

Cours de droit civil

Tome III

**Régime général de
l'obligation**

Renaud ROLLAND

2024



Cours de droit civil
Tome III – Régime général de l'obligation

Année 2024

Renaud ROLLAND

Maître de conférences (université d'Orléans)

Ce cours est également accessible sur le site cèlene de l'université d'Orléans :

<https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5213>

Du même auteur, et accessibles sur le même site :

tome I – Droit de la responsabilité civile (2023) :

<https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5555>

tome II – Droit du contrat (2023) :

<https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5354>

tome IV – Droit des sûretés (2023) :

<https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5204>

Les quatre tomes (sans les travaux dirigés, ni les annales) sont également accessibles en connexion anonyme dans l'espace *Cours de droit civil* :

<https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5212>.

Sommaire

Introduction au régime général de l'obligation	p. 1
1 ^{ère} partie : L'existence de l'obligation.....	p. 57
Chapitre 1 ^{er} : Les modalités de l'obligation.....	p. 59
Section 1 ^{ère} : L'obligation à sujets multiples	p. 61
Section 2 ^{ème} : L'obligation à objet complexe	p. 119
Conclusion du chap. 1 ^{er}	p. 183
Chapitre 2 nd : L'influence des tiers sur l'obligation.....	p. 187
Section 1 ^{ère} : La transmission de l'obligation à un tiers.....	p. 195
Section 2 ^{ème} : Les actions du créancier.....	p. 243
Conclusion du chap. 2 nd	p. 293
2 ^{ème} partie : L'extinction de l'obligation.....	p. 375
Chapitre 1 ^{er} : L'extinction volontaire	p. 377
Section 1 ^{ère} : Le paiement.....	p. 379
Section 2 ^{ème} : Les opérations assimilées au paiement.....	p. 437
Section 3 ^{ème} : L'extinction sans exécution	p. 489
Conclusion du chap. 1 ^{er}	p. 518
Chapitre 2 nd : L'exécution forcée	p. 339
Section 1 ^{ère} : Le droit de gage général	p. 349
Section 2 ^{ème} : Les obstacles à l'exécution forcée.....	p. 391
Conclusion 2 ^{ème} partie	p. 435
Principales abréviations.....	p. 437
Bibliographie.....	p. 441
Index.....	p. 447
Plan général.....	p. 451

Introduction au régime général de l'obligation

Résumé :

Le **régime général de l'obligation** traite des dispositions communes à toutes les obligations. C'est l'objet scientifique de la matière, qui porte donc à la fois sur l'obligation proprement dite (avec sa structure propre) et sur son régime juridique (synonyme, en l'occurrence, de son domaine d'application).

Le régime général a pour objet l'*obligation*, définie comme l'engagement à la charge du débiteur de verser une prestation au profit du créancier. Elle se décompose en deux éléments, un vecteur (qui sert à justifier le mouvement d'un patrimoine à un autre) et une prestation à effectuer (bien ou service). L'obligation est une valeur patrimoniale spécifique : elle ne présente d'intérêt qu'une fois éteinte par le paiement.

Le régime général s'applique quand il existe des règles communes à toutes les obligations, qu'elles soient ou non reconnues comme telles par le législateur. Deux types de règles communes peuvent être distinguées :

- La règle générale s'applique à toutes les obligations, sans exception. Le paiement d'un prix ou d'un impôt s'effectue selon les mêmes modalités, par le versement d'une somme d'argent. Toute obligation légalement formée est soumise à la force obligatoire ; toutes les obligations s'éteignent par le paiement.

- La règle de droit commun établit un principe, applicable sauf exception. En principe, tout créancier impayé peut requérir l'exécution forcée sur les biens de son débiteur défaillant, sauf si son débiteur est l'État. En principe, les créanciers impayés (créanciers chirographaires) sont soumis au droit commun du paiement, sauf ceux qui bénéficient d'un droit dérivé établissant un droit au paiement (droit des sûretés).

En droit positif, le domaine d'application du tronc commun porte sur les règles d'existence et d'extinction des obligations, et non sur leurs conditions de formation, lesquelles sont régies par chaque branche du droit (droit de la famille, de la responsabilité civile ...).

Le régime général de l'obligation remplit une *fonction essentielle*, puisque l'obligation est le seul mécanisme qui justifie l'échange (au sens large) entre les patrimoines, même en présence d'un paiement comptant. L'obligation permet également le crédit (au sens large du terme).

- L'obligation (au sens juridique du terme) est le seul titre admis pour transférer une valeur, même en présence d'une opération soldée immédiatement (paiement comptant). Si un transfert de valeur a lieu sans obligation valide, l'enrichi devra restituer à l'appauvri (en vertu d'une obligation issue du régime général).
- L'obligation (au sens économique du terme) permet également les opérations à terme, donc le crédit. Le crédit d'un débiteur correspond à la valeur de ses biens et revenus saisissables, parce qu'ils sont affectés au paiement forcé du créancier en cas d'impayé. Toute mesure qui réduit l'effectivité du paiement du créancier réduit donc mécaniquement le crédit du débiteur. Un débiteur dépourvu de crédit sera donc exclu de toute opération à terme : il paiera comptant.

L'obligation est donc l'instrument fondamental de l'échange : elle existe temporairement, pendant la durée qui sépare sa naissance de son extinction, parce que le paiement (volontaire ou forcé) doit avoir lieu.

1. Le **régime général de l'obligation** traite des règles communes à toutes les obligations. C'est l'objet scientifique de la matière, qui porte à la fois sur l'obligation proprement dite (avec sa structure propre) et sur son régime juridique (synonyme, en l'occurrence, de son domaine d'application). Le paiement d'un prix ou d'un impôt s'effectue selon les mêmes modalités, par le versement d'une somme d'argent : le paiement d'une obligation relève ainsi du régime général, c-à-d. du tronc commun qui régit toute obligation.

L'objet du régime général porte sur *l'obligation*, définie comme l'engagement pesant sur le débiteur de fournir une prestation à son créancier.

- Techniquement, l'obligation se décompose en un vecteur (c-à-d. un véhicule, qui impose le transfert d'une valeur) et un contenu, à savoir la prestation à exécuter, quel que soit son objet (livrer ou réparer un bien, payer une pension alimentaire ou indemniser une victime). L'obligation est une valeur patrimoniale : le pôle positif du vecteur est une créance, qui figure à l'actif du patrimoine (à côté des biens) ; son pôle négatif est une dette, qui figure au passif du patrimoine (schéma 1.1).

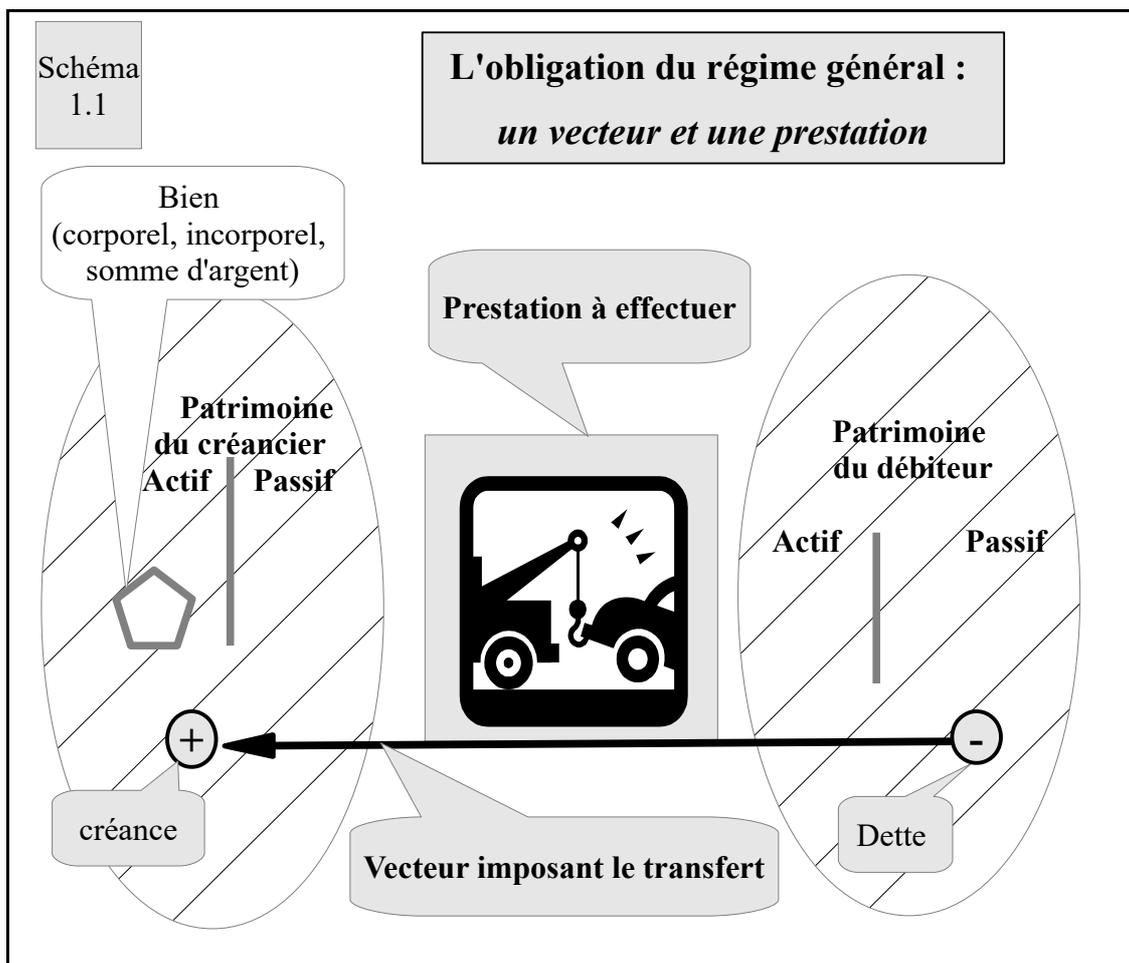
- Au sens du régime général, le terme « obligation » ne désigne pas un devoir à respecter (une interdiction de circuler dans une rue à sens unique ; un devoir général de prudence, afin de ne pas causer de dommage à autrui). Ce type de devoir n'impose pas d'effectuer une prestation ; aucun vecteur n'unit le débiteur et son créancier. En revanche, quand l'abstention est un service (clause de non concurrence) que le débiteur doit rendre au créancier, il y aura obligation au sens du régime général des obligations.

L'obligation est régie par des *règles communes*, qui formeront la matière du régime général, c-à-d. son domaine d'application.

- Ce tronc commun signifie qu'il existe des règles qui s'appliquent à toutes les obligations. Toute obligation légalement formée est soumise à la force obligatoire ; elle produit un effet envers les tiers ; elle s'éteint par le paiement (c-à-d. par l'exécution) et plus généralement par un mode d'extinction, tel qu'il est fixé par le régime général.

- Le régime général de l'obligation ne s'applique pas en présence d'une règle propre à un type spécifique d'obligation. L'exception d'inexécution est traitée en droit du contrat, car cette prérogative s'explique spécifiquement par la logique du donnant-donnant qui gouverne le contrat synallagmatique.

Le régime général de l'obligation traite ainsi des règles communes à toutes les obligations. C'est son objet qui lui permet de remplir sa fonction essentielle, à savoir permettre l'échange.



2. Le régime général de l'obligation remplit une fonction essentielle, puisque l'obligation est le **seul mécanisme qui justifie l'échange** (au sens large) entre les patrimoines. Autrement dit, aucune prestation ne peut être légalement fournie de l'un à l'autre sans vecteur valide. En conséquence,

- celui qui n'est créancier d'aucune obligation ne peut jamais prétendre obtenir d'autrui une ressource, même vitale pour lui ;
- celui qui est créancier d'une obligation cherchera à obtenir effectivement sa ressource, par le paiement. L'obligation n'existe que temporairement : elle cessera d'exister quand elle aura rempli sa fonction essentielle, par l'exécution de la prestation (qui produit l'extinction de l'obligation).

Il existe donc une intrication fondamentale entre l'existence de l'obligation et son extinction par le paiement : une obligation sans paiement ne sert à rien ; un paiement sans obligation ne

non plus (puisqu'il faudra restituer). L'intrication signifie que l'un entraîne l'autre et réciproquement.

Le lien entre l'existence (préalable) de l'obligation et le paiement (subséquent) est le plus évident.

C'est le point névralgique que considère tout créancier.

– Dans une société organisée, chacun ne survit que parce les autres paient leurs dettes. Sauf à admettre des modes de vie actuellement marginaux, à savoir le prélèvement dans le milieu naturel (l'air que l'on respire, fruits que l'on cueille) et la prédation de la ressource appropriée par autrui (vol sans répression ni sanction), l'obligation fixe le cadre de l'accès à la ressource pour chacun.

– L'impayé fait peser sur les conditions d'existence du créancier une menace. Lorsqu'un débiteur ne fournit pas la ressource qu'il doit, de gré ou de force, souvent parce que la ressource lui fait défaut (insolvabilité), le créancier subira une perte. Tout ce qui altère l'efficacité du paiement est donc, pour le créancier, une menace sur ses conditions d'existence.

Le lien entre le paiement (préalable) et l'existence (subséquente) de l'obligation est plus subtil. Pour devenir débiteur (à savoir : pour obtenir le bénéfice d'un paiement à terme), il faut trouver un créancier qui accepte de subir le risque d'impayé, parce que ce risque lui apparaît (à tort ou à raison) comme suffisamment réduit.

– Lorsqu'un débiteur est insolvable, il devra payer comptant. Il sera exclu des contrats conclus à terme (contrat de bail ; emprunt) ; le délai de paiement (paiement à terme) ne sera jamais accordé. Il paiera son électricité tous les mois, éventuellement à l'avance. Personne ne fait crédit à un insolvable : l'insolvable ne deviendra donc pas débiteur (d'une obligation future, payable à terme).

– À l'inverse, la personne solvable pourra accéder au paiement à terme. Elle est crédible : son crédit dépend de la valeur des biens et revenus qui seront affectés au paiement (forcé) du créancier, en cas d'incident de paiement (volontaire). Celui qui sera en mesure de payer sa dette pourra emprunter pour investir (devenir propriétaire d'un bien et cesser d'être locataire : opération rentable) ou pour faire face à une dépense imprévue (délai de paiement pour payer le garagiste : opération nécessaire pour se déplacer, et donc continuer à percevoir son salaire). La personne crédible peut devenir débiteur.

L'intrication entre existence de l'obligation et son extinction par le paiement est le trait spécifique de l'obligation. Son point névralgique est le risque d'impayé, et notamment celui causé par l'absence

de ressources du débiteur (insolvabilité), car, dans ce cas, ni l'exécution volontaire, ni l'exécution forcée ne permettront de fournir la ressource, radicalement absente. Ce risque d'impayé est le problème du créancier, quand l'obligation existe (parce qu'elle s'est créée dans le passé) ; c'est également le problème du débiteur, afin que l'obligation puisse exister (dans le futur).

- Si la liaison entre l'obligation et le paiement ne peut plus s'effectuer, les transferts entre patrimoines cesseront à peu près complètement et se limiteront aux opérations soldées immédiatement. Économiquement, cette situation correspond à une crise extrêmement grave.
- L'obligation (quand elle fonctionne correctement) est le mécanisme (micro-économique) de base de toute économie : l'obligation, qui forme l'objet du régime général (§1^{er}), assure une fonction économique essentielle (§2^{ème}).

(3. et 4. : réservés)

§1^{er}/ L'objet du régime général de l'obligation :

les règles communes à toutes les obligations

5. L'objet du régime général de l'obligation consiste à identifier les règles communes à toutes les obligations. L'obligation est une valeur patrimoniale spécifique qui donne lieu à un tronc commun de règles appelé régime général.

L'obligation est une *valeur patrimoniale spécifique*. Elle figure nécessairement dans deux patrimoines, puisque toute obligation est qualifiée en même temps de créance (pour celui qui en obtiendra le profit) et de dette (pour celui qui en a la charge). Les termes d'obligation, créance et dette sont des synonymes : tout dépend de l'angle à partir duquel elle est considérée.

Pour relever du régime général, il faut également être en présence de *règles communes* (à toutes les obligations), faute de quoi le régime ne sera pas général.

- Les régimes spéciaux qui établissent des règles propres à certaines obligations ne relèvent pas du régime général, même en présence de régimes dotés d'un large domaine d'application comme le droit du contrat. Les contrats en général obéissent à un tronc commun de règles (les règles de formation : absence de vice du consentement ; certaines règles d'exécution comme l'exception d'inexécution) ; l'obligation contractuelle reste

néanmoins trop spécifique pour relever du régime général. Il en va a fortiori de même pour le régime spécialement applicable à l'obligation alimentaire ou aux dettes fiscales.

– Le régime général suppose d'identifier un tronc commun de règles communes à toutes les obligations. Ce tronc commun est le critère (scientifique) formel qui permettra de fixer (substantiellement) le domaine d'application du régime général. Si la formation de l'obligation n'est régie par aucune règle commune, le régime général n'en traitera pas ; si les règles communes existent pour fixer le mode d'extinction d'une obligation quelconque, le régime général aura pour domaine d'application le mode d'extinction de l'obligation.

L'objet scientifique du régime général de l'obligation repose donc la réunion de deux conditions distinctes : il faut être en présence d'une obligation (I) et de règles communes formant un régime général (II).

I/ L'obligation : une valeur patrimoniale spécifique

6. L'**obligation**, avec son vecteur et la prestation qu'elle porte, est une valeur patrimoniale (elle figure dans le patrimoine) spécifique par deux aspects qui la distinguent des biens.

D'une part, elle ne peut exister qu'en figurant *à la fois dans deux patrimoines distincts*, en tant que créance dans le patrimoine de l'un et en tant que dette dans celui de l'autre. L'obligation peut être décrite comme une valeur comptable : la charge de l'exécution figurant dans le patrimoine de l'un doit nécessairement apparaître comme un profit figurant dans le patrimoine de l'autre.

D'autre part, l'obligation est également une *valeur potentielle* : elle ne deviendra une valeur véritable qu'une fois éteinte par le paiement. Pendant son existence (c-à-d. après sa naissance et jusqu'à son extinction), la valeur de l'obligation est affectée par le risque d'impayé auquel tout créancier est spécifiquement exposé. L'exécution future de la prestation n'est qu'une probabilité.

L'obligation est donc une valeur patrimoniale spécifique : c'est une valeur comptable qui doit figurer simultanément dans deux patrimoines (1) ; c'est une valeur potentielle, soumise à un risque d'impayé (2).

1/ La valeur comptable de l'obligation : une valeur figurant simultanément dans deux patrimoines

7. La **valeur comptable de l'obligation** conduira à la représenter comme une valeur patrimoniale (au même titre qu'un bien), mais elle devra figurer simultanément dans deux patrimoines différents. Si, à un instant donné, le bilan du patrimoine d'une personne est dressé, avec

les biens dont elle est propriétaire, ses dettes et ses créances, chacune des obligations figurera simultanément (de manière inverse) dans le patrimoine d'une autre.

Par sa présentation comptable, l'obligation s'inscrit dans la théorie du patrimoine : la dette de l'un devra apparaître comme une créance de l'autre.

- On sait (en droit des personnes) que toute personne, physique ou morale, est dotée d'un seul et unique patrimoine ; ce patrimoine est un ensemble comptable qui intègre à son actif des biens (en propriété, plénière ou démembrée) et des créances (détenues sur les tiers) et à son passif des dettes (dues aux tiers).
- La prestation portée par l'obligation devra donc figurer deux fois comme valeur comptable dans le patrimoine de deux personnes différentes, sous une valeur inverse (dette chez l'un, créance chez l'autre).

Cette présence simultanée de l'obligation dans deux patrimoines différents s'explique par le vecteur de l'obligation qui crée un lien¹ polarisé entre les deux patrimoines.

- Ce vecteur est un véhicule : il impose le mouvement. Ce véhicule juridique est dépourvu de toute valeur intrinsèque (alors qu'un camion, dans le monde réel, est un objet : un bien approprié figure à l'actif du patrimoine de son propriétaire). Sa fonction est de porter une prestation.
- Le mouvement imposé par le vecteur est polarisé : il doit partir d'un patrimoine et doit aboutir dans un autre, parce que sa fonction est d'effectuer un transfert de valeur (ce que réalise la prestation).

La présentation de l'obligation comme une valeur comptable peut donc être effectuée de deux manières différentes, soit en faisant apparaître la prestation (à venir) simultanément dans deux patrimoines, soit en faisant apparaître le vecteur, c-à-d. le lien qui unit deux patrimoines.

8. La prestation figurant simultanément dans deux patrimoines différents permet d'intégrer l'obligation dans la théorie du patrimoine, et plus précisément dans la présentation comptable du compte de bilan. Cette présentation de l'obligation présente un intérêt ponctuel et limité.

Le patrimoine de toute personne peut être représenté par un *compte de bilan*, qui dresse la consistance de son actif et de son passif et qui se traduira par un solde momentané.

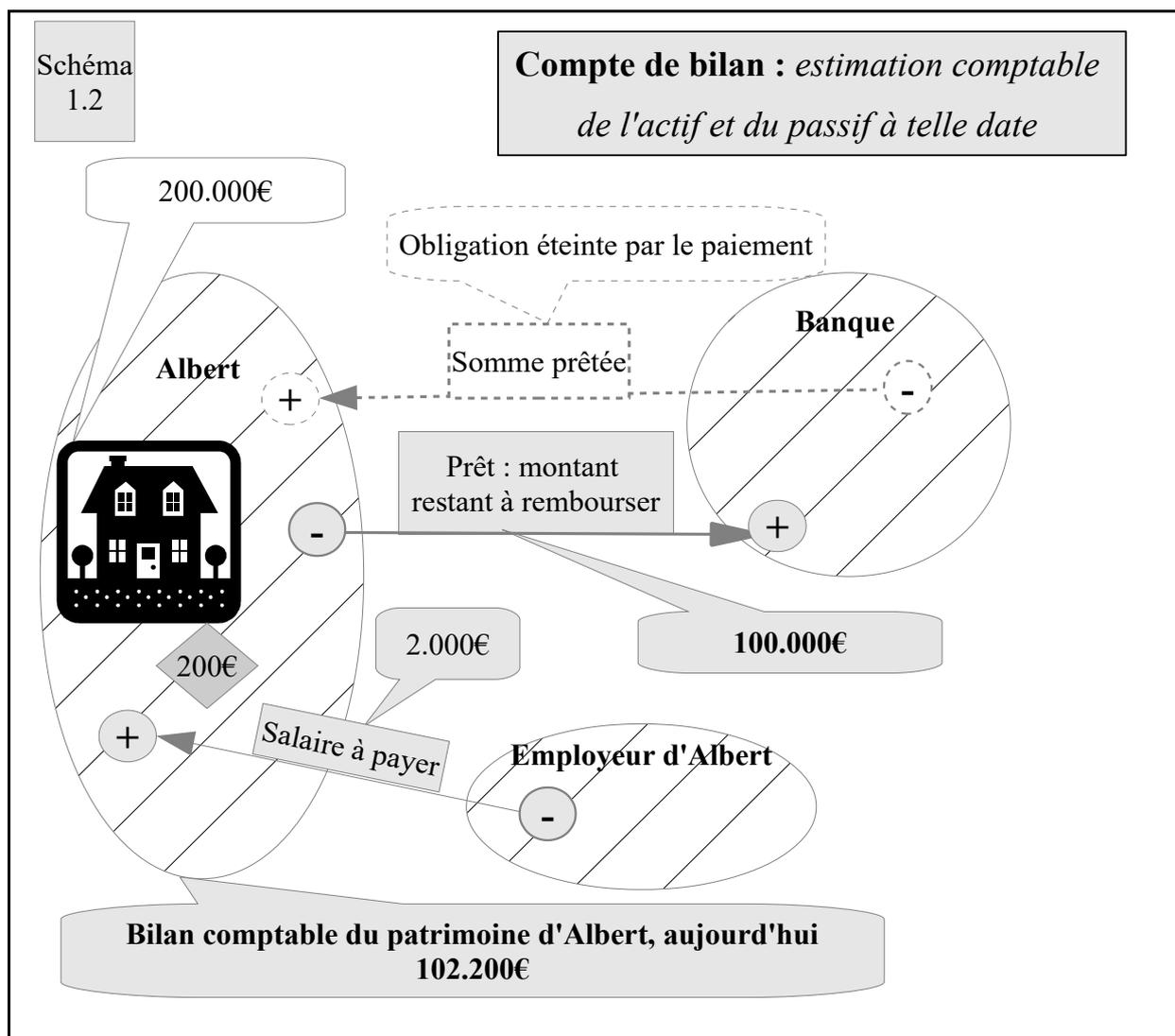
¹ Le terme obligation vient du latin *obligare* (obliger), dérivation du terme *ligare* (lier).

- À un moment donné, Albert est propriétaire de sa résidence principale d'une valeur de 200.000€ : c'est un bien. Il détient 4 billets de 50€, soit 200€. Son employeur devra lui verser à la fin du mois son salaire (2.000€) : c'est une créance. Albert doit encore à la banque 100.000€ au titre de l'emprunt immobilier à rembourser : c'est une dette.
- Ni le montant prêté par la banque (qui a servi à acheter la résidence principale et qui a été dépensé), ni les échéances passées et remboursées ne sont prises en compte, puisque ces obligations ont été payées (et sont donc éteintes).

Le solde de son patrimoine est de 102.200€. Albert est solvable : si son patrimoine doit être immédiatement liquidé (en raison de son décès), il laissera un actif net (schéma 1.2).

Le patrimoine, représenté par le compte de bilan, *ne prend pas en considération la durée* : les revenus futurs, tant qu'ils ne sont pas certains (un contrat de travail peut être rompu, sans indemnité en cas de faute lourde ; les clients d'une société peuvent cesser de venir), ne sont pas comptabilisés. Le patrimoine d'une personne ne décrit donc que partiellement la solvabilité de son titulaire.

- Le solde négatif d'un patrimoine ne signifie pas que le créancier ne sera pas payé. Une personne dont les dettes sont dues à terme (remboursement d'un emprunt) sera probablement en mesure de régler progressivement son passif et de devenir progressivement solvable.
- La capacité, pour un débiteur, de payer ses dettes exigibles grâce à ses ressources disponibles est appréciée par le compte de résultat, qui retrace les flux entrants et sortants. Chaque mois, Albert reçoit son salaire de 2.000€, avec lequel il paye ses charges courantes (1.200€/mois), il rembourse son emprunt immobilier (600€/mois), de sorte qu'il est capable d'économiser en moyenne 200€/mois. Même en présence d'un compte de bilan déficitaire, Albert est en mesure de payer durablement ses dettes.



La prise en compte de la valeur comptable de l'obligation ne présente donc qu'un intérêt ponctuel et limité. En cas de liquidation immédiate des biens et revenus d'une personne physique (à la suite d'une saisie ou d'un décès) ou d'une personne morale (à la suite d'une liquidation judiciaire ou d'une absorption), le solde (positif ou négatif) sera fixé.

- Si le solde est négatif et que la personne (titulaire du patrimoine) cesse d'exister, l'ensemble des dettes ne pourra pas être payé. Le bilan patrimonial est alors ponctuel et définitif.
- Lorsque la personne continue d'exister, le bilan ponctuel de son patrimoine présente un intérêt plus limité : la durée au cours de laquelle l'obligation (rembourser un emprunt ; exécution d'un contrat à exécution successive ; obligation à terme) doit être exécutée, grâce à

des ressources futures, est le facteur déterminant dans la capacité d'un débiteur à payer progressivement ses dettes (ou à sombrer dans le surendettement).

La valeur comptable de l'obligation est une représentation, qui permet de l'intégrer dans le patrimoine. Mais cette présentation comptable est partielle et approximative :

- d'une part, le facteur durée, c-à-d. la date d'échéance de l'obligation, n'est pas pris en compte dans le compte de bilan. La présentation est donc partielle ;
- d'autre part, la valeur comptable de l'obligation est assimilée à la valeur de la prestation. Cette présentation est approximative : certains débiteurs ne payent pas leur dette.

9. Le vecteur de l'obligation est la raison qui explique la présence (comptable) de la prestation dans deux patrimoines différents. Ce vecteur est un lien polarisé et, s'il ne l'est plus, l'obligation disparaîtra. C'est une constante de l'obligation, ce qui n'interdit pas certaines variantes. La présence d'un lien polarisé est une condition d'existence de toute obligation. En physique, on parlerait de *constante*. La disparition du vecteur entraîne la disparition de l'obligation (simultanément dans le patrimoine du débiteur et dans celui du créancier).

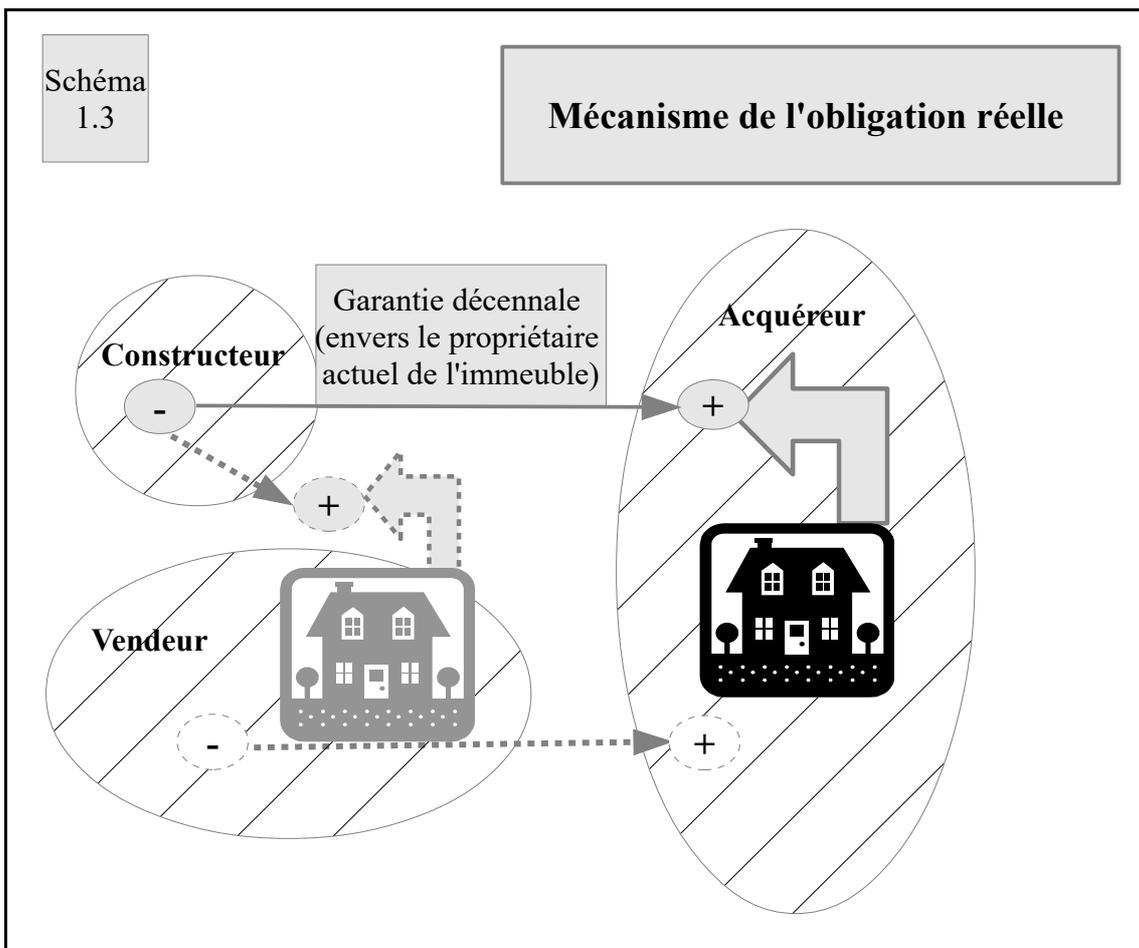
- Aucun mouvement ne peut avoir lieu au sein d'un même patrimoine. L'obligation disparaîtra dès que le créancier et le débiteur deviennent une seule et même personne (à la suite d'une fusion de société ou d'un décès). La solution, légalement prévue en régime général de l'obligation (infra : la confusion), répond à une nécessité scientifique.
- Si le vecteur, c-à-d. le titre juridique qui sert à justifier le transfert de valeur d'un patrimoine à un autre, disparaît (à la suite d'une annulation), l'obligation disparaît également. L'annulation d'une filiation fait disparaître l'obligation alimentaire pesant sur le prétendu père. Le caractère rétroactif de l'annulation entraînera aussi la destruction de l'obligation dans le passé.
- L'absence de vecteur interdit de parler d'obligation. Si une charge pèse sur le propriétaire d'un bien, sans bénéficiaire, il n'y a aucune obligation (au sens du régime général). En droit des biens, le propriétaire d'un immeuble sera tenu d'en ravalier la façade : cette charge réelle pèse sur les propriétaires, dans certaines villes ; mais la ville n'en est pas créancière. En revanche, la taxe foncière qui pèse sur le propriétaire d'un immeuble est une obligation : le trésor public est le créancier. Le statut de la servitude (pesant sur le fonds servant, au profit du fonds dominant) est plus complexe (pour ne pas dire ambigu : la corvée des serfs imposait l'exécution d'une prestation au seigneur).

Ce mécanisme fondamental de l'obligation n'est pas remis en cause par certaines variantes, et notamment par la *distinction entre obligation personnelle et réelle*, distinction ayant simplement pour fonction d'identifier le véritable débiteur et le véritable créancier.

- En principe, l'obligation est personnelle : est et reste débiteur celui qui est tenu sur son patrimoine personnel. Si le propriétaire d'une maison n'a pas payé sa facture d'électricité, et que la maison est vendue, le fournisseur d'électricité ne dispose d'action en paiement que contre le vendeur : il ne peut rien réclamer à l'acquéreur, tiers à l'obligation.
- Exceptionnellement, l'obligation réelle signifie que le propriétaire actuel d'un immeuble devient débiteur ou créancier de l'obligation. L'acquéreur de l'immeuble bénéficie (en tant que créancier) désormais de la garantie décennale (du constructeur) ou il doit payer (en tant que débiteur) l'indemnité d'éviction au locataire évincé. Le propriétaire actuel du bien remplace l'ancien propriétaire dans les obligations auxquelles il était partie (schéma 1.3).

L'obligation personnelle comme l'obligation réelle respectent la constante de l'obligation : il y a un lien polarisé, avec un vecteur portant une prestation. L'obligation réelle est une variante (par rapport à l'obligation personnelle) qui respecte la constante de toute obligation.

Toute obligation possède un vecteur : c'est une constante. Ce vecteur doit être polarisé : s'il ne l'est plus, il disparaît.



(10- à 13. : réservés)

14. L'obligation peut donc être décrite comme une **valeur comptable** figurant simultanément dans le patrimoine de l'un et dans le patrimoine de l'autre.

Cette présentation comptable ne présente un intérêt qu'en présence d'une liquidation du patrimoine : l'actif sera vendu (en recourant à l'obligation), transformé en monnaie et affecté au paiement des dettes. Si un solde positif apparaît, il prendra la forme d'une somme d'argent.

En l'absence de liquidation, il est préférable de décrire l'obligation par son vecteur, et c'est ainsi qu'elle sera désormais présentée, sous sa forme juridique :

- Seule la polarité apparaît, de manière inverse, dans deux patrimoines différents.
- La prestation portée par le vecteur est une valeur potentielle entre ces deux patrimoines.

2/ La valeur potentielle de l'obligation : le risque d'impayé

15. La **valeur potentielle de l'obligation** signifie que le créancier, tant que l'obligation existe, est menacé par le risque d'impayé. L'étymologie traduit cette incertitude : le créancier (du latin *credentia*¹) espère devenir propriétaire de la prestation qui lui est due : le bailleur espère devenir propriétaire du loyer (somme d'argent due par le locataire) ; le client espère que le ravalement de la façade de l'immeuble (prestation de service) sera accompli. L'obligation ne deviendra une valeur patrimoniale effective qu'une fois éteinte par l'exécution (le paiement).

En l'absence d'exécution de la prestation, la créance (obligation, perçue du point de vue du créancier) n'aura été qu'une valeur virtuelle : le risque d'impayé est ce qui distingue la créance (dotée d'une valeur potentielle) du bien (avec son utilité effective). L'impayé dont le créancier sera victime signifie qu'il n'obtiendra jamais (en tout ou en partie) la prestation pourtant due par le débiteur : l'impayé est une perte nette. La valeur de la créance est donc bien potentielle.

Pour autant, l'obligation est une valeur patrimoniale, similaire à celle qu'est également un bien. L'assimilation entre la créance et un bien est justifiée, parce que l'une et l'autre figurent dans le patrimoine de leur titulaire. La protection de la propriété contre les atteintes arbitraires et notamment contre une expropriation injustifiée par l'État est garantie aussi bien au propriétaire (d'un bien) qu'au créancier (propriétaire de sa créance).

La valeur potentielle de l'obligation renvoie donc à deux réalités. Tant que l'obligation existe (parce que la prestation reste à exécuter), sa valeur n'est que potentielle, en raison du risque d'impayé (a). Mais dès que l'obligation existe, la créance est une valeur patrimoniale, assimilée à un bien (b).

a/ Le risque d'impayé présenté par le débiteur : l'absence définitive de la prestation

16. Le **risque d'impayé présenté par le débiteur** signifie, en régime général de l'obligation, que tout créancier est confronté au risque de ne jamais obtenir tout ou partie de la prestation due par le débiteur.

- *L'impayé* est donc une notion spécifique : ce n'est pas un incident de paiement que le débiteur pourra régulariser avec un délai ; l'impayé désignera la perte nette que peut subir le créancier, ce qui explique pourquoi la valeur de sa créance est potentielle.
- Le potentiel d'exécution de la prestation correspondra à une valeur comprise entre 0 et 1, c-à-d. à un pourcentage : pour fixer la *valeur exacte* de la créance à un moment antérieur à l'exécution, il faudra recourir à un écart.

¹ Le terme latin *credentia*, signifie littéralement le fait de croire en la vérité de quelque chose.

17. L'**impayé** désigne la valeur effective nette de l'inexécution de la prestation par le débiteur, après mise en œuvre des différentes mesures destinées à permettre un paiement de substitution au créancier. L'impayé est le montant dû par le débiteur qu'il ne paiera jamais : en présence d'un incident de paiement, il y aura donc un impayé brut (ou provisoire), lequel doit être distingué de l'impayé net (ou définitif).

L'*impayé brut* correspond à un incident de paiement. Le débiteur ne fournit sa prestation à l'échéance convenue : si le débiteur est en mesure de régulariser la situation (en payant), le créancier obtiendra donc, éventuellement avec retard la prestation. Au sens du régime général des obligations, le paiement tardif ou le paiement de substitution obtenu par le créancier ne sont pas des impayés, puisque le transfert de valeur finit par avoir lieu.

- Si la prestation n'est pas réalisée en nature, mais transformée en obligation de somme d'argent (remboursement du billet), le créancier aura obtenu sa prestation.
- Si le créancier obtient une prestation de remplacement, parce que le transporteur ferroviaire assure à ses frais le transport en taxi, la prestation est exécutée.
- Si le créancier ne peut obtenir une prestation de remplacement qu'en faisant vendre les biens et saisir les revenus de son débiteur défaillant, la prestation sera pareillement exécutée. L'exécution forcée, avec la lenteur de sa procédure (épuisement des voies de recours ...) et son coût pour le créancier, est une exécution.
- Si le débiteur bénéficie d'un étalement de sa dette (moratoire), notamment grâce au droit de la faillite, le montant qu'il finira par payer au cours des prochaines années correspondra à l'exécution. L'exécution tardive est une exécution.

Dans tous ces cas (exécution volontaire ou forcée, exécution à échéance ou tardive), la prestation est exécutée. La notion d'impayé, en régime général de l'obligation, n'englobe aucune de ces différentes situations.

L'impayé, au sens du régime général de l'obligation, correspond au *montant net* que le créancier ne percevra jamais, parce que le débiteur ne le paiera jamais. L'impayé, au sens du régime général de l'obligation, est une notion juridique et économique qui doit remplir deux critères (cumulatifs) : le débiteur est tenu de la dette (premier critère) et il ne la paiera jamais (deuxième critère).

