales de marchandises*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires (Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), p. 367.
- HONDIUS (E.), « Conformités et garanties en droit néerlandais dans les ventes internationales d'objets mobiliers et corporels », in *Les ventes internationales de marchandises*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires (Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), p. 312.
- KHAN (Ph.), « Choisir la Convention plutôt que le droit français », in *Le nouveau droit de la vente internationale, La Convention de Vienne du 11 avril 1980*, Colloque du 21 octobre 1987, p. 1259.
- LE TOURNEAU (Ph.), « Conformités et garanties en droit français de la vente », in *Les ventes internationales de marchandises*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires (Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), p. 232.
- MEINERTZHANG-LIMPENS (A.), « Typologie des conditions générales dans la vente internationale d'objets mobiliers et corporels », in *Les ventes internationales de marchandises*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires (Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), p 79.
- MIGNOT (M.), « L'impossibilité d'exécuter », in FORTI (V.) et ANDREU (L.) (Sous la dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz, 2016, p. 173.
- MOULY (Ch.), « Faut-il retarder le transfert de la propriété », Colloque Université de Montpellier, *JCP E* 1995, Cahier du droit des entreprises, n° 5.
- PIGNARE (G.) (Sous la dir.), « Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations (Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil) », Dalloz, 2005, Actes du Colloque organisé le 10 décembre 2004 par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie.
- REVET (Th.), « L'incorporalité en droit des biens », colloque Rennes, 21 novembre 2008, *Lamy, novembre 2009*, p. 15.
- SIMLER (Ph.), « La réforme de la prescription, Aspects de droit des biens », colloque de Strasbourg, *LPA*, 24 juillet 2009, n° 147, p. 35 et suiv.
- STAUDER (B.) et STAUDER (H.), « Conformité et garanties dans les ventes internationales d'objet corporels en droit allemand », in *Les ventes internationales de marchandises,* Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires (Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), p. 161.
- STAUDER (B.), « Conformité et garanties dans les ventes internationales d'objet corporels en droit allemand », in *Les ventes internationales de marchandises*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires (Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), p. 123.

- THIEFFRY (J.), « La rédaction des conditions générales de vente », in *Les ventes internationales de marchandises*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires (Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), p. 110.
- WILL (M.), « Conflit entre conditions générales de vente », in *Les ventes internationales de marchandises*, Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires (Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), p. 99.

INDEX

Nota : les numéros renvoient aux paragraphes

— A —

- Absoluité du droit de propriété : 557, 575-576, 579, 584
  — Sens : 564, 577
- Abus de droit : 185, 261, 575, 666
- Accessoire : 194-195, 226, 653
- Acquéreur : 337, 341, 346, 358-359, 364, 373
- Acquisition de propriété : 87, 104, 106, 109-110, 135, 360, 375-376, 530, 533, 543, 545, 547, 552-553, 585, 588-589, 594, 605, 607, 612, 615-616, 621, 642, 706, 713, 716, 719
  — en droit romain : 102, 104-105, 109-110
- Actes de transfert de propriété : 58, 103-104, 111, 134-135
- Actio : 117-119, 125, 128
  — auctoritatis : 130
  — de modo agri : 130
  — empti : 125-126, 128-130, 132, 183
  — ex empto : 129-130
  — venditi : 122-123
- Action : 100, 112, 115, 118-120, 123-127, 131, 143, 147, 152-156, 159-160, 176-178, 186, 189, 228-229, 239, 355, 365, 368, 492, 551, 573, 614, 621, 641, 684, 724
  — de l'achat : 115
  — de la vente : 115, 120, 122
  — en revendication : 156, 159, 355, 368, 533, 539, 550-551, 571-572, 595, 634, 641, 684, 724
  — paulienne : 43
- Agréation : 550, 630
- Agrément : 316, 321, 324-328, 331-334
- Aliénation : 138
  — de la chose : 138, 531, 550
- *Auctor* : 130
- Avant-contrat : 315-316, 318-319, 345, 347, 351
- Avant-projet : 10, 51, 97, 165, 178, 235, 544, 663, 670, 677

— B —

- Bon père de famille : 20, 386, 425-428, 432, 437-439, 441-444, 449, 452-453
- Bonne foi : 20, 110, 126, 129, 132, 358, 388-389, 419, 433, 435, 443-444, 462, 493, 555, 587, 597-599

— C —

- Caducité : 516, 521, 673
- Cas fortuit : 13, 299, 365, 390, 411, 422, 445
- Causa : 112, 119, 121, 124, 132
- Cause
  — d'exonération de responsabilité : 4, 6
  — de risque : 2-3, 5-6, 497
  — étrangère : 3, 13, 425, 428
- Charge des risques : 1, 48-50, 53, 65, 84, 90-91, 93, 95-98, 100, 148, 161, 164-165, 170, 172, 190, 230, 233, 278, 283, 286, 294, 322, 407, 410, 412-413, 421-422, 454, 465-466, 468, 483-485, 487-489, 494-495, 499-500, 504-507, 509, 511-512, 514, 517-519, 523-525, 528, 530, 539-540, 543, 548, 591, 608-609, 611-612, 627-628, 633-634, 636, 641-643, 677, 682-685, 687-688, 692, 695, 702-703, 705, 710-711, 715-716, 718-719, 721-723, 726, 728
- Choses : 313, 321, 340, 538, 550
  — de genre : 53, 82, 88, 200, 222, 227, 236, 322, 333, 381, 528-530, 532, 540, 542-547, 550-553, 563, 608-609, 611-612, 615-616, 621, 624, 634, 640, 677, 687-688, 705, 718, 722-723
  — futures : 200, 222, 227, 527-528, 641, 645, 705, 716, 718-719, 722
- Clause : 99, 123, 139, 678-680
  — de constitut possessoire : 99, 139, 145, 260
  — de dessaisine-saisine : 99, 260
  — de réserve de propriété : 220, 222
- Condition : 344, 348-349, 351, 356, 466-467, 470, 475-477, 481, 490, 507, 524
  — résolutoire : 348-350, 357, 467, 476, 481, 506, 508-509, 511, 516-520, 523-524
  — suspensive : 316, 319-320, 338-339, 342, 344, 346, 348-351, 356-360, 467-469, 471-477, 479, 481-484, 486-487, 489-495, 497-498, 500-501, 505-506, 508-509, 512, 514-515, 517, 524-525