- Juridiquement, le débiteur ne peut être l'auteur d'un impayé que s'il continue de devoir sa dette. L'obligation doit être dotée de sa force obligatoire : si cette force obligatoire s'est perdue, parce que le créancier a négligé d'exercer une voie de recours (prescription

extinctive : infra) ou s'il a négligé de déclarer sa créance au passif d'un débiteur en faillite (forclusion de créance), la polarité de la dette n'existe plus. Donc l'obligation s'est éteinte, selon une modalité équivalente à un paiement volontaire. L'exécution est réputée avoir eu lieu. En droit, l'impayé n'existe que si la dette continue d'être due : le créancier doit disposer d'un titre encore valide.

– Économiquement, l'impayé signifie que le créancier n'arrivera jamais à bénéficier du transfert de la prestation à son profit. Cette situation se produit lorsque le débiteur n'est pas capable de fournir la prestation, parce qu'il ne dispose pas de la ressource nécessaire ; elle se produira également lorsque le créancier n'est pas en mesure de faire saisir la ressource dont dispose le débiteur (parce que cette ressource n'est pas juridiquement saisissable). Les deux cas sont juridiquement équivalents : ils produisent le même résultat économique.

L'impayé, en régime général de l'obligation, désigne donc la valeur nette que le débiteur ne fournira pas, alors même qu'il la doit à son créancier. Pour en connaître le montant exact et précis, il faudra attendre que la situation soit définitivement soldée : tant que l'obligation existe, le montant de l'impayé correspond à une valeur potentielle.

18. La **valeur potentielle de l'obligation** ne peut être fixée de manière précise, tant que le risque d'impayé existe. Pour établir la valeur mathématiquement exacte de l'obligation, il faudra appliquer un coefficient d'inexécution à la prestation. La valeur de l'obligation sera alors exacte, mais imprécise.

L'équation $Valeur(obligation)=[0 \leftrightarrow 1] \times Prestation$ signifie que la valeur de l'obligation impose de retenir un écart, appliqué à la prestation.

– Le coefficient d'impayé ne peut pas être précisément connu tant que l'obligation existe : son potentiel de valeur est compris entre zéro (impayé intégral) et un (exécution intégrale, à 100%). L'écart $[0 \leftrightarrow 1]$ exprime le potentiel, qui est affecté à la prestation. C'est son coefficient d'inexécution.

– En présence d'un emprunt de 100.000€ consenti à t_1 , et remboursé en t_2 à hauteur de 75.000€, la valeur de l'obligation à t_2 sera donc comprise entre $[0 \leftrightarrow 1]$ de la prestation (25.000€). Le montant remboursé (75.000€) ayant définitivement éteint l'obligation primitive n'est plus pris en compte. Si, en t_3 , l'emprunteur est l'auteur d'un impayé (20% ou 80%), la valeur rétrospective de l'obligation était bien comprise entre 0€ et 25.000€.

Mathématiquement, la valeur de l'obligation (tant qu'elle existe) ne peut donc pas être fixée précisément. Ce risque d'impayé (coefficient d'inexécution) est d'ailleurs le critère qui distingue la créance du bien. Un créancier sait qu'il risque de n'être jamais payé, tandis qu'un propriétaire (ce qui inclut le créancier déjà payé : techniquement, ancien créancier devenu propriétaire) dispose d'une valeur effective (somme d'argent à dépenser, bien à utiliser, service rendu). Au sein des valeurs patrimoniales, il faut donc distinguer les créances des biens.

(19. : réservé)

b/ La protection de la propriété : la créance assimilée à un bien

20. La **protection de la propriété** contre le risque d'expropriation par l'État s'applique aux biens comme aux créances. Deux textes dotés d'une valeur supra-législative (art. 17 de la déclaration des droits de l'homme de 1789¹ ; protocole n°1 de la conv. EDH²) protègent la propriété privée contre l'expropriation (au sens large³) ; selon la jurisprudence, ces textes imposent d'assimiler la créance à un bien. Lorsque la créance existe, le respect de la propriété impose à l'État, s'il veut exproprier (pour une cause d'utilité publique), de verser une juste et préalable indemnité (selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel) ou une indemnisation raisonnable (selon la jurisprudence de la Cour EDH).

La *jurisprudence du Conseil constitutionnel* protège le propriétaire d'un bien ou d'une créance de la même manière. L'un et l'autre sont propriétaires d'une valeur patrimoniale, qui doit être estimée à sa juste valeur (économique) en cas d'expropriation.

- La créance est certaine, lorsque toutes ses conditions de formation sont remplies avant l'expropriation. Lorsqu'un local commercial loué fait l'objet d'une expropriation, l'État doit indemniser le propriétaire du local ainsi que le locataire ayant droit à une indemnité

¹ Art. 17 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »

² Art. 1^{er} [Protection de la propriété] du protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (signée à Rome, le 4 novembre 1950) : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

« Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

³ L'expropriation est un transfert forcé de la propriété ; la destruction pure et simple de la propriété (que l'on pourrait appeler : dépropriation), ou d'un de ses attributs (ainsi, la destruction des droits féodaux en 1789 : avec ou sans indemnisation, ce qui était la grande question de l'époque), doit y être assimilée.

d'éviction (Cons. constit., 16 avril 2021 QPC, *Société Robert Arnal et fils*¹). L'indemnité d'éviction, due au locataire afin qu'il puisse se réinstaller ailleurs, est une créance dont le principe est acquis, lorsque le locataire (commerçant) s'installe. En l'espèce, l'article L. 323-3 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique prévoyait bien l'indemnisation du créancier, mais selon des modalités discriminatoires selon les locataires.

– La créance est certaine, lorsque le propriétaire subit une perte de revenus du fait de l'expropriation. Lorsque le propriétaire d'un local commercial louait ses locaux, le montant de l'indemnité d'expropriation doit prendre en compte la valeur des locaux (biens), ainsi que la valeur des revenus que le local générait. Le propriétaire (société Aéroport de Paris) disposait de revenus certains (créances envers les locataires), puisque les locaux étaient tous loués : l'expropriation lui fait subir une perte d'exploitation (pendant 70 ans, durée de la concession dont la société est expropriée), indemnisée au même titre que la perte de la propriété des locaux (Cons. constit., 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises*²).

– La créance, en revanche, n'existe pas quand la loi supprime un monopole (monopole de représentation des avoués auprès de la cour d'appel). Les bénéficiaires du monopole n'ont pas un droit acquis à une rente de situation : leur dommage n'est pas légalement réparable (absence d'intérêt légitime juridiquement protégé) (Cons. constit., 20 janvier 2011, déc. n°2010-624 DC, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*³).

– En présence d'une créance certaine, une « juste et préalable » indemnité doit être versée au créancier. Le montant de l'indemnité d'expropriation est (faiblement) contrôlé par le Conseil constitutionnel. On notera que la valeur (économique) de la créance a pu être fixée selon une méthode probabiliste habituellement pratiquée (« méthode usuelle

¹ Cons. constit., 16 avril 2021, n°2021-897 QPC, *Société Robert Arnal et fils et autre* : « 5. Les dispositions contestées prévoient que, devant le juge de l'expropriation saisi de l'indemnisation et sous réserve que l'ordonnance d'expropriation soit intervenue, les locataires d'un bien faisant l'objet d'une procédure d'expropriation peuvent obtenir le paiement d'un acompte représentant, en principe, la moitié du montant de l'indemnité proposée par l'expropriant. »

² Cons. constit., 16 mai 2019, déc. n°2019-781 DC, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises* : « 61. Tout d'abord, en prévoyant le versement à la date de la privatisation d'un premier montant forfaitaire, le législateur a entendu prendre en compte le préjudice subi par Aéroports de Paris, en raison de la décision de mettre un terme à sa mission de service public à l'issue d'une période de soixante-dix ans. Il s'est par ailleurs fondé sur une méthode usuelle d'évaluation financière, selon laquelle la valeur de l'actif économique est égale au montant des flux de trésorerie futurs générés par l'entreprise, actualisés en fonction de son risque, méthode permettant de déterminer un montant de perte résultant de la fin d'un droit d'exploitation illimité. »

³ Cons. constit., 20 janvier 2011, déc. n°2010-624 DC, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel* : « 24. Considérant que, par suite, le « préjudice économique » et les « préjudices accessoires toutes causes confondues » sont purement éventuels ; qu'en prévoyant l'allocation d'indemnités correspondant à ces préjudices, les dispositions de l'article 13 de la loi déferée ont méconnu l'exigence de bon emploi des deniers publics et créé une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ; « 25. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les mots : « du préjudice de carrière, du préjudice économique et des préjudices accessoires toutes causes confondues, » doivent être déclarés contraires à la Constitution ; qu'il en va de même, par voie de conséquence, au deuxième alinéa du même article 13, des mots : « , en tenant compte de leur âge, » ; »

d'évaluation financière, selon laquelle la valeur de l'actif économique est égale au montant des flux de trésorerie futurs générés par l'entreprise, actualisés en fonction de son risque » : Cons. constit., 16 mai 2019, préc.). Cela aboutit à une valeur précise, mais inexacte (contrairement à la valeur mathématique, exacte mais imprécise : supra).

La jurisprudence du Conseil constitutionnel protège donc les créances comme les biens : il suffit que l'existence de la créance soit acquise, parce que ses conditions de formation sont remplies au moment de l'expropriation.

La protection de la propriété assurée par le biais du *protocole n°1 de la convention européenne des droits de l'homme* donne lieu à un régime de protection similaire. La créance est assimilée à un bien, aussi bien par la jurisprudence de la cour EDH que par celle de la cour de cassation. Le créancier exproprié ne doit pas obtenir une indemnité lésionnaire.

- La créance est considérée comme certaine quand elle est « acquise en son principe ». Elle doit posséder une base suffisante dans la loi ou la jurisprudence. Elle est alors protégée au même titre que la propriété d'un bien (Cour edh., 28 septembre 2004¹). Une créance de réparation d'un dommage délictuel (Cour edh, 20 nov. 1995²) ou un droit au renouvellement d'un bail (Cour edh, 24 juin 2003³) est une « valeur patrimoniale » qui doit bénéficier de la protection reconnue aux biens.
- La protection de la créance s'applique quand la prestation portée par l'obligation est modifiée de force : le bailleur, créancier d'un métayage transformé de force en fermage, est victime d'une expropriation (Civ. 3^e, 10 octobre 2019⁴). Il y a également expropriation en présence d'une loi rétroactive, prétendant modifier (comprendre : réduire) le montant de l'indemnisation d'une victime d'accident médical.
- Le contrôle de la jurisprudence porte sur le montant de l'indemnisation que le créancier exproprié doit obtenir : ce montant ne doit pas être lésionnaire (Civ. 3^e, 10 octobre

¹ Cour edh., 28 septembre 2004, *Kopecky c/ Slovaquie*, req. n°44912/98 : la créance doit posséder une base suffisante en droit interne (en jurisprudence ou dans la loi), point 58. « (...) la Cour note que la créance de restitution du requérant était dès le départ une créance conditionnelle (...). Dès lors, la Cour considère qu'au moment où le requérant introduisit sa demande en restitution sa créance ne pouvait être réputée suffisamment établie pour s'analyser en une « valeur patrimoniale » appelant la protection de l'article 1 du Protocole n°1. »

² Cour edh, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, série A no 332, p. 21, § 31

³ Cour edh, 24 juin 2003, *Stretch c. Royaume-Uni*, req. n°44277/98, § 35 : l'intéressé avait au moins une « espérance légitime » d'exercer l'option de renouvellement de son bail et que cet élément devait passer, aux fins de l'article 1 du Protocole no 1, pour un « corollaire des droits de propriété qu'il détenait (...) en vertu du bail ».

⁴ Civ. 3^e, 10 octobre 2019, n° 17-28.862, Bull. ; Defrénois, octobre 2019, n° 44, p. 5 : « Il appartient au juge, saisi d'une demande en ce sens, de rechercher concrètement si la conversion d'un métayage en fermage en application de l'article L. 417-11 du code rural et de la pêche maritime, en ce qu'elle prive le bailleur de la perception en nature des fruits de la parcelle louée et en ce qu'elle est dépourvue de tout système effectif d'indemnisation, ne porte pas une atteinte disproportionnée, au regard du but légitime poursuivi, au droit au respect de ses biens garanti par l'article 1 du premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

2019, préc.). Ainsi, lors de l'adoption de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, dite loi anti-Perruche (figurant désormais à l'article 114-5 c. act. soc. fam.¹), le législateur français avait adopté une disposition rétroactive prévoyant que l'obligation d'indemniser les victimes sera remplacée par une autre obligation (de solidarité nationale). La loi avait pour conséquence de diviser par dix le montant de l'indemnisation² allouée aux victimes. Les juges de la cour edh. (Cedh, 6 octobre 2005, *Maurice et X... c/ France*³) ont estimé que « Une atteinte aussi radicale aux droits des intéressés a rompu le juste équilibre devant régner entre, d'une part, les exigences de l'intérêt général et, d'autre part, la sauvegarde du droit au respect des biens »⁴.

La protection supra-législative de la propriété s'applique donc à la créance comme aux biens, solution logique dans la mesure où l'une comme l'autre sont des valeurs qui figurent à l'actif du patrimoine d'une personne. Dès que la créance est certaine, le créancier ne doit pas en être exproprié sans une indemnisation dont le montant est contrôlé. La valeur de la créance est fixée selon une méthode probabiliste, habituellement retenue en économie.

(21- à 23. : réservés)

24. L'obligation est donc une **valeur patrimoniale spécifique** parce que sa valeur ne devient effective que lors de son extinction par le paiement. Tant que l'obligation existe, sa valeur de la prestation reste potentielle, aussi bien pour le créancier que pour le débiteur.

Premièrement, l'obligation est une valeur comptable, qui figure simultanément dans deux patrimoines. L'existence simultanée de l'obligation dans deux patrimoines s'explique par la présence

¹ Art. 114-5 c. act. soc. fam. (issu loi 4 mars 2002, codifié par ord. n° 2005-102 du 11 fév. 2005) : « I. Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

« La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

« Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale. »

² Voir : *Droit de la responsabilité civile*, n° 258.

³ Cedh, 6 octobre 2005, Grande chambre, *Maurice et X... c/ France*, req. n°1513/03 et 11810/03. Voir : Civ. 1^{ère}, 24 janvier 2006, n°02-13775, Bull. n°31.

⁴ Cour edh, 6 oct. 2005, *Maurice contre France*, n° 11810/03, point 94 et point 91 : « Certes, les requérants bénéficient de prestations, prévues par le dispositif en vigueur, mais leur montant est nettement inférieur à celui résultant du régime de responsabilité antérieur et il est clairement insuffisant, comme l'admettent le Gouvernement et le législateur eux-mêmes, puisque ces prestations ont été complétées récemment par de nouvelles dispositions prévues à cet effet par la loi du 11 février 2005. En outre les montants qui seront versés aux requérants en vertu de ce texte, tout comme la date d'entrée en vigueur de celui-ci pour les enfants handicapés, ne sont pas définitivement fixés (paragraphe 57 à 59 ci-dessus). Cette situation laisse peser encore aujourd'hui une grande incertitude sur les requérants et, en tout état de cause, ne leur permet pas d'être indemnisés suffisamment du préjudice déjà subi depuis la naissance de leur enfant. »

du vecteur, véhicule (dépourvu de valeur patrimoniale) qui établit un lien polarisé servant au transfert de valeur (de la prestation, en l'occurrence).

Deuxièmement, l'obligation est une valeur potentielle, car l'exécution de la prestation est toujours soumise à un risque d'impayé, tant que l'exécution n'a pas eu lieu. Cette valeur potentielle ne peut être connue qu'a posteriori, une fois l'obligation éteinte (par le paiement ou par une disposition légale réputée équivalente).

- La valeur effective de l'obligation correspondra au montant qui sera perçu par le créancier : en l'absence de connaissance rétrospective, la valeur mathématiquement exacte de l'obligation est fixée par un écart (potentiel). Ce qui donne une valeur imprécise.
- La valeur économique de l'obligation est fixée selon une méthode probabiliste : le risque d'impayé se voit attribuer une valeur précise. Lorsqu'il est hautement probable que le créancier est solvable et paiera, la valeur de l'obligation sera proche du nominal de la prestation. La valeur est précise, mais mathématiquement inexacte.

L'obligation est donc une valeur patrimoniale spécifique : quand elle est une créance, elle figure dans l'actif du patrimoine et elle peut être assimilée à un bien (le créancier, "propriétaire" de sa créance, est protégé contre une expropriation sans indemnisation par l'État) ; quand elle est une dette, elle figure au passif du débiteur et son extinction (par le paiement ou par une mesure légalement réputée telle) donnera lieu à un ensemble de solutions applicables à toutes les obligations.

II/ Le régime général : les dispositions communes à toutes les obligations

25. Le **régime général de l'obligation** traite des règles communes à toutes les obligations. C'est l'objet scientifique de la matière qui conduira à utiliser un critère (l'existence de dispositions communes à toutes les obligations) pour en déduire un résultat (le domaine d'application du régime général).

- La distinction entre le tronc commun et les branches (régimes spéciaux) est fréquemment employée en droit afin d'éviter les redites : les règles communes au contrat relève du droit (général) du contrat (art. 1105 c. civ.¹), tandis que les régimes spéciaux, propres à chaque contrat (de vente, de location ...), sont traités par le droit des contrats spéciaux ou par des branches devenues autonomes (droit du travail, qui traite du contrat de

¹ Art. 1105 c. civ. : « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.

« Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.

« Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières. ».

travail ...).

- Le régime général de l'obligation a donc un objet (scientifique) établi par un critère formel (l'existence de règles communes) et aboutissant à un résultat substantiel (le domaine d'application).

L'existence du tronc commun (c-à-d. des dispositions communes à toutes les obligations) sera établie par un critère qui suppose de régler une première difficulté préalable (qui n'est d'ailleurs pas propre au régime général de l'obligation). Il y a des règles générales, applicables à toutes les obligations (la force obligatoire ; la présence d'un vecteur polarisé ...) et des règles de droit commun (valant en principe, sauf exception). Deux critères peuvent donc être employés pour parler de régime général.

Le résultat substantiel auquel aboutissent ces deux critères se concrétise dans le domaine d'application du régime général. Le régime général traite de l'existence des obligations (selon des modalités synthétiques : une obligation solidaire ; une cession de créance ...) et de leur extinction (par le paiement). Question : quand une règle commune existe et qu'elle n'est pas consacrée (ou reconnue) par le législateur, relève-t-elle du régime général de l'obligation ?

Le régime général de l'obligation a donc pour objet scientifique de traiter des règles communes à toutes les obligations : le tronc commun (1) sera établi par un critère qui aboutira à identifier le domaine d'application (2) du régime général.

1/ Le tronc commun : la notion de règles « communes à toutes les obligations »

26. Le **tronc commun** impose d'identifier le critère de détection d'une règle commune à toutes les obligations. En réalité, deux critères différents peuvent être utilisés : la règle est commune quand elle est générique ou quand elle fixe un principe (régime de droit commun).

- En présence d'une règle générique, le critère pour détecter le tronc commun est strict : aucune exception ne sera admise, ce qui limitera le domaine d'application du régime général.
- En présence d'une règle de principe, le législateur fixe le régime de droit commun, implicitement parce que des exceptions seront établies (exception ponctuelle ou dotée d'un domaine plus vaste : droit dérivé).

En droit positif, le législateur utilise (cumulativement) les deux critères, ce qui signifie donc à la fois que le régime général traitera des règles synthétiques (applicables à toutes les obligations sans exception) mais aussi qu'il établira un régime de droit commun (qui sera écarté par des régimes

spéciaux : propres aux obligations contractuelles, alimentaires, fiscales ...). Le régime général est applicable à toutes les obligations (a) ; c'est aussi le régime de droit commun (b).

a/ Le régime applicable à toutes les obligations : « en règle générale »

27. Le **régime applicable à toutes les obligations** signifie que toutes les obligations obéissent sans exception à des règles générales. Le critère du tronc commun est défini de manière stricte : l'obligation commune n'existe qu'en présence d'une constante (celle définissant l'obligation, avec son vecteur et sa prestation) ou en présence de règles génériques fixant un régime, c-à-d. un ensemble cohérent de règles.

Lorsque le législateur constate et décide qu'une règle est commune à toutes les obligations, elle sera logiquement intégrée au régime général.

- Ainsi, le paiement (à savoir l'exécution volontaire de la prestation) éteint toute obligation : c'est une règle générale, commune à toutes les obligations (art. 1342 c. civ.¹) ;
- Lorsque l'exécution d'une prestation a eu lieu sans obligation, l'enrichi devra restituer à l'appauvri : l'obligation de restituer figure dans le régime général, parce qu'elle s'applique à toute prestation exécutée sans juste titre (art. 1352 et suiv. c. civ.).
- Lorsque l'obligation perd la polarité de son vecteur, parce que la créance et la dette figure désormais dans un seul et même patrimoine, il y aura confusion : l'obligation disparaît (art. 1349 c. civ.²).

Cette règle générale peut exister, même lorsque le législateur n'en a pas conscience ou lorsqu'il n'en a qu'une conscience partielle.

- Si le législateur affirme que l'annulation d'un contrat détruit le vecteur de l'obligation contractuelle, et si la solution s'applique à toute obligation (annulation du lien de filiation entraînant la destruction de l'obligation alimentaire ...), on sera en présence d'une règle générale. Quand le législateur admet la conséquence, à savoir l'obligation de restituer (supra), l'existence implicite de la règle générale est acquise.
- Si le législateur affirme que toute obligation légalement formée est soumise à la force obligatoire, de sorte que le paiement volontaire de l'un au profit de l'autre ne peut être remis

¹ Art. 1342 c. civ. : « Le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due.

« Il doit être fait sitôt que la dette devient exigible.

« Il 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. »

² Art. 1349 c. civ., « La confusion résulte de la réunion des qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation dans la même personne. Elle éteint la créance et ses accessoires, sous réserve des droits acquis par ou contre des tiers. »

en cause, il y aura une règle synthétique : elle existe même quand le législateur se répète, en affirmant la même solution en présence d'une obligation contractuelle (art. 1103 c. civ.¹), d'une obligation quelconque (art. 1341 c. civ.²) ou d'une obligation légale particulière (pension alimentaire³ ...).

Une règle générale peut donc exister, même à défaut de reconnaissance légale explicite. Lorsque le législateur (art. 1349 c. civ.) prévoit la disparition de l'obligation en cas de confusion, il réserve l'hypothèse des droits acquis par les tiers : ce n'est pas une exception ; le législateur affirme implicitement que toute obligation produit un impact sur les tiers (de sorte que l'effet relatif de l'obligation est une règle générique, qui n'est pas propre aux contrats).

Le premier critère pour identifier le tronc commun est celui de la règle générale, applicable à toutes les obligations. Ce critère restreint englobe deux cas de figure : les règles générales existent

- lorsque le législateur reconnaît, explicitement ou implicitement, leur existence ;
- et également lorsque le législateur n'en a pas conscience.

b/ Le régime de droit commun : en principe (et sauf exception)

28. Le **régime de droit commun (des obligations)** s'applique en principe, sauf exception. Le critère utilisé est donc différent et plus extensif que le critère précédent : le régime général est le régime de droit commun.

Le *régime de droit commun* fixe un principe, qui sera appliqué sauf exception (laquelle suppose un texte : clause d'un contrat, disposition légale).

- En principe, l'obligation doit être exécutée, même quand le débiteur est confronté à une imprévision. En droit du contrat, une exception est établie : le contractant doit

¹ Art. 1103 c. civ. : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

² Art. 1341 c. civ. : « Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation (...) ».

³ Art. 373-2-2 c. civ. : « I. - En cas de séparation entre les parents, ou entre ceux-ci et l'enfant, la contribution à son entretien et à son éducation prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon le cas, par l'un des parents à l'autre, ou à la personne à laquelle l'enfant a été confié. »

renégocier en cas d'imprévision (art. 1195 c. civ.¹)². En l'absence de précision contraire, l'imprévision ne crée aucune obligation de renégocier en régime général de l'obligation.

– En principe, tous les créanciers sont égaux entre eux (art. 2285 c. civ.). Quand ils sont confrontés à un débiteur insolvable, ils se partageront ses biens en attribuant à chacun la même proportion. Si le débiteur ne peut payer que la moitié de ses dettes, tous les créanciers impayés ne seront payés que pour la moitié de leur créance. Le régime général fixera donc le droit commun du paiement forcé, lorsque des créanciers sont confrontés à un débiteur insolvable.

– En principe, le débiteur d'une obligation de somme d'argent qui l'exécute en retard sera tenu de verser les intérêts de retard au taux légal (art. 1344-1 c. civ.³). Il faudra établir une exception, soit par un texte légal (en présence d'une obligation légale), soit par une clause contractuelle (en présence d'une clause contractuelle), pour que le débiteur d'une obligation de somme d'argent soit tenu différemment.

En droit positif, le législateur retient ce critère (régime général = régime de droit commun) pour fixer le domaine d'application du régime général des obligations.

(29- à 33. : réservés)

34. Le **tronc commun** est donc fixé, en droit positif, par deux critères, que l'on retrouve également en droit du contrat⁴ :

– En présence d'une « règle générale » (art. 1105 al. 1^{er} c. civ.⁵), le tronc commun s'applique à toutes obligations (sans exception). Précision : ces règles générales peuvent exister, même quand le législateur ne le prévoit pas.

¹ Art. 1195 c. civ. : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

« En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

² Ainsi, pour déroger à l'obligation faite aux contractants de renégocier en cas d'imprévision, il faudra une disposition dérogatoire en droit spécial. Voir : Art. L 211-40-1 c. mon. et fin. : « L'article 1195 du code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code. »

³ Art. 1344-1 c. civ. : « La mise en demeure de payer une obligation de somme d'argent fait courir l'intérêt moratoire, au taux légal, sans que le créancier soit tenu de justifier d'un préjudice. »

⁴ Voir : *Droit du contrat*, n°35

⁵ Art. 1105 al. 1^{er} c. civ. : « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. »

- En présence d'une règle de droit commun, le tronc commun fixe un principe qui sera écarté par des dispositions contraires explicites (art. 1105 al. 2 et 3 c. civ.¹).

On notera qu'une règle générale devient un principe quand le législateur prend la décision politique d'établir une exception. En principe, un créancier peut obtenir l'exécution forcée, sauf quand son débiteur est l'État² (infra). Si tous les débiteurs avaient été soumis à l'exécution forcée (sans exception), la règle aurait été générale.

2/ Le domaine d'application du régime général : régime général de l'obligation ou des obligations ?

35. Le **domaine d'application du régime général** est le résultat de l'application combinée des deux critères utilisés pour identifier l'existence du tronc commun. En présence de règles générales (même non reconnues par le législateur) et en présence de principes (fixant le droit commun, ce qui impose une décision du législateur), le tronc commun existe : donc les matières traitées relèvent (scientifiquement, mais pas forcément légalement) du domaine d'application du régime général. C'est l'objet de la distinction (sémantique) entre régime général de l'obligation et régime général des obligations.

En droit positif, le législateur traite « Du régime général *des obligations* » (art. 1304 à 1352-9 c. civ.). C'est l'intitulé du titre IV, tel qu'il résulte de la réforme du 10 février 2016, qui a refondu entièrement la matière. En droit positif, le régime général des obligations traite à la fois des règles générales et fixe des principes, le tout formant le tronc commun. Le domaine d'application du régime général des obligations, reconnu comme tel en droit positif, correspond donc à l'état légal de la matière, telle qu'elle a été synthétisée par le législateur en 2016.

Mais l'état scientifique de la matière, telle qu'elle peut être synthétisée en retenant les mêmes critères (un tronc commun composé de règles générales et de principes de droit commun applicables à toutes les obligations), conduit à retenir un domaine d'application différent (plus large, en l'occurrence) pour le régime général. On parlera alors plutôt du régime général *de l'obligation*, pour signaler que son domaine d'application inclura toutes les dispositions communes, y compris celles que le législateur n'a pas consacrées en droit positif.

¹ Art. 1105 al. 2 et 3 c. civ. : « Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. « Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières. ».

² Art. L 2311-1 c. gén. de la propriété des personnes publiques : « Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 sont insaisissables ». Art. L 1 c. gén. prop. pers. pub. : « Le présent code s'applique aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics. »

Le domaine d'application du régime général n'est donc pas uniquement le résultat de l'application d'un double critère ; il impose un choix.

- Soit on se tient à la synthèse effectuée par le législateur lors de sa réforme de 2016 : le domaine d'application du régime général sera alors limité aux dispositions figurant aux articles 1304 et suiv. c. civ., et traitées dans le titre IV.
- Soit on retient comme critère scientifique l'existence de dispositions communes à toutes les obligations : le domaine d'application du régime général sera élargi à des dispositions extérieures au titre IV. Ce sera la solution retenue dans ce cours.

35-1. L'élaboration d'une **théorie générale de l'obligation** a pris beaucoup de temps. Historiquement, le droit du contrat n'a émergé qu'au XVIII^e siècle, lorsqu'une comparaison entre les principaux contrats spéciaux a fait apparaître des points de synthèse (Pothier ayant joué un rôle essentiel en la matière). Le plan bipartite du code civil de 1804 qui avait fait de la question de la source de l'obligation la question majeure (*summa divisio*), a été abandonné au profit d'un plan distinguant entre les sources des obligations (titre III) et le régime général des obligation (titre IV).

Le plan du code civil français de 1804 avait fait l'objet de *critiques*, scientifiquement fondées, notamment par la doctrine germanique (allemande et suisse) à la fin du XIX^e siècle.

- En distinguant selon la source des obligations, contractuelle d'un côté, légale de l'autre, les codificateurs étaient contraints de manquer d'esprit de synthèse : on paie un prix ou un impôt de la même manière, en versant une somme d'argent. Les codificateurs français avaient traité du paiement dans les dispositions consacrées au contrat.
- Si les juristes français avaient été davantage rigoureux, ils auraient, solution adoptée en droit suisse¹ et, avec moins de rigueur, en droit allemand², choisi un plan tripartite, en distinguant entre la naissance de l'obligation (les conditions de sa validité, en sous-distinguant selon la source), son exécution et son extinction. Au début du XX^e siècle, le code civil français apparaît comme scientifiquement en retard.

La réforme effectuée par l'ordonnance du 10 février 2016 avait pour objectif de remettre de l'ordre dans le droit français des obligations. Désormais, le titre III, intitulé « de la source d'obligations », traite notamment des contrats et des obligations légales. Le titre IV, intitulé « Du régime général des obligations » » traitera de l'existence (vie) et de l'extinction des obligations : c'est le domaine dans lequel des règles communes à toutes les obligations ont été identifiées.

¹ Le code suisse des obligations, adopté en 1911, distingue trois titres : la formation des obligations (titre 1er : subdivisé selon trois sources : contractuelle, délictuelle, quasi-contractuelle), l'exécution des obligations (titre 2ème) et l'extinction des obligations (titre 3ème).

² Dans le BGB, adopté en 1898, le plan est plus confus : après quelques considérations générales sur les obligations (section 1ère), les contrats en général (section 2ème), l'extinction et la circulation des obligations (section 3 à 5), le catalogue se poursuit par l'obligation plurale (section 6) et les obligations spéciales (section 7, composée d'une liste se terminant par les subdivisions 24 et 25, relatives aux quasi-contrats et à la responsabilité).

Le régime général de l'obligation est une matière relativement nouvelle en France. Elle n'est enseignée dans les universités, en tant que telle, que depuis le début du XXI^e siècle. Auparavant (avant la « semestrialisation »), la matière (annuelle) appelée *Droit des obligations*, était enseignée en deuxième année de droit.

a/ Le domaine d'application du régime général des obligations en droit positif : la réforme du 10 février 2016

36. Le **domaine d'application du régime général des obligations** est fixé, en droit positif, aux articles 1304 à 1352-9 c. civ., qui font l'objet du titre IV intitulé « Du régime général des obligations ».

Le titre IV se compose de 5 chapitres. Un plan-catalogue, à visée concrète mais sans synthèse théorique, a été adopté. Ce long catalogue (le titre IV bis consacré à la preuve des obligations suit la même logique) expose les différentes règles qui sont perçues comme donnant lieu à synthèse, comprenant aussi bien des règles communes à toutes les obligations que des dispositions de droit commun.

- Le premier chapitre traite des modalités des obligations (conditionnelle, à terme ...),
- Le second des opérations sur obligation (cession de créance ...),
- Le troisième est consacré aux « actions ouvertes au créancier »¹,
- Le quatrième traite de l'extinction des obligations (paiement, compensation qui est pourtant une variété de paiement, impossibilité d'exécuter, remise de dette).
- Le chapitre V consacré aux restitutions (art. 1352 et suiv.) clôturera la liste.

Un plan plus théorique aurait pu conduire à distinguer entre la vie de l'obligation (tant qu'elle existe) et son extinction.

En droit substantiel, le domaine du tronc commun ne traite pas de la formation de l'obligation, en raison de la diversité des règles qui règnent en la matière.

- Les divers faits juridiques (accident en droit de la responsabilité civile ; fait spontané en droit des quasi-contrats² ... ; perception d'un revenu donnant lieu à imposition) et les différents actes juridiques (conclusion d'un contrat, divorce, règlement de copropriété ...) pouvant donner naissance à une obligation (de réparer, de verser un impôt, une pension alimentaire ...) n'obéissent pas à un tronc commun de règles.

¹ Art. 1341-1 à -3 c. civ.

² L'article 1300 c. civ. parle de fait « volontaire », comprendre spontané. Art. 1300 al. 1^{er} c. civ. : « Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui. »

- Les règles de validité exigées pour donner naissance à une obligation sont donc logiquement traitées à part : en droit du contrat (pour le régime général du contrat), en droit de la famille ou en droit fiscal.

En revanche, il existe un tronc commun de règles qui traitent, en substance, de l'existence de l'obligation (sa vie) et de son extinction (par le paiement). De ce point de vue, le droit français est relativement similaire aux autres droits civils européens.

37. La **matière légale** a été réformée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016¹ et ratifiée (sans changement majeur) par la loi n°2018-287 du 20 avril 2018².

Dans l'ensemble, l'*ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016* a réformé à droit constant. La synthèse effectuée en 2016 avait principalement pour objet de distinguer entre les règles spécifiques au contrat (et traitées aux articles 1101 à 1303-4 c. civ.) et celles communes à toutes les obligations. L'ordonnance de 2016 a introduit quelques innovations³ et quelques modifications :

- Les innovations de 2016 ont pour objet la possibilité de mettre en demeure le créancier, lorsqu'il refuse de recevoir paiement (art. 1345 c. civ.⁴), ainsi que la cession de dette (dont le régime est fixé aux articles 1327 à 1328-1 c. civ.).

- Les modifications portent sur des points techniques (la réalisation d'une condition suspensive n'opère plus de manière rétroactive⁵ ; la cession de créance est devenue opposable aux tiers sans condition⁶ ; la compensation doit être invoquée). L'affirmation du caractère portable du paiement des obligations monétaires⁷ a permis de mettre le droit en adéquation avec la pratique. Ce sont des détails techniques.

La *loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ayant ratifié l'ordonnance de 2016* a modifié ponctuellement le régime général des obligations issu de 2016 sur 6 points (renonciation à une condition : art. 1304-4 c. civ. ; effets de la déchéance du terme sur la caution : art. 1305-5 ; caractère solennel de la cession de dette : art. 1327 al. 2 c. civ. ; sort des sûretés constituées par le cédant en présence d'une cession de dette : art. 1328-1 c. civ. ; extension des opérations pouvant donner lieu à un paiement en devises : art. 1343-3 c. civ. ; effets de la compensation en présence de codébiteurs solidaires et de cautions : art. 1347-6 c. civ.).

¹ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

² J.-D. Pellier, *Les dispositions de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 en matière de régime général des obligations*, JCP E 2018, act. 298 ; A. Aynès, *Régime de l'obligation et sûretés*, RDC, hors-dérie juin 2018, p.46 ; O. Dehayes, Th. Génicon et Y.-M. Laithier, *Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JCP 2018, doctr. 529.

³ Maxime Julienne, *Régime général des obligations*, LGDJ, Lextenso, 2022, 4^e éd., n°13, p.14

⁴ Art. 1345 c. civ. : « Lorsque le créancier, à l'échéance et sans motif légitime, refuse de recevoir le paiement qui lui est dû ou l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution.

« La mise en demeure du créancier arrête le cours des intérêts dus par le débiteur et met les risques de la chose à la charge du créancier, s'ils n'y sont déjà, sauf faute lourde ou dolosive du débiteur.

« Elle n'interrompt pas la prescription. »

⁵ Art. 1304-6 c. civ.

⁶ Art. 1323 c. civ.

⁷ Art. 1343-4 c. civ.

Le caractère extrêmement technique des modifications et innovations adoptés en 2016 et en 2018 montre un souci du détail.

b/ Le domaine d'application du régime général de l'obligation : l'inclusion du tronc commun extérieur au titre IV

38. Le **domaine d'application du régime général de l'obligation** est plus étendu que les seules dispositions traitées dans le titre IV. À l'extérieur du titre IV, on peut trouver des dispositions communes qui répondent au critère du tronc commun, à savoir des règles génériques (communes à toutes les obligations sans exception) ainsi que des règles de droit commun.

Les *règles génériques* (premier critère du tronc commun) que la réforme de 2016 aurait pu, en tout cas explicitement, intégrer au régime général, apparaissent en droit du contrat. La force obligatoire des obligations et leur effet relatif apparaissent néanmoins sous un mode mineur dans certaines dispositions du régime général :

- La force obligatoire des conventions (art. 1103 c. civ.¹) est identique à celle de l'obligation légale : la force obligatoire de l'obligation ne figure toutefois pas dans le régime général, sauf à considérer que l'article 1341 c. civ.² (intégré au titre IV), selon lequel « Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation » en traiterait substantiellement. L'article 2284 c. civ.³ (extérieur au titre IV), selon lequel « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement » peut également consacrer implicitement la force obligatoire de tout engagement, donc de toute obligation.
- L'effet relatif de l'obligation reste intégré au droit du contrat (effet relatif des conventions : art. 1199 et suiv. c. civ.⁴). Pourtant, certaines applications de cette règle générique figurent désormais (logiquement) dans le régime général de l'obligation : l'article 1199 al. 2 c. civ. y fait explicitement référence : « 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. »
- Le chapitre III du titre IV permet au créancier, menacé par l'inexécution de son débiteur, de pouvoir préserver ses intérêts. Il peut notamment invoquer

¹ Art. 1103 c. civ. : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

² Art. 1341 c. civ. : « Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi. »

³ Art. 2284 c. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir »

⁴ Art. 1199 c. civ. : « 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'exécution correcte de ses obligations par le sous-débiteur (à savoir le débiteur de son débiteur : art. 1341-1 c. civ., figurant dans les actions ouvertes au créancier).

– En présence d'une confusion (lorsque la polarité du vecteur de l'obligation disparaît : supra), l'article 1349 c. civ.¹ précise que « La confusion (...) éteint la créance et ses accessoires, sous réserve des droits acquis par ou contre des tiers. » Là encore, c'est une application ponctuelle de l'effet relatif de l'obligation.

Substantiellement, mais pas formellement, certaines règles génériques doivent donc être intégrées au régime général. Il faudra raisonner par analogie, sur le modèle de l'obligation contractuelle.

Certains *principes fixant le droit commun*, applicables à toutes les obligations sauf exception (second critère du tronc commun), figurent ailleurs que dans le titre IV. C'est le cas avec le droit de gage général (art. 2284 et 2285 c. civ.) et avec la responsabilité contractuelle (art. 1231-1 c. civ.), lorsque le débiteur d'une obligation (quelconque : contractuelle ou légale) ne l'exécute pas.

– Selon l'article 1231-1 c. civ. : « 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 empêchée par la force majeure. » La formulation employée par ce texte (qui parle non pas de « contractant », mais de « débiteur ») peut être appliquée à toute obligation. Le créancier, victime d'une inexécution de la prestation, a droit à obtenir sa valeur ; en présence d'un « retard dans l'exécution », il a le droit aux « intérêts ». Lorsque le locataire ou le redevable ne verse pas son loyer pour l'un, son impôt pour l'autre, le créancier a le droit d'obtenir des « dommages et intérêts », quelle que soit la source (contractuelle ou légale) de l'obligation. Dénommée « *responsabilité contractuelle* » en droit français, cette obligation de réparer relève du régime général.

– La solution apparaît d'ailleurs dans le titre IV, mais ponctuellement, avec les obligations de somme d'argent². Selon l'article 1344-1 c. civ.³, le créancier impayé a droit au taux légal ; la solution apparaît également en droit du contrat avec les obligations de somme d'argent (art. 1231-6 c. civ.⁴). La redite du législateur

¹ Art. 1349 c. civ., « La confusion résulte de la réunion des qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation dans la même personne. Elle éteint la créance et ses accessoires, sous réserve des droits acquis par ou contre des tiers. »

² Sous section 2 : Dispositions particulières aux obligations de somme d'argent (art. 1343 à 1343-5 c. civ.).

³ Art. 1344-1 c. civ. : « La mise en demeure de payer une obligation de somme d'argent fait courir l'intérêt moratoire, au taux légal, sans que le créancier soit tenu de justifier d'un préjudice. »

⁴ Art. 1231-6 c. civ. : « Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure.

« Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

s'explique : en droit du contrat, le taux légal (disposition supplétive de volonté : art. 1231-6 al. 1^{er} et 2 c. civ.¹) établit un principe qui vaut sauf clause contraire (clause pénale : art. 1231-5 c. civ.²). Tout débiteur d'une somme d'argent qui s'exécute en retard doit le taux légal : ce principe vaut sauf exception (c-à-d. sauf clause contractuelle contraire, en présence d'une obligation contractuelle, sauf disposition légale contraire, en présence d'une obligation légale).

– D'une manière plus générale, tout créancier impayé à échéance a le droit d'obtenir réparation à raison de l'absence (totale ou partielle) de la prestation, et à raison du retard (dommage moratoire). C'est le principe de droit commun, qui vaut sauf exception.

L'inexécution d'une prestation (quelconque) par un débiteur mis en demeure donne lieu à des solutions de principe, qui auraient dû figurer de manière générale dans le titre IV (qui ne traite que partiellement de la matière, avec les obligations de somme d'argent).

– En principe, tout créancier impayé (dénommé « *créancier chirographaire* ») est en droit d'obtenir l'exécution forcée sur les biens et revenus de son débiteur défaillant (art. 2284 c. civ.³). La solution vaut pour tous les créanciers (art. 2285 c. civ.⁴). La prérogative reconnue à tous les créanciers (dénommée « droit de gage général ») fixe un principe de droit commun qui aurait dû être intégré dans le régime général des obligations, et non pas en tête du livre IV consacré aux sûretés (droit dérivé du tronc commun, au même titre que le droit bancaire et le droit des instruments financiers).

– Plus ponctuellement, un mode d'extinction de l'obligation n'a pas été intégré au régime général : la prescription extinctive est traitée ailleurs, dans les dispositions traitant de la prescription. C'est pourtant une disposition applicable à toutes les obligations.

On note que les principes de droit commun qui n'ont pas été intégrés dans le titre IV sont centrés sur les difficultés d'exécution rencontrées par le créancier. Ce manque de synthèse

« Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire. »

¹ Art. 1231-6 al. 1^{er} et 2 c. civ. : « Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure.

« Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. (...) ».

² Art. 1231-5 al. 1^{er} c. civ. : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. »

³ Art. 2284 c. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir »

⁴ Art. 2285 c. civ. : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

est problématique, car la question de l'impayé (au sens du régime général de l'obligation : ce que le débiteur ne fournira au créancier, même après exécution forcée) est centrale dans l'obligation. L'obligation n'aura de valeur (économique) qu'en fonction de son exécution.

Le régime général de l'obligation inclut donc des règles génériques et des principes de droit commun qui ne sont pas traités explicitement dans le titre IV. Le plan-catalogue qui a été adopté par les rédacteurs de l'ordonnance de 2016 monte que la synthèse n'est pas complètement aboutie. Elle pêche notamment sur la question de l'impayé.

(39- à 49. : réservés)

§2^{ème}/ La fonction du régime général de l'obligation :

le seul mécanisme de l'échange entre les patrimoines

50. La **fonction du régime général de l'obligation** est essentielle, puisque l'obligation est le seul mécanisme juridiquement admis pour qu'un échange valide ait lieu : en économie, la loi de l'offre et de la demande repose entièrement sur le présumé de l'obligation, dotée de son vecteur et de sa prestation. Cela étant précisé, la fonction juridique et économique de l'obligation peuvent être distinguées.

- Au sens juridique du terme, une obligation peut se créer et s'éteindre en même temps : en présence d'un paiement comptant, la vente est immédiatement dénouée.
- Au sens économique du terme, l'obligation existe pendant la durée qui sépare sa naissance de son extinction. L'existence de l'obligation apparaît alors spécifiquement.

Juridiquement, l'obligation sert d'instrument à tout échange, même soldé immédiatement. La seule modalité de l'échange est l'obligation : il n'en existe aucune autre.

- Celui qui obtient une prestation sans vecteur devra la restituer (chapitre 5 du titre IV), la restitution prenant la forme d'une obligation. L'enrichi est tenu d'un engagement, exécutoire sur tous ses biens présents et futurs : même quand il a consommé la prestation obtenue sans vecteur valide, la restitution doit avoir lieu (par équivalent).
- Il arrive fréquemment, en droit, qu'un échange soldé immédiatement (le prix est payé comptant) donne lieu à des obligations secondaires plus durables. Le vendeur est tenu de la

garantie d'éviction (art. 1626 c. civ.¹), de la garantie des vices cachés (art. 1641 c. civ.²) ... : ces obligations secondaires qui garantissent la bonne exécution de la prestation principale durent, mais elles ne seront exécutées que si le risque garanti survient (le produit acheté ne fonctionne pas ; un tiers en revendique la propriété).

En droit, la durée qui sépare la naissance de l'exécution de la prestation n'apparaît pas comme une distinction majeure, puisque la plupart des obligations éteintes immédiatement donnent lieu à garantie (sur la durée).

Économiquement, en revanche, l'obligation est perçue dans la durée. Lorsque le créancier attend dans le futur (proche ou lointain) l'exécution d'une prestation par le débiteur, on sera en présence d'un créancier économique.

– Le créancier économique est exposé à un risque : il espère que l'exécution de la prestation aura lieu à échéance, et, à défaut, que l'exécution forcée lui permettra d'obtenir son dû. Le risque d'impayé (au sens du régime général de l'obligation : une perte nette) est l'aléa majeur qui affecte la valeur d'une obligation.

– En présence d'une opération soldée simultanément et immédiatement, l'obligation économique n'aura pas eu le temps d'exister : le vendeur n'aura jamais occupé la position de créancier économique ; il sera (immédiatement) devenu propriétaire du prix. Économiquement, l'obligation n'existe que dans la durée : et c'est ainsi qu'elle sera perçue en régime général de l'obligation.

La distinction entre la vie (durée d'existence) et la mort (extinction) de l'obligation repose donc sur une vision économique des choses, en réalité parce que le risque d'impayé est le point névralgique de toute obligation, tant qu'elle existe. Toute obligation a vocation à être payée intégralement : tout ce qui altère le paiement altère la valeur économique de l'obligation. En conséquence :

– Quand un débiteur s'avère insolvable (ce qui signifie que ses créanciers subiront une perte nette), la question se posera de calculer le montant probable que percevront les créanciers. Cela vaut pour les dettes existantes, nées dans le passé.

– Pour le futur, quand une personne cherche à devenir débitrice (pour emprunter, pour devenir locataire), il faudra qu'elle soit acceptée par le créancier. Il est ici question de

¹ Art. 1626 c. civ. : « Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente. »

² Art. 1641 c. civ. : « 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. »

crédibilité : si la banque ou le fournisseur n'a pas confiance, il faudra payer en avance ou comptant. Le crédit correspond au montant qu'une banque pourra prêter : ce montant repose sur une estimation (probabiliste) et donne lieu à un calcul.

La vision économique de l'obligation est fonctionnelle : pour fixer la valeur (économique) de l'obligation présente (I), il faut déterminer la solvabilité du débiteur. Pour fixer le montant du crédit dont un débiteur pourra bénéficier, il faut déterminer sa crédibilité (II).

I/ La valeur économique de l'obligation présente : la solvabilité du débiteur

51. La **valeur économique de l'obligation présente** consiste à évaluer le montant que le débiteur sera probablement en mesure de payer, lorsque l'obligation arrivera à échéance. L'estimation (selon une méthode probabiliste) de la valeur d'une obligation se pose quand un créancier cherche à céder sa créance, afin d'obtenir des liquidités : à quel prix céder une créance, sachant que sa valeur mathématique, exacte mais imprécise¹, se situe quelque part entre 0 et 100% du montant de la prestation ? La valeur économique de l'obligation sera fixée en affectant au coefficient d'impayé une valeur précise : un prix pourra alors être déterminé.

Pour affecter une *valeur précise au coefficient d'impayé*, il faut analyser la situation précise d'un débiteur, et être en mesure de distinguer impayé brut (lorsque des liquidités manquent ponctuellement) et impayé net (après exécution forcée).

– Une vision statistique globale (98% des créances sont payées) ou un facteur de risque affecté à un débiteur (30% de risque que son compte bancaire soit à découvert à la fin du mois) ne permet pas de fixer la valeur précise de telle ou telle obligation. Si le débiteur paye intégralement deux créanciers et ne peut payer partiellement (au tiers) que le troisième, la valeur exacte des deux premières obligations aura été de 100% de leur nominal et celle de la troisième de 33%.

– Le calcul probabiliste d'un risque d'impayé et de son montant conduira à retenir une valeur chiffrée, en prenant comme référence la situation micro-économique précise d'un débiteur identifié. Lorsque le risque est calculé sur une masse statistiquement pertinente de débiteurs (probabilité statistique), sans analyse micro-économique de la situation de chaque débiteur, l'estimation de la valeur d'une masse de créances devient aléatoire.

Lorsque le calcul conduit à affecter une valeur précise au coefficient d'impayé, l'un des paramètres permettant de fixer la valeur économique d'une créance sera connu.

¹ Supra : la valeur mathématique d'une créance a conduit à retenir un écart, situé quelque part entre 0 et 1, affecté à l'exécution de la prestation.

- Le « taux de risque » que présente tel débiteur sera chiffré, éventuellement en sous-distinguant entre impayé brut (non paiement à échéance) et impayé net (après exécution forcée, à échéance nettement plus lointaine).
- D'autres paramètres (date effective du paiement, évolution des taux d'intérêts, des taux de change, l'arbitrage entre différents placements) seront pris en compte et conduiront à retenir un prix d'expert ou un prix de marché. La présentation comptable des actifs d'une société retient la valeur market-to-market, c-à-d. la valeur de marché à jour fixe.

La valeur économique d'une obligation, question déterminante dans la vocation d'un titre financier à circuler, impose donc de fixer un taux de risque (chiffage du coefficient d'impayé). Lors d'une cession de créance, ce chiffage repose sur une analyse détaillée de la situation du débiteur, destinée à évaluer sa solvabilité (1). Lors d'une tritisation (à savoir, une cession géante de créances), la valeur des titres financiers sera établie grâce à une analyse statistique portant sur une masse de débiteurs : l'évaluation de la valeur économique de la masse des créances devient aléatoire (2).

1/ L'évaluation de la solvabilité d'une personne : la valeur de ses biens saisissables comparée au montant de son passif

52. L'évaluation de la solvabilité d'une personne suppose une connaissance précise de la situation patrimoniale d'une personne, et pour l'obtenir, soit une personne morale produit des comptes (certifiés par le commissaire aux comptes), soit une personne physique remplit une fiche de renseignement.

- Une première approche conduira à estimer le solde comptable du patrimoine d'une personne, composé de ses actifs (biens évalués sous forme monétaire, créances certaines à percevoir) et défalqué de son passif (montant global de toutes les dettes certaines). Si le solde du compte de bilan est négatif (et si la personne disparaît à ce moment), le débiteur est techniquement insolvable.
- Pour calculer la valeur économique précise d'une créance (et donc le coefficient d'impayé), un créancier ne prend toutefois pas en compte la valeur des biens dont une personne est propriétaire : il retient comme valeur pertinente celle de son actif saisissable.

Juridiquement, l'évaluation de la solvabilité d'une personne (physique) suppose de maîtriser une donnée juridique spécifique : la valeur de la masse des biens et revenus saisissables est souvent inférieure à la valeur des biens et revenus dont le débiteur est propriétaire. C'est la *différence entre propriété et saisissabilité*. Un débiteur insolvable peut avoir un solde positif à son compte de bilan

et inversement : un débiteur peut être solvable envers tel créancier, alors même que son compte de bilan présente un solde négatif.

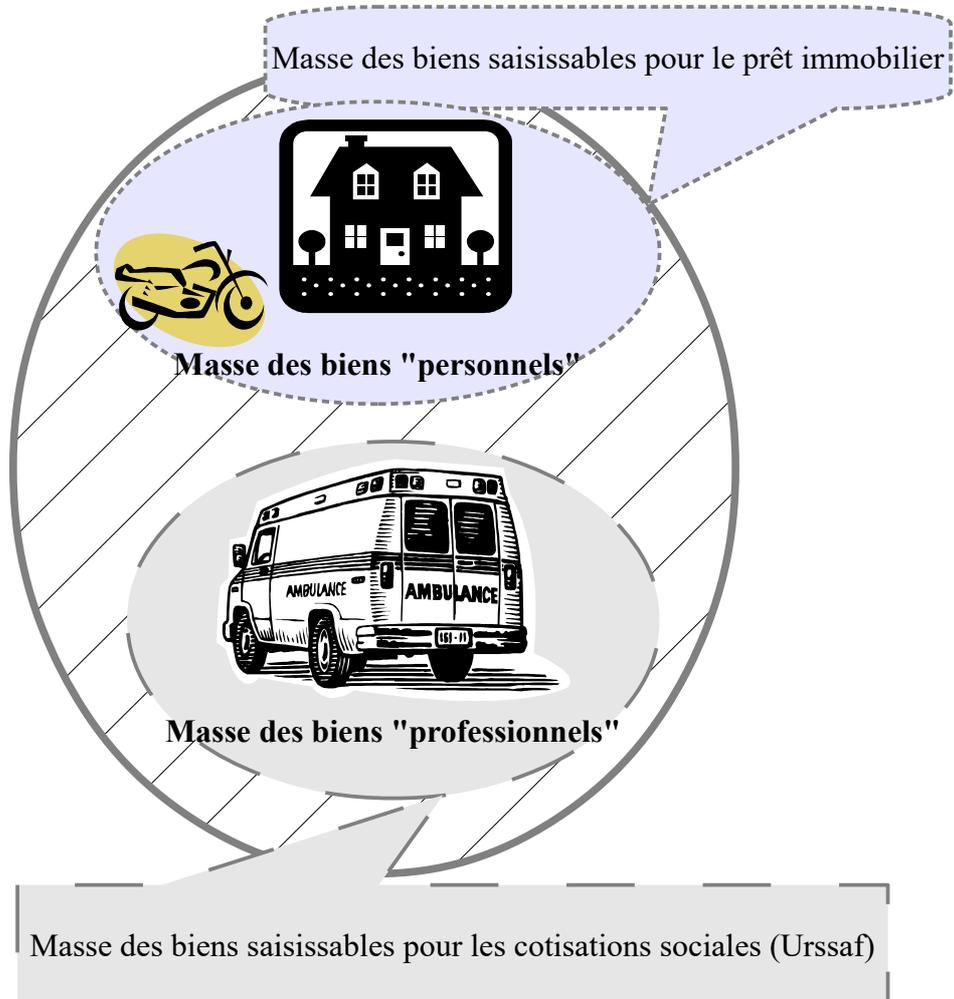
- Si un débiteur est propriétaire d'un bien (insaisissable) et qu'il décide de le vendre afin de payer une dette exigible, le créancier sera payé (paiement volontaire). Si le débiteur refuse le paiement volontaire, le créancier ne pourra pas obtenir l'exécution forcée sur le bien insaisissable¹ : le débiteur sera insolvable. On remarque, accessoirement, qu'il existera une incertitude sur le montant exact de l'impayé : la valeur économique d'une créance n'est qu'une probabilité.
- La détermination de la masse des biens saisissables est propre à chaque créance. Tel créancier (banque, pour un prêt immobilier) aura accès à certaines masses de biens (saisissables) ; tel autre créancier (Urssaf, pour les cotisations sociales d'un entrepreneur individuel) aura accès à une autre masse de biens saisissables (schéma 1.4).

Pour anticiper la valeur d'une créance, chaque créancier devra donc être en mesure d'identifier la masse des biens saisissables de son débiteur, puisque c'est sur cette masse de biens que l'exécution forcée pourra avoir lieu. Les masses de biens sont des sous-catégories de biens appartenant au débiteur (infra). En conséquence :

¹ Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n°19-15.072, Bull. ; D. 2021, p.904 : un époux emprunte seul pour acquérir un immeuble, bien commun ; l'immeuble n'est pas saisissable par le prêteur.

Schéma
1.4

Les masses saisissables au sein d'un patrimoine :
le cas de l'entrepreneur individuel



- Le coefficient d'impayé, chiffré par une probabilité, sera différent d'un créancier à l'autre (et, en généralisant, d'une catégorie de créanciers à une autre). Tel débiteur (entrepreneur individuel) sera insolvable pour l'Urssaf (coefficient d'impayé à 0,5), mais il restera solvable pour la banque (à raison du prêt immobilier) (coefficient d'impayé à 1). Le tout avec un patrimoine présentant un compte de bilan positif ou négatif.
- Ce cas de figure s'explique par des règles juridiques : le législateur décide de solvabiliser certaines activités d'un débiteur, en modifiant l'assiette de l'actif saisissable. Telle catégorie de créanciers (incluant des créances d'un montant important) devra se

contenter d'une assiette réduite ; telle autre catégorie de créanciers (incluant quelques créances d'un montant limité) prélèvera sur une autre assiette de biens saisissables.

L'évaluation de la solvabilité (présente) d'un débiteur repose donc sur la maîtrise de paramètres juridiques précis. Pour anticiper la valeur économique précise d'une créance, en fixant son coefficient d'impayé, il faudra calculer la valeur de l'actif saisissable, comparée à celle du passif exigible. Le créancier sera alors en mesure d'estimer le coefficient d'impayé : il saura à quelle valeur il peut céder une créance à un cessionnaire.

(53. et 54. : réservés)

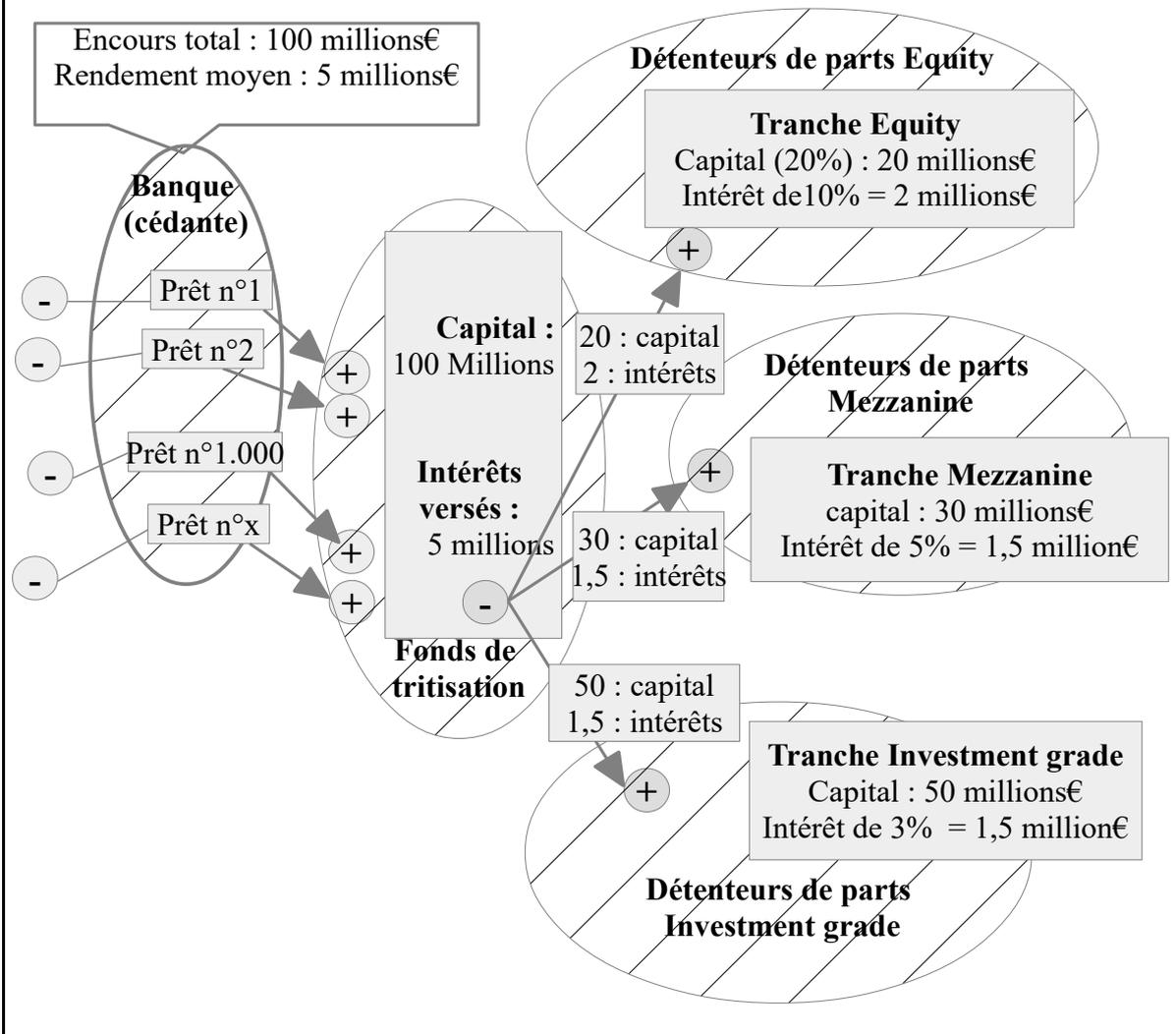
2/ La tritisation : le risque central de l'impayé

55. La **tritisation** est une opération par laquelle une banque (cédante) effectue la cession de grande quantité de créances au profit d'un fonds d'investissement (cessionnaire), lequel proposera à des investisseurs de détenir des parts qui représenteront non pas individuellement mais collectivement les créances cédées. Dans ce produit financier, le risque d'impayé joue un rôle central : il détermine le rendement du placement.

– Supposons une cession de créance portant sur les crédits immobiliers octroyés aux particuliers l'année écoulée, par la banque X, pour un montant global de 100 millions d'€. Le fonds d'investissement, désormais propriétaire des créances, encaisse les remboursements effectués par les débiteurs, conformément à leur plan d'amortissement (tableau 1.1, infra). Il gère les défauts de paiement, lorsqu'un emprunteur (débiteur cédé) est défaillant ou en faillite (surendetté ou en sauvegarde) et il effectue toutes les démarches pour obtenir un paiement (de remplacement ou forcé) (schéma 1.5).

Schéma
1.5

**Tritisation : rendement différencié en fonction
de la tranche de risque**



- Chaque emprunteur est désormais tenu envers le fonds d'investissement de rembourser son emprunt, conformément au tableau d'amortissement (tableau 1.1). Il suffira de multiplier par 1.000 pour connaître le montant qui doit être remboursé chaque année au fonds, en distinguant capital et intérêt.

Tableau 1.1		Tableau d'amortissement d'un prêt immobilier			
Année	Capital restant dû	Intérêts versés (5%)	Capital remboursé	Total des versements du débiteur (annuités)	Capital restant dû par le débiteur
n1	100.000	5.000€	7.000€	12.000€	93.000€
n2	93.000	4.650€	7.350€	12.000€	85.700€
n3	85.700€	4.285€	7.715€	12.000€	77.950€
n4	77.950€	3.897€	8.103€	12.000€	69.847€
n5	69.847€	3.492€	8.508€	12.000€	61.339€
n6	61.339€	3.067€	8.933€	12.000€	52.406€
n7	52.406€	2.620€	9.380€	12.000€	43.026€
n9	43.026€	2.151€	9.849€	12.000€	33.177€
n10	33.177€	1.659€	10.341€	12.000€	22.836€
n11	22.836€	1.142€	10.858€	12.000€	11.978€
n12	11.978€	599 €	11.401€	12.000€	577 €
		Coût total du crédit : 32.562 €			

– Les parts du fonds d'investissement seront détenues par des investisseurs, lesquels auront vocation à se répartir les revenus du fonds, à savoir les remboursements (en intérêt et en capital) effectués globalement par les emprunteurs (débiteurs cédés). Si la banque cédante a prêté 100 millions d'€, en moyenne, à 5%, le fonds d'investissement doit percevoir 12 millions chaque année. La première année, il percevra 5 millions d'intérêts et 7 millions de remboursement de capital ; la 3ème, les intérêts seront d'un montant de 4,285 millions et les remboursements en capital d'un montant de 7,715 millions. Ce sont les revenus du fonds : mais les détenteurs de parts n'auront pas le même rendement.

Les investisseurs auront le choix entre différents placements, offrant différentes rémunérations parce que ces placements sont exposés différemment au risque d'impayé. Le caractère central du risque d'impayé explique la répartition en trois tranches, ayant chacune un rendement différent (tableau 1.2) :

- La tranche « equity » est la plus rentable, mais aussi la plus risquée. La rémunération des détenteurs de parts equity est assurée par le versement des intérêts (sur le capital restant dû) et le remboursement partiel du capital :
 - La tranche equity représente 20% des parts sociales : 20% des remboursements en capital effectués par les emprunteurs sont affectés à cette tranche. Si tous les emprunteurs remboursent correctement la première année, les détenteurs percevront donc 20% des 7 millions.

– Les intérêts versés par les emprunteurs seront affectés à 40% aux détenteurs de parts equity. Si tous les emprunteurs remboursent la première année, 40% des 5 millions seront donc attribués aux détenteurs de parts equity.

La rémunération du placement est donc intéressante : le capital restant dû (soit 20 millions, la première année) rapporte un rendement net¹ de 10%. Les revenus bruts perçus sont décroissants, puisqu'une partie du capital est remboursé chaque année.

– La contrepartie est que cette tranche subit les premiers 20% d'impayés. Si l'année n+5, une perte de 2 millions d'€ est subie, les premiers 20% de capital non remboursé sont affectés aux détenteurs equity. Ils absorbent donc la majeure partie de la perte, en l'occurrence 1,701 millions. Le rendement du placement chute : à – 21,43% (les intérêts perçus, déduction faite de la perte, est divisé par le montant du capital restant dû à la tranche).

- La tranche « mezzanine » est moyennement rentable et moyennement risquée. Elle représente 30% du capital à rembourser ; les détenteurs obtiendront 30% des intérêts versés, soit un rendement de 5%. Le risque d'impayé sera pris en charge quand il affecte entre 20 et 50% du capital à rembourser. L'année n+5, les détenteurs de cette tranche subiront une perte limitée (-299), ils toucheront l'autre partie du capital à rembourser (2253) ainsi que les intérêts (699). Le rendement net sera donc de 2,57%.
- La tranche « investment grade » est la moins rentable et mais aussi la moins risquée : leurs porteurs représentent 50% du capital ; ils obtiendront 3% d'intérêt, mais ils échappent à l'impayé sur la première moitié des emprunteurs. L'année n+5, ils auront leur rémunération habituelle, puisque les pertes seront entièrement absorbées par les tranches equity (- 1.701) et mezzanine (- 299).

¹ Le rendement brut est de 18,5% la première année, mais il inclut le remboursement du capital. Le rendement net, déduction faite du capital remboursé, donne un intérêt de 2 M€ pour un placement de 20M, soit 10%.

Tableau 1.2		<i>Répartition des revenus et du risque d'impayé en fonction des tranches</i>			
Année	Capital restant dû : K	Répartition du capital annuel remboursé : ka E = 20% ; M = 30% ; I = 50%	Répartition des intérêts : i E = 40% ; M = 30% ; I = 30%	Revenu brut (i + ka)	Rendement net (perte + i/ K)
n1	100.000M€ E = 20 M = 30 I = 50	Capital annuel remboursé (ka) : 7.000M€ E = 1.400€ ; M = 2.100 ; I = 3.500	Intérêts versés : 5.000M€ E = 2.000€ ; M = 1.500€ I = 1.500€	E = 2.000i+1.400ka = 3.400€ M = 1.000i+2.100ka = 3.100€ I = 2.000i + 3.500ka = 5.500€	E = 2/20 = 10% M = 1,5/30 = 5% I = 1,5/50 = 3%
n2	93.000M€	7.350M€	4.650M€		
n3	85.700M€ E = 17.140 M = 25.710 I = 42.850	ka : 7.715M€ E = 1543	i : 4.285M€ E = 1714 M = 1285 I = 1285	E = 1.543 ka + 1.714 i = 3257	E = 1.714/17.140 = 10%
n4	77.950€	8.103€	3.897€		
n5	69.847€ E = 13.969 M = 29.054 I = 34.924	Capital remboursé : 6508 (/8.508) Perte : 2.000 E = 0 (au lieu de 1701) M = 2253 ^(2552 - 299) <u>total perte</u> ^(1701+299= 2000) I = 4.290 (aucune perte)	i : 3.492 E = 1397 M = 1048€ I = 1048€	E = 0 + 1.397 M = 2253 ka + 699 i I = 4290 ka + 1397 i	E = - 1701 ka + 1.397 i = -304/13969 = -21,72% M = -299 ka + 1048 i = 400/29054 = 2,57% I = 1.048/34.924 = 3%

Dans les opérations de tritisation, le risque d'impayé est donc central (et il apparaît sous la forme d'équations complexes que des investisseurs professionnels doivent comprendre) : il gouverne le rendement de chaque tranche d'obligations. L'utilisation de statistiques d'impayés sur des masses significatives de débiteurs a conduit les opérateurs à fixer une valeur économique probable aux titres financiers (parts sociales du fonds de placement). Mais, en l'absence d'analyse micro-économique précise de la situation de chaque débiteur, l'estimation du taux d'impayé était aléatoire.

- En l'espèce, ce mécanisme a été utilisé massivement lors de la crise financière des subprimes de 2007-2008. Lorsque les détenteurs de parts sociales ont compris que leur appréciation du montant de l'impayé était inexacte (parce que les banques cédantes avaient prêté à des insolubles¹), la valeur des parts sociales des deux tranches les plus risquées est

¹ L'acronyme utilisé par la finance américaine pour les désigner était évocateur : ninja (no income, no job or asset : ni revenu, ni travail ou fortune)

subitement devenue nulle. Le marché a considéré pendant plusieurs mois que le coefficient d'impayé était de proche de zéro, ce qui n'était pas exact : les pertes subies par les tranches equity et mezzanine étaient des pertes brutes, qui ne tenaient pas compte des résultats de l'exécution forcée (impayé net).

– Le montant exact de l'impayé net (après exécution forcée) fut toutefois conséquent pour deux raisons. Premièrement, les biens saisissables des emprunteurs était limitée à l'immeuble financé par l'emprunt (pour une raison juridique propre au droit américain) : or, le retournement du marché immobilier (conséquence de cette crise bancaire) conduisit à une décote de 30% de la valeur des immeubles. Deuxièmement, le nombre d'emprunteurs en défaut de paiement fut anormalement élevé : l'analyse micro-économique de la situation des emprunteurs n'avait pas été menée par des investisseurs trop confiants dans la qualité des créances que certaines banques s'étaient empressées de céder très peu de temps après prêté.

(56- à 63. : réservés)

64. La **valeur économique d'une créance (présente)** consiste à attribuer une valeur précise au coefficient d'impayé. Cette valeur économique peut être fixée de deux manières :

La valeur économique fixée par expertise repose sur une analyse des fondamentaux de la situation micro-économique de chaque débiteur. Sa solvabilité sera déterminée en comparant le montant de ses dettes par rapport à la valeur de ses biens et revenus saisissables. Cette valeur inclut quelques aléas : un débiteur peut vendre un bien insaisissable et affecter son prix au paiement d'un créancier ; la valeur d'un actif peut évoluer.

La valeur de marché d'une créance (en présence d'une tritisation) est différente : elle est fixée par le jeu de l'offre et de la demande. L'offre massive de titres et l'absence de demande peut conduire à fixer une valeur de marché nulle à un titre. Ce fut le cas lors de la crise des subprimes de 2009 aux États-Unis.

La valeur économique d'une créance est donc une approximation. Sa valeur véritable ne peut être fixée qu'a posteriori, une fois l'exécution procurée et connu le montant de l'impayé net. Tant que l'obligation existe, le problème du créancier résulte de la menace représentée par l'impayé. Pour le débiteur, le problème est inverse : pour lui, il s'agira de faire naître l'obligation, en apparaissant comme une personne crédible.

II/ La naissance des obligations (futures) : la crédibilité du débiteur (économique)

65. La **naissance des obligations (futures)** est subordonnée à la crédibilité du débiteur (économique). Pour qu'une personne accepte de prendre le risque de l'impayé (en devenant créancier), il faut que le débiteur potentiel lui inspire une confiance suffisante dans sa capacité à exécuter intégralement, dans le futur, la prestation. La crédibilité du débiteur est une confiance mesurée : le crédit (au sens large) correspond au montant maximal de la dette.

La *crédibilité d'une personne* signifie qu'elle génère une confiance suffisante chez le créancier, lequel estime, à tort (c-à-d. sans analyse micro-économique précise) ou à raison, que le risque d'impayé sera, dans le futur, suffisamment faible. La personne dépourvue de crédibilité n'obtiendra aucun délai de paiement ; si elle a besoin d'une ressource, elle la paiera comptant. La crédibilité signifie donc que le débiteur (économique) bénéficie de la durée : il aura du temps pour payer.

Le *crédit d'une personne* (crédible) correspond au montant maximal que la dette pourra atteindre : au-delà de ce montant, le créancier estime que le risque d'impayé devient excessif. Un banquier examinera donc la situation micro-économique d'une personne, avec ses revenus (probables), ses charges et sa fortune, pour estimer le montant qui pourra lui être prêté. Plus généralement, le crédit correspond au montant maximal de la dette en-deçà duquel le paiement d'une dette échue (du fournisseur, du trésor public) n'est pas réclamé (par l'exercice de voies d'exécution forcée).

La naissance des obligations futures est donc subordonnée à deux facteurs : la crédibilité octroie le bénéfice de la durée (1), tandis que le crédit fixe le montant maximal de la dette (2). Ces deux facteurs interagissent : une durée rallongée permet d'accroître le montant du crédit.

1/ L'enjeu de la crédibilité du débiteur : la durée de l'endettement

66. L'**enjeu de la crédibilité** est, pour le débiteur, d'obtenir le bénéfice de la durée, parce que le créancier estime que le risque d'impayé (qui affecte toute prestation à exécuter dans le futur) est suffisamment faible. À l'inverse, une personne dépourvue de fiabilité n'obtiendra pas le bénéfice de la durée : elle sera donc exclue des opérations à terme. La véritable difficulté sera donc de devenir débiteur, car la crédibilité offre l'accès à des opérations économiquement rentables.

L'*absence de crédibilité* d'une personne produit deux conséquences, l'une directe, avec le paiement sans délai ; l'autre indirecte, avec l'investissement sur fonds propres.

- Le paiement sans délai impose à la personne dépourvue de crédibilité de payer comptant les ressources dont elle a besoin. Le salarié dont le véhicule était en panne ne le récupérera qu'en payant le garagiste (droit de rétention : art. 2284 c. civ.). En présence d'un

contrat à exécution successive, l'exception d'inexécution sera systématiquement opposée par le cocontractant (contrat de fourniture) ; si l'exception d'inexécution ne peut être opposée (en raison de la protection dont bénéficie le locataire, inexpulsable pendant l'hiver¹), le contrat ne sera pas conclu. Le paiement sans délai signale que le cocontractant refuse la position de créancier économique.

– L'investissement sur fonds propres est le seul moyen dont dispose une personne dépourvue de crédibilité, pour obtenir une ressource rentable. Cette variété de paiement comptant impose l'épargne, pendant une durée longue.

– Le locataire, pendant toute la durée nécessaire pour réunir les fonds représentant le prix d'acquisition du logement, devra payer son loyer (ce qui réduit d'autant sa capacité d'épargne) ; si les prix de l'immobilier augmentent au cours de cette période d'épargne, il épargnera plus longtemps. Ce n'est donc qu'après une longue période d'épargne qu'il sera en mesure de devenir propriétaire (prouvant par la même occasion que son absence de crédibilité était fausse).

– Une société commerciale (innovante) qui estime qu'un investissement serait rentable afin de développer son activité ou de la moderniser ne le réalisera que tardivement, après la période d'épargne. Si un concurrent investit (grâce à son crédit), il sera en mesure de réaliser l'innovation et d'évincer du marché celui qui est dépourvu de crédibilité.

L'absence de crédibilité (souvent fondée sur une réalité objective : infra) signifie qu'une personne sera "condamnée" à payer comptant. Elle doit disposer d'une épargne pour faire face à un besoin urgent (un véhicule en panne pour se rendre à son travail, et donc pour continuer à percevoir son salaire) et pour investir. Or, précisément, l'absence d'épargne s'explique probablement par une réalité objective et sous-jacente. L'absence de crédibilité n'est pas qu'une impression : elle se nourrit d'éléments objectifs.

La *crédibilité d'une personne* (objectivement fondée ou non) signifie qu'une personne bénéficiera de la durée pour s'acquitter de ses dettes. On retrouve les deux conséquences, mais inversées :

– Le délai de paiement octroyé au débiteur crédible signifie que le cocontractant accepte, temporairement, d'occuper la position de créancier économique. Le garagiste

¹ Art. L 412-6 c. construc. et hab. : « Nonobstant toute décision d'expulsion passée en force de chose jugée et malgré l'expiration des délais accordés en vertu de l'article L. 412-3, il est sursis à toute mesure d'expulsion non exécutée à la date du 1er novembre de chaque année jusqu'au 15 mars de l'année suivante, à moins que le relogement des intéressés soit assuré dans des conditions suffisantes respectant l'unité et les besoins de la famille.

« Les dispositions du premier alinéa ne sont toutefois pas applicables lorsque les personnes dont l'expulsion a été ordonnée sont entrées dans les locaux par voie de fait ou lorsque ceux-ci sont situés dans un immeuble ayant fait l'objet d'un arrêté de péril. »

accepte de remettre le véhicule réparé au salarié qui a besoin d'attendre la fin du mois (date de versement de son salaire) pour payer. La mensualisation de la facture d'électricité sera maintenue, malgré un défaut ponctuel de liquidité. Le contrat à exécution successive (contrat de travail, de bail ... de téléphonie) sera conclu : le salarié pourra donc se loger, se rendre à son travail ...

– L'accès au crédit permet également d'obtenir immédiatement une ressource (rentable), sans subir la période d'épargne. Le locataire deviendra propriétaire grâce au crédit : le loyer se transformera en mensualités d'un prêt (dont le montant sera bloqué : prêt à taux fixe) ; devenu propriétaire d'un actif, le salarié renforce sa crédibilité. La société qui investit, grâce à son crédit, dans une machine plus performante peut gagner des parts de marché : la durée d'amortissement de la machine (actif du patrimoine) remplace la durée d'épargne et renforce le crédit.

La crédibilité du débiteur est donc un enjeu économique majeur pour une personne. À défaut de crédibilité, cette personne restera pauvre, conséquence logique du risque excessif d'impayé qu'elle présente pour un créancier. La véritable difficulté, pour une personne, est donc de pouvoir accéder au crédit ; la crédibilité est la première condition. C'est une impression : elle se fonde sur des données objectives, qui conduiront à fixer le montant du crédit d'une personne.