- Consentement : 52, 95, 98, 103-104, 115, 123, 127, 133, 135-136, 146, 148-149, 152, 154, 156, 171-173, 175, 190, 220, 222, 230-232, 244, 247, 250-251, 254, 260-261, 286, 290, 317, 351, 367-368, 371-372, 384, 392, 462, 537, 541, 611, 613, 688, 720, 726
  - — de l'acquéreur : 122, 176, 336, 368, 373, 381-382, 390, 396, 496, 501-502, 510, 550, 591, 689, 715
  - — de l'aliénateur : 127, 367, 372, 396
- Conservation : 92, 442, 449, 464, 618, 622
- Consommateur : 52
- Constitut possessoire : 260
  - — Rôle du… : 260
- Contrat : 349-350
  - — d'échange : 677
  - — d'entreprise : 450, 527-528, 643-647, 649-652, 654-662, 670, 675-684, 687, 690, 706, 712-714, 719
  - — de bail : 49, 398, 503
  - — de dépôt : 167, 224, 269, 398, 410, 412, 442, 450, 457, 504, 720
  - — de donation : 677
  - — de prêt à usage : 224, 398, 442, 449-450, 457, 503
  - — de vente : 67, 99, 106, 111, 276-277, 535-538, 540-543, 643, 645-647, 649-651, 654, 656-662, 666, 668, 670-672, 675, 677-679, 681-683, 713
- Contrôle de la marchandise : 346
- Convention
  - — de la Haye (1er juillet 1964) : 66, 73, 89
  - — de Vienne (11 avril 1980) : 1, 6-8, 11, 283, 609, 652, 723, 728
- Corps certain : 88, 95, 254, 333, 372, 378-380, 388, 390, 395, 397, 405, 411, 421, 450, 517, 529, 540, 542, 545-546, 589, 602, 611, 616, 641, 698, 720, 725
- CVIM : Voir : Convention : de Vienne (11 avril 1980)

— D —

- Dare : 204, 206-211, 213, 215-216, 223, 227, 725
  - — Sens élargi : 212-213
  - — Sens restreint : 204-205, 211
  - — Véritable signification : 207-209
- *Datio* : 209
- Dégustation : 311-314, 317-318, 324, 326-327, 331, 333, 336, 338, 340
  - — Nature juridique de la… : 312, 315
- Délivrance : 61, 82, 96, 99, 103-110, 112, 124-125, 149, 156, 223, 311, 326, 333, 348, 350, 355, 366-368, 375, 381, 388-390, 393, 395, 398, 402-403, 422, 463-464, 496, 500, 550, 621, 631, 705, 724, 728
  - — consensuelle : 171, 173-174, 230, 232, 242, 251, 254-255, 257-258, 260, 263-264, 270, 286, 296-298, 307, 309, 329, 336, 360, 367-368, 370, 372, 380-382, 408, 524, 526, 611, 626, 641, 688, 699, 716, 726-727
  - — dans la vente de choses de genre : 335
  - — Définition de la… : 233-234, 237-241, 247, 263
  - — Effectivité de la… : 62-64, 77, 89, 91, 172-175, 224, 247, 261, 295, 298, 308, 328-329, 332, 334, 362-364, 367-368, 372-373, 380, 382, 389-390, 401, 405, 495, 510, 522, 539, 543, 550, 609, 618, 625, 627, 630, 634-635, 637-638, 640-641, 689-691, 695, 698-699, 703, 705, 711, 715-717, 719, 726
  - — en ancien droit français : 133-134, 137-140, 368
  - — en droit romain : 105, 112, 131-132, 368
  - — Exécution de la… : 77, 94, 104-109, 122, 167, 242-243, 245-249, 251, 254, 257, 262, 294, 327, 332, 334, 338, 342, 346, 360-361, 364, 368, 372-373, 382-383, 405, 455, 457-458, 495, 515, 611, 617, 628-629, 633, 707-708
  - — Forme de la… : 105, 107-109, 133, 230, 243, 245-248, 250, 252-254, 260, 329, 332, 367
  - — Ineffectivité de la… : 89, 96, 159, 172, 174-176, 248, 295-296, 299-300, 302-303, 308, 346, 367-368, 373, 382, 396, 502, 510, 513, 541-543, 638, 691, 698, 716-717, 726
  - — Modes de… : 105, 107-109, 242, 250-251, 253-254, 262-263
  - — Objet de la… : 243, 331, 338, 340, 371
- Détermination du prix : 318, 325, 343, 663-670, 673-675, 681
- Devoir général d'abstention à l'égard de la chose d'autrui : 43-44, 555, 559, 565, 570-571, 574, 580, 582, 592-593, 598-599, 603, 718
- Doctrine du droit naturel : 100, 146, 154-156, 160, 165-168, 170, 175, 177, 182-184, 186-190, 192, 268, 270-271, 368, 724
- Dol : 126, 132
  - — du vendeur : 126, 132

- Dommages-intérêts : 87, 153, 418-419, 425, 502, 529, 538, 551, 596-597, 599, 613-614, 664, 691, 693
  - — Exclusion des… : 25-28, 32, 74, 691, 693-694, 702
- Droit de propriété : Voir : Absoluité du droit de propriété
- Droit de suite : 159, 533, 549, 552, 608, 684, 725
- Droit personnel : 40, 154, 156, 158-160, 186, 213, 228, 355, 368, 553, 555-560, 564, 567, 573-575, 605, 621, 641, 724
- Droit réel : 40, 100, 114, 156, 186, 213, 228, 355, 368, 553, 555-558, 560, 563-564, 567, 596, 641, 724