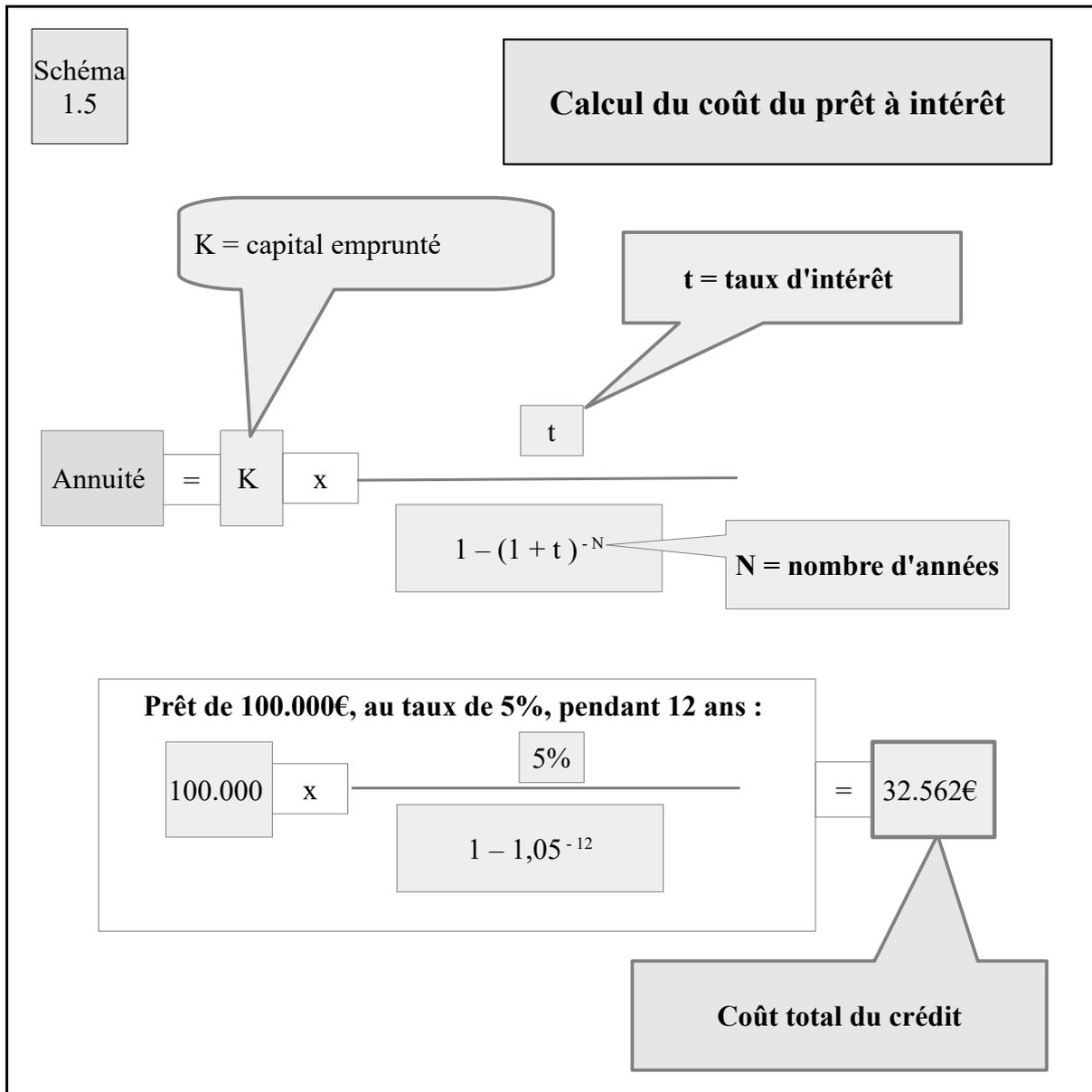
(67- à 69. : réservés)

2/ Le crédit d'une personne : le montant maximal de la dette

70. Le **crédit d'une personne** correspond aux ressources qu'une personne pourra affecter au paiement d'une dette future, qu'elle soit ponctuelle ou à échéances successives. Pour fixer le montant (maximal) du crédit dont disposera une personne (lors d'un emprunt, notamment), il faut tenir compte de deux séries de paramètres, la première centrée sur la capacité du débiteur à payer sa dette (exécution volontaire), la seconde centrée sur l'exécution forcée (en cas de défaillance).

– La première série de paramètres prend en compte les ressources disponibles du débiteur. En présence d'une dette payable à terme, ce sera une somme disponible à terme. En présence d'une dette à échéances successives (typiquement : un emprunt), les revenus, stables ou escomptés, du débiteur doivent permettre de procurer l'exécution volontaire. Si un prêteur estime que l'emprunteur peut affecter durablement 1.000€/mois au remboursement d'un prêt, au taux fixe de 5%/an, la durée de l'emprunt sera la variable utilisée pour fixer le

montant de la somme empruntée. La durée déterminée (12 ans et 1 mois) permettra de fixer le montant maximal du prêt (100.000€) (supra, tableau 1.1). Lorsque chacune des variables (taux d'intérêt, durée du prêt et montant prêté) est déterminée, une équation mathématisée (schéma 1.5) permettra de déterminer le coût global du crédit.



- La seconde série de paramètres est centrée sur l'exécution forcée. En cas de défaillance du débiteur (perte de revenus, ...), le créancier prend en compte deux paramètres en interaction. Premièrement, le créancier doit identifier l'actif saisissable, parce qu'il

permettra d'éponger la dette grâce à la saisie des biens et revenus du débiteur. Deuxièmement, il faudra anticiper le montant estimé du passif global qui sera exécutoire sur cet actif saisissable. Si le créancier doit partager l'actif avec d'autres créanciers, eux-mêmes impayés pour des montants substantiels, l'actif sera insuffisant : il y aura donc une perte nette.

Le créancier prend donc un risque quand il fixe le crédit d'une personne, c-à-d. le montant maximal de son endettement, en prenant exclusivement en compte sa capacité à rembourser le prêt par l'exécution volontaire (impayé brut). Un créancier (prudent) limite son risque d'impayé quand il prend en compte le résultat de l'exécution forcée (impayé net) : la différence entre la valeur (probable) de l'actif saisissable et le montant (probable) global du passif (exécutoire sur cet actif saisissable) sera le montant du crédit du débiteur.

L'analyse micro-économique de la situation du débiteur conduira donc un créancier (prudent) à fixer le crédit du débiteur en identifiant la ou les masses d'actifs saisissables et en anticipant la présence d'autres créanciers (titulaires de créances d'un montant notable).

- Quand un actif saisissable sert de garantie à plusieurs créanciers chirographaires, il faudra partager si le débiteur devient insolvable (ce qui sous-entend que les créanciers subiront un impayé net).

- Si le passif exécutoire sur l'actif saisissable est limité (parce que seuls quelques créanciers seront en concurrence sur cet actif), alors le crédit du débiteur s'accroît.

Si un créancier peut éponger la dette sur une première masse d'actifs (éventuellement comprenant de nombreux créanciers), puis sur une seconde (dans laquelle les autres créanciers sont quasi-absents), le débiteur verra son crédit s'accroître envers tel créancier particulier, qui finance telle activité particulière.

Le crédit du débiteur est donc fixé par un mécanisme de fond (loi d'airain du crédit).

- Quand l'actif saisissable d'un débiteur doit servir à payer un passif global important, à partager entre de nombreux créanciers, le crédit du débiteur est réduit (a).

- Quand un actif saisissable garantit un passif global limité, le crédit du débiteur s'accroît (b).

a/ La réduction du crédit par la limitation de l'actif saisissable

71. La **réduction du crédit par la limitation de l'actif saisissable** est une mesure juridique destinée à accroître le risque d'impayé (net) envers certaines catégories, spéciales ou générales, de créanciers. Si le débiteur exécute volontairement la dette, le créancier échappe au risque d'impayé ; en cas de défaillance du débiteur, le créancier ne pourra éponger la dette que sur une masse limitée d'actifs. Comprendre : même si le débiteur est, par ailleurs, propriétaire d'actifs qui permettraient d'apurer la dette (par l'exécution volontaire), le créancier impayé ne pourra pas les saisir.

La réduction de la masse de l'actif saisissable *envers un créancier spécifique* a lieu en présence d'opérations jugées dangereuses, notamment l'emprunt ou le cautionnement. Tout créancier (professionnel) sait qu'il ne pourra saisir qu'une masse réduite de biens :

– Par exemple quand un époux s'engage seul (dans un contrat d'emprunt ou de cautionnement), la masse des biens communs (c-à-d. l'essentiel de la fortune de la famille) ne sera pas engagée (infra n°876 et suiv.). L'époux a emprunté (seul) pour acquérir le logement de la famille ; le prêteur ne peut pas saisir le logement (qu'il a pourtant fiancé), puisque le logement figure dans la masse des biens communs.

– Le créancier (banquier) ne pourra saisir que la fraction saisissable des revenus de l'époux engagé. Si l'époux conserve ses revenus, le banquier pourra saisir tous les mois le montant saisissable du salaire ; si l'époux perd ses revenus (chômage), le banquier subira une perte nette. Sachant que la famille conservera son logement.

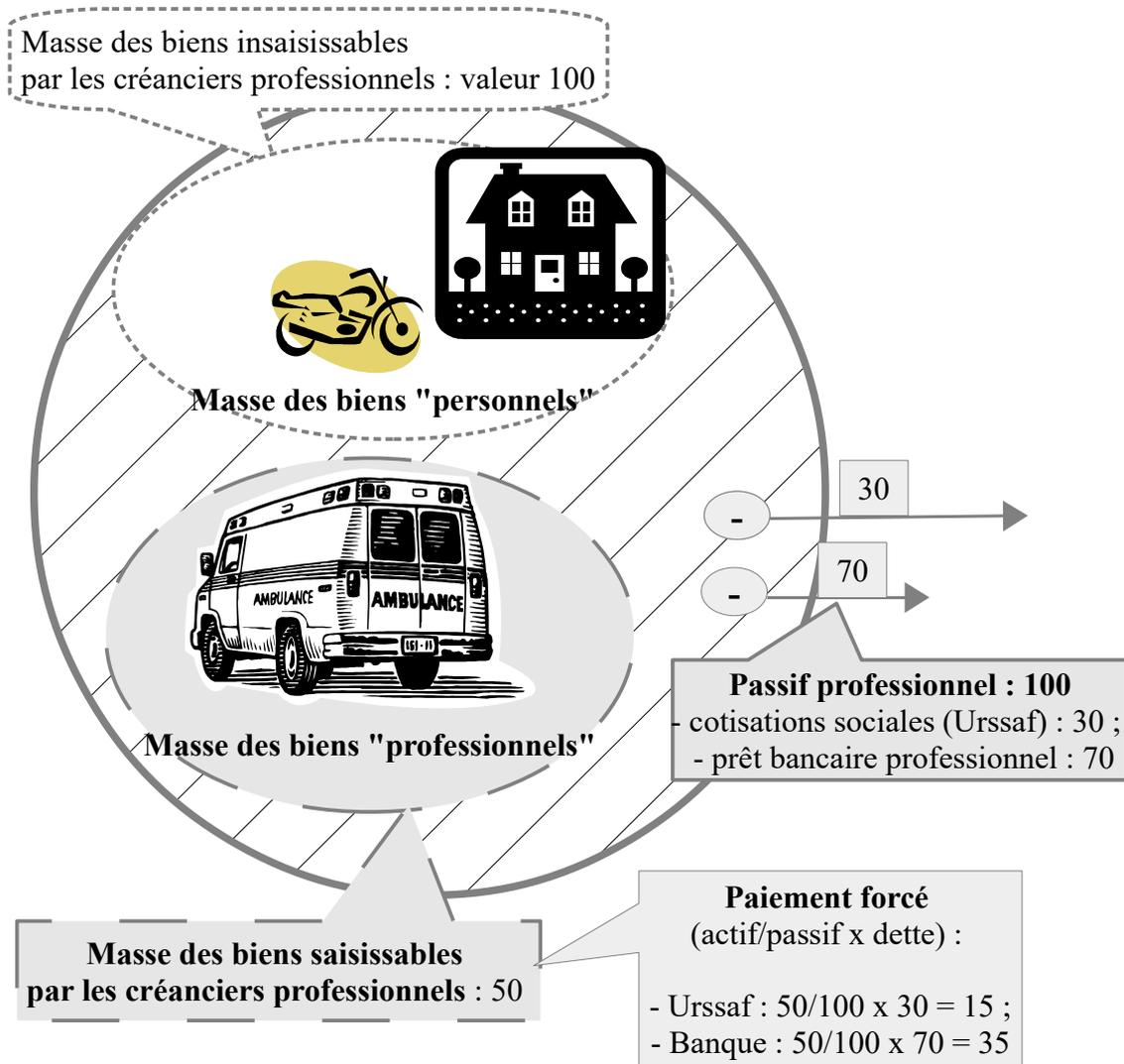
Tout créancier (professionnel), conscient de son intérêt, ajuste le montant du crédit à la valeur de l'actif saisissable de son débiteur (ce qui suppose des connaissances juridiques de base).

La réduction de la masse de l'actif saisissable *envers une catégorie générale de créanciers* a lieu en présence de certaines catégories de dettes.

– Par exemple, lorsque le débiteur, entrepreneur individuel (doté de son seul et unique patrimoine), contracte des dettes professionnelles quelconques (dette légale : cotisations sociales, dettes fiscales ... ; dettes contractuelles : emprunts bancaires, dettes envers les fournisseurs ...), présentes ou futures, ses créanciers n'auront accès qu'à une masse réduite de biens saisissables. Le risque d'impayé (net) devient important : si le banquier doit partager avec l'Urssaf sur une masse limitée de biens (les biens professionnels), il est probable que la masse d'actifs sera déficitaire (schéma 1.6).

Schéma
1.6

La limitation du crédit par la limitation de la masse des biens saisissables : le cas de l'entrepreneur individuel



- En conséquence, le crédit de l'entrepreneur individuel sera limité : dans la plupart des cas, le banquier (créancier chirographaire) ne consentira un prêt de trésorerie que pour un faible montant et pour une durée brève. Si un emprunteur possède un patrimoine comprenant une masse d'actifs saisissables de 50.000€ et une masse d'actifs insaisissables de 100.000€, un banquier prendra en compte le montant probable du passif global (avec l'Urssaf,

notamment : 30.000€) : si le banquier prête davantage que 20.000€, il sera exposé à l'impayé.

La limitation du crédit par la limitation de l'actif saisissable est une formulation rapide d'un raisonnement plus complexe. Un créancier prudent ne se contente pas d'espérer une exécution volontaire ; il anticipe le montant qu'il obtiendra par l'exécution forcée. Si l'impayé brut débouche sur un impayé net, le créancier aura commis une erreur : il aura surestimé le crédit de son débiteur.

b/ L'accroissement du crédit par l'extension de la masse des biens saisissables

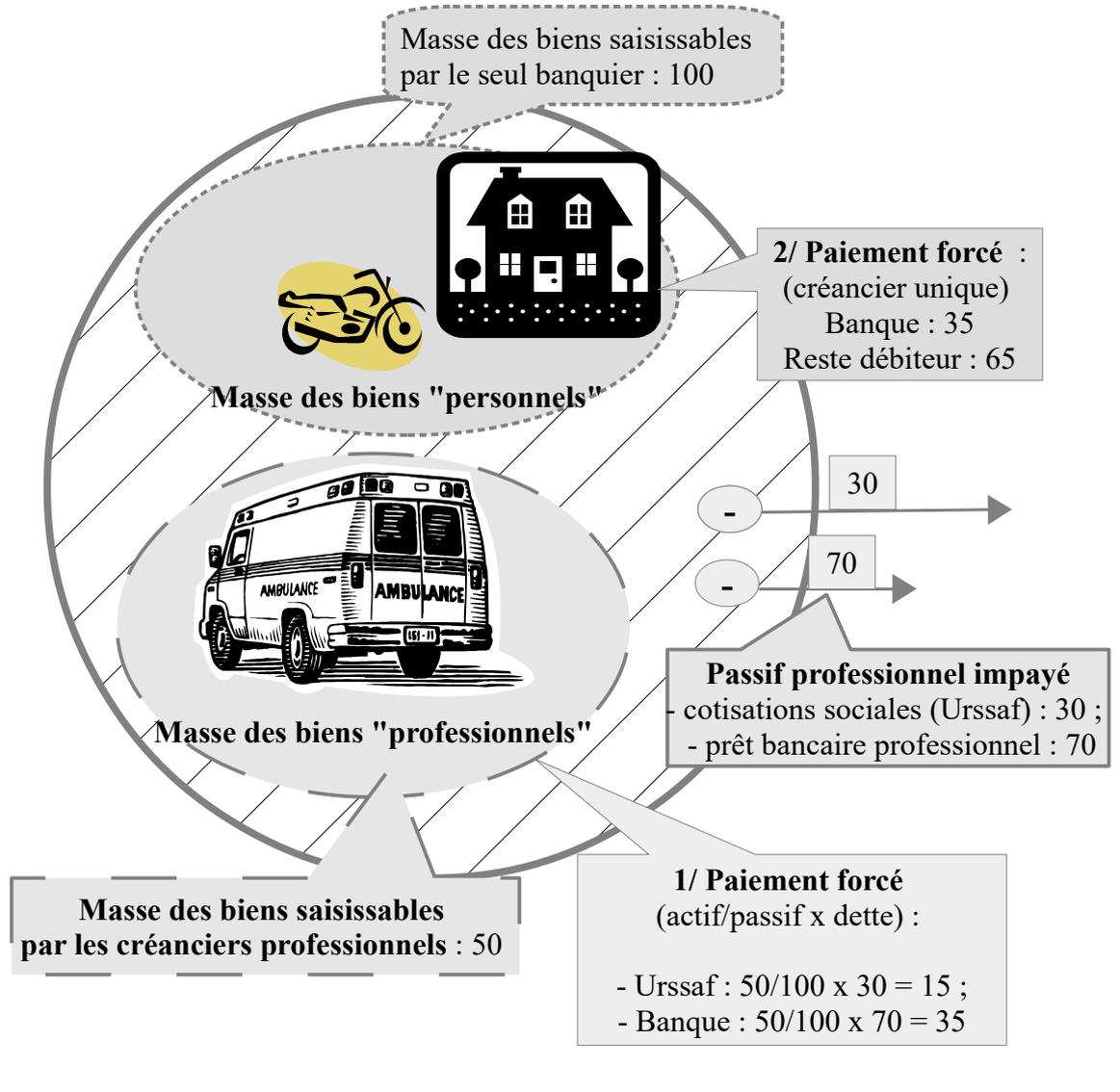
72. L'accroissement du crédit par l'extension de la masse des biens saisissables a lieu lorsqu'un créancier bénéficie de la possibilité d'éponger la dette sur une masse accrue de biens. Si l'accroissement conduit à intégrer un bien de valeur à l'actif saisissable et si le passif global estimé exécutoire sur cette masse ou sur ces masses d'actifs présente un solde positif, ce montant correspondra au crédit dont disposera le débiteur envers le créancier. Le raisonnement est le même que suivi précédemment, même si la modalité de calcul doit être affinée.

L'accroissement de la masse de l'actif saisissable n'accroît le crédit du débiteur que si le montant global du passif est stable. Comme toujours, tout dépend de l'analyse de la situation micro-économique du débiteur :

- Si l'entrepreneur rend saisissable sa maison (laquelle figurait auparavant dans la masse insaisissable), le banquier finançant un prêt professionnel bénéficiera d'une extension de la masse de l'actif saisissable. Si le banquier estime qu'il sera à peu près le seul à pouvoir saisir cet actif, sa valeur accroîtra le crédit du débiteur. Si l'entrepreneur a besoin d'emprunter 70.000€ pour financer son activité professionnelle, il deviendra crédible envers le banquier lorsque la valeur (saisissable) de sa résidence principale excède 50.000€ (en admettant que le banquier aurait prêté 20.000€ maximum en considérant la seule valeur de l'actif professionnel saisissable) (schéma 1.7).
- À l'inverse, si l'entrepreneur rend sa maison saisissable, alors que le prêt ayant servi à en financer l'acquisition n'est pas remboursé, le solde de la masse de l'actif incluant ses biens personnels aura peu évolué. Le crédit de l'entrepreneur n'est pas accru par l'inclusion d'une autre masse d'actifs.

Schéma
1.7

Extension du crédit par l'extension de la masse des biens saisissables : le cas de l'entrepreneur individuel



La modalité de calcul du crédit dont bénéficie le débiteur qui étend la masse de ses actifs saisissable donne lieu (à ce stade du raisonnement) à des incertitudes, liées aux modalités de l'exécution forcée. En effet, l'actif du débiteur peut être saisi soit de manière individuelle (par un créancier saisissant), soit de manière collective (de sorte que la valeur de l'actif sera répartie entre tous les créanciers, au prorata du montant de leurs créances).

- La soustraction est la méthode de calcul habituellement suivie. Le créancier estime le crédit de son débiteur en déduisant de la valeur des masses d'actifs le montant du passif global exécutoire sur ces masses. Elle s'applique en présence d'une saisie individuelle ou d'une saisie collective.
- Une autre méthode peut être utilisée, quand une masse fait l'objet d'une saisie collective, alors qu'une autre ne l'est pas. Le banquier qui prête à l'entrepreneur obtiendra sa part sur l'actif professionnel de l'entrepreneur ; puis il prélèvera le solde impayé sur l'actif personnel de l'entrepreneur.

Les deux méthodes de calcul donnent lieu à des résultats (légèrement) différents (infra).

L'accroissement du crédit par l'extension de l'actif saisissable renvoie donc à la même réalité que le cas précédent (réduction du crédit par la limitatif de l'actif saisissable). Le créancier prend en compte la capacité de remboursement du débiteur (exécution volontaire) ; le montant qu'il estime pouvoir obtenir par l'exécution forcée sur la ou les masses d'actifs saisissables est la limite maximale du montant du crédit du débiteur.

73. Le **crédit d'une personne** (qui cherche à devenir débiteur) dépend donc de données relativement objectives. Il y a deux limites :

- la capacité du débiteur à l'exécution volontaire est la première limite. Au-delà, un impayé brut risque de survenir ;
- la seconde limite est la valeur des biens qui peuvent être affectés au paiement forcé d'un créancier, en tenant compte de la présence des autres créanciers impayés (lesquels sont des concurrents potentiels sur chaque masse d'actifs saisissables). Au-delà de cette limite, un impayé net risque d'être subi.

Lorsque le créancier évalue correctement ces deux limites, il doit normalement échapper à l'impayé. Si l'estimation effectuée par le créancier s'avère erronée, il sera menacé par l'impayé. C'est le risque central auquel tout créancier est confronté : ce risque peut être réduit, mais il ne peut pas être supprimé. C'est la raison pour laquelle la valeur mathématique d'une créance est affectée d'un coefficient compris entre 0 et 1.

(74- à 88. : réservés)

89. En somme, la valeur économique de l'obligation (présente comme future) est gouvernée par l'évaluation du **risque d'impayé**. Ce risque est central et propre à l'obligation : c'est l'aléa majeur que considère tout créancier. Il détermine la valeur économique de l'obligation présente (qui doit s'éteindre par le paiement dans le futur) et il conditionne la naissance de l'obligation future (le crédit).

Le caractère central que présente le risque d'impayé pour le créancier se manifeste par un facteur spécifique, la *durée de l'obligation*.

- Le manque de fiabilité d'une personne lui imposera de payer comptant ou en avance : la personne non fiable ne bénéficie pas de la durée.
- La fiabilité d'une personne, à l'inverse, lui permet de devenir débiteur économique : lui seul bénéficie de la durée, et donc de l'accès au crédit.

Le risque d'impayé est également le facteur majeur qui détermine la *valeur (économique) de l'obligation (présente)*.

- La créance est une valeur patrimoniale potentielle, précisément en raison du risque d'impayé : c'est la raison pour laquelle on doit distinguer la valeur mathématique (exacte mais imprécise) et la valeur économique (précise mais approximative).
- La valeur économique d'une obligation est fixée par l'évaluation du risque d'impayé : la solvabilité permet d'évaluer le risque d'impayé d'une créance (présente) ; la crédibilité permet d'évaluer la solvabilité future d'une personne.

Le risque d'impayé apparaît ainsi comme le trait spécifique de l'obligation. Or, l'aléa de l'inexécution n'est pas le seul risque qui existe : tout au long de l'existence de l'obligation (c-à-d. de la période de temps qui sépare sa naissance de son extinction), d'autres *événements* peuvent survenir et conduire à modifier l'obligation.

- L'événement sera défini comme un fait juridique spontané. Il survient de manière fortuite (le créancier décède) ou volontaire (le créancier, cédant, vend sa créance à un tiers, cessionnaire). L'événement est un fait juridique qui survient spontanément.
- L'événement aura pour effet de modifier l'obligation. Si le créancier (cédant) peut vendre sa créance, le locataire devra désormais payer le cessionnaire, devenu son nouveau créancier. Si l'un et l'autre se doivent mutuellement une somme d'argent, seul le solde sera versé de l'un à l'autre. Dans ces deux cas, l'obligation aura été modifiée par l'événement.

Le régime général de l'obligation traite précisément de la plupart de ces événements qui peuvent affecter l'obligation, dans les deux états qu'elle prendra successivement puisque

l'obligation n'existe que temporairement : l'existence de l'obligation (1^{ère} partie) et son extinction (2^{ème} partie) seront modifiées par la survenance d'un événement décrit par le régime général.

1^{ère} partie

**L'existence
de l'obligation**

90. L'existence de l'obligation sera affectée par la survenance de divers événements ayant pour effet de modifier l'obligation, dans l'une de ses deux composantes, la prestation ou le vecteur de l'obligation.

- Lorsque l'acquéreur s'engage (fermement et définitivement) envers le vendeur, à la condition d'obtenir un crédit bancaire, la survenance d'un événement (l'obtention du crédit) conditionne l'existence de l'obligation, et plus précisément celle de la prestation que l'acquéreur doit accomplir au profit du vendeur (à savoir payer le prix).
- Lorsqu'une partie à l'obligation originale cherche à se faire remplacer par un tiers, la présence du tiers sera l'événement qui modifiera l'obligation, et plus précisément le vecteur qui unit le débiteur à son créancier : le débiteur original paiera son nouveau créancier ou l'inverse, le nouveau débiteur paiera le créancier original.

L'événement qui modifie le contenu de la prestation est traité dans le 1^{er} chapitre du titre IV, intitulé *Les modalités de l'obligation* (art. 1304 à 1320 c. civ.). Pour déterminer exactement la prestation que le débiteur devra fournir au créancier, il faut prendre en compte la survenance d'un événement, qui sera tantôt un risque (obtenir un prêt bancaire), tantôt une option (c-à-d. un choix à effectuer : le bailleur demande l'entièreté du loyer à un seul des colocataires ou il demande à tel colocataire de payer uniquement sa part du loyer). La survenance de l'événement modifiera la prestation à exécuter.

L'événement qui modifie le vecteur de l'obligation est traité dans les chapitres 2 (art. 1321 à 1340 c. civ.) et 3 (art. 1341 à 1341-3 c. civ.) du titre IV. Le trait commun qui unifie ces deux chapitres est l'événement résultant de la *présence d'un tiers*. Lorsqu'un tiers prétend remplacer une partie à l'obligation voire même agir à sa place, l'intervention du tiers est l'événement qui modifiera le vecteur de l'obligation.

L'obligation, pendant sa durée d'existence, sera donc modifiée par la survenance de deux types d'événements qui modifieront soit la prestation, soit le vecteur.

- L'événement qui modifie la prestation est causé par une modalité d'exécution de la prestation (chapitre 1^{er}) ;
- L'événement qui modifie le vecteur est causé par la présence d'un tiers (chapitre 2^{ème}).

Chapitre 1^{er}

Les modalités de l'obligation

91. Les **modalités de l'obligation** désignent les différentes manières selon lesquelles la prestation sera exécutée, en fonction de la survenance d'un événement. L'exécution de la prestation deviendra complexe, lorsque plusieurs personnes sont tenues de l'exécuter (lequel des colocataires doit-il payer le loyer?) ou lorsque l'accomplissement d'un événement détermine l'exécution de la prestation (l'acquéreur ne paiera que s'il obtient un crédit).

En présence d'une *obligation à sujets multiples* (art. 1309 à 1320 c. civ.), le vecteur qui unit le créancier (pôle positif) et le débiteur (pôle négatif) possède plusieurs entrées ou sorties. Une prestation simple (payer un loyer, un repas pris dans un restaurant) sera accomplie par plusieurs débiteurs ou sera destinée à profiter à plusieurs créanciers. La présence de ces sujets multiples est un facteur de complexité, car il faudra identifier le degré d'association qui les unit face à l'exécution de la prestation. Lorsqu'un créancier dispose de plusieurs débiteurs, et que l'un d'entre eux ne paye pas sa part, le créancier peut-il réclamer paiement aux autres ? Lorsque plusieurs créanciers disposent d'un débiteur commun, quel montant chaque créancier peut-il réclamer au débiteur commun ?

L'*obligation à objet complexe* vise la survenance d'un événement qui affecte l'existence ou le quantum de la prestation. L'un (débiteur : acquéreur devant verser le prix) pose une condition pour que l'obligation se forme (à condition qu'un prêt soit accordé dans tel délai) ; si la condition défaille, le contrat est anéanti (résolu). La prestation complexe impose de prendre en compte un risque ou un facteur pour pouvoir l'exécuter correctement.

Les modalités de l'obligation désignent des événements qui portent tantôt plutôt sur le vecteur de l'obligation, en présence de sujets multiples (section 1^{ère}), tantôt plutôt sur la prestation, quand elle possède un objet complexe (section 2^{ème}).

(92- à 99. : réservés)

Section 1^{ère}

L'obligation à sujets multiples

Résumé

L'**obligation à sujets multiples** est une prestation due par plusieurs débiteurs et/ou à plusieurs créanciers. Plusieurs colocataires (codébiteurs) doivent le loyer aux héritiers du bailleur décédé (cocréanciers). Que doit exécuter chaque débiteur et que peut réclamer chaque créancier ? Le principe de l'obligation divisible (selon lequel chacun ne paye ou ne reçoit que sa part) sera écarté par deux exceptions.

En principe, l'obligation à sujets multiples est *divisible*, comme s'il existait plusieurs prestations partielles à exécuter. La part de chacun est d'abord fixée (par une opération appelée division), et l'exécution aura lieu ensuite.

- L'exécution est divisée. Chaque codébiteur ne paye que sa part et chaque cocréancier ne reçoit que sa part. Le cumul des exécutions divisées doit conduire à éteindre intégralement l'obligation.
- L'inexécution partielle de la prestation au profit du créancier (ou des cocréanciers) entraîne deux conséquences. Premièrement, l'obligation pourra être résolue ou résiliée : l'impact est collectif. Deuxièmement, le créancier subit le risque d'insolvabilité d'un des codébiteurs à compter de la division. Avant la division, la charge de l'insolvabilité d'un des codébiteurs est assumée par les autres, dans la limite du montant de leurs engagements cumulés (obligation commune).

La première exception est instaurée en présence d'une *obligation indivisible*. La prestation ne sera correctement exécutée qu'intégralement, c-à-d. en bloc. Le pouvoir de gestion de l'obligation indivisible conduit à distinguer :

- un seul des codébiteurs exécutera la prestation indivisible au profit d'un seul cocréancier. Chaque cocréancier dispose d'un pouvoir concurrent de gestion. En revanche, les actes de disposition portant sur la créance doivent être accomplis par tous les cocréanciers (cogestion).
- Celui qui a payé ou reçu davantage que le profit qu'il en retire disposera d'un recours contre les autres.

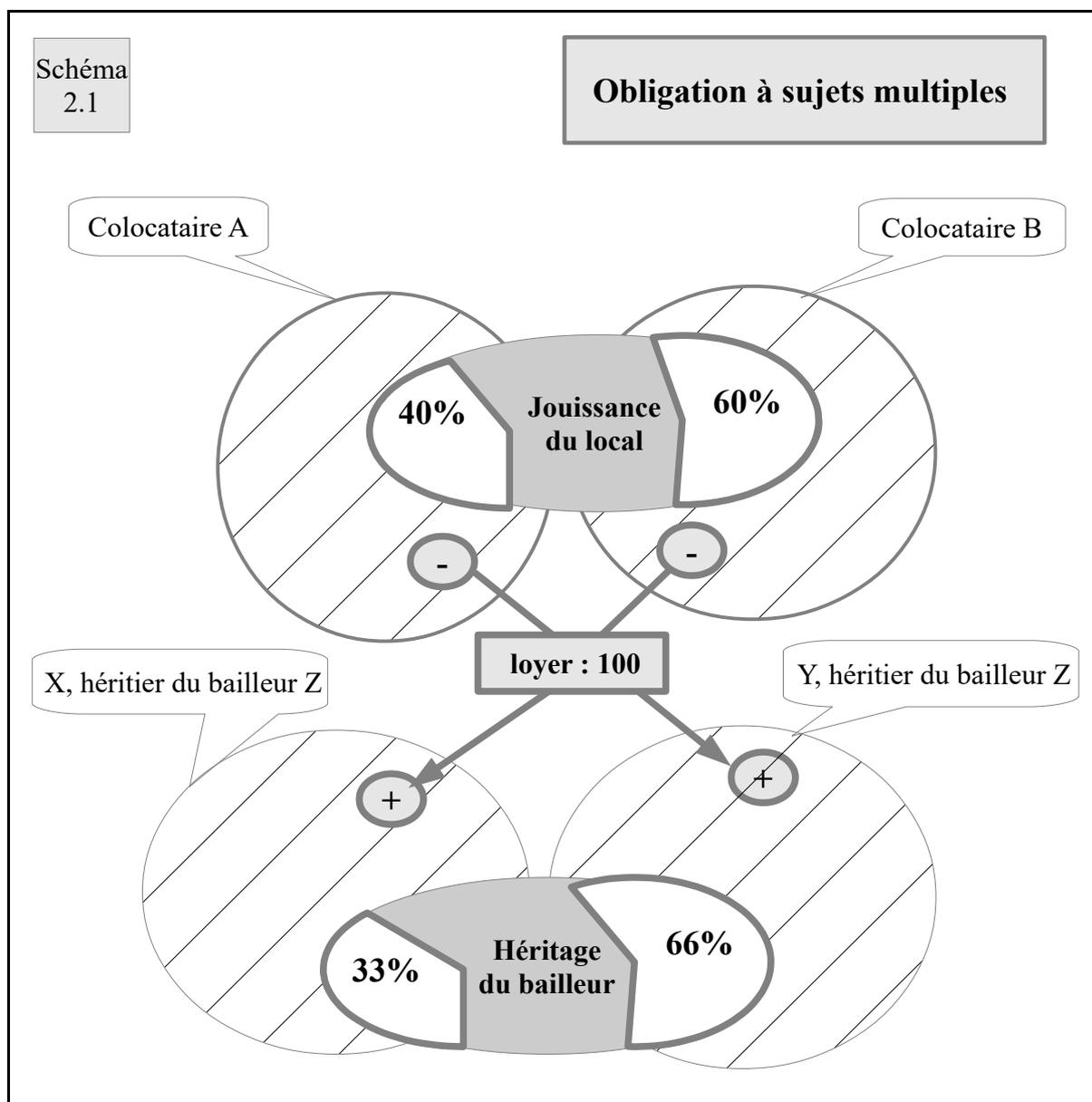
La seconde exception est celle de l'obligation *solidaire*. La prestation sera entièrement exécutée par l'un des membres du groupe (codébiteurs solidaires) ou reçue par l'un d'eux (cocréanciers solidaires), lorsqu'une clause contractuelle ou une disposition légale spéciale le prévoit. Le groupe solidaire assume l'insolvabilité d'un de ses membres.

- Le pouvoir concurrent est la règle de gestion de l'obligation solidaire : la décision prise par un seul membre du groupe engage les autres. Le pouvoir exclusif de gestion d'un membre du groupe possède un domaine limité : un codébiteur invoquera seul les exceptions purement personnelles dont il bénéficie, sous certaines réserves (ainsi, lorsque l'intérêt individuel d'un seul s'imbrique avec celui des autres).
- Lorsque l'a payé ou reçu davantage que sa part (profit personnel), il sera remboursé par ou restituera à celui qui a tiré profit de son paiement.

L'obligation à sujets multiples imposera donc, à un moment (avant l'exécution) ou à un autre (après l'exécution) d'effectuer la division, opération qui permet d'identifier la part de chacun. L'appartenance des sujets multiples à un groupe n'altère pas le principe selon lequel le patrimoine de l'un ne doit pas s'appauvrir au profit d'un autre.

100. L'obligation à sujets multiples est une prestation due par plusieurs débiteurs et/ou à plusieurs créanciers. La prestation à exécuter (loyer à verser) est due par plusieurs codébiteurs (colocataires) et/ou à plusieurs créanciers (les héritiers du bailleur) (schéma 2.1). Quel montant chaque codébiteur doit-il exécuter ou quel montant chaque cocréancier peut-il réclamer ? Lorsqu'une prestation est dotée de vecteurs multiples, deux modalités d'exécution sont envisageables.

- Soit chacun ne paye et ne reçoit que sa part, ce qui suppose donc d'identifier la part de chacun avant l'exécution. C'est le principe choisi en régime général des obligations ;
- Soit l'exécution doit avoir lieu d'abord, de sorte que la part de chacun ne sera identifiée qu'ensuite. Cette modalité d'exécution est exceptionnelle, mais autorisée.



En principe, l'exécution de l'obligation à sujets multiples n'aura lieu qu'*après la division*, opération qui consiste à fixer la part de chacun, et donc le montant dû par chacun des codébiteurs à chacun des cocréanciers. Les sujets multiples ne forment pas un groupe, chaque sujet (codébiteur ou cocréancier) défend son intérêt personnel, sans jamais agir pour le compte des autres. L'inexécution de l'un n'engage pas les autres, mais aura un impact sur eux.

– Un codébiteur ne paiera que sa part dans la prestation à réaliser : le colocataire paiera sa part du loyer, et rien de plus. Pareillement, un cocréancier ne pourra réclamer que sa part dans la prestation : l'un des deux cohéritiers du bailleur ne recevra que sa part de loyer, sans s'occuper de savoir si l'autre cohéritier a ou non reçu son dû. L'absence d'engagement des uns pour les autres signifie donc qu'aucun groupe n'existe entre les sujets multiples.

– En cas d'inexécution de la prestation, parce que l'un des codébiteurs n'a pas fourni sa part, seul le codébiteur, auteur de l'inexécution, est engagé : ses biens et revenus peuvent être saisis par le créancier impayé (droit de gage général). Les autres codébiteurs ne sont pas engagés : leurs biens et revenus ne peuvent être saisis. Mais l'inexécution de l'un (art. 1231-1 c. civ.¹) produira, le cas échéant, un impact sur les autres : si le loyer n'est pas complètement payé, le bailleur pourra résilier le contrat de bail. La responsabilité de chacun reste individuelle, mais l'impact sera collectif.

Le principe selon lequel chacun n'exécute et n'obtient que sa part, après division, signifie que le créancier de codébiteurs conjoints subit le risque d'insolvabilité de l'un d'eux.

En régime général des obligations, il faudra une exception (donc un texte) pour imposer aux sujets multiples d'*exécuter la prestation, avant la division*. Cette modalité d'exécution signifie que chaque sujet (codébiteur ou cocréancier) sera amené à agir pour le compte du groupe : ce n'est qu'après coup (c-à-d. après l'exécution de la prestation), que l'on saura quand l'un a payé ou reçu davantage que sa part.

– L'exécution intégrale de la prestation imposera à l'un des codébiteurs de payer intégralement le loyer, même lorsqu'il ne profite personnellement que d'une partie du local. Pareillement, l'un des cocréanciers pourra réclamer le paiement de tout le loyer.

– En cas d'inexécution de la prestation (due en bloc), la responsabilité personnelle de chaque codébiteur est engagée : le créancier pourra faire saisir les biens et revenus de l'un quelconque des codébiteurs et de chacun d'entre eux, jusqu'à l'extinction de la dette.

¹ Art. 1231-1 c. civ. : « 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 empêchée par la force majeure. ».

L'engagement de chaque membre du groupe garantit donc le créancier contre le risque d'insolvabilité d'un membre du groupe.

Lorsque l'exécution de la prestation doit avoir lieu sans avoir déterminé au préalable la part qui revient à chacun, le paiement aura donc lieu en deux temps : la prestation sera d'abord exécutée (sans division) ; puis, une fois la part de chacun calculée, celui dont le patrimoine est enrichi par l'exécution restituera à celui dont le patrimoine est appauvri par l'exécution.

L'obligation à sujets multiples imposera donc toujours de fixer la part qui doit revenir à chacun. Soit cette part est fixée avant l'exécution (multiple) de la prestation, soit cette part est fixée après son exécution (unique), ce qui imposera alors d'effectuer des paiements secondaires (règlement de comptes). La question centrale étant identifiée (quelle part pèse et revient à chacun ?), il faudra préciser le régime de cette obligation à sujets multiples, c-à-d. savoir si les charges pesant sur chacun des codébiteurs se traduisent par un engagement de chacun (droit de gage général) et déterminer les prérogatives de gestion exercées par chacun, lorsqu'une prestation doit être réalisée par plusieurs ou pour plusieurs ? En droit positif, l'article 1309 c. civ.¹ pose un principe : l'obligation est divisible (al. 1^{er}) (§1^{er}), sauf texte édictant une exception (§2^{ème}).

§1^{er}/ L'obligation divisible : le principe de la division avant l'exécution

101. L'obligation divisible (également dénommée en doctrine « obligation conjointe ») est le principe affirmé à l'article 1309 al. 1^{er} c. civ. : « L'obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux. » La division de l'obligation signifie que la part de chacun sera fixée avant l'exécution de la prestation et donc que chacun saura exactement quelle montant dans la prestation il doit et à qui. Le loyer dû par des colocataires aux cohéritiers du bailleur imposera donc aux colocataires de fractionner leurs paiements et aux cohéritiers de cantonner leurs demandes au montant qui leur est dû personnellement, comme s'il existait des prestations indépendantes l'une de l'autre, avec néanmoins une réserve : il faudra que la prestation soit entièrement exécutée.