— E —

- Empêchement : 10-12
- Emptio-venditio : 104, 112, 114-115, 120-121, 124-125, 368
  - — Effet non obligatoire de l'… : 112-113, 115-116, 123-124, 132, 368
  - — Effet non translatif de propriété de l'… : 125
- Emptor, emptori : 125, 269
- Enlèvement de la chose : 259-260, 328, 332, 367, 390, 442, 620-622
- Essai : 338, 340-341, 343, 345-346, 348, 350, 352-358, 360-366
  - — Faculté d'… : 337, 342, 346-347, 350
  - — Nature juridique de l'… : 339, 344
  - — Vente à l'… : Voir : Vente : à l'essai
- Exception d'inexécution : 153
- Exécution : 322-323, 326, 338, 348, 444, 614
  - — de l'obligation de délivrance : 323, 489, 527
  - — forcée : 31, 153, 355
  - — par équivalent : 153
- Exercice du droit : 358, 546-547, 562, 564-569, 581
  - — Domaine de l'… : 565-567, 576, 584
- Exonération : 46, 408, 414, 420
  - — de responsabilité : 38, 40-44, 84, 408, 415, 434, 460
- Expédition de marchandises : Voir aussi : Notification : de l'expédition de la marchandise, 305, 637-639
- Expérimentation : 309-310
- Extinction de l'obligation : Voir : Obligation : Extinction de l'…
- **— F —**
- Fait
  - — du créancier : 43
  - — du débiteur : 37, 43
  - — du prince : 33-34
  - — du tiers absolu : 7, 33-34, 39-42, 45, 356-357
  - — du tiers chargé de l'exécution de l'obligation : 34-38, 41, 45
  - — illégitime du tiers absolu : 43-44, 46
  - — légitime du tiers absolu : 43
- Faute : 4, 43, 321, 413-415, 417, 419, 428, 430-433, 437-438, 441, 572, 574, 580, 591-592, 597-599, 602, 605, 693, 702-703, 719
  - — contractuelle : 413-418, 428, 430-434, 440-441, 443-444, 449-450, 453, 463
  - — délictuelle : 416, 428, 592-594, 596, 600
  - — Gradation de la… : 432, 434
  - — légère : 428, 433, 436, 441, 443
  - — lourde : 433, 435, 443
  - — très légère : 433, 436
- Fiction juridique : 515, 578
- Force majeure : 7, 9, 13, 24-25, 32-33, 36, 42, 46, 56, 78, 95, 171, 179, 193, 197, 200, 365, 404-405, 411, 413, 419-422, 425, 430, 445-449, 453, 455, 458, 461, 497, 515-517, 537, 627, 704, 711, 715, 718, 723
  - — Caractères de la… : 15
  - — Effets de la… : 47, 465-466
  - — Imprévisibilité : 17-20, 692
  - — indépendante de la volonté du débiteur : 10, 16, 39
  - — Irrésistibilité : 21-23, 446, 448-449, 692
  - — Portée spatiale de la… : 37-38, 407, 413, 420-422, 465, 627, 711
- Formation du contrat de vente : 63, 79, 95, 97, 104, 151, 155, 157-158, 163, 171, 173, 176, 179, 230, 254-261, 309, 311-312, 316-318, 320, 324, 326, 329, 332, 336, 338-341, 343, 346-347, 349, 351, 354-355, 357, 359, 362, 366-369, 372, 382, 537, 545, 589-590, 611-614, 633, 640, 663-675, 677, 681-682, 723, 726
- Fraude : 607, 624, 628
- Fruits : 166, 707-708

— G —

- Garantie : 126, 365
  - — d'éviction : 110, 125-126, 128, 130, 365-366
  - — de vices cachés : 125-126, 130, 342, 365-366, 678-681

— I —

- In jure cessio : 107-109, 124, 127-128, 130-131, 137, 183
- Individualisation de la chose : 53-54, 64, 77, 82, 88, 152, 176, 200, 333-334, 527, 529, 534, 536, 538, 540-547, 550-551, 563, 609-610, 612, 614-623, 625-626, 628, 630, 634, 637, 640-641, 718, 722, 726
  - — contradictoire : 64, 334, 550, 623-625, 628-629, 631-632, 634, 640, 726
  - — unilatérale : 64, 626-627, 632-633
- Inexécution : 6, 24, 346
  - — fautive de l'obligation : 6, 26, 29-31, 43, 153
  - — fortuite de l'obligation : 24-28, 32, 47, 49, 89, 197, 723

— L —

- Livraison : 58, 61, 63, 82, 107, 172, 205, 212-213, 224, 235-237, 241, 290-292, 386, 388, 457-458, 534, 629, 635, 639, 659, 687-688, 716
  - — Prise de… : 55, 57-58, 63-64, 76, 78, 81-82, 86, 89, 96-97, 107, 128, 158, 174, 177, 224, 231, 236, 240-241, 245-247, 253, 255, 257, 259-260, 303, 367, 372, 388, 390, 395-396, 402, 405, 457, 523, 527, 537, 619, 631, 635, 638, 640, 688, 690, 692, 695, 698, 704, 711, 715-716, 719, 726, 728

— M —

- Mancipatio : 105-106, 108-109, 124, 127-128, 130-131, 137, 183, 227
- Mauvaise foi : 80, 425, 435, 444, 450, 537, 550, 552, 597-599, 602-603, 606, 665
  - — du débiteur : 80, 159, 425, 435, 589-590, 592, 624, 628
- Mise en demeure : 301-302, 383-384, 391, 413, 417-419, 423, 451-453, 455, 458-459, 461-463, 496, 504-505, 510, 522, 690, 692, 698, 700-701, 703, 711, 715, 717, 719, 721-722, 726
  - — de l'aliénateur : 173, 461
  - — du créancier : 416, 464, 688, 711
  - — du débiteur : 173, 414, 450, 456-457, 460, 502
  - — du maître de l'ouvrage : 689-692, 695, 697-699, 704-705, 717, 726
  - — Rôle de la… : 413, 451, 465-466
- Mise en possession : 108-109, 111-112, 122, 126, 128-129, 139-140, 197, 227, 233, 242, 246-251, 253-254, 256, 260-264, 283, 285, 307, 324, 672, 690
- *Modus* : 111

— N —

- Notification
  - — de l'expédition de la marchandise : 637-639
  - — de mise à disposition : 636, 640