¹ Art. 1309 c. civ. : « L'obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux. La division a lieu également entre leurs successeurs, l'obligation fût-elle solidaire. Si elle n'est pas réglée autrement par la loi ou par le contrat, la division a lieu par parts égales.

« Chacun des créanciers n'a droit qu'à sa part de la créance commune ; chacun des débiteurs n'est tenu que de sa part de la dette commune.

« Il n'en va autrement, dans les rapports entre les créanciers et les débiteurs, que si l'obligation est solidaire ou si la prestation due est indivisible. »

Le caractère divisible de l'obligation signifie que l'exécution de la prestation conduira chacun à ne fournir ou recevoir que sa part, sans avoir à se soucier de l'exécution des autres ou procurée aux autres. Dans une copropriété, chaque copropriétaire est libéré quand il paye ses charges, sans se demander si les autres copropriétaires payent également les leurs. Pareillement, lorsqu'un associé reçoit sa part de bénéfice, il ne se soucie pas de savoir si les autres ont reçu ou non la leur. L'exécution de la prestation donnera donc lieu à une division (terme juridique), en fonction des intérêts personnels en présence. Dans l'exemple supra (schéma 2.1), le loyer unique (« divisible ») sera donc divisé en plusieurs loyers divis : quatre paiements auront lieu et éteindront la dette de loyer, payable à chaque échéance. Lorsque l'exécution des prestations divisées a lieu correctement, l'obligation à sujets multiples ressemble donc aux obligations classiques (à sujets uniques), qui unissent un débiteur à un créancier.

En présence d'une inexécution, lorsque l'un des codébiteurs ne fournit pas sa part, la réalité de l'obligation à sujets multiples apparaîtra néanmoins. Le créancier impayé tirera la conséquence de l'inexécution de la prestation : le bail sera résilié. L'inexécution d'un des codébiteurs conjoints aura alors un impact collectif (effet relatif : art. 1200 c. civ.¹) sur l'obligation.

Dans l'obligation divisible, l'exécution de la prestation n'aura lieu qu'après la division, ce qui imposera donc un fractionnement des paiements (I) ; l'inexécution (après la division) de l'un engage sa responsabilité individuelle, mais son inexécution aura un impact sur les autres sujets multiples (II).

I/ L'exécution de la prestation après division : à chacun sa part

102. L'exécution de la prestation après division signifie que chaque sujet multiple ne paye que sa part (codébiteur conjoint) ou ne reçoit que sa part (cocréancier conjoint). La solution figure explicitement à l'article 1309 al. 2 c. civ. : « Chacun des créanciers n'a droit qu'à sa part de la créance commune ; chacun des débiteurs n'est tenu que de sa part de la dette commune. » La prestation dotée de vecteurs multiples sera donc correctement exécutée après l'opération de « division », laquelle consiste à fixer la part de chacun, en fonction de son intérêt individuel de chacun comparé à celui des autres. Les modalités de la division permettront de calculer la part de chacun, ce qui permettra à chacun de ne payer que le montant qu'il doit (fractionnement des paiements).

¹ Art. 1200 c. civ. : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. « Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. »

Les modalités de la division sont réglées à l'article 1309 al. 1^{er} c. civ. : « Si elle n'est pas réglée autrement par la loi ou par le contrat, la division a lieu par parts égales. ». A titre supplétif de volonté, le silence signifie que l'on divise par le nombre d'intervenants.

– La division par « *parts égales* » aura lieu lorsque chacun est pareillement associé à l'obligation (à la dette ou à la créance). À défaut de précision contraire dans le contrat de bail, les deux colocataires conjoints devront chacun payer la moitié du loyer. Envers le bailleur, ils seront réputés profiter également du logement.

– La division par *part inégale* résulte d'une disposition explicite, soit de la loi, soit du contrat, soit du jugement.

– Dans le contrat, une clause explicite établira la division inégale : tel colocataire conjoint occupera 40% du local, tel coacquéreur conjoint s'acquittera de 80% du prix. Dans le contrat, la part de chacun sera précisée parce que chacun dispose d'un intérêt individuel différent des autres.

– En droit des successions, la part de chaque cohéritier est proportionnelle à sa vocation successorale : tel enfant recueille 25% de l'actif successoral et paiera 25% d'une dette successorale¹ ; tel conjoint survivant recueille 50% de l'actif successoral et paiera donc 50% du passif successoral. La même règle s'applique en droit de l'indivision : selon l'article 815-10 c. civ., « Chaque indivisaire a droit aux bénéfices provenant des biens indivis et supporte les pertes proportionnellement à ses droits dans l'indivision. ».

– En droit de l'exécution forcée, lorsqu'un créancier impayé cherche à saisir le revenu de son débiteur (salaire dû par l'employeur au débiteur), il faudra fixer la part (saisissable) à laquelle il a droit, déduction faite de la part (insaisissable) que l'employeur devra verser à son salarié. Le salaire à verser devient une obligation divisible (infra).

La division fonctionne donc selon une modalité : il s'agit d'identifier le profit personnel que chaque sujet multiple tirera de l'exécution de l'obligation. En conséquence, l'exécution de l'obligation à sujets multiple interdira l'enrichissement de l'un au détriment de l'autre.

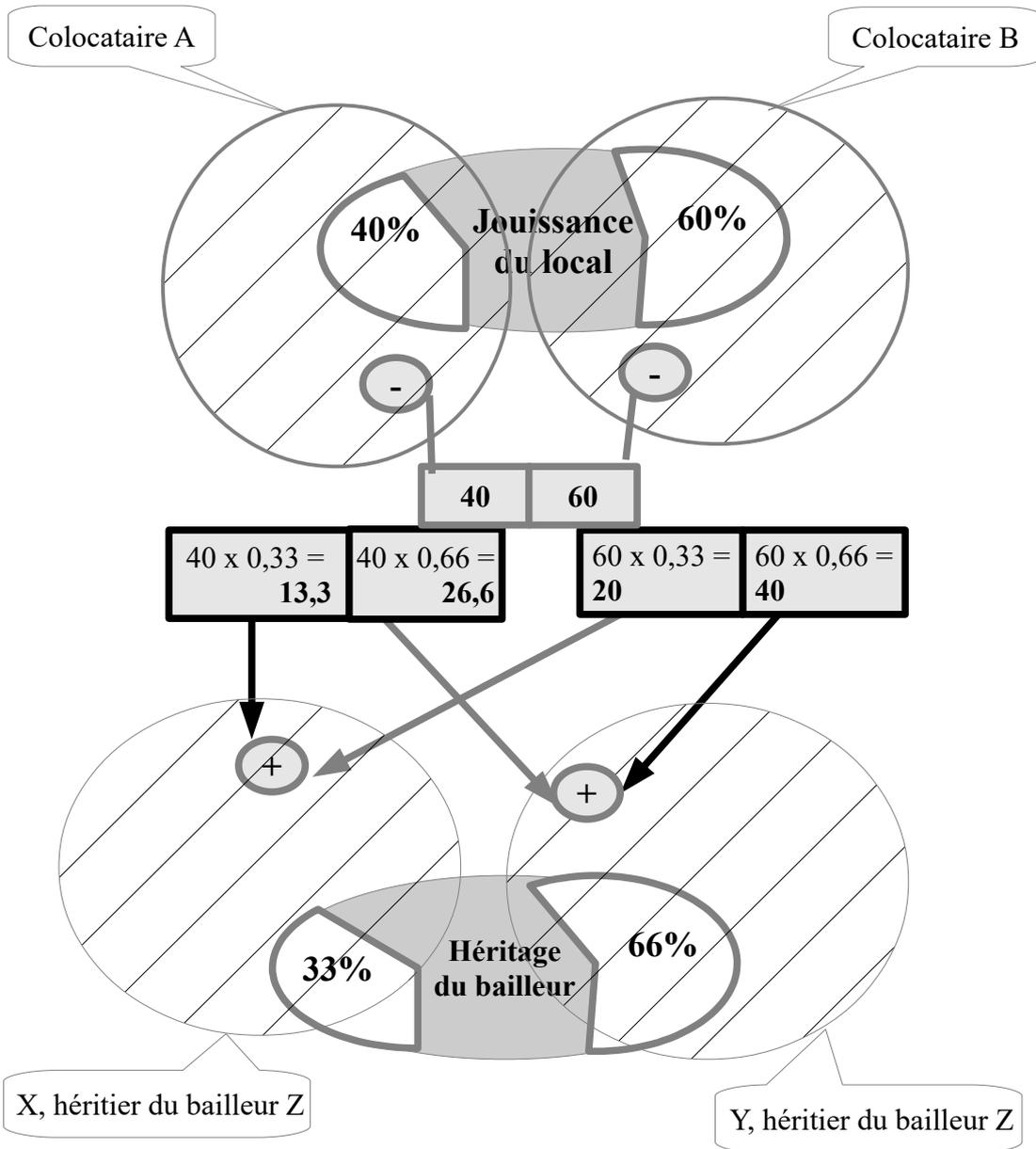
¹ Art. 280 c. civ. : « A la mort de l'époux débiteur, le paiement de la prestation compensatoire, quelle que soit sa forme, est prélevé sur la succession. Le paiement est supporté par tous les héritiers, qui n'y sont pas tenus personnellement, dans la limite de l'actif successoral et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument, sous réserve de l'application de l'article 927. »

Le *calcul de la part de chacun* permettra de fixer le montant que chacun doit exécuter (en tant que codébiteur conjoint) et au profit de quel créancier (ou cocréancier conjoint). En droit, cette opération est nommée « division ».

En présence d'un logement occupé à 40% par A (colocataire) et à 60% par B (colocataire), le bail fera l'objet de deux paiements fractionnés, lorsque le loyer (d'un montant de 100€/mois) doit être payé aux deux cohéritiers du bailleur décédé (l'un recevant 1/3 de la succession, l'autre les 2/3). Le loyer, après division, doit être payé de la manière suivante (schéma 2.2) :

Schéma
2.2

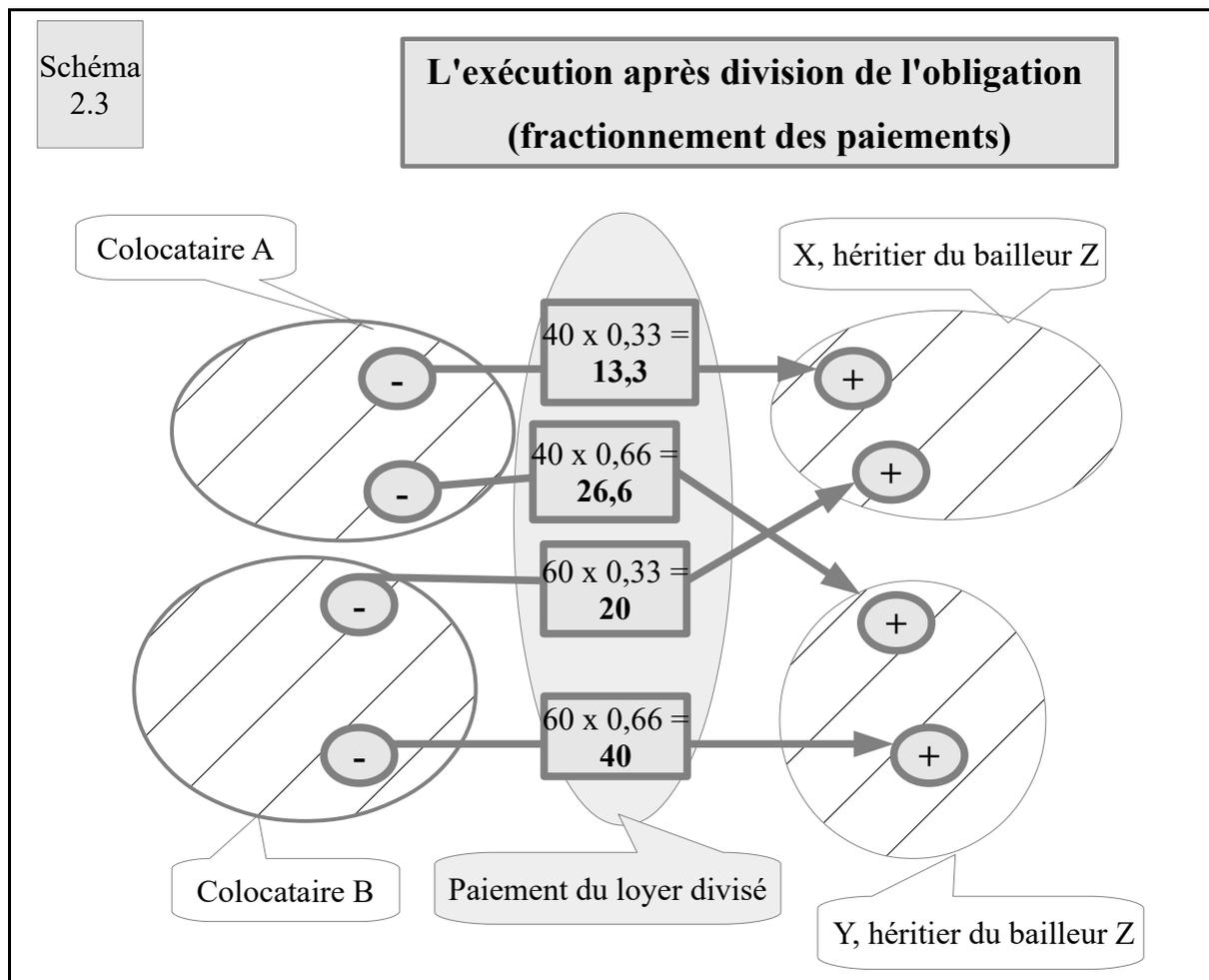
Calcul de la part de chacun après division



- Le colocataire A, qui occupe 40% du logement, paiera sa part (40€) par deux versements, le premier d'un montant de 13,34€ adressé au cohéritier X (recevant un tiers de la succession) et le second d'un montant de 26,66€ adressé au cohéritier Y (recevant les deux-tiers de la succession). Les deux montants représentent la part due par A ;

– Le colocataire B, qui occupe 60% du logement, paiera sa part (60€) par deux versements, le premier d'un montant de 20€ adressé au cohéritier X (pour le tiers) et le second d'un montant de 40€ adressé au cohéritier Y (pour les deux-tiers).

Le loyer (100€) sera donc décomposé (« divisé ») en quatre parts (la 1^{ère} de 13,3€ ; la 2^{ème} de 26,6€ ; la 3^{ème} de 20€ et la 4^{ème} de 40€), comme s'il y avait quatre loyers indépendants les uns des autres à payer (schéma 2.3).



La *division de l'obligation* divisible conduit donc à décomposer la prestation en autant de parts qu'il y a de codébiteurs et/ou de cocréanciers. C'est le fractionnement des paiements. Lorsque chacun exécute ce qu'il doit, la prestation initiale est remplacée par des prestations multiples à sujets uniques. Mais l'indépendance des prestations divisées n'est pas complète : on le verra en présence d'une inexécution commise par l'un des codébiteurs conjoints.

102-1. Le **domaine d'application** du principe de l'obligation divisible donne lieu à deux précisions inverses, l'une en présence d'une obligation solidaire (1^{ère} exception), l'autre en présence d'une obligation indivisible (2^{ème} exception).

Selon l'article 1309 al. 1^{er} c. civ., « La division a lieu également entre leurs successeurs, l'obligation fût-elle solidaire. » Le principe de l'obligation divisible s'applique donc, même en présence d'*obligations solidaires*.

– Si le défunt était codébiteur solidaire (infra), tenu de payer entièrement toute la dette, chacun des cohéritiers ne paiera qu'une fraction du passif successoral¹. Si le défunt et la sarl étaient solidairement tenus envers la banque de payer le solde déficitaire du compte courant (100€), la banque peut réclamer toute la dette (100€) aux cohéritiers du défunt, mais en fractionnant sa demande : tel cohéritier paiera le tiers de toute la dette (33€), tel autre cohéritier la paiera aux 2/3 (66€).

– Si le défunt était cocréancier solidaire, pouvant réclamer paiement de toute la dette (solde créancier du compte-joint existant entre lui et un tiers), la banque sera tenue de payer toute la dette (100€) en fractionnant le paiement, donc en payant le tiers au cohéritier A et les 2/3 au cohéritier B.

Le lien de solidarité qui unit entre les coobligés est un lien personnel : ce lien est absent entre les cohéritiers. Le principe (à savoir l'obligation divisible) sera appliqué.

Selon l'article 1320 c. civ.², la *prestation indivisible* (infra) doit être versée en bloc, sans égard à l'existence de la pluralité de titulaires. Le créancier d'une prestation indivisible (loyer payable en une seule fois et en bloc) avec des codébiteurs multiples doit être entièrement payé par l'un des cohéritiers (100€) d'un des colocataires, sans égard à sa part dans la succession. Le débiteur d'une prestation indivisible à cocréanciers multiples doit payer son loyer à un seul des cocréanciers, là encore sans égard à la part de chacun dans la succession. L'objectif d'une exécution en bloc de la prestation (indivisible) conduit à écarter complètement le principe de l'article 1309 c. civ. L'exécution divise est interdite.

II/ L'inexécution partielle de l'obligation divisible : l'impact collectif d'une défaillance individuelle

103. L'**inexécution partielle de l'obligation divisible**, lorsque l'un des codébiteurs n'exécute pas sa part, conduira le créancier (ou l'un des cocréanciers) à tirer la conséquence, éventuellement collective, de la défaillance de l'un des codébiteurs.

Après la division de l'obligation (initiale), le créancier impayé agira exclusivement contre le codébiteur, auteur d'une inexécution à son égard. Si le colocataire A ne verse pas à l'héritier Y la part qu'il lui doit (26,66€), le créancier impayé pourra faire saisir les biens et revenus (infra, droit de

¹ Civ. 1^{ère}, 14 mars 2018, n° 17-14.583., Bull. ; Defrénois 2018, n° 14, p. 5, note Jacques Combret ; Procédures 2018, comm. 152, note Méлина Douchy-Oudot ; AJ Famille 2018, p. 305, note Jérôme Casey : (abstrat) « [...] les héritiers du codébiteur solidaire ne sont tenus de payer la dette de leur auteur qu'au prorata de leurs droits respectifs dans sa succession appliqué à la dette globale. »

² Art. 1320 c. civ. : « Chacun des créanciers d'une obligation à prestation indivisible, par nature ou par contrat, peut en exiger et en recevoir le paiement intégral, sauf à rendre compte aux autres ; mais il ne peut seul disposer de la créance ni recevoir le prix au lieu de la chose.

« Chacun des débiteurs d'une telle obligation en est tenu pour le tout ; mais il a ses recours en contribution contre les autres.

« Il en va de même pour chacun des successeurs de ces créanciers et débiteurs. »

gage général) de son (co)débiteur défaillant. Si l'exécution forcée ne permet pas d'éponger la dette, parce que le débiteur défaillant est insolvable, le créancier subit ce risque. L'engagement (et donc le manquement) du codébiteur est et reste personnel. Le créancier de codébiteurs conjoints est donc confronté à deux risques : le risque d'impayé et le risque d'insolvabilité.

Le manquement d'un codébiteur n'est pas assumé par les autres, mais il aura un *impact sur les autres*. En effet, l'obligation divisible a pour objet une prestation qui doit être (comme toutes les obligations) entièrement exécutée : lorsque le créancier est confronté à un débiteur défaillant (impayé) ou à un débiteur insolvable, il en tirera les conséquences.

– La conséquence de l'impayé pourra conduire à résilier l'obligation (à exécution successive) ou à résoudre l'obligation (en présence d'un manquement grave). Si le loyer n'est que partiellement payé, parce qu'un des colocataires n'a pas payé sa part (le colocataire A n'a pas payé au cohéritier Y les 26,66€ dus), le créancier (ou l'un des cocréanciers) obtiendra la résiliation du bail pour cause d'inexécution (imputable à l'un des codébiteurs : art. 1231-1 c. civ.¹). L'inexécution de l'un produit alors un impact collectif sur les autres.

– L'insolvabilité de l'un des codébiteurs également produira un impact plus spécifique. La charge de l'insolvabilité de l'un sera répartie sur les autres, dans la limite de l'engagement personnel de chacun. On sera alors en présence d'une obligation commune.

L'impact de l'inexécution de l'un des codébiteurs sur les autres est une application de l'effet relatif de l'obligation (art. 1200 c. civ.) : si la prestation due n'est pas versée (entièrement), le créancier en tirera les conséquences collectives, en présence d'un impayé (1), ou en présence d'un insolvable, avec l'obligation commune (2).

1/ Les conséquences collectives de l'impayé : la résiliation de l'obligation divisible

105. Les conséquences collectives de l'inexécution par l'un des codébiteurs auront lieu, lorsque le créancier impayé n'entend pas se contenter d'exercer des poursuites individuelles contre le codébiteur défaillant, ce qu'il peut faire (art. 1231-1 c. civ.). L'inexécution de la prestation peut alors conduire le créancier à tirer des conséquences collectives, provisoires (en droit du contrat) ou définitives (avec certaines options reconnues au créancier).

¹ Art. 1231-1 c. civ. : « 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 empêchée par la force majeure. ».

En droit du contrat¹, le créancier impayé peut opposer l'*exception d'inexécution* et refuser de verser la contrepartie dans un contrat synallagmatique. Il en ira ainsi en présence d'une inexécution avérée (art. 1219 c. civ.²) ou d'une menace avérée d'inexécution (art. 1220 c. civ.³) :

- en présence d'un véhicule conduit par plusieurs, si l'un des codébiteurs n'a pas versé sa cotisation, l'assureur ne garantit plus le véhicule. Le véhicule ne sera assuré que lorsque le montant intégral de la prime sera versé ;
- l'exécution du contrat de construction de logements collectifs sera suspendue lorsque l'un des clients menace d'être en faillite. Le constructeur du bâtiment ne livrera pas les matériaux ou cessera les travaux.

En régime général des obligations, le créancier confronté à une inexécution avérée en tirera les conséquences définitives en prenant une des cinq options dont il dispose (art. 1217 c. civ.⁴). Or ces options auront soit une conséquence personnelle, soit une conséquence collective :

- si le créancier réclame au seul codébiteur défaillant des dommages-intérêts, à raison de son inexécution personnelle, son manquement n'aura pas de conséquence collective. Ce sera le cas en présence d'une obligation à exécution unique (paiement d'un prix), ou, en présence d'une obligation à exécution successive, lorsque telle est la décision du créancier. Le bailleur agit en paiement forcé contre le seul colocataire défaillant, de sorte que le bail se poursuit normalement ; le syndic exerce des poursuites contre le copropriétaire défaillant ; le vendeur de marchandises confronté à un paiement partiel, réduit la quantité de marchandises livrées (50 tonnes au lieu de 60), de sorte que le codébiteur qui n'a pas payé ne recevra rien ;
- si le créancier invoque la résolution ou la résiliation du contrat, l'inexécution commise par l'un des codébiteurs conjoints aura un impact sur les autres, puisque la résolution ou la résiliation portera sur l'obligation entière. Le bail sera résilié : tous les colocataires devront donc quitter les lieux, en raison du manquement commis par l'un d'eux. Le contrat de construction sera résolu si l'un des co-entrepreneurs commet un manquement grave (en livrant du béton de mauvaise qualité).

¹ *Droit du contrat*, n°906 et suiv.

² Art. 1219 c. civ. : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. »

³ Art. 1220 c. civ. : « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. »

⁴ Art. 1217 al. 1^{er} c. civ. : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, 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. »

L'inexécution dont l'un des codébiteurs est l'auteur aura donc, éventuellement, un impact sur les autres. Les autres ne sont pas engagés (à davantage que leur part), mais l'obligation pourra être suspendue, résiliée ou résolue.

2/ La conséquence de l'insolvabilité d'un codébiteur : l'obligation commune

106. La **conséquence de l'insolvabilité d'un codébiteur** conduira à modifier la part que doit chaque codébiteur, mais sans altérer le principe de l'engagement personnel. On parlera alors d'obligation commune : aucun codébiteur ne paiera davantage que le montant promis, mais il paiera (dans la limite de ce montant) davantage que sa part (initialement prévue). Lorsqu'un bailleur entend être garanti par un contrat de cautionnement à raison du loyer dû par le locataire (4.000€/mois), plusieurs cautions s'engageront, lorsque le montant global à garantir excède les facultés de chacune : comme la caution A n'est pas en mesure de payer plus que 1.000€/mois, en cas de défaillance du locataire, des cautions conjointes vont s'engager (collectivement ou séparément), chacune pour un montant précis : la caution A garantit 1.000€/mois c-à-d. 25% du loyer, la caution B en garantit les $\frac{3}{4}$ (soit 3.000€/mois).

- Si le locataire est entièrement défaillant, la caution A devra payer 1.000€/mois, et la caution B 3.000€/mois, conformément à la force obligatoire de chacun des contrats.
- Si le locataire est défaillant à hauteur de 2.000€/mois, la caution A et la caution B devront chacune payer leur part, déduction faite de la partie payée par le locataire. Selon l'article 2306 al. 2 c. civ.¹, « Le créancier (...) ne peut lui réclamer que sa part de la dette. » Le calcul de la part de chaque caution est proportionnel : la caution A est tenue à 25%, la caution B à 75%. La caution A devra donc payer 500€/mois et la caution B doit payer 1.500€. C'est l'application pure et simple du principe de la dette conjointe.

La question de l'obligation commune se posera lorsque l'une des cautions devient insolvable. Dans ce cas, on peut hésiter : si le locataire ne paie que la moitié de son loyer, et que la caution B est insolvable, quel montant le bailleur peut-il réclamer à la caution A ? 1.000€ (dans la limite du montant promis par A) ou 500€ (ce qui correspond à la part de A dans la dette) ? Selon l'article 2306-1 al. 2 c. civ.², « L'insolvabilité d'une caution au jour où la division est invoquée est supportée

¹ Art. 2306 c. civ. : « Lorsque plusieurs personnes se sont portées cautions de la même dette, elles sont chacune tenues pour le tout. « Néanmoins, celle qui est poursuivie peut opposer au créancier le bénéfice de division. Le créancier est alors tenu de diviser ses poursuites et ne peut lui réclamer que sa part de la dette.

« Ne peuvent se prévaloir du bénéfice de division les cautions solidaires entre elles, ni les cautions qui ont renoncé à ce bénéfice. »

² Art. 2306-1 c. civ. : « Le bénéfice de division doit être invoqué par la caution dès les premières poursuites dirigées contre elle.

« Il ne peut être mis en oeuvre qu'entre cautions solvables. L'insolvabilité d'une caution au jour où la division est invoquée est supportée par celles qui sont solvables. La caution qui a demandé la division ne peut plus être recherchée à raison de l'insolvabilité

par celles qui sont solvables. » En conséquence, la caution A doit payer 1.000€/mois. Le créancier ne supporte pas le *risque d'insolvabilité* d'une des cautions, c'est le « collectif » des cautions qui désormais doit l'assumer (selon des modalités de calcul fixées à l'article 1317 al. 3 c. civ.¹).

En présence d'une obligation commune, la charge de l'insolvabilité est donc supportée par le collectif (des cautions solvables ou des codébiteurs dans le cadre du recours en remboursement), dans la limite de l'engagement de chacun, alors que dans l'obligation divisible, la charge de l'insolvabilité d'un codébiteur est supportée par le créancier. Plus précisément, dans l'obligation commune, la charge du risque d'insolvabilité est transférée sur le groupe des codébiteurs à la date à laquelle la division est demandée :

- avant la division, le collectif des codébiteurs assume le risque d'insolvabilité ;
- après la division, le risque d'insolvabilité (survenu ou connu postérieurement) n'est plus assumé par l'ancien codébiteur.

106-1. La date de transfert du risque d'insolvabilité est traité aux articles 2306-1 et suiv., en droit du cautionnement. Lorsque l'un des cautions devient insolvable, la charge de son insolvabilité sera assumée par les autres ou par le créancier en fonction de la date à laquelle la division survient.

Avant la division, les codébiteurs assument ce risque. Si l'un des codébiteurs ne veut plus assumer ce risque, il doit demander la division : à compter de ce moment, l'obligation divise (à sujets multiples) est devenue une obligation individuelle (divisée). Si les autres codébiteurs ne demandent pas la division, ils continuent d'assumer la charge de l'insolvabilité de l'un d'eux.

Après la division, le risque d'insolvabilité n'est plus pris en charge par les codébiteurs, puisque chaque prestation est divisée. Si le créancier impose la division, puis découvre qu'un des codébiteurs est insolvable, il assume le risque d'un débiteur insolvable. Si les codébiteurs demandent la division et que l'un d'eux devient insolvable après, le créancier en assume le risque.

La date de la division produit donc un effet important : c'est à ce moment que le risque d'insolvabilité n'est plus assumé par les codébiteurs. Après la division, il n'existe que des prestations divisées : chaque débiteur est relié à son créancier. Les codébiteurs n'existent plus.

(107- à 113. : réservés)

114. L'obligation divisible (de principe) est donc une obligation à sujets multiples tant que la division de l'obligation n'a pas eu lieu. Comme la division (opération consistant à fixer la part et le

d'une autre, survenue postérieurement. »

¹ Art. 1317 al. 3 c. civ. : « Si l'un d'eux [codébiteurs] est insolvable, sa part se répartit, par contribution, entre les codébiteurs solvables, y compris celui qui a fait le paiement et celui qui a bénéficié d'une remise de solidarité. ». Sur le calcul du montant dû par chacun des codébiteurs, lorsque plusieurs sont solvables : infra, n°163.

montant dû par ou à chacun) a lieu avant l'exécution de la prestation, l'obligation divisible (dotée de vecteurs multiples) se transformera en plusieurs obligations simples (dotées de vecteurs uniques). Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de prévoir une organisation collective entre les sujets multiples, et aucune disposition ne traite des pouvoirs de gestion de chacun. Au fond, la présence des sujets multiples n'exerce qu'une influence restreinte sur l'obligation, du moins tant que chacun exécute correctement sa part. Il en ira autrement quand l'exécution de la prestation (unique) a lieu avant le calcul de la part de chacun.

§2^{ème}/ Les exceptions au principe :

l'exécution préalable de la prestation

115. Les **exceptions au principe (de l'obligation divisible)** imposeront d'exécuter entièrement la prestation par ou pour un sujet appartenant à un groupe, sans avoir préalablement déterminé la part de chacun dans l'exécution. Dans ce cas de figure, l'un des sujets multiples fournira ou recevra donc probablement davantage que sa part, ce qui imposera, au sein du groupe, un règlement de compte. L'exécution préalable de la prestation (avant division) dotée d'un vecteur multiple conduira à traiter de manière indifférenciée les sujets multiples.

– L'important est que la prestation (non divisée) soit exécutée intégralement, par l'un quelconque des sujets multiples. Ils sont donc tous engagés (au sens étymologique du terme) : chaque codébiteur engage tous ses biens et revenus (son patrimoine) à raison d'une obligation qui, le plus souvent, ne lui profite personnellement que partiellement. La conséquence est que les codébiteurs multiples assumeront la charge de l'insolvabilité de l'un d'eux : leur créancier y échappera.

– Les décisions de gestion à prendre par le groupe formé par les sujets multiples (paiement anticipé, remplacement de la prestation par une indemnité d'assurance ...) conduiront à établir des règles de gestion : il s'agira de savoir si les décisions à prendre seront prises par tous (cogestion) ou par chacun (pouvoir concurrent).

Une fois l'exécution réalisée, les membres du groupe régleront entre eux leurs comptes, en fonction de la part de chacun dans l'obligation. Si le paiement d'un seul profite à un autre, partiellement ou intégralement, il faudra que le patrimoine de l'un, provisoirement appauvri (passif provisoire), soit rétabli dans sa consistance par le versement de la part de l'autre. Le règlement de compte conduira à

distinguer le passif provisoire (résultant de l'exécution de la prestation) et le passif définitif (résultant de la division, en fonction de la part de chacun). Il s'agit, dans ce deuxième temps, de rétablir la mesure, en évitant l'appauvrissement excessif de l'un (codébiteur payant toute la dette) au profit des autres (codébiteurs) ou l'enrichissement excessif de l'un (cocréancier recevant tout le paiement) au détriment des autres (cocréanciers).

L'exécution de la prestation sans division suppose une exception, qui sera établie dans deux cas de figures. Soit la prestation est indivisible (I), parce qu'elle doit être exécutée en bloc (sans fractionnement des paiements). Soit les sujets multiples sont associés mutuellement dans un groupe formel : l'obligation est alors solidaire (II).

I/ L'obligation indivisible : l'exécution de la prestation sans division

116. L'**obligation indivisible** impose l'exécution de la prestation (unique), sans division, donc sans tenir compte de la part de chacun dans l'obligation. Le loyer devra être versé en bloc, par le colocataire A ou B, au cohéritier X ou Y. Puisque l'exécution de la prestation (versement du loyer) aura lieu sans avoir déterminé préalablement la part qui revient à chaque sujet multiple (schéma 2.4), il faudra préciser les règles de gestion de ce type d'obligation et déterminer après coup, la part qui revient finalement à chacun.

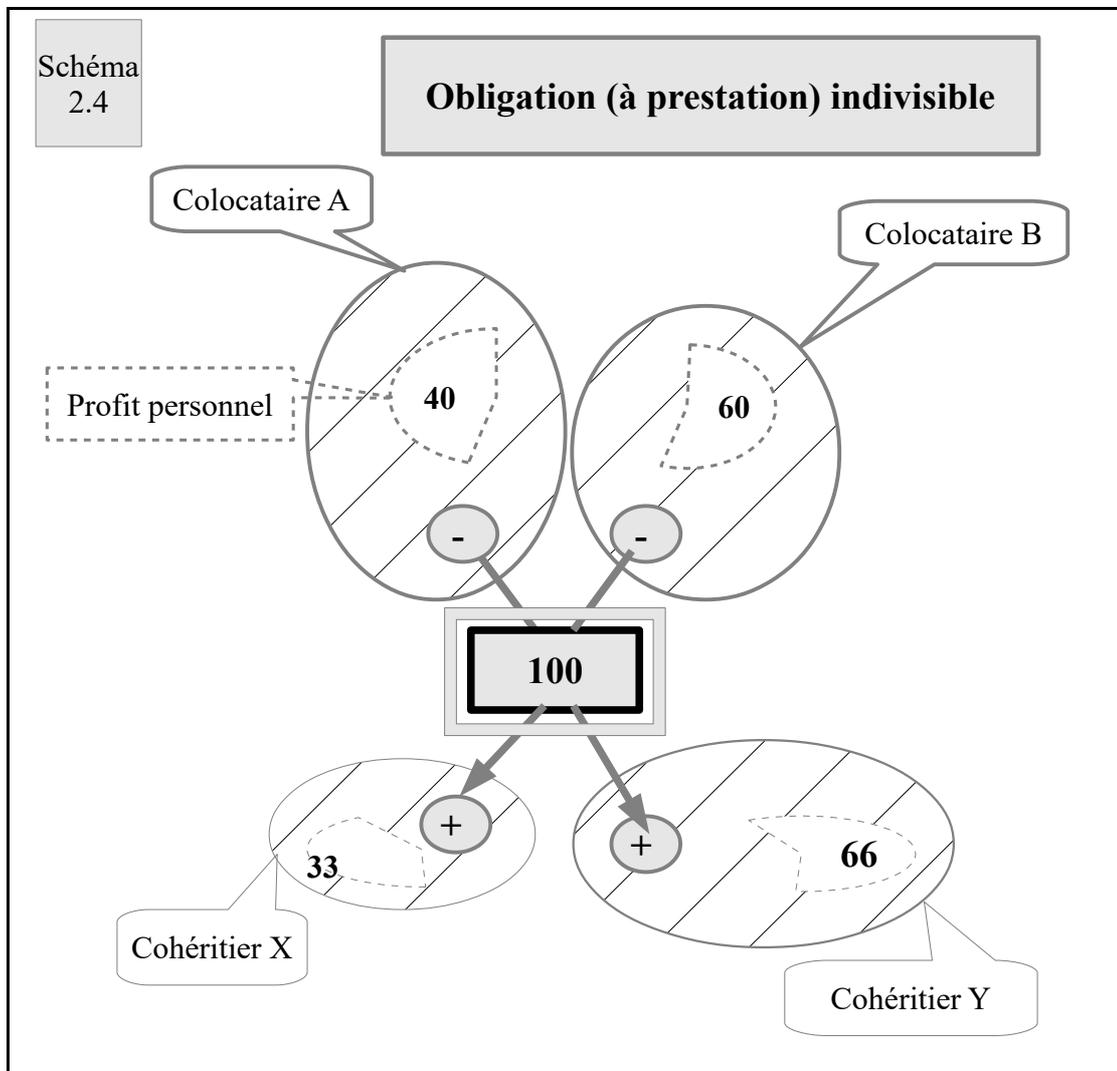
Selon l'article 1320 c. civ.¹, la *prestation indivisible* existe « par nature ou par contrat ».

- la prestation indivisible par nature portera sur la livraison d'un bien unique (transmettre un brevet avec plusieurs coauteurs ; livrer un bâtiment à construire par des plusieurs entreprises ...). La prestation est alors naturellement indivisible : au moment de la livraison, il n'est pas envisageable de livrer une partie du bâtiment ou une fraction du brevet ;
- la prestation indivisible par contrat suppose la présence d'une clause explicite, en présence d'une prestation divisible par nature. L'État français (agence France trésor) fait appel à un pool de banques pour placer 50 milliards d'€ de dettes sur les marchés financiers : le marché sera conclu, alors même que la part de chaque banque dans le montage n'est pas encore fixée. Lorsque l'État français remboursera sa dette (comprenant le capital emprunté et le montant cumulé des intérêts), en une seule fois, à l'une des banques du pool, l'identité exacte des créanciers ne sera connue qu'après coup (puisque les titres de dette circulent). Ou

¹ Art. 1320 c. civ. : « Chacun des créanciers d'une obligation à prestation indivisible, par nature ou par contrat, peut en exiger et en recevoir le paiement intégral, sauf à rendre compte aux autres ; mais il ne peut seul disposer de la créance ni recevoir le prix au lieu de la chose.

« Chacun des débiteurs d'une telle obligation en est tenu pour le tout ; mais il a ses recours en contribution contre les autres. »
« Il en va de même pour chacun des successeurs de ces créanciers et débiteurs. »

bien, le bailleur du local ne veut pas encaisser plusieurs loyers divis, mais un seul et même loyer : les colocataires s'arrangeront entre eux pour savoir qui enverra le chèque.



Les *règles de gestion* applicables à l'exécution de cette prestation indivisible conduiront à préciser les pouvoirs de gestion reconnus aux sujets multiples, en fonction du type d'acte à réaliser. Le paiement de la prestation est un acte d'administration courante soumis à pouvoir concurrent ; les actes de dispositions sont soumis à cogestion ; un codébiteur dispose parfois d'un pouvoir exclusif.

- Pour les *actes courants d'administration*, chaque sujet multiple exerce un pouvoir concurrent de gestion. L'exécution (intégrale) de la prestation est due et/ou reçue par l'un quelconque des sujets multiples.