— O —

- Objet : 109, 191, 199, 338, 351, 542, 560, 569, 588, 605
  - — de l'obligation : 141, 195, 202, 206, 208-210, 213-214, 219, 223, 379, 411, 521, 644, 648, 658-662, 668, 670-672, 694, 702, 717
  - — de la délivrance : 24, 91, 195, 197, 199, 213, 231, 233, 236, 261, 412, 525-528, 607, 661
  - — immobilier : 248
  - — mobilier : 106, 244-247
- Obligation
  - — accessoire : 126, 386, 388-390, 403
  - — caractéristique : 113, 115-116, 120-122, 393, 398, 465, 645-646, 649, 660, 662
  - — Conceptionde l'… : 117-120, 122
  - — conditionnelle : 351, 477-480, 494, 510
  - — de conformité : 67, 91, 311, 331, 338, 342, 345-346, 363, 387, 404, 537, 624, 629-631, 655, 657, 680, 689, 710
  - — de conservation : 92, 94-96, 99, 158, 173, 175, 199, 205, 224, 241, 255, 261, 286, 294, 296, 298, 302-303, 332, 358, 367, 371-372, 376, 381, 383-393, 395-405, 409, 411-412, 419-420, 423-431, 433, 435-436, 439, 441-444, 449-454, 456-457, 462-463, 465-466, 495-497, 501-504, 510, 513, 522, 539, 617, 619, 636, 640, 685-686, 689-690, 695-697, 699, 703-704, 711, 715, 717, 719-722, 726
  - — de dare : 203-206, 211-212

— de délivrance : 55, 67, 79, 86, 94-95, 97, 99-100, 111, 120-122, 136, 161, 172, 202, 222, 230, 233, 237, 263, 302, 370-371, 373-376, 380, 382-385, 387, 389, 391-392, 399-400, 403, 406-407, 411, 414, 419, 423, 442, 451-454, 456-457, 459, 461-462, 465-467, 483, 485, 489, 494-495, 504-505, 525-527, 529, 543, 546, 606-607, 609, 611, 614, 619, 624, 626, 635, 638, 641, 643, 683-689, 694-697, 699, 703, 716, 718-723, 725-726, 728

— de donner : 85, 202-203, 205-207, 209-210, 213, 216-220, 222-224, 386, 408, 427, 725

— de faire : 85, 223, 235, 257, 646-647

— de garantie : 110, 125, 128, 130, 132, 366, 678-679, 681

— de moyen : 431, 443-445, 448, 658

— de ne pas faire : 85, 258, 262-263

— de restitution : 29, 213, 391, 398-399, 403-404, 410-412, 414, 419, 422, 442, 452-453, 455-456, 458-459, 465-466, 503-504, 514-515, 517-519, 522, 665, 726

— de résultat : 431, 443-444, 447-448, 658

— en général : 66, 86, 91, 96, 99, 114-115, 117-121, 124, 131, 146, 151, 202, 225, 271, 338, 341, 348-349, 351, 362, 365, 368, 425-426, 429, 443, 445, 471, 475-476, 481, 483, 509, 514, 516, 521, 554, 561, 655, 657

— Extinction de l'… : 28-29, 374, 378, 384, 395, 399-404, 411, 415, 417, 453, 458, 465-466, 469, 494, 497, 503, 703, 723, 726

— principale : 88, 222, 397-398, 462, 692

— pure et simple : 478-479, 487

- Offre : 317-318

— à personne déterminée : 317

- OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires) : 1, 6-9, 23, 97, 283, 609, 723, 728

- Opposabilité du droit : 553, 555-556, 558-559, 564-565, 568-571, 573, 577, 581-582, 586, 592, 595, 598, 600-601, 605, 641, 718

— Domaine de l'… : 569-571, 576-577, 580-581, 593, 603, 608

— Droit personnel : 40, 553, 555-556, 560, 562-564, 573, 583, 585, 604, 606-608

— Droit réel : 532, 552-553, 555-556, 560, 563-564, 573, 575, 580, 586, 641, 718

- Ordre public : 558

— P —

- Perfection : 292, 297, 541, 612, 614

— de la vente : 314, 325, 354, 529, 536, 541, 610, 612-613, 640, 672

- Plus-value : 166, 179-181, 183-186, 193-202

- Possession : 104, 108, 124, 227, 240, 537, 545, 553, 572, 587-590, 594, 606, 618-619

— civile : 238, 241

— naturelle : 104, 588-589, 600, 602, 607

- Préjudice : 25, 27, 47, 415, 418, 436-437, 440, 464, 596, 701

— Réparation du… : 28, 47, 126, 128, 303-304, 440, 691

- Prescription : 110

— Délai de… : 110

- Principe : 56-57, 98, 123, 127, 153, 174, 230, 255, 369, 497, 557, 564, 576, 618, 655, 668, 711, 723

— de bonne foi : 126, 221, 388, 390, 450

— général de droit : 40, 576, 582, 668

- Principes européens de droit des contrats : 11

- Principes Unidroit : Voir : Unidroit (Principes…)

- Promesse : 316

— de vente : 317, 320, 345, 347, 673

— unilatérale : 316, 344-345, 347

- Propriété : 355-356

— Droit de… : 1, 66, 68-71, 73-74, 81, 87, 187, 241, 354, 356-357, 364, 421-422, 454, 465-466, 485, 489, 519, 526, 534, 541, 546-547, 549, 556-558, 560, 563, 568, 571-579, 590-592, 594-596, 600-602, 604-605, 608, 639, 643, 676, 684, 686, 696-697, 700, 709, 721-722, 724, 728

— Transfert de… : 49, 53, 63, 65-67, 70-73, 78, 81, 94-97, 99-100, 104-111, 157, 165, 168, 170, 172, 189, 209-210, 212, 217-219, 221-223, 225, 227, 229, 233, 239, 254, 260, 269, 284, 291, 353, 355, 357, 360, 388, 395, 412, 421, 465, 467, 485, 487, 489, 519, 529, 532, 537-538, 541-543, 548-549, 552-553, 563, 586, 592, 604-606, 611, 621, 626-627, 634, 638, 641, 643, 671, 676-677, 681, 683-684, 687, 709, 718, 723, 725, 727-728

- Publicité : 127, 145, 587-588, 590-591, 600, 606-607

— Droit personnel : 145

— Q —

- Qualification : 649

— du contrat : 646, 649, 652, 655, 657, 706

— mixte : 649-651
— unitaire : 649, 652-653, 655-656

— R —

- Raisonnable, raisonnablement : Voir : Bon père de famille
- Remise de la chose : 59, 61, 76-77, 79-80, 98, 122, 175, 202, 205, 214-215, 219, 223, 244-246, 249-251, 261-262, 295, 303, 337-338, 350, 354, 356, 360, 362-363, 373-374, 383, 387, 389-391, 398, 410, 462-463, 497, 504, 539, 621, 634, 637
— à titre de délivrance : 401, 403
— à titre de prise de livraison : 400-402
- Res perit creditori : 49, 94-96, 170, 191-192, 197, 201-202, 227, 269, 271, 298, 324, 332, 364-365, 453, 463-466, 496, 501-502, 504, 509-510, 522, 695, 699, 715, 717, 721, 726
- Res perit debitori : 47, 49, 84-86, 94, 96, 300, 486, 489, 494-495, 500, 502, 510, 522, 717
- Res perit domino : 47, 49-50, 52, 54-55, 57, 59, 63, 73, 84-88, 94-95, 97, 99-100, 161-165, 169-170, 172, 178-181, 183, 185, 188, 191-192, 198-199, 202, 227, 229-230, 232, 264-267, 269-271, 273-277, 280-281, 289, 301, 303-304, 306, 308, 324, 336, 354, 358-359, 367-368, 371, 406, 408-409, 454, 460, 485, 487-488, 499-500, 509, 513, 518-519, 524-526, 528, 531, 533-535, 540, 542-546, 611, 634, 638, 641, 643-644, 677, 683, 721-722, 724, 727
- Réserve de propriété : 220, 222, 274
- Résolution : 29, 332, 362, 365, 693
— Caractère de la… : 29
— de plein droit : 29-30, 32, 693
— Effet de la… : 29
— extrajudiciaire : 29-31
— judiciaire : 29-32
- Responsabilité : 416, 424, 428-429, 431-432, 435-436, 678
— contractuelle : 28, 36, 424, 428-432, 434-440, 443-444, 463, 583
— délictuelle : 4, 43-44, 46, 583
- Retirement : 58, 96, 173, 186, 229, 231, 236, 246, 253, 257, 307, 327-328, 389-390, 401-402, 442, 454, 457, 543, 550, 607, 617, 626, 629, 635-636, 640, 711, 715, 726
— de la chose : 246, 332, 367, 372, 388-390, 401-402, 442, 453, 457, 522, 539, 550, 619, 711
- Rétractation : 121, 184
— de l'obligation : 151
— de l'offre : 318
- Rétroactivité : 357, 359-360, 477-479, 487, 490-494, 512-513, 515, 521
— Effet de la… : 360, 487, 493, 511, 514, 519-520, 523
- Révocation : 467
— de l'obligation : 506
— du contrat : 123
- Risques : 1, 52, 59, 63, 74, 79, 147, 167-168, 197, 264, 279-280, 282, 284, 287-288, 292, 301, 324, 329, 335, 352-355, 358, 360-361, 364, 367-372, 374, 458-459, 498, 515, 520, 531, 549, 620, 635, 724, 727
— Attribution des… : 62, 95, 99-100, 175-177, 193, 199, 228, 309, 326-327, 330-332, 334, 336, 352, 354, 357-360, 367-369, 371, 405-406, 413-416, 418, 420, 453, 455-456, 463-464, 478, 486-487, 495-496, 501, 513, 526, 529, 539, 543-544, 612, 615, 617-619, 626, 638-639, 691-692, 699-700, 704, 709, 711, 714-715, 719, 723-724, 726
— de la chose : 75, 86-87, 90
— du contrat : 86-87
— Notion de… : 4, 6-7, 537
— Transfert des… : 52, 75-76, 79, 82, 88, 91, 170, 283, 285, 609, 636, 723-724

— S —

- Spécification de la chose : Voir : Individualisation de la chose
- *Stipulatio* : 128

— T —

- Terme : 383, 391-392, 452, 466-475, 482-483, 497
— extinctif : 469, 497, 503
— suspensif : 468-475, 497-500, 502-503, 505, 524
- *Titulus* : 111
- Tradition : 108-109, 124, 128, 130-131, 173, 177, 183-184, 191, 208, 227, 261
— de brève main : 108, 139
— feinte : 139, 142-145, 147, 149, 260
— réelle : 95-96, 108, 139, 144, 172, 245, 259, 396, 398, 521, 523, 525, 539, 551, 589, 618, 641

- Transfert de propriété : 52, 68, 102-103, 111, 192, 204, 206, 226, 231, 238, 263, 279, 329, 368-371, 390, 393, 401, 405, 408, 419, 460-461, 486, 493, 521, 528, 530-531, 534, 536, 540, 544-545, 588, 608
  - — dans l'ancien droit français : 135-136, 139-141
  - — dans la Convention de Vienne : 66-68
  - — dans le Code civil de 1804 : 98, 148, 154
  - — en droit de l'OHADA : 57-58
  - — en droit romain : 114, 127, 132, 166
  - — solo consensu : 95, 97-101, 133, 146, 156-158, 163-164, 178-180, 191, 202, 212, 216, 220, 228-230, 232, 255, 264, 281, 309, 357, 367, 370, 372, 519, 525, 533, 545, 553, 586-587, 604, 607, 728
- Transfert de propriété *solo consensu*
  - — Finalité du… : 189, 355-356, 368-369, 371, 537-539, 549, 589, 627, 641, 724-725
- Transport : 60, 235-236, 241, 244, 247, 332, 639
  - — de la chose : 59-60, 62-63, 76, 78-80, 89, 234-235, 237, 240, 260, 263, 304, 457, 633-637
  - — du droit : 234-235, 237-238, 240