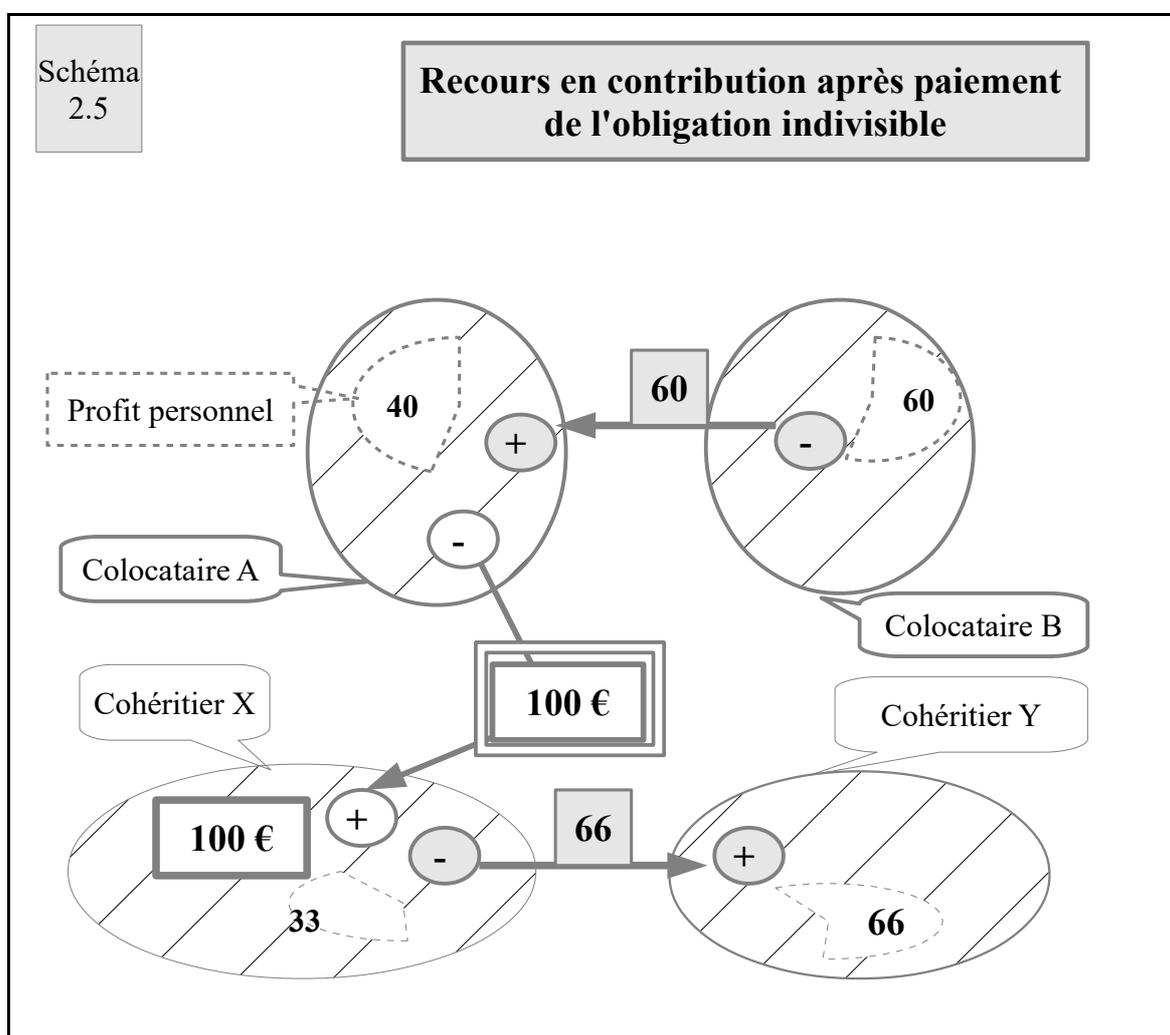
- Selon l'article 1320 al. 2 c. civ.¹, « chacun des débiteurs d'une telle obligation en est tenu pour le tout ». Chacun des codébiteurs dispose d'un pouvoir concurrent de gestion : l'un quelconque des colocataires prendra l'initiative de payer le loyer (qui arrive bientôt à échéance).
- Selon l'article 1320 al. 1^{er} c. civ.², « chacun des créanciers d'une obligation à prestation indivisible (...) peut en exiger et en recevoir le paiement intégral » : lorsque la prestation indivisible est arrivée à échéance, chaque cocréancier dispose d'un pouvoir concurrent pour réclamer (à l'un quelconque des codébiteurs) de payer.
- Les *actes de disposition* portant sur l'obligation indivisible sont, en revanche, soumis à cogestion : tous les sujets multiples (et spécialement les cocréanciers) doivent donner leur accord. Selon l'article 1320 al. 1^{er} c. civ., « mais il [le cocréancier] ne peut seul disposer de la créance ni recevoir le prix au lieu de la chose. » La cession de créance (portant sur l'obligation indivisible) suppose le consentement de tous les créanciers multiples. La réception « du prix au lieu de la chose » interdit à l'un des créanciers de vendre le bâtiment (presque terminé) ou de recevoir seul l'indemnité d'assurance si le bâtiment a fait l'objet d'un sinistre. Le pouvoir de gestion de chaque cocréancier est limité, afin que l'un d'eux ne « parte pas avec la caisse ».
- L'article 1320 c. civ. ne précise pas qu'un codébiteur pourra opposer une exception à l'action en paiement exercée par le créancier, mais la solution doit être admise (comme elle l'est en présence d'une obligation solidaire : art. 1315 c. civ.³, infra). Le codébiteur, tenu d'exécuter intégralement la prestation, opposera au créancier toute exception inhérente à l'obligation (paiement partiel, exception de prescription), en vertu de son pouvoir concurrent ; il exercera son pouvoir exclusif en présence d'une exception purement personnelle (si le codébiteur bénéficie d'une mesure de protection en raison de sa minorité ou de sa faillite), selon les mêmes règles que l'obligation solidaire (infra n°151).

¹ Art. 1320 al. 2 c. civ. : « Chacun des débiteurs d'une telle obligation en est tenu pour le tout ; mais il a ses recours en contribution contre les autres. »

² Art. 1320 al. 1^{er} c. civ. : « Chacun des créanciers d'une obligation à prestation indivisible, par nature ou par contrat, peut en exiger et en recevoir le paiement intégral, sauf à rendre compte aux autres ; mais il ne peut seul disposer de la créance ni recevoir le prix au lieu de la chose.

³ Art. 1315 c. civ. : « Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution, et celles qui lui sont personnelles. Il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, telle que l'octroi d'un terme. Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divise de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette. »

Le *recours en contribution* aura lieu après coup (c-à-d. après l'exécution de la prestation). Le calcul de la part de chacun (ce qui correspond à la division) permettra de déterminer le montant qui pèse sur chacun des codébiteurs (art. 1320 al. 2 c. civ. : « mais il a ses recours en contribution contre les autres ») et celui qui revient à chacun des cocréanciers (art. 1320 al. 1^{er} c. civ. : il reçoit paiement intégral « sauf à rendre compte aux autres »). Si le colocataire A a versé seul 100€ de loyer au cohéritier X, le colocataire A disposera d'un recours en remboursement de 60€ contre le colocataire B, tandis que le cohéritier Y obtiendra 66€ du cohéritier X (schéma 2.5). Le règlement de comptes permet donc d'aboutir au même résultat que celui produit par la division (supra).



(117- à 123. : réservés)

124. L'obligation indivisible impose donc l'exécution en bloc d'une prestation, sans avoir déterminé au préalable la part qui pèse ou revient à chacun. Cette exécution de la prestation avant division produit un résultat mathématiquement similaire à l'exécution après division : le cohéritier Y reçoit soit deux paiements divis (des deux colocataires A et B : exécution après division), soit une restitution de la part de son cohéritier X (exécution avant division). Le résultat est similaire, mais il existe deux différences de fond entre l'obligation divisée et l'obligation indivise.

Premièrement, les *risques de défaillance et d'insolvabilité* ne sont pas supportés par les mêmes personnes.

- En présence d'une obligation divisée, on sait que chaque cocréancier subit le risque de défaillance et d'insolvabilité de ses propres débiteurs. Si le colocataire B est défaillant et/ou insolvable, la perte est subie par ses créanciers (en proportion de leur part) ;
- En présence d'une obligation indivise, les risques de défaillance et d'insolvabilité d'un codébiteur sont assumés par les sujets multiples.
 - Parmi les codébiteurs, le colocataire A devra prendre à sa charge les frais de l'exécution forcée et il subira la pénurie si son colocataire est insolvable.
 - Parmi les cocréanciers, le risque de défaillance et d'insolvabilité du cocréancier X sera subi par le cocréancier Y : on notera toutefois que ce risque d'insolvabilité d'un créancier (qui a reçu paiement) est moindre que celui qui pèse sur le créancier d'une obligation divisée.

L'obligation indivise présente donc un avantage spécifique pour un créancier : ce type d'obligation permet de transférer la charge de l'insolvabilité d'un codébiteur économiquement fragile sur les autres, et, mécaniquement, d'y échapper.

Deuxièmement, le *pouvoir de gestion* de chaque cocréancier est limité dans l'obligation indivisible par rapport à ce qu'il est dans l'obligation divisible.

- Le créancier d'une prestation indivisible dispose d'un pouvoir concurrent borné aux actes d'administration : chacun ne peut que recevoir paiement de la prestation indivisible elle-même.
- En revanche, les actes de disposition portant sur l'obligation indivisible imposent l'accord de tous (cogestion). C'est une différence par rapport à l'obligation divisible (au pouvoir exclusif de chaque sujet multiple) et à l'obligation solidaire.

II/ L'obligation solidaire : le lien entre les vecteurs multiples

125. L'**obligation solidaire** (du latin *solidus*, entier) est créée par un lien qui unit des sujets multiples par le vecteur de leur obligation, de sorte qu'ils formeront un groupe dans lequel la décision d'un seul engagera tous les autres. Les actes juridiques (décisions) et les faits juridiques (exécution ou inexécution de la prestation) émanant d'un seul sont réputés provenir de tous et ceux destinés à un seul sont réputés destinés à tous. Ainsi,

- Un seul, parmi les créanciers multiples, pourra exercer une action en paiement, recevoir le paiement, céder la créance ou décider (en accord avec le débiteur commun) de modifier la prestation : son acte est réputé émaner aussi des autres. Pareillement, un seul, parmi les débiteurs multiples, contractera une nouvelle dette : sa décision est réputée émaner également des autres ;

- Un seul, parmi les codébiteurs, sera informé par le créancier commun d'une cession de créance ou de son exigence d'être payé. L'information destinée à un seul est réputée connue des autres. La défaillance d'un seul à payer la dette engage la responsabilité de tous, tenus collectivement de verser au créancier impayé (ou à n'importe lequel des cocréanciers) les dommages-intérêts (art. 1231-1 c. civ.).

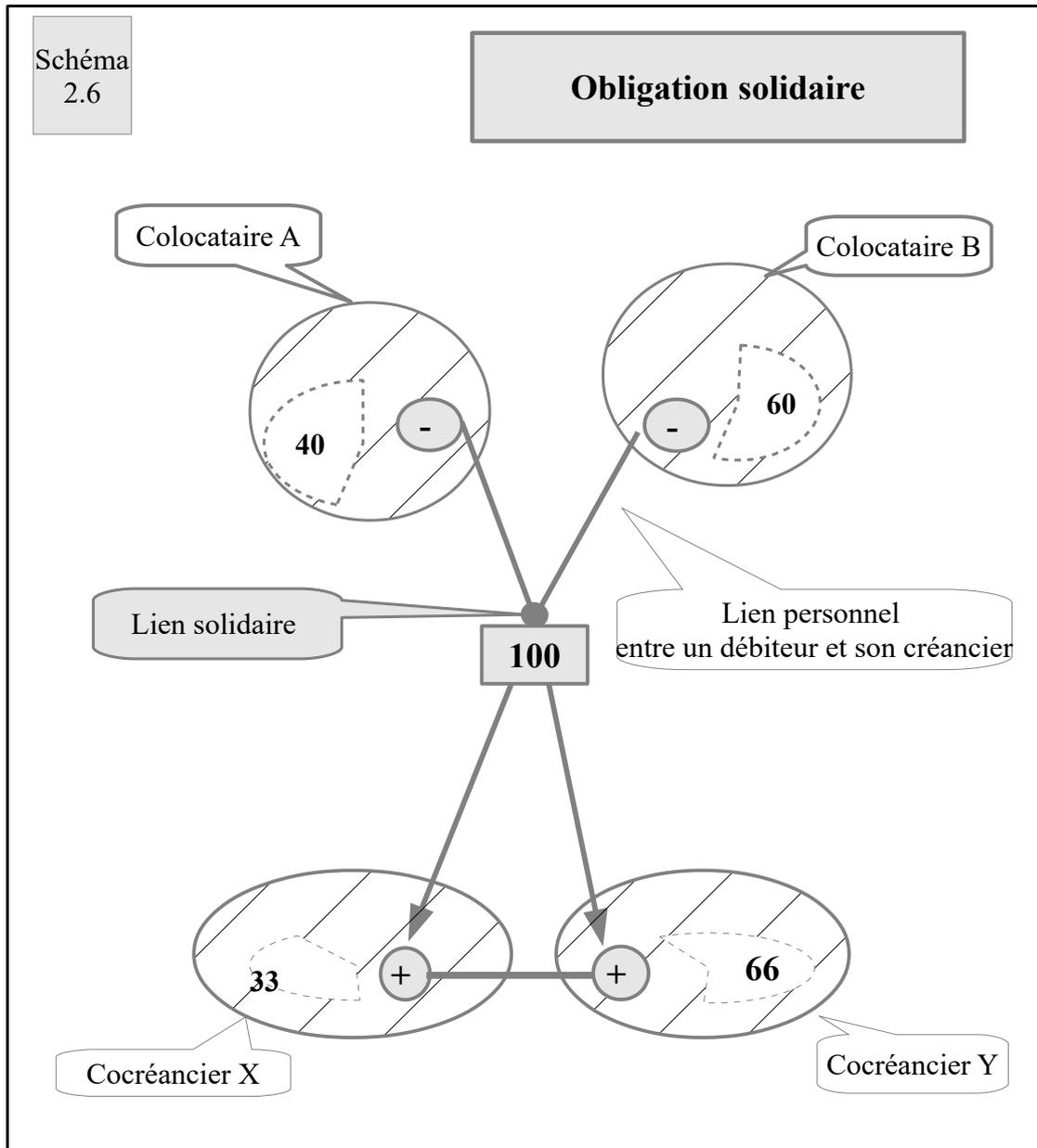
Dans l'obligation solidaire, le lien porte spécifiquement sur les vecteurs et il produit des effets puissants en raison notamment de l'étendue du pouvoir (concurrent) de chacun d'engager le groupe.

Le lien solidaire qui unit les sujets multiples porte spécifiquement sur le *vecteur de l'obligation* (schéma 2.6). Le lien de solidarité ne conduit pas à fusionner les patrimoines : l'individualité (et donc l'intérêt personnel) de chacun subsiste (*infra*), mais, envers autrui (le créancier commun, pour des codébiteurs ; le débiteur, pour des cocréanciers), les sujets multiples formeront un groupe.

- Dans l'obligation solidaire, le lien entre les sujets multiples aura pour objet soit la créance (pôle positif du vecteur : solidarité active), soit la dette (pôle négatif du vecteur : solidarité passive). En présence de cocontractants solidaires, la solidarité sera à la fois passive et active lorsque les contractants solidaires (co-bailleurs) sont à la fois créanciers (d'une prestation : loyer) et débiteurs (de la contre-partie : jouissance du local) ; pour les cotitulaires d'un compte-joint, la solidarité sera soit active, soit passive, en fonction du solde créditeur ou débiteur de leur compte.

- La solidarité passive produit tous les effets de l'engagement : en cas d'inexécution, le créancier impayé sera en droit d'obtenir l'exécution forcée, en faisant saisir les biens et

revenus de chacun de ses codébiteurs solidaires, jusqu'à extinction de la dette (droit de gage général : infra).



L'effet spécifique que produit la solidarité réside dans le pouvoir de gestion reconnu à chacun (*pouvoir concurrent*). C'est ce qui différencie fondamentalement l'obligation (à prestation) indivisible et l'obligation (à vecteur) solidaire.

- La différence entre l'obligation indivisible et l'obligation solidaire ne porte pas sur l'exécution de la prestation : dans un cas comme dans l'autre, la prestation sera exécutée

avant division, par l'un quelconque des codébiteurs ou pour l'un quelconque des cocréanciers. Il en va de même avec le recours en remboursement exercé par celui des sujets multiples qui a reçu ou payé davantage que sa part.

– La différence entre obligations indivisible et solidaire tient au pouvoir de gestion dont chacun dispose au sein du groupe : le pouvoir concurrent est limité à la gestion courante dans l'obligation indivisible, alors qu'il s'applique à tous les actes de gestion dans l'obligation solidaire. Chaque membre du groupe solidaire dispose du pouvoir d'agir seul et d'engager les autres pour effectuer des actes de gestion courante ou de disposition (cession de créance, remplacement de la prestation par un prix ou par une indemnité d'assurance ...).

L'obligation solidaire repose donc sur l'affirmation que les sujets multiples sont reliés par un lien (portant sur l'un des pôles du vecteur de l'obligation) qui trouve sa source dans un texte (1), lien par lequel la gestion de l'obligation (2) sera gouvernée par le pouvoir concurrent de chacun. Ce lien, en revanche, n'explique pas le régime du recours en remboursement (3), soumis au droit commun.

1/ La source de l'obligation solidaire : l'exigence d'un texte

126. La **source de l'obligation solidaire** suppose un texte, pour écarter l'application du principe applicable à l'obligation à sujets multiples (art. 1309 c. civ.), principe selon lequel chacun n'exécute et ne reçoit que sa part. Selon l'article 1310 c. civ., « La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas. »

L'exception de l'obligation solidaire ne sera établie que par un texte. C'est la première chose affirmée à l'article 1310 : « La solidarité est légale ou conventionnelle ». *Pas de solidarité sans texte*. Le texte établissant la solidarité sera soit le contrat, soit la loi.

– La clause (dactylographiée) qui figure dans le contrat établira une solidarité contractuelle entre les signataires du contrat. Cette solidarité contractuelle est indifféremment passive (coemprunteurs), active ou les deux (cobailleurs ; compte-joint) : elle est voulue, ce qui signale que les sujets multiples admettent que leurs intérêts seront liés.

– Un texte (loi) pourra établir une solidarité légale applicable à telle ou telle ou prestation (dettes fiscales, ménagères). Ainsi, les dettes ménagères exposées par un

époux (art. 220 c. civ.¹) ou un partenaire pacsé (art. 515-4 al. 2 c. civ.²) seront solidaires. En droit positif, la solidarité légale n'est que passive. C'est une charge (une dette produisant un engagement), non un profit (une créance à partager).

En l'absence de texte, même lorsque des personnes sont proches l'une de l'autre, la solidarité n'existe pas. La *solidarité ne se présume pas*. Seul un texte explicite imposera à l'un d'assumer les actes ou les faits de l'autre. Au restaurant, deux convives, même concubins, n'auront jamais à payer pour l'autre : le concubin (resté seul à table) ne paiera que son repas³. Le principe applicable aux concubins est donc qu'est seul tenu celui qui expose la dépense (en se rendant débiteur) : le concubin ayant signé seul le contrat d'électricité, de bail ou d'assurance ... est seul tenu envers le fournisseur d'électricité, le bailleur ou l'assureur.

L'obligation solidaire possède donc deux sources. La solidarité contractuelle (a) est convenue entre des contractants qui cosigneront le contrat, lorsqu'ils ont établi entre eux une relation de confiance. La solidarité légale (b) est imposée par la loi : le législateur établit une présomption (de confiance) ou une fiction (de complicité) entre deux ou plusieurs débiteurs.

a/ La solidarité contractuelle : la confiance entre les contractants

127. La **solidarité contractuelle** repose sur une relation de confiance établie entre des contractants qui sont libres de signer ou non le contrat, en connaissant le régime applicable à leurs obligations contractuelles. Ils se font suffisamment confiance pour accepter que l'un prenne des engagements (solidarité passive) exécutoires sur le patrimoine de l'autre ou que l'autre effectue des actes de disposition (cession de créance, modification du contrat). Dans le cadre d'un contrat, la solidarité convenue est souvent à la fois passive et active⁴ : la clause de solidarité sera explicitement

¹ Art. 220 c. civ. : « Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement.

« La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant.

« Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage. »

² Art. 515-4 al. 2 c. civ. : « Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux partenaires, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage. »

³ Et plus généralement, le principe applicable aux concubins est qu'est seul tenu celui qui expose (seul) une dépense (obligation à sujet unique). Et en présence d'une obligation à sujets multiples, le principe de l'article 1309 s'applique : chacun paye sa part et ne reçoit que sa part.

⁴ Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1999, n°97-16335, Bull. n°309 ; Com., 8 fév. 2005, n°02-16967, Dalloz 2005, cah. Dr. Aff., A.J., p.771

convenue lors de la conclusion d'un contrat ponctuel, mais elle peut également dériver de l'effet relatif des obligations.

La solidarité *expressément convenue* résulte d'une clause en présence d'un contrat ponctuellement conclu (compte-joint, colocation, un règlement de copropriété¹). La clause de solidarité est rédigée de manière dactylographiée : les codébiteurs signent le contrat ; aucune mention manuscrite n'est requise (sauf exception légalement prévue²) ; aucun formalisme ne s'applique. Cette solidarité vaut à durée indéterminée (tant que fonctionne le compte-joint, tant que court la location, même lorsque l'un des colocataires quitte le logement³), sans limitation de montant, et joue pour toutes les obligations (dettes ou créances) générées par le contrat.

Certains cas de solidarité figurent parmi les *suites tacites d'un contrat ou d'une décision*. La solidarité est alors supplétive de volonté, mais une clause contraire est possible.

- Dans le cadre d'une cession de dette (infra), lorsqu'un débiteur originaire veut être remplacé par un nouveau débiteur, l'accord du créancier signifie simplement qu'il accepte que le nouveau venu paye la dette. Les deux codébiteurs seront alors solidairement tenus et engagés. Selon l'article 1327-2 c. civ.⁴, « Si le créancier y consent expressément [à la cession de dette], le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette. » Le législateur présume que l'acceptation du créancier, sans clause contraire explicite, établit la solidarité.
- Dans le cadre d'une cession de contrat, lorsqu'un contractant originaire (en sa double qualité de créancier et de débiteur) cherche à se faire remplacer par un tiers, l'article 1216-1 c. civ.⁵ prévoit également que l'accord du cocontractant porte uniquement sur l'exécution de la prestation (par un nouveau venu). « Sauf clause contraire », le contractant originaire

¹ Civ. 3^e, 14 avril 2016, n°15-12.545, Bull. ; revue Ann. loyers, juin 2016, p. 63, note Jean-Marc Roux ; revue Loyers et copr. 2016, comm. 155, note Guy Vigneron ; Rev. loyers 2016, p. 297, note Laurence Guégan : (abstrat) « La clause du règlement de copropriété prévoyant une solidarité entre nu-proprétaire et usufruitier d'un lot pour le paiement des charges est licite et applicable même à défaut de notification du démembrement de propriété au syndic. »

² La clause de solidarité dans le cautionnement est manuscrite, selon l'art. 2297 al. 2 c. civ. Voir : *Droit des sûretés*, n°163 Art. 2297 c. civ. : « À peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. (...) »

« Si la caution est privée des bénéfices de discussion ou de division, elle reconnaît dans cette mention ne pouvoir exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions. A défaut, elle conserve le droit de se prévaloir de ces bénéfices. »

³ Entre colocataires solidaires, le départ de l'un avant l'expiration du bail est sans effet sur son obligation au paiement des loyers et charges : Civ. 3^e, 8 nov. 1995, n°93-17.110, Bull. n°220.

⁴ Art. 1327-2 c. civ. : « Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette. »

⁵ Art. 1216-1 c. civ. : « Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir. « A défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat. »

(cédant) et le nouveau venu (cessionnaire) sont « soliairement tenu[s] à l'exécution du contrat ».

– La jurisprudence (constante, en tout cas avant 2016¹) a également admis que la solidarité puisse dériver de l'effet relatif des conventions. Un arrêt particulièrement explicite (Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009²) a admis qu'un client qui avait conclu un contrat avec un entrepreneur, responsable de malfaçons, pouvait agir à la fois contre son cocontractant (entrepreneur-cédant) et le repreneur (tiers-cessionnaire) (schéma 2.7).

– En l'espèce, après la conclusion du contrat avec le client, l'entrepreneur (cédant), entendant prendre sa retraite, céda son entreprise à un tiers (cessionnaire), une clause du contrat de cession prévoyant la reprise aussi bien des dettes que des créances.

– Techniquement, le consommateur, créancier, invoquait la force obligatoire de la convention conclue avec l'entrepreneur, débiteur originaire : ce dernier était donc tenu de la dette (art. 1103 c. civ.³), le créancier ne pouvant se voir imposer unilatéralement un changement de débiteur (art. 1193⁴ et 1327⁵ c. civ.). Le cédant ne pouvait donc pas prétendre être libéré à l'égard de son créancier.

– En outre, le consommateur se prévalait de l'opposabilité (partielle) du contrat de cession (art. 1200 al. 2 c. civ.⁶), grâce auquel le cessionnaire devenait ainsi débiteur envers le consommateur : tenu d'exécuter le contrat de cession de l'entreprise, et donc de reprendre les dettes, le cessionnaire était donc tenu envers le consommateur. Ce dernier invoquait l'effet relatif de la clause du contrat imposant au repreneur la reprise du passif. En revanche, le client refusait l'application de la clause prévoyant la libération du contractant originaire : la clause lui était inopposable.

¹ Soc. 30 juin 2016 n°14-26.172, Bull. ; D. 2016. 1495 (paiement des heures supplémentaires garanties par le repreneur) ; Com. 12 juillet 2016 n° 15-16.389, Bull. ; D. 2016. 1559 : (abstrat) « Il résulte de l'article L. 642-9, alinéa 3, du code de commerce que l'auteur de l'offre retenue par le tribunal, autorisé à se substituer un tiers cessionnaire, reste garant solidairement de l'exécution des engagements qu'il a souscrits dans sa proposition de reprise, parmi lesquels ceux relatifs à la poursuite des contrats qui y figurent en application de l'article L. 642-2, II, 1°, du même code et dont la cession a été ordonnée par le jugement arrêtant le plan. L'engagement de poursuivre ces contrats résultant du plan arrêté par le tribunal ne s'étend pas à la garantie, envers les cocontractants cédés, de la bonne exécution des obligations en résultant par le cessionnaire substitué ».

² Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, n°08-11.093, Bull. n°82 ; Defrénois, 2009, Jurisprudence, p.1289 à 1294, note Rémy Libchaber ; JCP G 2009, Jurisprudence, n° 73, note Jean-Jacques Ansault ; Revue Lamy droit civil, 2009, Actualités, n° 3490, note Véronique Maugeri.

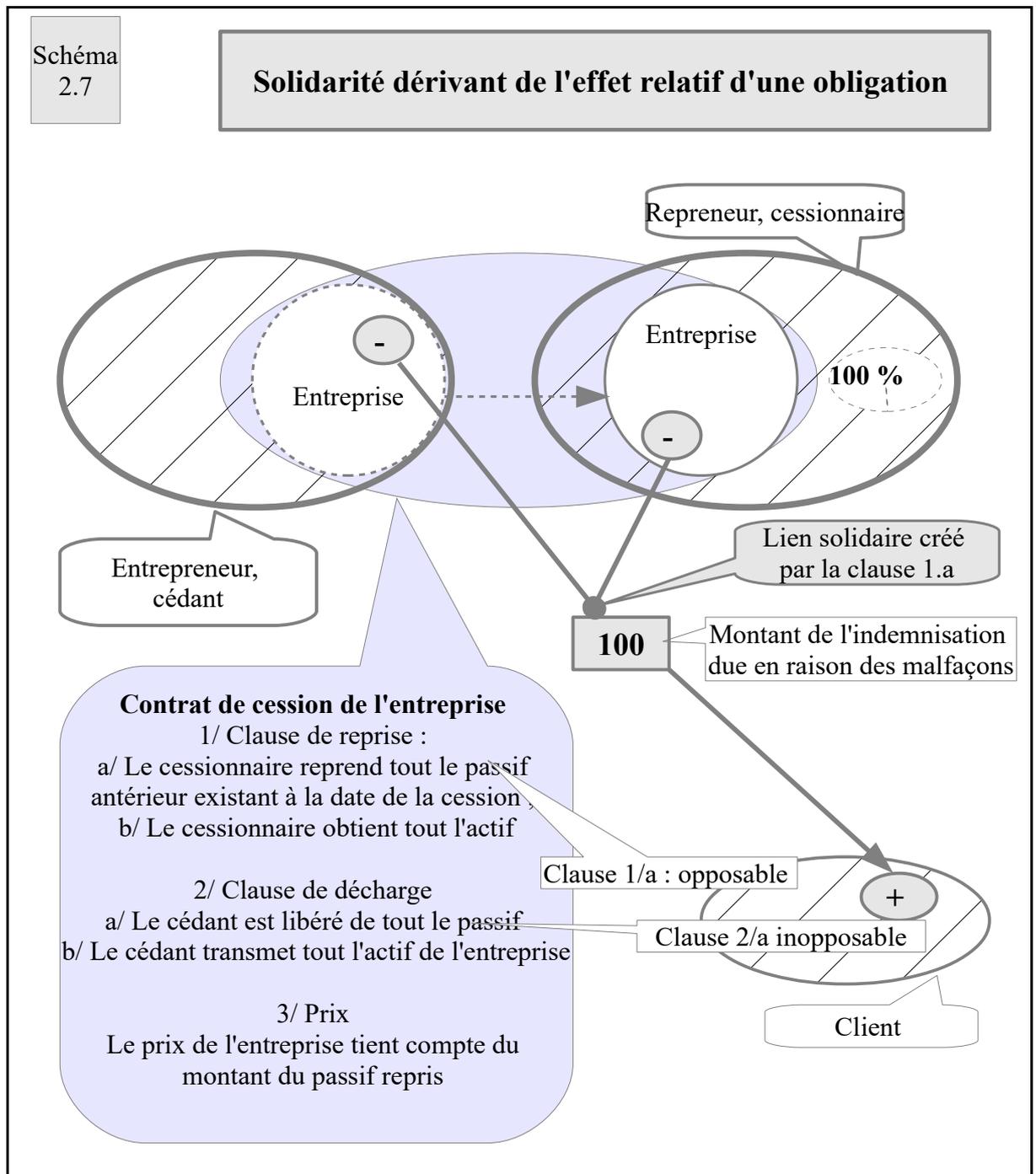
³ Art. 1103 c. civ. : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

⁴ Art. 1193 c. civ. : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. »

⁵ Art. 1327 c. civ. : « Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette. »

⁶ Art. 1200 c. civ. : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. « Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. »

- En conséquence, l'application combinée de la force obligatoire d'une obligation et de l'effet relatif d'une autre a pu conduire à la création d'une obligation solidaire, en raison du contenu explicite de chaque clause : le client (créancier) dispose de deux débiteurs solidairement tenus, l'entrepreneur (cédant) et le repreneur (cessionnaire). La solution est probablement toujours en vigueur, depuis 2016 : l'exigence d'un texte est respectée (contrat de cession), et la solidarité est effectivement convenue (puisque le repreneur peut refuser de reprendre le passif).



La solidarité contractuelle résulte donc normalement d'une clause explicite (et de la cosignature) d'un contrat : l'engagement mutuel correspond à la volonté certaine des contractants (solidaires). Depuis l'ordonnance de 2016 réformant le régime général des obligations, le législateur a consacré deux cas de solidarité contractuelle présumée, sauf clause contraire : le créancier qui accepte l'exécution d'une prestation par un tiers bénéficiaire de la garantie (solidaire) de son débiteur initial (débiteur simple ou contractant). La solution profite au créancier et à lui seul : cette solidarité passive présumée est également admise en jurisprudence, comme résultant de l'effet relatif de l'obligation.

b/ La solidarité légale : la présomption de confiance ou de complicité

128. La **solidarité légale**, exclusivement passive, est imposée (impérativement) à des personnes unies entre elles par des liens relativement diversifiés, ce qui montre sous un autre angle la politique législative menée avec l'obligation solidaire. La solidarité réunira des personnes proches, des complices mais également des personnes considérées comme trop peu coopératives.

Des *personnes proches*, en raison du contrat qu'elles ont conclu entre elles, seront solidairement tenues entre elles quand une dette (en lien avec le contrat) est exposée par l'un d'eux. Il en va ainsi en présence d'un couple (uni par un lien légal) ou entre certains commerçants.

- Un époux (art. 220 c. civ.¹) ou un partenaire pacsé (art. 515-4 al. 2 c. civ.²) exposant des dettes ménagères (destinées à l'entretien du ménage : dépenses d'électricité, charges de copropriété, assurance locatives, frais de cantine ...) engage une dette solidaire. La dette ménagère présente un lien net avec le contrat qui unit le couple : les deux membres sont engagés à une vie commune. À la différence de la solidarité contractuelle, cette solidarité est impérative, et la présomption légale continue de s'appliquer, même lorsque les époux ou

¹ Art. 220 c. civ. : « Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement.

« La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant.

« Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage. »

² Art. 515-4 al. 2 c. civ. : « Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux partenaires, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage. »

partenaires sont séparés, en instance de divorce et qu'ils ne s'entendent plus : elle ne cessera que lorsque le lien sera officiellement rompu. Les dettes fiscales (impôt sur le revenu, taxe d'habitation, impôt sur la fortune immobilière¹) sont soumises au même régime : chaque membre du couple marié ou pacsé est solidairement tenu des dettes fiscales dues par l'autre.

– En droit commercial, le loueur du fonds de commerce est solidairement tenu des dettes sociales du locataire gérant, tant que la location gérance n'est pas publiée² : c'est une sous-location. En présence d'une société (commerciale) en formation, les associés sont solidairement tenus des dettes exposées par chacun d'eux (art. 1843 c. civ.³) : le contrat de société explique l'activité de chacun.

La *complicité* entre personnes proches est également retenue par le législateur pour imposer la solidarité entre des personnes ayant commis à plusieurs une faute (délict, fraude) ou un accident.

– La faute commise à plusieurs sera retenue en présence d'une infraction (pénale) ou d'une fraude (fiscale). En droit pénal, les auteurs de délits et leurs coauteurs ou complices⁴ sont solidairement tenus des réparations et du paiement de l'amende (art. 480-1 c. proc. pén.⁵). En droit fiscal, le dirigeant de société, auteur d'une fraude, sera solidairement tenu des dettes fiscales dues par la société qu'il dirige (art. L 267 livre proc. fisc.⁶) ;

¹ Art. 1691 *bis* c.g.i. (impôt sur le revenu) ; art. 1723 *ter*-00 B c.g.i. (impôt sur la fortune immobilière).

Art. 1691 *bis* c.g.i. : « I. – Les époux et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité sont tenus solidairement au paiement :

1° De l'impôt sur le revenu lorsqu'ils font l'objet d'une imposition commune ;

2° De la taxe d'habitation lorsqu'ils vivent sous le même toit.

II. – 1. Les personnes divorcées ou séparées peuvent demander à être déchargées des obligations de paiement prévues au I ainsi qu'à l'article 1723 *ter*-00 B lorsque, à la date de la demande (...) ».

² Art. L 144-7 c. com. : « Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds. »

³ Art. 1843 c. civ. : « Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci. »

⁴ Pour une dette douanière : Com., 3 février 2015, n°12-15.827, Bull.

⁵ Art. 480-1 c. proc. pén. : « Les personnes condamnées pour un même délit sont tenues solidairement des restitutions et des dommages-intérêts.

« En outre, le tribunal peut, par décision spéciale et motivée, ordonner que le prévenu qui s'est entouré de coauteurs ou de complices insolubles sera tenu solidairement des amendes. » Voir : Crim., 25 février 2015, n°14-81.734, Bull. ; Dr. pénal 2015, comm. 51, note Jacques-Henri Robert ; Revue de droit fiscal, n° 17, Chronique, n° 279, spéc. n° 6, p. 28, note Renaud Salomon (solidarité entre la société et son dirigeant en matière fiscale).

⁶ Art. L 267 livre proc. fisc. : « Lorsqu'un dirigeant d'une société, d'une personne morale ou de tout autre groupement, est responsable des manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement des impositions et des pénalités dues par la société, la personne morale ou le groupement, ce dirigeant peut, s'il n'est pas déjà tenu au paiement des dettes sociales en application d'une autre disposition, être déclaré solidairement responsable du paiement de ces impositions et pénalités par le président du tribunal judiciaire. A cette fin, le comptable public compétent assigne le dirigeant devant le président du tribunal judiciaire du lieu du siège social. Cette disposition est applicable à toute personne exerçant en droit ou en fait, directement ou indirectement, la direction effective de la société, de la personne morale ou du groupement.

« Les voies de recours qui peuvent être exercées contre la décision du président du tribunal judiciaire ne font pas obstacle à ce que le comptable prenne à leur encontre des mesures conservatoires en vue de préserver le recouvrement de la créance du Trésor. »

- En droit de la responsabilité civile, la solidarité sera utilisée quand un accident a plusieurs auteurs. Le fabricant d'un produit défectueux (tenu à raison de la survenance d'un risque) sera solidairement tenu avec le tiers, coresponsable de l'accident (art. 1245-13 c. civ.¹).
- En droit de la responsabilité civile, la solidarité est également utilisée dans une fonction de garantie : l'accident n'a qu'un seul auteur, mais la victime dispose de débiteurs multiples, parce que l'un d'eux doit assumer un risque. Envers la victime, le fabricant qu'un produit fini est solidairement tenu, avec le fabricant de la pièce incorporée défectueuse (art. 1245-7 c. civ.²). Les parents qui exercent l'autorité parentale seront solidairement tenus d'assumer les risques liés à la garde de leur enfant mineur (art. 1242 al. 4 c. civ.³). De même, le commettant sera solidairement tenu avec le préposé quand ce dernier est l'auteur d'une faute intentionnelle commise en fonction (art. 1242 al. 5 c. civ.⁴, selon l'interprétation qu'en donne la jurisprudence : A.P., 14 déc. 2001, *Cousin*⁵).

Le *manque de coopération*, avec la sanction de la solidarité, sera également utilisé comme un moyen de pression, lorsqu'un tiers n'exécute pas suffisamment rapidement une saisie, lorsqu'il ne dénonce pas un travail dissimulé illicite ou ne rompt pas avec employeur qui ne paye pas ses salariés.

- Le fisc a eu très tôt⁶ recours à la solidarité, afin de percevoir des impôts de la part de contribuables rétifs ou retardataires. Avec la saisie administrative à tiers détenteur⁷ (art. L 262 livre proc. fisc.), le tiers qui tarde à informer le fisc de la somme qu'il doit au redevable (salaire à payer par l'employeur, solde du compte bancaire saisi par le fisc) sera

¹ Art. 1245-13 c. civ. : « La responsabilité du producteur envers la victime n'est pas réduite par le fait d'un tiers ayant concouru à la réalisation du dommage. » La rédaction du texte est ambiguë : est-on en présence d'une obligation (à vecteur) solidaire ou d'une obligation (à prestation) indivisible ?

² Art. 1245-7 c. civ. : « En cas de dommage causé par le défaut d'un produit incorporé dans un autre, le producteur de la partie composante et celui qui a réalisé l'incorporation sont solidairement responsables. »

³ Art. 1242 al. 4 c. civ. : « Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux »

⁴ Art. 1242 al. 5 c. civ. : « Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ».

⁵ A.P., 14 déc. 2001, *Cousin*, n°00-82.066, Bull. AP n°17 ; D. 2002, p. 1230, note J. Julien, p. 1317, obs. D. Mazeaud, et p. 2117, obs. B. Thullier ; RDSS 2002.526, obs. G. Mémeteau ; RTD civ. 2002.109, obs. P. Jourdain : « le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci ». Voir : *Droit de la responsabilité civile*, n°632.

⁶ En affirmant qu'un groupe (une ville, un village) était solidairement tenu de payer l'ensemble de la dette fiscale, le créancier disposait d'un moyen de contrainte indirect sur les redevables tentés de disparaître : celui qui ne payait pas sa part accroissait celle des autres. Le roi d'Angleterre, au Moyen-Âge, recourait couramment à cette technique. Voir Marc Bloch, *La société féodale* (1940), Albin Michel, p. 377-378.

⁷ La saisie administrative à tiers détenteur (SATD), depuis la loi de finances rectificative pour 2018, n°2018-1317 du 28 décembre 2018 (art. 204), remplace l'avis à tiers détenteur, l'opposition à tiers détenteur, l'opposition administrative et la saisie à tiers détenteur.

solidairement tenu de verser toute la dette fiscale due par le débiteur (art. L 262.3 al. 3 livre proc. fisc.¹) : « Le tiers saisi qui s'abstient, sans motif légitime, de faire cette déclaration ou fait une déclaration inexacte ou mensongère [du montant des sommes qu'il doit au débiteur] peut être condamné, à la demande du créancier, au paiement des sommes dues à ce dernier, sans préjudice d'une condamnation à des dommages et intérêts. ». Si l'employeur tarde (pendant un mois) à déclarer qu'il doit verser 1.000€ à son salarié, lui-même tenu envers le fisc de 3.000€, l'employeur sera solidairement tenu de verser 3.000€. La dette du débiteur devient la sienne. La solidarité devient un moyen de pression : ceux qui ne coopèrent pas loyalement seront considérés comme complices (schéma 2.8).

¹ Art. 262.3 al. 3 livre proc. fisc. : « Sous peine de se voir réclamer les sommes saisies majorées du taux d'intérêt légal, le tiers saisi, destinataire de la saisie administrative à tiers détenteur, est tenu de verser, aux lieu et place du redevable, dans les trente jours suivant la réception de la saisie, les fonds qu'il détient ou qu'il doit, à concurrence des sommes dues par ce dernier.