— U —

- Unidroit (Principes…) : 11
- Usucapio : 110-111
  - — Délai d'… : 110

— V —

- Vendeur : 337, 358, 364, 373, 491, 728
- Vente : 111, 311-312, 316, 337, 357, 359, 368, 652
  - — à l'essai : 310, 336-338, 340-341, 351-352, 354, 357, 359, 362, 366-367
  - — à la dégustation : 310-311, 318, 320, 322, 326-327, 329-333, 335-337, 340, 367
  - — avec expérimentation : 367
  - — de chose de genre : 37, 53-54, 74, 152, 175-176, 220, 278, 330, 332-333, 335, 612, 629, 642-643, 705, 726
  - — de chose future : 74, 220, 642-644, 662, 677, 682, 684, 687, 706-707, 712-714, 726
  - — de corps certain : 285
  - — en disponible : 174, 230-231, 284, 309-310, 326, 338
  - — Exécution de la… : 285, 324-325
  - — pure et simple : 121, 171, 175-176, 284-285, 322, 327, 367-368, 372, 660, 682, 726
  - — traditionnelle : 171, 284-285, 367, 660, 682
- *Verbis* : 131
- Vérification de la chose : 63, 363, 537, 630-631
- Verus dominus : 126, 128, 130
- Vice caché : 130, 342, 678-681, 704
- Violation : 443, 591, 604
- Volonté : 98, 103, 123, 127, 132, 151-152, 176, 200, 221-222, 225, 231, 247, 258, 261, 286-287, 340-341, 343, 346, 348, 351, 354, 372-373, 382, 384, 392, 397, 433, 435, 461-462, 464, 467, 497, 514, 526, 546, 556, 621, 666, 669, 720, 726

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire 11
Liste des abréviations, des sigles et des acronymes 13

INTRODUCTION 15

Section I. La force majeure 21
§ 1. Les définitions de la force majeure 22
A. Le droit de l'OHADA 22
B. La CVIM 23
C. Le droit français 25
§ 2. Les caractères de la force majeure 26
A. Condition relative au rapport entre le débiteur et la force majeure 26
B. Condition relative à la survenance de la force majeure 28
C. Condition relative aux effets de la force majeure 31
1. L'irrésistibilité de l'événement 31
2. Le sort du contrat 33
§ 3. La force majeure et le fait d'un tiers absolu 40
A. Le tiers chargé de l'exécution de l'obligation 40
B. Le tiers absolu 44
Section II. Traitement du risque 49
§ 1. Solutions des risques 50
A. Le droit positif français 50
B. Le droit de l'OHADA 59
C. La CVIM 65
1. La CVIM et la question du droit de propriété 65
2. Les différentes solutions de la charge des risques 73
§ 2. Critique des solutions retenues en droits positifs français et uniformes 80

PARTIE I. LA SÉPARATION SIMPLEMENT OCCULTÉE PAR LA DÉLIVRANCE INSTANTANÉE 93

TITRE I. LA FINALITÉ DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ *SOLO CONSENSU* 101

CHAPITRE I. LES ORIGINES DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ *SOLO CONSENSU* 105

Section I. Précédents historiques du Code civil 107
§ 1. Le droit romain 108
A. Opérations de transfert de la propriété 109
1. Deux accords successifs de volontés 109
2. Les formes de la délivrance 110
3. Le caractère hypothétique du transfert de la propriété 115
B. Doute sur l'effet obligatoire de l'*emptio-venditio* 118
1. Risque de confusion entre la vente romaine et celle du Code civil 119
2. Les conceptions romaines de l'obligation 122
a. Identification de l'obligation à l'action en justice 122
b. Séparation de l'obligation de l'action en justice 124
3. Vérification à l'égard des prestations caractéristiques 125
a. À l'égard de l'acheteur 125
b. À l'égard du vendeur 129
§ 2. L'Ancien Droit français 138
A. Actes de transfert de propriété 138
1. Les deux étapes dans l'acquisition de la propriété 138

2. Les formes de la délivrance 139
3. Le but de la délivrance 141
B. L'absence de l'effet obligatoire du contrat de vente 142
1. L'effet de la vente pratiquée sous l'Ancien Droit français 142
2. La fonction de la tradition feinte 143
3. La correspondance entre la tradition feinte et la doctrine du droit naturel 144
Section II. Travaux préparatoires du Code civil 149
§ 1. L'affirmation du plein effet obligatoire de la vente 149
A. Droits personnels offerts à l'acquéreur 149
1. Déclaration des codificateurs 150
2. Insistance sur la vente créatrice d'obligation 151
B. Droits réels en faveur de l'acquéreur 152
1. Rappel de l'opinion de la doctrine du droit naturel 152
2. Lieu de naissance de toutes les actions en justice 154
§ 2. La charge des risques et le transfert de la propriété 156
A. La quasi-absence de la question de la règle *res perit domino* 156
1. La règle *res perit domino* dans deux discours de présentation des projets de lois 157
2. Débats sur le projet de l'article 1585 158
B. L'association des risques à l'obligation de délivrance 161
1. La règle *res perit domino* et la doctrine du droit naturel 161
2. Le sens précis et technique des discours de Bigot-Préameneu et de Grenier 163
Conclusion du Chapitre I 167
CHAPITRE II. LA CRITIQUE DE L'ASSOCIATION DE LA CHARGE DES RISQUES AU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ 169
Section I. Argument issu de la corrélation entre le risque et la plus-value de la chose vendue 171
§ 1. Le rejet de la plus-value de la chose vendue à raison de son contexte 172
A. S'agissant de la nature de la tradition de la chose 172
1. La doctrine du droit naturel à l'égard de la tradition issue du droit romain 172
2. Le nœud de la critique 174
B. S'agissant du moment du transfert de la propriété 175
1. Les deux aspects dans le transfert complet de la propriété 176
2. La réception dans le Code civil du transfert complet de la propriété 177
§ 2. Le rejet de la plus-value de la chose vendue à raison de ses caractères 179
A. Le caractère accessoire de la plus-value 179
1. La distinction entre la plus-value et l'accessoire de la chose 179
2. La plus-value à l'égard des risques 180
B. Le caractère hypothétique de la plus-value 182
Section II. Argument issu du caractère obligationnel du transfert de propriété *solo consensu* 185
§ 1. Le sens de l'ancienne obligation de donner 186
A. Sens restreint du terme donner dans le droit romain 187
1. Transférer le droit de propriété 187
2. Véritable signification du terme *dare* 189
B. Sens élargi du terme donner dans le droit romain 193
1. Transférer tout droit 193
2. Limite de l'analyse 194
§ 2. Nature du transfert de propriété 196
A. Rejet de l'effet obligationnel du contrat 197
1. Forme prétendue de l'exécution de l'ancienne obligation de donner 197
2. Forme contestée et contestable 199

3. Exécution de l'obligation de donner dans l'entendement des codificateurs 202
B. Qualification d'effet légal du contrat 204
Conclusion du Chapitre II 207
Conclusion du Titre I 209

TITRE II. ATTRIBUTION DE LA CHARGE DES RISQUES PAR LA DÉLIVRANCE *SOLO CONSENSU* 211

CHAPITRE I. LA VENTE EN DISPONIBLE ORDINAIRE 215

Section I. Les manifestations de l'exécution de la délivrance 217
§ 1. L'obligation de délivrance 217
A. La définition de la délivrance posée à l'article 1604 218
1. Le transport de la chose 219
2. Le contenu de la délivrance résultant de sa règlementation générale 220
3. Le transfert du droit 221
B. La définition relativement correcte au regard du système du Code civil 222
§ 2. La délivrance *solo consensu* 224
A. Les modes de délivrance ramenés à des modes de preuve de la mise en possession effective 224
1. Objet mobilier 225
2. Objet immobilier 226
3. Objet incorporel 227
B. L'exécution de la délivrance 228
1. La véritable forme de la délivrance 228
2. Le moment de la délivrance 230

Section II. La charges des risques et la délivrance dans l'ancien article 1138 du Code civil 237
§ 1. La dissociation de la charge des risques du transfert de propriété 237
A. Règle *res perit domino*, résultat d'un simple empressement de la doctrine à l'égard du droit romain 238
1. L'approche générale de la doctrine dans la recherche du sens de l'ancien article 1138 238
2. L'improbabilité de la reprise de la règle *res perit domino* par les codificateurs 242
B. La généralité inaperçue de la dissociation de la charge des risques du transfert de propriété dans le Code civil 244
1. Dans la règlementation du contrat de vente 244
2. Dans les règlementations relatives aux contrats de donation et d'échange 246
§ 2. Le sens de l'ancien article 1138 246
A. L'hypothèse de principe excluant la question de l'attribution des risques 247
1. Le siège de l'hypothèse dans le Code civil 247
2. L'exécution du contrat de vente dans cette hypothèse 249
B. L'hypothèse exceptionnelle de la question des risques 251
1. La structure de l'ancien article 1138 251
2. Domat, dans l'alinéa 2 de l'ancien article 1138 255
a. L'hypothèse règlementée dans l'ancien article 1138, alinéa 2 255
b. Les deux cas composant l'hypothèse dans l'ancien article 1138, alinéa 2 256
i. Le premier cas 257
ii. Le deuxième cas 258
c. L'hypothèse de l'article L. 132-7 du Code de commerce 263
Conclusion du Chapitre I 265

CHAPITRE II. LA VENTE AVEC FACULTÉ D'EXPÉRIMENTATION 267

Section I. Vente à la dégustation de l'article 1587 du Code civil 269
§ 1. La formation de la vente à la dégustation 269
A. Domaine de la vente à la dégustation 270
B. Qualification de la faculté de dégustation 271
1. Le rejet d'un avant-contrat 272
2. Le rejet de la condition suspensive 275
§ 2. La question des risques dans la vente à la dégustation 276
A. L'inexistence de la question des risques dans la vente à la dégustation pure et simple 277
1. Le moment de l'exécution de l'obligation de délivrance 277
2. L'exclusion de la question des risques 278
B. La question des risques dans la vente à la dégustation à livrer ou de choses de genre 280
1. Vente à la dégustation conclue à la fois à distance et à livrer 280
2. Vente à la dégustation portant sur les choses de genre 282
Section II. Vente à l'essai de l'article 1588 du Code civil 285
§ 1. La formation de la vente à l'essai 285
A. Le moment de la formation de la vente à l'essai 286
B. La nature juridique de l'essai convenu 289
1. Rejet de la promesse unilatérale 289
2. Résultat de l'essai : une condition suspensive 290
§ 2. La question de l'attribution des risques dans la vente à l'essai 295
A. Période de l'essai 295
1. La question du transfert de la propriété 295
2. L'attribution de la charge des risques 298
B. Période postérieure au résultat concluant de l'essai 300
1. L'exécution du contrat 301
2. L'inconcevabilité de la charge des risques 302
Conclusion du Chapitre II 305
Conclusion du Titre II 307
Conclusion de la Partie I 309
PARTIE II SÉPARATION APPARENTE RÉSULTANT DE L'APPARITION DE LA DÉLIVRANCE 311
TITRE I. L'APPARITION DE LA DÉLIVRANCE RÉSULTANT DE LA VOLONTÉ DES PARTIES CONTRACTANTES 315
CHAPITRE I. LA CHARGE DES RISQUES ATTRIBUÉE EN CONSIDÉRATION EXCLUSIVE DE LA DÉLIVRANCE 319
Section I. Généralité des termes des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux du Code civil 321
§ 1. Les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux, du Code civil dans l'acquisition de propriété 321
A. L'exécution de la délivrance dans les anciens articles 1138 et 1302 du Code civil 321
1. Identité établie en droit positif entre les deux textes 322
2. Grande nuance entre les deux hypothèses 323
B. L'obligation de conservation dans l'articulation des hypothèses des anciens articles 1302 et 1138, alinéa 2 326
1. Dans l'ancien article 1138, alinéa 2, du Code civil. 326
2. Dans l'hypothèse de l'ancien article 1302 du Code civil 331