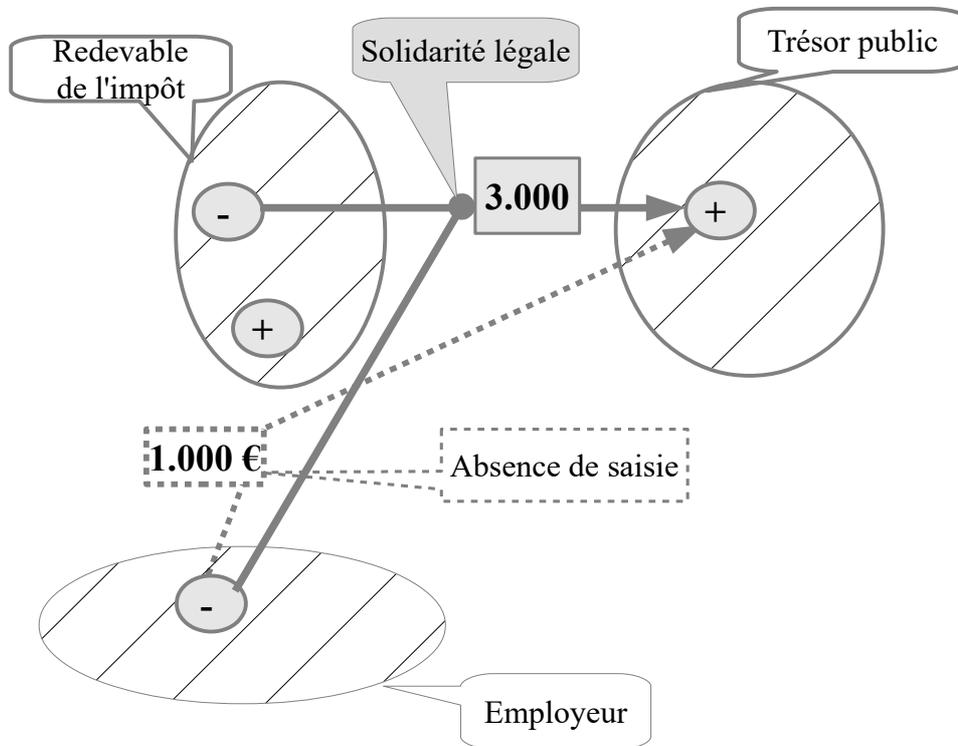
« Pour les créances conditionnelles ou à terme, le tiers saisi est tenu de verser immédiatement les fonds lorsque ces créances deviennent exigibles.

« Le tiers saisi est tenu de déclarer immédiatement par tous moyens l'étendue de ses obligations à l'égard du redevable dans les conditions prévues à l'article L. 211-3 du code des procédures civiles d'exécution.

« Le tiers saisi qui s'abstient, sans motif légitime, de faire cette déclaration ou fait une déclaration inexacte ou mensongère peut être condamné, à la demande du créancier, au paiement des sommes dues à ce dernier, sans préjudice d'une condamnation à des dommages et intérêts. »

Schéma
2.8

Solidarité imposée en cas de carence du tiers saisi (saisie administrative à tiers détenteur)



– En droit social, la lutte contre le travail dissimulé a également conduit le législateur à prévoir, au profit des caisses de sécurité sociale, une solidarité entre le client et le prestataire indélicat (art. L 8222-2 c. trav.¹) : si le client ne vérifie pas certains documents, et notamment ceux relatifs au versement des cotisations sociales, il sera tenu solidairement, avec le prestataire recourant au travail dissimulé, du paiement des cotisations sociales et des pénalités de retard. La disposition a été validée par le conseil constitutionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. constit., 31 juillet 2015²).

¹ Art. L 8222-2 c. trav. : « Toute personne qui méconnaît les dispositions de l'article L. 8222-1 [imposant de vérifier certains documents], ainsi que toute personne condamnée pour avoir recouru directement ou par personne interposée aux services de celui qui exerce un travail dissimulé, est tenue solidairement avec celui qui a fait l'objet d'un procès-verbal pour délit de travail dissimulé :

1° Au paiement des impôts, taxes et cotisations obligatoires ainsi que des pénalités et majorations dus par celui-ci au Trésor ou aux organismes de protection sociale ; (...) »

² Cons. constit., 31 juillet 2015, déc. n°2015-479 QPC, Société Gecop [Solidarité financière du donneur d'ordre pour le paiement des sommes dues par un cocontractant ou sous-traitant au Trésor public et aux organismes de protection sociale en cas de travail dissimulé] : « 8. Considérant que la solidarité instituée par les dispositions contestées constitue une garantie pour le recouvrement des

– En droit du travail (art. L 1262-4-3 al. 2 c. trav.¹), le client averti du non-paiement d'un salarié par un sous-traitant ou un contractant sera tenu solidairement sauf s'il exige la régulation de l'impayé et, à défaut, rompt le contrat. Le client inerte est réputé complice.

La solidarité légale est donc une technique efficace pour obtenir le paiement d'une dette de la part de personnes effectivement proches (époux, partenaires), suspects de complicité (au sens pénal du terme) ou trop peu coopératives (dettes fiscales en présence d'une saisie administrative à tiers détenteur). La solidarité légale fonctionne donc parfois comme une sanction (à défaut d'être considérée comme une punition²) : l'exigence d'un texte est, de ce point de vue, une garantie pour le codébiteur potentiel.

130. Pourtant, les juges ont parfois passé outre l'absence de texte³, en parlant latin, avec l'**obligation in solidum**. Depuis 2016, son existence est devenue douteuse, mais il est peu probable que les juges abandonnent leur jurisprudence.

La jurisprudence a inventé (en 1892⁴, la même année où l'action « de in rem verso » fut inventée⁵) une solidarité *praeter legem* avec l'*obligation in solidum*. Il s'agit, ce que reconnaît explicitement le juge⁶, de contourner l'exigence d'un texte instaurant une exception pour créer une obligation

créances du Trésor public et des organismes de protection sociale ; que, conformément aux règles de droit commun en matière de solidarité, le donneur d'ordre qui s'est acquitté du paiement des sommes exigibles en application du 1° de l'article L. 8222-2 dispose d'une action récursoire contre le débiteur principal et, le cas échéant, contre les codébiteurs solidaires ; qu'ainsi, cette solidarité n'a pas le caractère d'une punition au sens des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 ; qu'il s'ensuit que les griefs tirés de la violation des principes de présomption d'innocence, d'individualisation et de proportionnalité des peines sont inopérants »

¹ Art. L 1262-4-3 c. trav. : « Le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre, informé par écrit (...) du non-paiement partiel ou total du salaire minimum légal ou conventionnel dû au salarié, détaché au sens de l'article L. 1261-3, par son cocontractant, par un sous-traitant direct ou indirect ou par un cocontractant d'un sous-traitant, enjoint aussitôt, par écrit, à ce sous-traitant ou à ce cocontractant, ainsi qu'au donneur d'ordre immédiat de ce dernier, de faire cesser sans délai cette situation.

« A défaut de régularisation de la situation signalée dans un délai fixé par décret, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre, s'il ne dénonce pas le contrat de prestation de service, est tenu solidairement avec l'employeur du salarié au paiement des rémunérations, indemnités et charges dues, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. (...) »

² Crim., 23 octobre 2019, n°18-85.088, Bull. ; Dr. Fiscal, n° 46, 15 novembre 2019, p. 437, note Renaud Salomon : « La solidarité fiscale prévue à l'article 1745 du code général des impôts, qui constitue une garantie pour le recouvrement de la créance du Trésor public, ne constitue pas une peine au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789 de sorte que le principe [du cumul des sanctions pénales et fiscales] ne lui est pas applicable. »

³ Jean-Denis Pellier, *L'obligation in solidum, une solidarité qui ne dit pas son nom*, D. 2018 p.547 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 1264.

⁴ Cass., 11 juillet 1892

⁵ Req. 15 juin 1892, affaire dite « du marchand d'engrais », DP 1892. 1. 596 ; S. 1893. 1. 281, note Labbé : l'action de in rem verso est l'action en enrichissement sans cause, devenu enrichissement injustifié (art. 1303 et suiv. c. civ.). Art. 1303 c. civ. : « En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement. »

⁶ Crim., 30 mars 2016, n°13-85.765 : « La solidarité édictée par l'article 480-1 du code de procédure pénale pour les restitutions et les dommages-intérêts n'est pas applicable au paiement des frais non recouvrables [dits frais irrépétibles] visés à l'article 475-1 du même code, lesquels ne peuvent donner lieu qu'à une condamnation in solidum. » Voir : Civ. 2^e, 11 avril 2013, n° 11-24.428.

solidaire au profit du créancier. La terre d'élection de l'obligation in solidum est le droit de la responsabilité civile¹ (entre autres applications²).

- La victime d'un accident commis à plusieurs (accident de chasse, lorsque le tireur n'est pas identifié ; en cas d'accident de la circulation commis à plusieurs³) pourra réclamer à n'importe lequel des membres du groupe⁴ la réparation intégrale du dommage qu'elle a subi (sans avoir à diviser ses poursuites⁵). La victime agira probablement contre le plus solvable ou son assureur.
- L'obligation in solidum est également employée lorsque plusieurs accidents concourent à la réalisation du dommage subi par la victime : le piéton hémophile⁶ sera indemnisé à la fois par le conducteur et par le centre de transfusion sanguine ; le patient qui subit la négligence du laboratoire et du médecin engagera la responsabilité in solidum des deux⁷.

Depuis 2016, on ignore si la jurisprudence (contra legem) se maintiendra ou non. Logiquement, si le principe de l'obligation divisible (art. 1309 c. civ.⁸) et le refus de la présomption de solidarité (art. 1310 c. civ.⁹) doivent s'appliquer, les juges devraient renoncer à l'obligation in solidum, qui fonctionnait comme une obligation (à vecteur) solidaire¹⁰, mais sans lui appliquer le principe de la

¹ L'art. 1265 al. 1^{er} du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 prévoit une solidarité légale : « Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles sont solidairement tenues à réparation envers la victime »

² Civ. 3^e, 4 avril 2019, n° 18-11.207, Bull. : (abstrat) « Ayant relevé que les travaux constitutifs d'un trouble manifestement illicite étaient imputables tant au locataire de la parcelle qu'au nu-propriétaire, qui avait consenti en connaissance de cause un bail pour exercer une activité incompatible avec le classement de la parcelle, et à l'usufruitier de cette parcelle, qui en percevait les revenus et était ainsi bénéficiaire des travaux irréguliers réalisés, un cour d'appel a pu les condamner in solidum à cesser les travaux et à remettre les lieux en état. »

³ Accident de la circulation commis par plusieurs conducteurs : Civ. 2^e, 20 mai 2020, n°19-10.247, Bull. ; D. 2020 p.1106.

⁴ Jurisprudence fixée depuis Civ., 4 déc. 1939, DC 1941, p.124, note Holleaux.

⁵ Contra, mais l'arrêt est obscur : Civ. 2^e, 7 janvier 2016, n°14-13.721, Bull. ; JCP 2016, éd. G, Act., 73, note Catherine Tirvaudey.

⁶ Civ. 1^{ère}, 2 juillet 2002, n°00-15.848, Bull. n°182 (obligation in solidum du conducteur et du CNTS).

⁷ Civ. 1^{ère}, 26 mars 1996, n°94-11.791 et 94-14.158, Bull. n°156, D. 1997, p. 35, note J. Roche-Dahan ; RTDCiv, 1996, p. 623, note P. Jourdain ; Gaz. Pal., 8 mai 1999, n° 128, p. 16, note F. Chabas : « Les fautes commises par un laboratoire dans la recherche d'anticorps rubéoleux prescrite chez une femme enceinte, et par le praticien qui a manqué à son obligation de soins attentifs et diligents et à son devoir d'information et de conseil, sont en relation causale avec le dommage subi par l'enfant » (obligation in solidum).

⁸ Art. 1309 c. civ. : « L'obligation qui lie plusieurs créanciers ou débiteurs se divise de plein droit entre eux. (...) »

« Chacun des créanciers n'a droit qu'à sa part de la créance commune ; chacun des débiteurs n'est tenu que de sa part de la dette commune. »

« Il n'en va autrement, dans les rapports entre les créanciers et les débiteurs, que si l'obligation est solidaire ou si la prestation due est indivisible. »

⁹ Art. 1310 c. civ., « La solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas. »

¹⁰ Civ. 2^e, 20 mai 2020, n° 19-10.247 (n° 423 F-P+B+I) ; D. 2020 p.1106 : « Le codébiteur tenu in solidum, qui a exécuté l'entière obligation, ne peut, comme le codébiteur solidaire, même s'il agit par subrogation, répéter contre les autres débiteurs que les part et portion de chacun d'eux »

gestion concurrente¹¹. Le débiteur condamné in solidum qui conteste le jugement fera appel seul, sans son codébiteur (non appelant).

(133- à 138. : réservés)

139. Pour établir un **lien de solidarité** entre des sujets multiples, il faut et il suffit d'un texte, à savoir soit une clause contractuelle, soit une disposition légale.

La solidarité contractuelle, active ou passive, est convenue entre les contractants unis par des liens de confiance. Cette confiance est ponctuellement présumée, par une disposition légale supplétive de volonté (en présence d'une cession de dette ou de contrat) ou par la combinaison de deux clauses contractuelles (solidarité résultant de l'effet relatif des conventions).

La solidarité (passive) légale est impérativement établie entre des personnes unies par des liens de confiance (typiquement, entre les membres d'un couple marié ou pacsé) ou de complicité (en présence d'un accident commis à plusieurs), mais également aussi comme la sanction d'un manque de coopération.

Lorsque la solidarité est établie, elle produira des effets nettement plus puissants que ceux produits par l'obligation divisible (de principe) ou même ceux de l'obligation indivisible (exception), en raison des modalités de gestion de l'obligation solidaire.

2/ La gestion de l'obligation solidaire : la décision prise par un seul

140. La **gestion de l'obligation solidaire** est caractérisée par le pouvoir reconnu à chaque membre du groupe de prendre seul une décision. Parmi ces décisions prises par un seul, il faudra néanmoins distinguer entre celles qui engagent tous les membres du groupe et celles qui n'engagent que leur auteur.

En présence d'une obligation solidaire, les décisions (au sens large, incluant les faits juridiques) engageant le groupe sont prises par un seul membre. Chacun dispose d'un *pouvoir concurrent*, ce qui rend chacun interchangeable aux yeux du sujet opposé (à savoir celui qui occupe la position opposée dans l'obligation : créancier commun de codébiteurs ou débiteur commun de cocréanciers). Dans ces conditions, les membres du groupe solidaire pourront estimer pertinent de s'informer mutuellement d'une décision prise ou de décider en commun : mais aucune règle du régime général des obligations ne l'impose. La décision prise par un seul engage le groupe (ainsi l'action en justice

¹¹ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 9e éd., 2017, n°1382 et 1384 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013, n°1263.

exercée contre le créancier commun) ; celle prise envers un seul engage pareillement le groupe (ainsi la saisie par le créancier du compte-joint envers l'un des codébiteurs¹ ou l'assignation délivrée par le créancier envers un seul des codébiteur²).

Parmi les décisions prises par un seul, certaines ne concernent que lui seul. Le lien personnel qui unit chaque membre du groupe au sujet opposé est propre à chacun (c-à-d. distinct des autres). Celui qui s'est engagé par erreur (vice du consentement) prendra seul la décision d'obtenir l'annulation son obligation et cette décision n'aura pas nécessairement pour effet d'annuler l'obligation solidaire (valablement) établie entre les autres sujets multiples. La décision individuelle exprime un pouvoir personnel, reconnu à toute personne capable. Il dispose d'un pouvoir exclusif de gestion.

Le régime de l'obligation solidaire imposera donc d'identifier l'objet précis de chaque décision individuelle prise par un seul membre du groupe : soit sa décision exprime son pouvoir concurrent de gestion de l'obligation solidaire (a) ; soit elle exprime son pouvoir exclusif de gérer le lien personnel établi entre lui et le sujet opposé (b).

a/ Le pouvoir concurrent de gestion de l'obligation solidaire : un par tous, tous par un

141. Le **pouvoir concurrent de gestion de l'obligation solidaire** signifie qu'est valide la décision prise par un seul membre du groupe³ et exprimée au sujet opposé. Le domaine d'application de ce pouvoir concurrent porte sur tous les actes portant sur l'obligation solidaire : la devise *Un par tous, tous par un* s'applique sans réserves, aux actes de gestion courante comme aux actes de disposition.

Les *actes de gestion courante* seront effectués par un seul, qu'il s'agisse d'exécuter la prestation (par l'un des codébiteurs) ou d'en réclamer paiement (par l'un des cocréanciers), de contester l'existence de l'obligation solidaire en opposant une exception (par l'un des codébiteurs) ou de maintenir son existence en interrompant une prescription extinctive (par l'un des cocréanciers) par une action en

¹ Civ. 2^e, 7 juillet 2011, n°10-20.923 : « Le défaut de dénonciation de la saisie-attribution au cotitulaire d'un compte joint sur lequel porte la mesure d'exécution n'est pas susceptible d'entraîner la caducité de celle-ci ». L'information, légalement délivrée à l'un, est réputée l'être également à l'égard de l'autre.

² L'assignation de l'un des membres du groupe solidaire vaut assignation des autres : Civ. 2^e, 7 septembre 2017, n°16-20.463, Bull. ; RLDC 2017, n° 6346, p. 11 : (abstrat) « En cas de solidarité ou d'indivisibilité, l'article 552 du code de procédure civile permet à l'appelant, dès lors que son appel est recevable à l'égard d'au moins une partie et que l'instance est encore en cours, d'appeler les autres parties à la cause (...) ».

³ Le pouvoir concurrent explique le droit positif mieux que la théorie (séculaire) de la représentation mutuelle des coobligés, admise depuis Civ., 15 janvier 1873, S. 1893, I, 82 : les coobligés sont censés s'être donné mutuellement mandat d'agir les uns au nom des autres. Voir : P. le Tourneau et J. Julien, Rép. dr. civ., Dalloz, janvier 2010, V° Solidarité, n° 121, mise à jour mars 2013. Pour la critique de la théorie de la représentation mutuelle : P. Veaux-Rournerie et D. Veaux, « La représentation mutuelle des coobligés », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 547 et s. ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9e éd., 2010, n°391 ; J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Litec, 5e éd., 2012, n° 915 ; Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Litec, 4e éd., 2008, n° 543 et s. ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 6e éd., 2012, n° 195.

justice. Les dispositions des articles 1310 et suiv. préciseront la portée du pouvoir concurrent reconnu à chacun dans la gestion courante de l'obligation solidaire.

Le pouvoir concurrent s'exerce également sur tous les *actes de disposition* portant sur l'obligation solidaire. C'est la grande différence avec l'obligation indivisible (imposant la cogestion), bien que les articles 1310 et suiv. ne l'affirment pas nettement. Un seul pourra modifier la prestation (avec le consentement du sujet opposé en cas de modification majeure), accepter son remplacement (par une indemnité d'assurance), décider d'une cession de créance ou de la résiliation de l'obligation solidaire.

L'étendue du pouvoir concurrent dans la gestion de l'obligation solidaire n'est pas le produit de la nécessité, mais d'un choix (politique). En régime général des obligations, l'obligation solidaire ne donne lieu à aucune organisation collective destinée à ce que la décision de l'un soit cohérente avec celle de l'autre, ni ne règle le conflit qui pourrait survenir entre les membres d'un groupe solidaire. Pour éviter l'anarchie, les membres du groupe ont intérêt à s'entendre entre eux et à s'informer mutuellement des décisions prises : c'est ce que révèlent, en substance, les précisions figurant aux articles 1311 et suiv. c. civ., centrées sur les modalités d'exécution de la prestation, la modification de l'obligation solidaire ou sa contestation.

142. Les **modalités d'exécution de la prestation** illustrent l'étendue du pouvoir concurrent de chaque membre du groupe solidaire, que la prestation soit correctement exécutée ou non.

L'*exécution correcte* de la prestation procurée par ou pour l'un des membres du groupe éteint l'obligation aussi bien envers celui qui a exécuté qu'envers les autres.

- La *prestation intégralement procurée* par l'un quelconque des codébiteurs à l'un quelconque des cocréanciers est une exécution correcte. Selon l'article 1313 c. civ.¹, « La solidarité entre les débiteurs oblige chacun d'eux à toute la dette. (...) ». L'un quelconque des codébiteurs doit payer intégralement toute la dette solidaire. Inversement, l'un quelconque des cocréanciers recevra intégralement le paiement : selon 1311 c. civ.², « La solidarité entre créanciers permet à chacun d'eux (...) de recevoir le paiement de toute la créance. (...) ».

¹ Art. 1313 c. civ. : « La solidarité entre les débiteurs oblige chacun d'eux à toute la dette. Le paiement fait par l'un d'eux les libère tous envers le créancier.

« Le créancier peut demander le paiement au débiteur solidaire de son choix. Les poursuites exercées contre l'un des débiteurs solidaires n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres. »

² Art. 1311 c. civ. : « La solidarité entre créanciers permet à chacun d'eux d'exiger et de recevoir le paiement de toute la créance. Le paiement fait à l'un d'eux, qui en doit compte aux autres, libère le débiteur à l'égard de tous.

« Le débiteur peut payer l'un ou l'autre des créanciers solidaires tant qu'il n'est pas poursuivi par l'un d'eux. »

- L'exécution correcte de la prestation est juridiquement un *paiement, qui a pour effet d'éteindre* (définitivement) l'obligation solidaire. Ce résultat est explicitement mentionné à l'article 1311 c. civ. en présence d'une créance solidaire (« Le paiement fait à l'un d'eux (...) libère le débiteur à l'égard de tous ») et à l'article 1313 c. civ. en présence d'une dette solidaire (« Le paiement fait par l'un d'eux les libère tous envers le créancier »). L'obligation solidaire s'éteint par le paiement, sans avoir à déterminer si l'un a payé ou reçu davantage que sa part (question qui ne se posera que lorsque le groupe réglera, en son sein, ses comptes : infra n°160 et suiv.).

L'exécution de la prestation sera correctement effectuée quand le paiement a lieu *par ou pour l'un quelconque* des sujets multiples, sauf décision contraire prise par l'un des sujets multiples.

- Lorsqu'un débiteur (ou codébiteur) s'acquiesce spontanément de l'obligation solidaire, parce qu'elle vient à échéance, le caractère interchangeable de ses cocréanciers le conduira à payer n'importe lequel d'entre eux. Selon l'article 1311 al. 2 c. civ., « Le débiteur peut payer l'un ou l'autre des créanciers solidaires tant qu'il n'est pas poursuivi par l'un d'eux. »
- Lorsque l'obligation solidaire est échue, sans exécution spontanée, le créancier (ou l'un d'eux) demandera l'exécution (volontaire) à l'un quelconque des codébiteurs solidaires, le plus solvable ou celui qui tire le plus de profit de l'obligation. Selon l'article 1313 al. 2 c. civ., « Le créancier peut demander le paiement au débiteur solidaire de son choix. »

En cas d'*inexécution de la prestation*, chacun des codébiteurs est entièrement responsable de l'inexécution envers le créancier impayé (ou l'un d'eux). Selon l'article 1319 c. civ., « Les codébiteurs solidaires répondent solidairement de l'inexécution de l'obligation. (...) » Le créancier impayé mettra en demeure l'un des codébiteurs, réclamera (à lui ou à un autre) une indemnisation à raison du retard et, à défaut, enclenchera l'exécution forcée, là encore envers l'un quelconque des codébiteurs. Ainsi :

- La mise en demeure (art. 1231 c. civ.¹), lorsqu'elle est nécessaire, est adressée à « l'un des débiteurs solidaires ». Tous sont alors réputés informés. Le créancier n'est pas tenu d'informer les autres codébiteurs, lorsque l'un l'a été (Com., 17 déc. 2003²).

¹ Art. 1231 c. civ. : « A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable. »

² Com., 17 déc. 2003, n°01-11198, inédit, D. 2004, p.2035 à 2037, obs. V. Brémond : « la cour d'appel a relevé que [le créancier], qui n'avait souscrit aucune obligation d'information à l'égard [du codébiteur solidaire] (...) n'avait pas commis de faute à l'égard de M. X » (en ne l'informant pas de la défaillance du codébiteur intéressé à la dette).

- En présence d'un contrat synallagmatique, la mise en demeure conduira le créancier (ou l'un d'eux) à opposer l'exception d'inexécution (art. 1219 et 1220 c. civ.) ou à exercer l'une des cinq options reconnues au créancier (art. 1217 al. 1^{er} c. civ.¹).
- En présence d'une faute commise par des auteurs solidairement tenus d'indemniser la victime, celle-ci exercera son action contre l'un quelconque des coresponsables (l'avocat ou la société civile professionnelle : Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2010²).
- Si la mise en demeure reste infructueuse, les intérêts moratoires courent envers tous les codébiteurs. Selon l'article 1314 c. civ., « La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous. »
- Si l'inexécution persiste, le créancier impayé pourra exercer une action en justice, afin de faire saisir les biens et revenus (droit de gage général) de l'un quelconque ses codébiteurs ou de chacun d'eux. Selon l'article 1313 al. 2 in fine, « Les poursuites exercées contre l'un des débiteurs solidaires n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres. » Si l'un des codébiteurs poursuivi ne peut payer que partiellement la dette, les poursuites (à savoir la saisie) seront exercées contre d'autres codébiteurs, jusqu'à ce que le passif soit intégralement apuré.

Les modalités d'exécution de l'obligation solidaire montrent l'étendue du pouvoir concurrent dont dispose chaque membre du groupe solidaire, qu'il s'agisse d'exécuter ou de réclamer l'exécution de la prestation. Il en va de même en présence d'une décision modifiant l'obligation solidaire.

142-1. Le domaine d'application de la gestion concurrente s'applique en général au paiement, sous réserve d'**exceptions ou de dérogations**.

L'obligation de payer intégralement la prestation connaît une limite en cas de décès (d'un coobligé, personne physique). L'article 1309 al. 1^{er} c. civ. prévoit que « La division a lieu également entre leurs successeurs, l'obligation fût-elle solidaire. » Les cohéritiers ne seront tenus que conjointement (principe de l'obligation divisible : supra).

La jurisprudence contemporaine a également établi *une dérogation* à la règle selon laquelle la décision notifiée à l'un des coobligés est réputée connue de tous. Selon Com., 25 mars 2014, « En matière de recouvrement, si l'administration fiscale peut notifier les titres exécutoires et actes de poursuite à l'un seulement des redevables

¹ Art. 1217 al. 1^{er} c. civ. : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, 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. »

² Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2010, n°09-67.298 (à propos d'une action en responsabilité exercée à l'encontre d'un avocat associé au sein d'une SCP): « (...) Chaque associé répond, sur l'ensemble de son patrimoine, des actes professionnels qu'il accomplit, et la société civile professionnelle est solidairement responsable avec lui des conséquences dommageables de ces actes. Il en résulte que l'action en responsabilité peut indifféremment être dirigée contre la société ou l'associé concerné, ou encore contre les deux. ». Voir : *Droit du contrat*, n°915 et suiv.

solidaires, la procédure doit cependant être contradictoire et la loyauté des débats l'oblige à notifier, en cours de procédure, à l'ensemble des personnes pouvant être poursuivies les actes les concernant »¹. Pour écarter la règle normalement applicable, la cour de cassation a affirmé l'existence d'une règle procédurale (dépourvue de base légale) de contradiction et loyauté des débats.

En présence d'une remise de dette consentie par un cocréancier solidaire, ce dernier ne renonce qu'à sa part (personnelle) dans la dette, selon l'article 1350-1 al. 2 c. civ. La décision du cocréancier solidaire n'est donc pas une décision de gestion prise en application de son pouvoir concurrent (ce qui réduirait la dette globale), mais une décision prise en application de son pouvoir exclusif.

143. La décision de **modifier l'obligation solidaire** relève également du pouvoir concurrent de chaque sujet multiple. Cette étendue du pouvoir concurrent est illustrée avec l'exemple de la prescription extinctive (art. 1312 c. civ.). Plus généralement, le pouvoir concurrent s'applique à la modification de l'obligation solidaire, qu'elle suppose un accord du sujet opposé ou non.

La *prescription extinctive* dont l'obligation solidaire peut faire l'objet (en raison de l'inaction prolongée des créanciers : infra n°705 et suiv.) sera évitée quand l'un des cocréanciers bénéficie d'une suspension ou lorsqu'un d'eux bénéficie d'une interruption de la prescription. Selon l'article 1312 c. civ. : « Tout acte qui interrompt ou suspend la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers. » Le maintien du lien personnel entre l'un des cocréanciers solidaires et l'un des codébiteurs solidaires vaut donc pour tous. Si l'un des codébiteurs reconnaît sa dette envers l'un des cocréanciers, la prescription est interrompue par la décision d'un seul des codébiteurs (art. 2245 c. civ.²) ; si l'un des cocréanciers agit en justice (contre l'un des codébiteurs) pour obtenir l'exécution de la prestation, la prescription est interrompue à son égard et donc à l'égard de tous. Incidemment, l'article 1312 c. civ. révèle que l'action en justice relève du pouvoir concurrent³.

Toute décision de gestion portant sur l'obligation solidaire sera donc prise unilatéralement par l'un des sujets multiples. Il décidera seul de la modifier, soit en donnant son consentement (ou son

¹ Com., 25 mars 2014, n°12-27.612 ; JCP N 2014, Act., n° 524, p. 8, note Jean-Jacques Lubin.

² Art. 2245 c. civ. : « L'interpellation faite à l'un des débiteurs solidaires par une demande en justice ou par un acte d'exécution forcée ou la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt le délai de prescription contre tous les autres, même contre leurs héritiers.

« En revanche, l'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire ou la reconnaissance de cet héritier n'interrompt pas le délai de prescription à l'égard des autres cohéritiers, même en cas de créance hypothécaire, si l'obligation est divisible. Cette interpellation ou cette reconnaissance n'interrompt le délai de prescription, à l'égard des autres codébiteurs, que pour la part dont cet héritier est tenu.

« Pour interrompre le délai de prescription pour le tout, à l'égard des autres codébiteurs, il faut l'interpellation faite à tous les héritiers du débiteur décédé ou la reconnaissance de tous ces héritiers. »

³ La chose jugée envers l'un des débiteurs solidaires profite vaut envers les autres : Com., 26 février 1980, n°78-13.745, Bull. n°96 ; Com., 24 avril 1981, n°79-14.500, Bull. n°181 ; Com., 22 avril 1997, n°95-11.532, Bull. n°96.

accord) au sujet opposé (en présence d'une modification majeure), soit en l'informant (en présence d'une modification mineure).

- L'un des cocréanciers avertira le débiteur (ou l'un d'eux) de l'identité du créancier qu'il faudra payer (art. 1313 al. 2 c. civ. : « Le créancier peut demander le paiement au débiteur solidaire de son choix »). Ce sera éventuellement un tiers (cessionnaire), en cas de cession de créance (décidée par un seul des cocréanciers) ;
- L'un des cocréanciers conviendra avec le débiteur (ou l'un d'eux) d'une modification majeure de l'obligation, augmentation de loyer ou modification des lieux loués. Le cas de la remise de dette (art. 1350 c. civ.¹ : infra n°751) consentie par l'un des cocréanciers au débiteur (ou l'un d'eux) est plus problématique : selon l'article 1350-1 c. civ., le cocréancier ne renonce qu'à sa part dans l'obligation (ce qui signifie qu'il exerce un pouvoir exclusif, et non pas concurrent : infra). Mais l'article 1350-1 c. civ. établit probablement une présomption (portant sur le sens à donner à la remise de dette : une renonciation portant sur sa part). Cette présomption sera renversée quand l'un des cocréanciers affirme clairement que le loyer global sera désormais de 80€ au lieu de 100 : le cocréancier exerce alors son pouvoir concurrent, et il prendra seul la décision.

La gestion de l'obligation solidaire est donc entièrement soumise au pouvoir concurrent, que l'on soit en présence d'un acte d'administration courante ou d'un acte de disposition. Il suffit d'être en présence d'un acte de gestion portant sur l'entière obligation solidaire. Et si la décision est contestée par le sujet opposé (ou l'un d'eux), une exception sera opposée.

144. Les **exceptions inhérentes à l'obligation solidaire** sont des arguments opposés par l'un des membres du groupe solidaire à une action (en paiement, en justice) exercée par le sujet opposé. L'un des créanciers réclame le paiement de tout le loyer (100€), et l'un des colocataires s'oppose à cette demande, par voie d'exception, en affirmant que le loyer a été réduit (à 80€), qu'il a été partiellement payé (pour un montant de 20€) ou qu'il n'est plus dû (en raison de la prescription extinctive).

- Les notions d'exception et d'action doivent être entendues au sens large : la prétention d'un créancier (exprimée par une demande en paiement², une mise en demeure ou lors d'une action en justice) est une action, et la contestation de cette prétention (consistant à affirmer

¹ Art. 1350 c. civ. : « La remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation. »

² Ou une déclaration de créance, quand un professionnel, codébiteur solidaire, est soumis à une procédure de sauvegarde. Art. L 622-31 c. com. : « Le créancier, porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par deux ou plusieurs coobligés soumis à une procédure de sauvegarde, peut déclarer sa créance pour la valeur nominale de son titre, dans chaque procédure. »

que l'obligation solidaire est éteinte ou nulle, partiellement ou totalement) est une exception. L'exception émanera donc d'un des codébiteurs ou d'un des contractants (solidairement tenus entre eux).

– Les exceptions inhérentes à l'obligation solidaire (au même titre que les actions) sont soumises au pouvoir concurrent de gestion parce qu'elles ont pour objet la gestion de l'obligation solidaire : la difficulté consiste à les identifier précisément. Selon l'article 1315 c. civ.¹, « Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution ».

Les « *exceptions communes à tous les codébiteurs* » sont celles qui leur appartiennent à tous, ce qui justifiera le pouvoir concurrent de gestion dont chacun dispose. L'expression d'exception « commune » doit-elle être distinguée de l'exception « inhérente à la dette », c-à-d. attachée à la prestation, utilisée en présence d'une obligation à sujet unique ? Le pouvoir concurrent pour invoquer l'exception s'applique sans aucun doute à l'exception « inhérente à la dette », mais probablement pas aux exceptions personnelles, même communes à tous :

– L'exception inhérente à la dette (notion utilisée aux articles 1216-2 al. 1^{er} c. civ.², en présence d'une cession de contrat ; 1324 al. 2 c. civ.³ en présence d'une cession de créance ; 1328 c. civ.⁴ en présence d'une cession de dette ; 1346-5 al. 3 c. civ.⁵ en présence d'un

¹ Art. 1315 c. civ. : « Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution, et celles qui lui sont personnelles. Il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, telle que l'octroi d'un terme. Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divise de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette. »

² Art. 1216-2 c. civ. : « Le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il ne peut lui opposer les exceptions personnelles au cédant. « Le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant. »

³ Art. 1324 c. civ. : « La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. « Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation des dettes connexes. Il peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le cédant avant que la cession lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes.

« Le cédant et le cessionnaire sont solidairement tenus de tous les frais supplémentaires occasionnés par la cession dont le débiteur n'a pas à faire l'avance. Sauf clause contraire, la charge de ces frais incombe au cessionnaire. »

⁴ Art. 1328 c. civ. : « Le débiteur substitué, et le débiteur originaire s'il reste tenu, peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Chacun peut aussi opposer les exceptions qui lui sont personnelles. »

⁵ Art. 1346-5 c. civ. : « Le débiteur peut invoquer la subrogation dès qu'il en a connaissance mais elle ne peut lui être opposée que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte.

« La subrogation est opposable aux tiers dès le paiement.

« Le débiteur peut opposer au créancier subrogé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il peut également lui opposer les exceptions nées de ses rapports avec le subrogeant avant que la subrogation lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes. »

paiement avec subrogation ; 2298 c. civ.¹ en présence d'un cautionnement ; 2363-1 c. civ.² en présence d'un nantissement de créance et 2372 al. 2 c. civ.³ en présence d'une propriété réservée) porte sur la prestation qui n'est due que partiellement (paiement partiel, remise partielle de dette, annulation partielle en raison de la présence d'une clause d'indexation illicite ...) ou qui n'est plus due (annulation intégrale en raison du caractère indéterminé de l'objet, résolution ...). Le pouvoir concurrent s'applique à cette exception sans aucun doute.

– Lorsqu'un même type de défaut affecte la relation entre chacun des membres du groupe solidaire (codébiteurs, contractants solidaires) et le sujet opposé, l'exception sera identique à tous, mais pas « commune » car le pouvoir concurrent de gestion n'est pas applicable. En présence d'un dol commis par la banque à l'égard de tous les coemprunteurs, il faudra établir le vice du consentement à l'égard de tous pour entraîner la destruction (directe⁴) de chacune des relations personnelles nouées avec le sujet opposé.

– En revanche, l'exception sera « commune » à tous les codébiteurs, lorsque le manquement du sujet opposé est commis envers le groupe composé de tous les codébiteurs. La banque (créancier commun) commettra une faute envers les coemprunteurs solidaires lorsque le montant global de l'endettement est inadapté à la fortune cumulée de tous (Com., 4 mai 2017⁵ ; Civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015⁶). L'exception est attachée à la dette globale. Les coemprunteurs sont créanciers solidaires de l'indemnisation due par la banque : l'indemnisation, réclamée par voie d'action ou d'exception relève de leur pouvoir concurrent de gestion.

Le *domaine d'application* des exceptions communes, c-à-d. inhérentes à la dette, donne lieu à une vision extensive. Selon l'article 1315 c. civ., les exceptions « telles que la nullité ou la résolution »

¹ Art. 2298 c. civ. : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293.

« Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire. »

² Art. 2363-1 c. civ. : « Le débiteur de la créance nantie peut opposer au créancier nanti les exceptions inhérentes à la dette. Il peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le constituant avant que le nantissement ne lui soit devenu opposable. »

³ Art. 2372 c. civ. : « En cas d'aliénation ou de perte du bien, la propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien.

« Le sous-acquéreur ou l'assureur peut alors opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette ainsi que les exceptions nées de ses rapports avec le débiteur avant qu'il ait eu connaissance du report. »

⁴ La destruction directe de chacune des obligations nouées avec le sujet opposé ne préjuge pas de la question de savoir si l'annulation d'un seul lien avec le sujet opposé doit entraîner ou non l'annulation intégrale de l'obligation solidaire. *Infra*.

⁵ Com., 4 mai 2017, n°16-12.316, JCP E 2017.II.1315, note Dominique Legeais ; Gaz. Pal. 2017, n° 22, p. 67, note Sophie Moreil, et n° 23, p. 28, note Stéphane Piédelièvre ; RJDA 2017, n° 492 : « Lorsqu'un emprunt est souscrit par plusieurs emprunteurs, l'existence d'un risque d'endettement excessif résultant de celui-ci doit s'apprécier au regard des capacités financières globales de ces coemprunteurs. »

⁶ Civ. 1^{ère}, 10 septembre 2015, n°14-18.851, Bull. ; D. 2015, somm., p. 1836, note Valérie Avena-Robardet : (abstrat) « Le caractère adapté du prêt doit s'apprécier au regard des capacités de remboursement globales de coemprunteurs solidaires. »

relèvent effectivement exclusivement du pouvoir concurrent, mais l'article procède à une assimilation, avec les exceptions personnelles (à l'un des sujets solidaires) ayant un effet inhérent à la dette.

- L'exception de résolution sera opposée par l'un des contractants solidaires (à une action en paiement), lorsque le cocontractant a manqué gravement à ses obligations. L'entrepreneur a fourni un béton de mauvaise qualité : l'un des clients solidaires invoquera l'exception en exerçant son pouvoir concurrent.
- L'exception de nullité relève également du pouvoir concurrent quand le vice affecte la prestation. Une clause abusive¹, le manquement du cocontractant à une obligation essentielle², un objet indéterminé ou un but illicite sont « inhérents à l'obligation » (et donc communs à tous). Ce type de vice est indifféremment source de nullité relative (protégeant les contractants solidaires : clause abusive) ou source de nullité absolue (indice illicite d'indexation).
- L'article 1315 c. civ. soumet également au pouvoir concurrent (et donc à la gestion de l'obligation solidaire) la conséquence objectivement attachée à l'obligation d'une exception personnelle : « Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divise de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette. » Cette exception au principe de la gestion exclusive (également prévue en droit du cautionnement³) est établie (infra) en raison de son effet objectif (inhérent à la dette) sur la dette globale. Normalement, seule la victime d'un manquement de la banque à son devoir d'information peut invoquer le préjudice qu'elle subit personnellement, et, partant, l'exception de compensation ; mais comme cette exception produit un effet sur la dette globale, les autres membres du groupe solidaire seront (exceptionnellement : infra n°152) autorisés à l'invoquer (avec leur pouvoir concurrent, applicable en dehors de son domaine normal).