§ 2. La délivrance dans les articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux du Code civil, comme un terme à l'obligation de conservation 332
A. L'obligation de conservation : prestation caractéristique du contrat dans l'hypothèse des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux 332
1. Le caractère général du régime des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux du Code civil 333
2. La catégorie de contrats visés par les dispositions générales des articles 1302 ancien, 1351 et 1351-1 nouveaux du Code civil 334
B. L'extinction de l'obligation de conservation par la délivrance de la chose 337
1. La remise de la chose à titre de prise de livraison 337
2. La remise de la chose à titre de délivrance 338
Section II. L'attribution des risques 341
§ 1. Les signes du rattachement de la charge des risques à l'obligation de délivrance 341
A. L'obligation éteinte par le cas fortuit 341
B. La prise en considération de la portée spatiale de la force majeure 344
1. Sur la prétendue faute comme effet de la mise en demeure 345
2. Sur la prétendue sanction comme effet de la mise en demeure 347
3. La règle devant résulter de la portée spatiale de la force majeure 349
§ 2. La charge des risques résolue formellement en fonction de l'obligation de délivrance 351
A. Controverse doctrinale sur le sens de l'ancien article 1137 du Code civil 351
1. La prétendue contradiction entre les anciens articles 1137 et 1147 du Code civil 352
2. L'inexistence de contradiction entre les anciens articles 1137 et 1147 du Code civil 357
B. La fonction distributive de la mise en demeure dans les solutions des risques 372
1. La perte de la chose survenue avant la mise en demeure 373
2. La perte fortuite de la chose survenue après la mise en demeure 375
a. La survivance de l'obligation de restituer à la perte de son objet 375
b. Les risques exceptionnellement à la charge du créancier 377
Conclusion du Chapitre I 383
CHAPITRE II. LA CHARGE DES RISQUES DANS LA DÉLIVRANCE SOUMISE À UN TERME OU UNE CONDITION 385
Section I. En cas de délivrance due sous condition suspensive ou à terme 387
§ 1. Différence entre la condition suspensive et le terme 387
A. Différence soulignée par le Code civil de 1804 388
1. La distinction entre le terme et la condition par leurs effets 388
2. Un autre trait distinctif décisif 389
B. Prétendue différence consacrée par la réforme 390
§ 2. La charge des risques 398
A. La charge des risques dans la condition suspensive 398
1. Les risques survenus *pendente conditione* 399
2. Les risques survenus après la réalisation de la condition 409
B. La charge des risques dans l'hypothèse du terme 410
Section II. Dans la condition résolutoire 415
§ 1. *Pendente conditione* 415
A. L'attribution de la charge risques 415
B. La nécessité de la non-rétroactivité de la condition résolutoire à l'égard des risques 418
§ 2. La période postérieure à l'accomplissement de la condition 422
A. Les diverses solutions proposées par la doctrine 422
B. L'application de la règle restaurée du Code civil 424

Conclusion du Chapitre II 427
Conclusion du Titre I 429

TITRE II. L'APPARITION DE LA DÉLIVRANCE RÉSULTANT DE L'ÉTAT DE LA CHOSE 431

CHAPITRE I. CHOSES DE GENRE DE L'ARTICLE 1585 DU CODE CIVIL 435

Section I. L'omission de la question du transfert de propriété 439

§ 1. L'absence de la question du transfert de propriété 439
A. Les arguments à la base de la règle *res perit domino* 439
1. L'argument tiré des travaux préparatoires du Code civil 441
2. L'argument tiré des termes de l'article 1585 du Code civil 445
3. L'argument tiré de la nature de la chose 446
B. L'impossibilité d'exercer le droit de suite 449

§ 2. Conception excessive de l'opposabilité du droit de propriété 451
A. Distinction entre l'opposabilité du droit de propriété et celle du droit personnel selon le droit positif 452
B. Sens des articles 544 et 1165 du Code civil 465
1. La limite du droit et son opposabilité 465
a. Le domaine de l'exercice du droit 466
b. Le domaine de l'opposabilité du droit 469
2. L'absoluité du droit de propriété 473
3. L'absence du concept d'opposabilité dans les articles 544 et 1165 ancien 480
C. Conflit entre les acquisitions concurrentes et opposabilité des actes translatifs de propriété 482
1. La résolution du conflit entre les acquisitions concurrentes 482
2. L'opposabilité du droit dans les actes translatifs de propriété 496

Section II. L'attribution des risques 505

§ 1. Le domaine de la question des risques 505
A. La double perfection de la vente suivant l'article 1585 du Code civil 505
B. Le moment de l'exécution instantanée de la vente 508

§ 2. L'individualisation de la chose 512
A. Le caractère contradictoire de l'individualisation 513
B. L'atténuation du caractère contradictoire de l'individualisation 521
Conclusion du Chapitre I 531

CHAPITRE II. CHOSES FUTURES 533

Section I. Distinction de simple apparence entre le louage d'ouvrage et la vente 535

§ 1. Les obligations prétendues caractéristiques des deux conventions 535
A. Les termes de la distinction 535
B. L'inexistence en réalité de critère distinctif 547

§ 2. Quant à la distinction de règles applicables 551
A. Les règles relatives à la formation du contrat 552
B. Les règles relatives à l'exécution du contrat 563

Section II. Charge des risques suivant la nature future de la chose 571

§ 1. La règle posée par les articles 1788, 1789 et 1790 du Code civil 571
A. La succession des obligations de délivrance et de conservation dans l'hypothèse de l'article 1788 572
B. L'encadrement de l'obligation de délivrance par celle de conservation dans l'hypothèse des articles 1789 et 1790 580

§ 2. Quelques cas de figures de choses futures 586

A. La vente de choses naturelles à produire 586
B. La vente de choses à fabriquer 588
Conclusion du Chapitre II 593
Conclusion du Titre II 595
Conclusion de la Partie II 597
CONCLUSION GÉNÉRALE 599
BIBLIOGRAPHIE 607
I. Ouvrages généraux 609
A. Droit français 609
B. Droit du commerce international 614
C. Droit de l'OHADA 615
II. Thèses et monographies 615
III. Jurisprudence, notes et observations 618
IV. Articles et contributions à un ouvrage collectif 623
V. Articles sur le droit de l'OHADA 630
VI. Colloques 632
INDEX 635
TABLE DES MATIÈRES 645