Les exceptions opposées par l'un des sujets solidaires à une action (en paiement) exercée par un créancier sont donc soumises au pouvoir concurrent quand l'exception est « inhérente à

¹ Art. 1171 c. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

² Art. 1170 c. civ. : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

³ Art. 1347-6 c. civ. (loi n°2018-287 du 20 avril 2018) : « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.

« Le codébiteur solidaire peut se prévaloir de la compensation de ce que le créancier doit à l'un de ses coobligés pour faire déduire la part divise de celui-ci du total de la dette. »

l'obligation », c-à-d. attachée à la réalité objective de la prestation due au créancier. Un codébiteur solidaire ne paye que le montant global effectivement dû au créancier, déduction faite de tout ce qui n'est plus dû, parce que partiellement payé, partiellement prescrit ou compensé, ou parce qu'entièrement nul ou résolu. La vision extensive du pouvoir concurrent s'explique : un codébiteur ne paiera que la valeur nette de la prestation (déduction faite des arguments dont disposent l'un ou l'autre pour réduire la valeur à transférer). L'objectif est de simplifier le paiement.

144-1. La vision extensive du pouvoir concurrent, appliquée à toutes les exceptions ayant un impact sur le montant global de la dette, simplifie les opérations de paiement. La solution inverse imposerait au créancier commun (ou à l'un d'eux) de procéder à une restitution portant uniquement sur le montant faisant l'objet d'un paiement partiel (compensation, remise de dette ...), à compter de la date à laquelle l'exception de compensation serait invoquée par son titulaire. Dès lors que l'exception est connue des autres, chacun d'eux peut l'invoquer.

Lorsque l'exception conduisant à réduire le montant global de l'obligation n'est invoquée que postérieurement au paiement de l'obligation solidaire (ce qui ne sera pas le cas avec l'exception de compensation), le montant que le créancier (ou l'un d'eux) doit restituer conduira à appliquer le principe de l'obligation divisible (art. 1309 c. civ., supra). La restitution d'un paiement partiel d'une obligation solidaire (éteinte par le paiement) n'est plus une obligation solidaire.

(145- à 148. : réservés)

149. En somme, le **pouvoir concurrent** caractérise la gestion de l'obligation solidaire dans un domaine d'application précis : la décision prise par un sujet solidaire engage tous les membres du groupe quand elle porte sur la réalité objective de la prestation. La devise *un par tous, tous par un* s'applique aux actes d'administration comme de disposition, et à toutes les décisions prises envers le sujet opposé ou à celles prises par le sujet opposé envers un seul. Ce pouvoir concurrent sera également appliqué pour revendiquer un effet sur l'obligation globale causé par une exception personnelle (remise de dette, compensation) : une vision englobante du pouvoir concurrent est donc retenue. L'objectif du législateur est d'éviter une mauvaise évaluation du paiement à effectuer : seule la prestation nette doit être payée par un codébiteur.

En revanche, lorsque la décision porte sur la relation individuelle qui existe entre tel membre du groupe solidaire, lui seul décidera : il exercera, en principe et sauf exception, un pouvoir exclusif (propre), dans un domaine nécessairement différent de celui dévolu au pouvoir concurrent.

b/ Le pouvoir exclusif de gestion : l'individualité d'un des sujets solidaires

150. Le **pouvoir exclusif de gestion** sera exercé par un seul des sujets solidaires, quand son intérêt individuel est seul en cause (en application de l'adage *pas d'intérêt, pas d'action*). La relation personnelle nouée entre tel sujet solidaire et le sujet opposé apparaît alors dans sa spécificité :

- Tel membre du groupe prendra seul la décision de contester son engagement, quand il est le seul à avoir commis une erreur, à être mineur ...
- Tel membre du groupe sera le seul bénéficiaire d'une décision prise par le sujet opposé, quand le bailleur décide, par faveur envers lui (colocataire A), de le libérer (totalement ou partiellement) de sa dette de loyer envers lui.

La décision prise par ou pour l'un des membres du groupe solidaire suscite une difficulté spécifique en raison de l'imbrication des intérêts entre tous les membres du groupe solidaire.

En principe, la décision d'un seul aura un impact sur les autres, sauf quand chacun des autres est habilité à prendre lui-même la décision.

En présence d'un vice dont est victime un seul membre du groupe, sa décision d'obtenir l'annulation de son engagement pourra remettre en cause l'engagement des autres. Face à un emprunt (pour un montant global de 100€) solidairement souscrit par trois co-emprunteurs, l'annulation de l'engagement de l'un pourra entraîner (ou non) l'annulation intégrale du prêt : l'annulation intégrale du prêt aura lieu si la banque voit se réduire la solvabilité globale du groupe ou si l'économie de l'emprunt solidaire est fondamentalement remise en cause pour les deux autres coemprunteurs. Les autres membres du groupe *subissent l'impact* de la décision d'un seul : c'est la conséquence même du pouvoir exclusif reconnu à l'un des membres du groupe. L'exception est purement personnelle.

Exceptionnellement, l'un des autres membres du groupe pourra prendre une décision ayant un effet sur le montant global de la dette. Si l'un des coemprunteurs est victime d'un dommage (causé par un manquement au devoir de mise en garde commis par la banque envers lui seul), la compensation entre le montant réclamé par la banque à raison du prêt (100€) et celui dû par la banque à raison de l'indemnisation (20€) se compenseront : la banque ne pourra lui réclamer que 80€. La dette globale se réduit objectivement, en conséquence de la décision prise par un seul (exception de compensation, remise de dette octroyée par le bailleur à tel colocataire ...). En régime général des obligations, le pouvoir concurrent des autres membres du groupe est exceptionnellement étendu, en raison de l'imbrication entre l'intérêt personnel de l'un avec l'intérêt des autres.

Le pouvoir exclusif de gestion reconnu à celui dont l'intérêt personnel est seul en cause est donc en principe affirmé, avec l'exception purement personnelle. Mais, en raison de l'imbrication des

intérêts de l'un et des autres dans le groupe solidaire, le pouvoir concurrent de chacun sera exceptionnellement reconnu (quand une décision produit un effet sur la dette globale).

151. L'exception purement personnelle ne peut être invoquée que par celui dont l'intérêt personnel est en cause, et peu importe l'impact de sa décision sur les autres membres du groupe solidaire. Il s'agira, dans le cadre d'une procédure (effective ou éventuelle), de contrer (par voie d'action¹ ou d'exception) la demande en paiement d'un créancier. Évoquée à l'article 1315 c. civ.² (« Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions (...) qui lui sont personnelles. (...) »), l'exception purement personnelle conduira soit à contester l'existence de l'obligation solidaire, en raison de son vice, soit à invoquer des difficultés personnelles pour ne pas subir l'exécution forcée.

Les *vices de formation* d'une obligation (ou du contrat) relevant de l'exception purement personnelle sont principalement centrés sur le consentement (vice du consentement, vice de forme ou de minorité). La plupart des vices portant sur le contenu du contrat, sont (en revanche) attachés à la prestation et donc communs à tous les membres du groupe solidaire. Lorsque ce vice est établi, il conduira à l'annulation de l'engagement d'un seul, et éventuellement à l'annulation intégrale de l'obligation solidaire.

- Le vice de forme (mention manuscrite) ne peut être invoqué que par la caution, personne physique, qui s'engage solidairement avec des cautions, personnes morales. La sanction (cautionnement simple) produit un effet (similaire à la remise de solidarité : infra) : mais cet effet sera probablement considéré comme secondaire, et ne pourra donc pas permettre aux autres cautions d'obtenir une décharge de solidarité.
- Le vice du consentement (erreur, dol ou violence) établi envers un seul aura pour effet direct d'annuler son engagement. Indirectement, si les autres établissent que l'engagement de l'un était déterminant de leur consentement, l'annulation intégrale de l'obligation solidaire sera prononcée³. L'erreur commise par l'un des coacquéreurs affectera

¹ Il faudra exercer une action en nullité pour éviter la prescription quinquennale, quand l'un des codébiteurs a commis une erreur alors que le contrat a fait l'objet d'une exécution simple. Voir : *Droit du contrat*,

² Art. 1315 c. civ. : « Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution, et celles qui lui sont personnelles. Il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, telle que l'octroi d'un terme. Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divisée de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette. »

³ Sauf exception. Art. L 235-1 al. 1^{er} c. com. : « (...) En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. (...) ». L'erreur de l'un des associés est considérée comme non déterminante du consentement des autres.

la viabilité du projet (d'acquisition d'un ensemble immobilier global), et les autres membres du groupe pourront demander l'annulation ; l'erreur commise par l'un des co-emprunteurs affectera la solvabilité du groupe, et la banque pourra obtenir l'annulation du prêt.

Les *obstacles à l'exécution forcée* tels que le délai de grâce et le gel des paiements prévu en droit de la faillite (surendettement d'un particulier, en droit de la consommation ; procédure collective d'un professionnel, en droit commercial etc¹) sont des protections purement personnelles, octroyées au débiteur en raison des difficultés qu'il traverse.

Lorsque l'exception purement personnelle est valablement invoquée, *peu importe son impact* sur les autres membres du groupe.

- Le vice de formation invoqué par un seul conduira à l'annulation du seul lien entre le membre du groupe et le sujet opposé ou à l'annulation intégrale de l'obligation solidaire, en fonction de l'importance (déterminante ou secondaire) de l'absence de tel membre dans le groupe.
- Les protections personnelles du codébiteur conduiront à le décharger du paiement : les autres paieront à sa place. Cet impact (négatif) est une application logique de la solidarité, qui permet justement à un créancier de transférer la charge de l'insolvabilité d'un de ses codébiteurs sur les autres.

L'exception purement personnelle aura donc un impact, souvent négatif, sur la situation des autres membres du groupe solidaire. Il s'agit là d'une application logique de l'effet relatif des obligations : le pouvoir exclusif d'un seul est exercé dans une fonction individuelle.

151-1. En **droit des procédures collectives**, le coobligé, personne physique, qui garantit un débiteur professionnel placé sous le régime de la sauvegarde, bénéficie d'une exception.

En principe, le plan de sauvegarde est une mesure de protection dont bénéficie le débiteur à titre purement personnel : le délai de paiement ou la remise de dette n'est pas opposable par les autres coobligés. Le coobligé, personne morale, devra donc payer le créancier.

Il existe toutefois une exception, le plan de sauvegarde adopté par le tribunal est opposable par le coobligé, personne physique, au créancier (art. 622-28 al. 2 c. com.²) : les délais de paiements lui bénéficient, tout comme

¹ Civ. 1^{ère}, 5 juin 2019, n° 17-27.066, Bull. ; D. 2019, somm., p. 1222 ; JCP 2019, éd. E, Act., 416 ; JCP G 2019, chron. 749, spéc. n° 7, note Grégoire Loiseau : (abstrat) « [...] l'exception de garantie soulevée par un débiteur solidaire poursuivi par un prêteur, créancier de l'obligation de paiement, et tirée de l'existence d'un contrat d'assurance-décès souscrit par un autre codébiteur, constitue une exception purement personnelle à celui-ci, que le débiteur poursuivi ne peut opposer au créancier. »

² Art. 622-28 c. com. : « Le jugement d'ouverture [de sauvegarde] arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que tous les intérêts de retard et majorations (...).

Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans. »

la suspension des intérêts légaux¹, comme si l'exception était inhérente à la dette. Cette disposition ponctuelle, d'ordre public, est destinée à inciter le dirigeant de société (qui garantit fréquemment les dettes de sa société) à se placer en sauvegarde².

152. Le **pouvoir concurrent des autres membres du groupe** est exceptionnellement admis en présence de certaines décisions ayant pour effet de modifier le montant global de l'obligation. Selon l'article 1315 c. civ. : « (...) Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divise de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette. » Un membre du groupe (autre que celui qui aurait dû pouvoir invoquer seul une exception purement personnelle) disposera d'un pouvoir (concurrent) pour l'invoquer, afin d'obtenir une réduction de la dette globale.

L'exception prévue à l'article 1315 c. civ. octroie un pouvoir concurrent à tous les membres du groupe, en écartant donc le principe selon lequel seul peut agir celui qui est personnellement concerné.

- Le pouvoir concurrent des autres n'est pas exercé par la technique de la représentation (ou de l'action oblique). Chacun des autres membres du groupe dispose du pouvoir de prendre la décision, en invoquant, en droit procédural, un argument invoqué par voie d'exception.
- Ce n'est pas une dérogation à l'adage *Pas d'intérêt, pas d'action*, parce que les autres membres du groupe ont précisément un intérêt justifiant leur action. La prérogative exercée (au titre du pouvoir désormais concurrent) réduit la dette globale, et donc l'engagement de chaque membre du groupe : chacun dispose donc d'un intérêt, parce que les intérêts de l'un et des autres sont imbriqués.

Le domaine d'application de ce pouvoir concurrent exceptionnel est admis dans tous les cas de figure dans lesquels le pouvoir (normalement exclusif) d'un seul « éteint la part divise de celui-ci ». Les exceptions de compensation et de remise de dette sont citées, mais ces exemples ne sont pas limitatifs :

- l'exception de compensation, en raison du manquement au devoir de mise en garde commis par la banque envers l'un des coemprunteurs (A), sera invoquée par aussi bien par la victime directe (A, coemprunteur non averti) que par les autres (coemprunteurs avertis, B et

¹ Com., 2 juin 2015, n°14-10.673, Bull. ; D. 2015, somm., p. 1270, note Alain Lienhard ; revue Banque et droit, juillet-août 2015, p. 79, note Nicolas Rontchevsky, et la RLDC, n°5943, note Elodie Pouliquen (l'exécution forcée initiée contre la caution est suspendue tant que le plan de sauvegarde est respecté).

² *Droit des sûretés*, n°217 et 359.

C). Si A subit un dommage personnel de 20€, la dette globale (100€) sera désormais réduite (à 80€) : B invoquera la compensation¹ et n'aura donc à payer que 80€. La solution, adoptée par la loi n°2018-287 du 20 avril 2018, ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016, s'applique également à la caution (art. 1347-6 c. civ.²).

– en présence d'une remise personnelle, le créancier renonce à réclamer, totalement ou partiellement, paiement de l'obligation solidaire, en déchargeant spécifiquement tel codébiteur. Si le local reste entièrement occupé et que le colocataire A (qui occupe 40% du logement) bénéficie d'un loyer réduit (à 30€ au lieu de 40€), quel montant le colocataire B doit-il désormais payer (100€ ou 90€) ? La remise de dette octroyée au colocataire A conduira le colocataire B (poursuivi en paiement de tout le loyer) à ne payer que 90€ (solution également prévue à l'art. 1350-1 al. 1^{er} c. civ.³). La remise personnelle est convenue entre le bailleur et le colocataire A, en raison de leur relation spécifique ; mais le colocataire B n'en fera pas les frais.

Le pouvoir concurrent exercé exceptionnellement en présence d'une prérogative mettant en cause l'intérêt personnel d'un membre du groupe solidaire s'explique par l'imbrication des intérêts entre les membres du groupe solidaire. Lorsque la dette de l'un se réduit, celle des autres également.

152-1. La **remise de solidarité** est une hypothèse particulière prévue à l'article 1316 c. civ.⁴ : « Le créancier qui reçoit paiement de l'un des codébiteurs solidaires et lui consent une remise de solidarité conserve sa créance contre les autres, déduction faite de la part du débiteur qu'il a déchargé. » Lorsque le bailleur reçoit un paiement partiel d'un colocataire (A), qui paye sa part de loyer, le bailleur peut renoncer à invoquer contre lui la solidarité : il ne lui réclamera pas (ou, désormais, n'aura plus à payer) les 60€ (qui correspondent à la part du colocataire B).

La remise de solidarité est une mesure prise par le créancier qui peut avoir pour but d'inciter au paiement. Celui qui paye sa part immédiatement et sans discuter n'aura plus à payer la part des autres. La remise de solidarité possède un impact potentiel sur les autres colocataires ? Désormais, le bailleur peut-il réclamer 100€ au colocataire B, ou ne peut-il réclamer aux autres colocataires que le loyer déduit de la part du colocataire A ? La seconde solution est imposée à l'article 1316 c. civ. : il ne réclamera aux autres que 60€.

¹ Depuis 2016, la compensation doit être invoquée par l'une des parties aux deux obligations réciproques : infra.

² Art. 1347-6 c. civ. (loi n°2018-287 du 20 avril 2018) : « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.

« Le codébiteur solidaire peut se prévaloir de la compensation de ce que le créancier doit à l'un de ses coobligés pour faire déduire la part divise de celui-ci du total de la dette. »

³ Art. 1350-1 c. civ. : « La remise de dette consentie à l'un des codébiteurs solidaires libère les autres à concurrence de sa part.

« La remise de dette faite par l'un seulement des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier.

⁴ Art. 1316 c. civ. : « Le créancier qui reçoit paiement de l'un des codébiteurs solidaires et lui consent une remise de solidarité conserve sa créance contre les autres, déduction faite de la part du débiteur qu'il a déchargé. »

Si le bailleur effectue une remise de solidarité en présence d'un paiement partiel de la part du colocataire A (qui paye 30€, alors qu'il occupe 40% du logement), le bailleur devra agir contre A pour réclamer la part manquante (10€), et il devra agir contre les autres colocataires pour obtenir le versement du loyer (réduit de la part de A : désormais 60€). La lettre de l'article 1316 c. civ. affirme qu'il faut soustraire du montant de la dette solidaire « la part du débiteur qu'il a déchargé » (« déduction faite de la part du débiteur qu'il a déchargé »).

152-2. La **remise de dette** donne lieu à un régime dérogatoire, lorsqu'elle est effectuée par un des créanciers solidaires. Selon l'article 1350-1 al. 2 c. civ.¹, « La remise de dette faite par l'un seulement des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier. » La solution prévue par le texte signifie que le pouvoir concurrent du cocréancier solidaire est, en présence d'une remise de dette, limité.

En principe, les actes de dispositions, dans l'obligation solidaire, sont normalement soumis au pouvoir concurrent. La cession de créance est décidée par l'un quelconque des cocréanciers. Un cocréancier négociera seul avec l'assureur pour obtenir le remplacement du bien par une indemnité d'assurance.

En revanche, le pouvoir d'effectuer une remise de dette est limité à la part (divisée) du cocréancier. Si le cobailleur consent au locataire la remise de loyer du mois de septembre, le colocataire doit comprendre que le cocréancier renonce uniquement à percevoir sa part (33€), et que le loyer restant dû est donc de 66€. Cette solution est probablement supplétive de volonté : le législateur présume que le cocréancier ne parle qu'en son nom personnel (pouvoir exclusif) et non pas au nom du groupe (pouvoir concurrent). Le cocréancier renversera la présomption quand il affirme clairement qu'il entend réduire le montant global du loyer : il engage le groupe (pouvoir concurrent).

(153- à 158. : réservés)

159. La **gestion de l'obligation solidaire** est exercée par des décisions prises par ou pour un seul. Soit un seul décidera pour tous quand est exercé un pouvoir concurrent ; soit un seul décidera pour lui quand est exercé un pouvoir exclusif.

Le pouvoir concurrent s'applique aux actes d'administration et de disposition portant sur tous les aspects de la prestation : le paiement, l'inexécution, les décisions prises par l'un (action en justice) ou pour l'un (information destinée à l'un) appliquent la formule « Un par tous, tous par un ». Une vision englobante du pouvoir concurrent est retenue par le législateur, afin que le paiement ne porte que sur la valeur nette de la prestation (déduction faite de toutes les exceptions conduisant à réduire la valeur brute de la dette).

Le pouvoir exclusif d'un membre du groupe, exercé afin de protéger son intérêt individuel, distinct de celui des autres, possède un domaine d'application réduit par rapport au droit commun : tant que

¹ Art. 1350-1 c. civ. : « La remise de dette consentie à l'un des codébiteurs solidaires libère les autres à concurrence de sa part. « La remise de dette faite par l'un seulement des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier.

la division n'a pas eu lieu, les intérêts individuels des membres du groupe restent imbriqués. Cette situation ne changera qu'avec la division.

3/ Le recours en remboursement : la détermination du montant dû à chacun

160. Le **recours en remboursement** a pour objet de déterminer le montant dû à chacun, après l'extinction de l'obligation solidaire (par le paiement volontaire ou forcée). Parmi les sujets solidaires, l'un a pu recevoir davantage que sa part (cocréancier solidaire) ou a pu payer davantage que sa part (codébiteur solidaire). Pour éviter qu'au sein du groupe l'un soit appauvri au détriment d'un autre, le recours en remboursement (systématiquement prévu) permettra de préserver l'équilibre du patrimoine de chacun.

Le calcul du montant du recours en remboursement, après exécution, correspond donc à la division de l'obligation. L'article 1317 c. civ.¹ fixe la méthode à suivre, dans ses trois alinéas.

- Premièrement, il faudra déterminer la part de chacun et fixer le montant de chaque part divise, à payer ou à recevoir par chacun (al. 1^{er}).
- Deuxièmement, le recours en remboursement (al. 2), exercé par le codébiteur qui a exécuté entièrement l'obligation solidaire, conduira à fixer le montant que les autres paieront, au regard de celui montant de leur part divise. En présence d'un cocréancier ayant entièrement reçu la prestation, la question de la restitution aux autres de leur part se pose dans les mêmes termes.
- Troisièmement, « si l'un des codébiteurs est insolvable » (al. 3), il faudra fixer le montant qui sera payé par les autres, en attendant que l'insolvable finisse par rembourser.

a/ La détermination de la part de chacun : le profit de l'obligation

161. La **détermination de la part de chacun** est fixée en fonction du profit personnel que chacun doit tirer de l'obligation.

- Pour des codébiteurs, il s'agit d'identifier le patrimoine qui doit « contribuer » à la dette, parce que le paiement éteint la part divise qui est due par tel codébiteur. Selon l'article 1317 al. 1^{er} c. civ., « Entre eux, les codébiteurs solidaires ne contribuent à la dette que chacun pour sa part. »

¹ Art. 1317 c. civ. : « Entre eux, les codébiteurs solidaires ne contribuent à la dette que chacun pour sa part. « Celui qui a payé au-delà de sa part dispose d'un recours contre les autres à proportion de leur propre part. « Si l'un d'eux est insolvable, sa part se répartit, par contribution, entre les codébiteurs solvables, y compris celui qui a fait le paiement et celui qui a bénéficié d'une remise de solidarité. »

- Pour des cocréanciers, il s'agit de déterminer chacun des patrimoines qui doivent être enrichi par le paiement, à hauteur de leur part divise. La logique applicable est celle de l'article 1317 al. 1^{er} c. civ., malgré l'absence (formelle) de texte.

La fixation du montant de la part divise de chacun est une question qui se pose à l'identique dans toutes les obligations à sujets multiples (obligation divisible, indivisible ou solidaire). Cette opération appelée *division* est effectuée en fonction du profit personnel de chacun, et, à défaut d'identification plus précise, par parts égales. Dans l'obligation solidaire, la question n'a donc rien de spécifique, et elle se pose pour chacun des cocréanciers comme pour chacun des codébiteurs :

- Selon l'article 1311 al. 1^{er} c. civ.¹, « (...) Le paiement fait à l'un d'eux [des créanciers solidaires], qui en doit compte aux autres, (...). » Le compte dû aux autres cocréanciers sera effectué en fonction de la part qui doit revenir à chaque cocréancier : la part des bénéfices nets réalisés en présence d'une indivision ; la part de loyer dû à un cobailleur solidaire ... ;
- Selon l'article 1317 al. 1^{er} c. civ., « Entre eux, les codébiteurs solidaires ne contribuent à la dette que chacun pour sa part. » La contribution à la dette, entre les codébiteurs (distincte de l'obligation à la dette, envers le créancier), consiste à fixer le profit que chacun tire du paiement (réalisé ou non par un autre). Il s'agit d'identifier le patrimoine sur qui la charge finale de la dette solidaire devra peser.

Il peut arriver que la charge de la dette ou le profit de la créance soit *exclusivement destiné à un seul des membres du groupe*. L'hypothèse est évoquée aux articles 1318 et 1319 c. civ., à propos de la solidarité passive, mais la solution vaut également pour la solidarité active.

- Selon l'article 1318 c. civ., « Si la dette procède d'une affaire qui ne concerne que l'un des codébiteurs solidaires, celui-ci est seul tenu de la dette à l'égard des autres. » La dette exposée par un codébiteur à son profit personnel, en engageant le patrimoine des autres, est donc parfaitement valide². La jurisprudence parle de « codébiteur intéressé à la dette » (Civ. 1^{ère}, 17 novembre 1999³). Un seul colocataire habitera effectivement le logement, mais plusieurs colocataires (parents, amis, éventuellement une banque) s'engageront solidairement envers le bailleur. On sait que la banque qui tarde à exécuter une saisie administrative à tiers-détenteur sera tenue de la dette fiscale du redevable, sur qui la charge finale pèse

¹ Art. 1311 c. civ. : « La solidarité entre créanciers permet à chacun d'eux d'exiger et de recevoir le paiement de toute la créance. Le paiement fait à l'un d'eux, qui en doit compte aux autres, libère le débiteur à l'égard de tous.

« Le débiteur peut payer l'un ou l'autre des créanciers solidaires tant qu'il n'est pas poursuivi par l'un d'eux. »

² J.-D. Pellier, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation - Contribution à l'étude du concept de coobligation*, préf. P. Delebecque, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, T. 539, 2012, n°129.

³ Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1999, n°97-16335, Bull. n°309 : « l'engagement de M. X... était donné "avec solidarité" ; (...) cet engagement constituait, non pas un cautionnement solidaire, mais un engagement de codébiteur solidaire non intéressé à la dette ».

intégralement. Réciproquement, un seul créancier tirera personnellement profit du paiement, lorsque, dans un lot de locaux loués, le local loué lui appartient en propre ;

– Selon l'article 1319 c. civ.¹, en présence d'une inexécution (donnant lieu à un engagements solidaires : supra), « La charge en incombe à titre définitif à ceux auxquels l'inexécution est imputable. » L'auteur d'un accident est celui qui tire profit de la dette solidaire : ce sera le fabricant de la pièce incorporée défectueuse, quand elle rend le produit final dangereux ; ce sera le conducteur fautif du véhicule impliqué dans un accident de la circulation, quand plusieurs conducteurs sont impliqués. Réciproquement, obtiendra seul le profit de l'indemnisation le coemprunteur qui est personnellement victime du défaut d'information de la banque (même quand l'exception de compensation est invoquée par un autre que lui : supra).

La détermination de la part de chacun consiste donc à identifier le patrimoine sur qui doit peser la charge définitive de la dette et celui qui tire profit à titre définitif du paiement. Cette division fait apparaître l'individualité de chacun au sein du groupe. Reste à savoir qui a payé quoi (ou qui a reçu quoi), et donc ce qui doit être remboursé.

b/ Le recours en remboursement (ou en restitution) : le montant dû par ou à chacun

162. Le **recours en remboursement** (ou en restitution) consiste à calculer le montant qui sera dû à chacun ou par chacun, lorsque l'un des membres du groupe solidaire a entièrement payé ou reçu la prestation. Le codébiteur exercera un recours en remboursement, le cocréancier un recours en restitution : l'article 1317 al. 2 traite du premier cas, le second est induit. Selon l'article 1317 al. 2 c. civ. : « Celui qui a payé au-delà de sa part dispose d'un recours contre les autres à proportion de leur propre part. » Le montant du recours en remboursement sera connu après fixation du montant de la part de chacun.

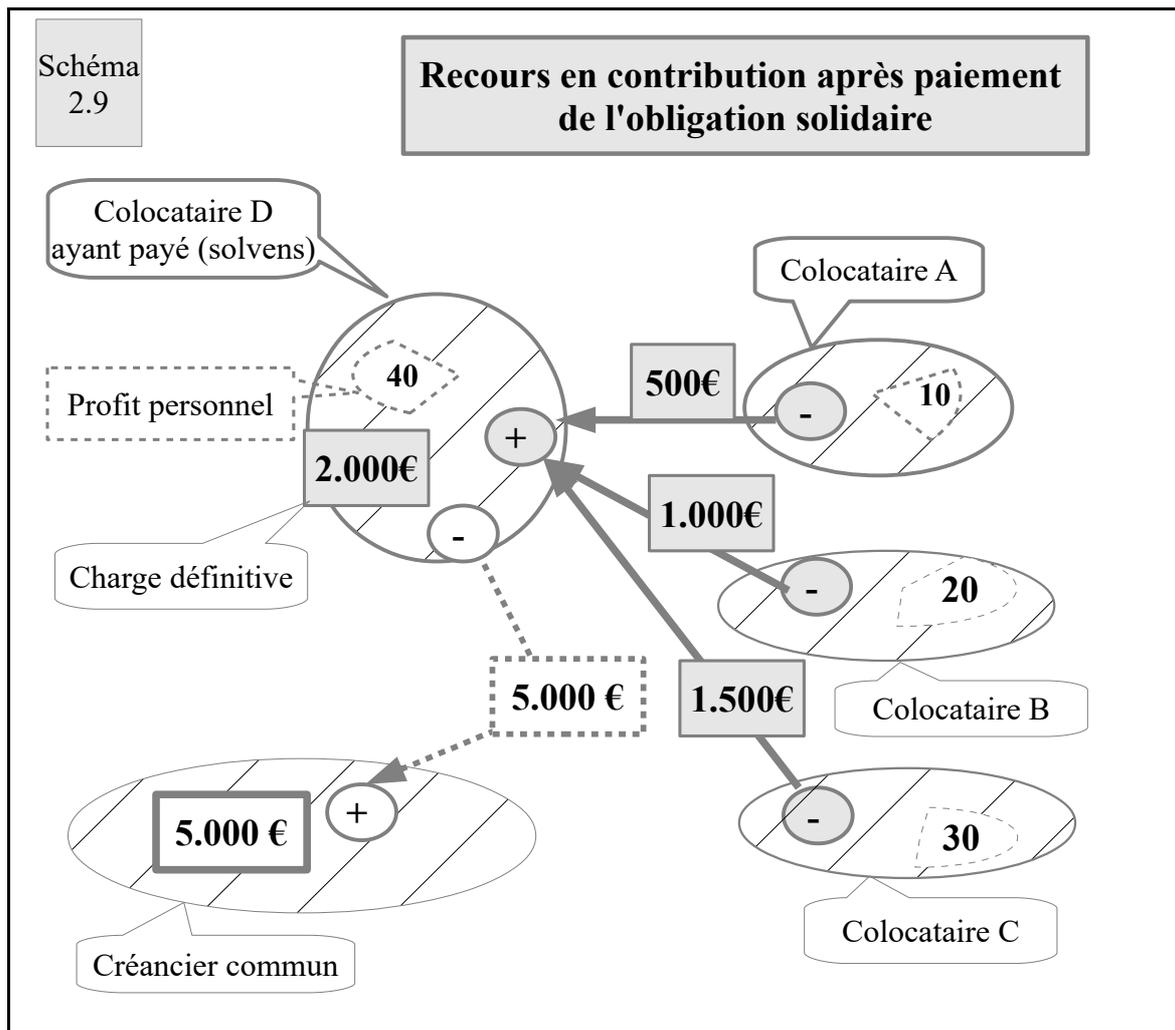
Le premier calcul consiste à établir le *montant dû par (ou à) chacun*, grâce à une règle proportionnelle. Une fraction est appliquée à l'obligation solidaire, selon les mêmes modalités que l'obligation indivisible (supra schéma 2.6).

– La règle proportionnelle mentionnée à l'article 1317 al. 2 c. civ. (« à proportion de leur propre part. ») applique une fraction, en fonction du profit final de chacun dans le paiement. C'est la fameuse « règle de trois ». Par exemple, la part de chacun des quatre codébiteurs est pour l'un (A) de 10%, l'autre (B) de 20%, le troisième (C) de 30% et le dernier (D) de 40%.

¹ Art. 1319 c. civ. : « Les codébiteurs solidaires répondent solidairement de l'inexécution de l'obligation. La charge en incombe à titre définitif à ceux auxquels l'inexécution est imputable. »

- Le montant dû par chacun sera fixé en appliquant la fraction au montant de l'obligation solidaire. Ce sera le montant du loyer ou de l'emprunt (5.000€). Le montant dû par de A est donc de 500€ (0,1 x 5.000€) ; celui dû par B de 1.000€, celui dû par C de 1.500€ et celui dû par D sera de 2.000€.

Le montant du recours en remboursement sera établi par une opération de *soustraction* entre le montant payé ou reçu par l'un et le montant qu'il devait ou auquel il avait droit. Selon l'article 1317 al. 2 . civ., « Celui qui a payé au-delà de sa part » effectue donc une soustraction entre le montant de sa part et ce qui va « au-delà ». Le *montant individuel* dû par chaque codébiteur ou que doit recevoir chaque cocréancier pourra alors être déterminé. Si D a payé seul l'intégralité du loyer ou de l'emprunt, il effectuera une soustraction entre le montant payé (5.000€) et le montant qu'il devait (2.000€) (ce qui est, techniquement, une opération de compensation : infra) : ce qui donne un solde de 3.000€ (schéma 2.9).



- Les recours individuels en remboursement exercés par D contre chacun de ses codébiteurs seront donc les suivants :
 - le recours exercé contre donc A sera d'un montant de 500€ ;
 - celui exercé contre B d'un montant de 1.000€
 - et celui exercé contre C d'un montant de 1.500€.
- L'article 1318 c. civ. (centré sur le profit exclusif d'une obligation solidaire par l'un des codébiteurs), précise que ce recours peut être absent ou intégral, quand l'obligation solidaire a exclusivement profité à un seul. « S'il l'a payée [la dette dont il tire seul profit], il ne dispose d'aucun recours contre ses codébiteurs. Si ceux-ci l'ont payée, ils disposent d'un recours [intégral] contre lui ».
 - Si le colocataire A occupe seul le logement, et qu'il a payé seul le loyer, aucun recours en remboursement n'est dû ;
 - Si le loyer a été payé en tout ou partie par un colocataire non intéressé à la dette, ce dernier disposera d'un recours intégral en remboursement. Ce sera également le cas de la banque, si elle a payé la dette fiscale de son client quand elle n'a pas réagi assez tôt à la saisie administrative à tiers détenteur.

Les recours en remboursement (ou en restitution) sont donc des actions individuelles exercées contre ou par chaque membre du groupe solidaire, afin que le patrimoine de chacun ne soit ni enrichi, ni appauvri. La charge finale de la dette solidaire ou le profit final de la créance solidaire reposent sur un principe de base : le groupe solidaire ne fait disparaître que provisoirement les intérêts individuels de ses membres. En fin de compte, chacun doit toujours obtenir sa part (individuelle) ou payer sa part (ce qui sera problématique quand l'un des codébiteurs est insolvable).

c/ La prise en charge du montant dû par le codébiteur insolvable : l'obligation commune des codébiteurs solidaires solvables

163. La **prise en charge du montant dû par le codébiteur insolvable** pose un problème spécifique, lorsqu'un codébiteur a payé intégralement la dette solidaire et que son recours individuel en remboursement est inefficace en raison de l'insolvabilité d'un des membres du groupe.

- On sait qu'envers le créancier commun, les codébiteurs assument le risque d'insolvabilité de l'un d'entre eux, puisque le créancier commun peut réclamer un paiement intégral de la dette solidaire à l'un quelconque des codébiteurs (le codébiteur en faillite

bénéficiant alors d'une exception purement personnelle : supra). L'obligation à la dette est une question entièrement différente de la contribution à la dette.

– La contribution à la dette impose à chacun des codébiteurs de payer sa part. L'insolvabilité d'un des codébiteurs pose alors une difficulté pour celui qui a payé « au-delà » de sa part : est-ce à lui de supporter la charge d'un recours personnel inefficace ou cette charge doit-elle être commune, donc répartie entre les codébiteurs solvables ? On sait que le mécanisme de l'obligation commune (supra n°106) s'applique en présence d'une obligation divisible (si l'une des trois cautions est insolvable, les deux autres payent dans la limite du montant de leur engagement). Il s'applique pareillement en présence d'une obligation indivisible ou solidaire.

Selon l'article 1317 al. 3 c. civ., « Si l'un d'eux est insolvable, sa part se répartit, par contribution, entre les codébiteurs solvables, y compris celui qui a fait le paiement et celui qui a bénéficié d'une remise de solidarité. » Cet article permet spécifiquement de calculer le montant exact que chacun des codébiteurs solvables (conjoints, solidaires ou unis par une prestation indivisible) doit supporter, quand un codébiteur est insolvable. Dans l'exemple cité, si C est insolvable, le recours en remboursement exercé par D consistera à répartir la charge des 1.500€ sur les autres codébiteurs¹.

Le *calcul du montant dû* par les codébiteurs solvables reprend la règle proportionnelle, adaptée en ôtant la part de l'insolvable. Sur les 1.500€, quel montant doit être supporté par A, B et D ?

– Le groupe désormais formé entre A, B et D va conduire (à l'exclusion de C) à fixer entre eux une proportion : la part de A (10%), celle de B (20%) et celle de D (40%) seront comparées entre elles pour fixer une nouvelle proportion. La part de D doit être prise en compte : selon l'article 1317 c. civ., la part de l'insolvable « se répartit, par contribution, entre les codébiteurs solvables, y compris celui qui a fait le paiement ».

– A paiera $10/70e$ (15%) de 1.500€ = 225€

– B paiera $20/70e$ (30%) de 1.500€ = 450€

– D paiera $40/70e$ (55%) de 1.500€ = 825€

– Les recours individuels en remboursement, à raison de la part impayée de C, seront donc exercés par D contre A pour un montant de 225€ et contre B pour 450€.

¹ Civ. 3^e, 21 décembre 2017, n° 16-22.222, Bull. ; D. 2018 p.547 ; Jean-Denis Pelletier, *L'obligation in solidum, une solidarité qui ne dit pas son nom*, D. 2018 p.547 : « En l'espèce, seules les sociétés Accetta (l'entrepreneur) et Guyon (le maître d'oeuvre) avaient été condamnées in solidum par les juges du fond, et non la société Roeland, et pour cause, celle-ci n'existait plus, ayant fait l'objet d'une liquidation judiciaire. En conséquence, la part du débiteur insolvable (60%) sera répartie entre les deux codébiteurs solvables. »

En cas de *remise de solidarité*, lorsque le bailleur a déchargé A spécifiquement de la solidarité, A n'est plus tenu que payer sa part de loyer (soit 500€). Les autres colocataires (B,C et D) restent solidairement tenus pour le reste du loyer (4.500€) (supra). Mais le colocataire A appartient toujours à un groupe solidaire : il doit prendre en charge la part de l'insolvable, conformément à ce qu'affirme l'article 1317 c. civ. « y compris (...) celui qui a bénéficié d'une remise de solidarité. » Si le colocataire D a payé seul le reste du loyer (4.500€), il conserve son recours contre A (pour 225€), au titre de son appartenance du groupe solidaire.

La prise en charge, par le groupe, du montant dû par le codébiteur insolvable est (normalement) une charge provisoire. L'insolvable doit rembourser chacun des coobligés solvables : il le fera s'il redevient solvable (infra n°800 et suiv.) et son passif n'est pas éteint (infra n°900 et suiv.), en raison de son insolvabilité.

(164- à 197. : réservés)

198. L'**obligation solidaire** impose donc fondamentalement à chaque membre du groupe d'assumer la charge de l'insolvabilité de l'un d'eux. Si un cocréancier est insolvable, il ne sera pas en mesure de reverser à chacun des autres sa part ; si un codébiteur est insolvable, les autres devront en assumer la charge, envers le créancier commun (obligation à la dette) comme entre eux (contribution à la dette). Cette question de l'insolvabilité est centrale pour le créancier : c'est elle qui explique le développement de certaines solidarités légales (sanctionnant la complicité) et la présence de clauses contractuelles.

Le régime de l'obligation solidaire se caractérise par l'*étendue du pouvoir concurrent* dont dispose chacun des membres du groupe. Il s'applique à toute décision ayant pour objet ou pour effet de modifier le montant de l'obligation (et ce, même en présence d'une prérogative qui relèverait normalement du pouvoir exclusif d'un seul). Il s'agit de simplifier toutes les décisions, ainsi que les opérations de paiement (en évitant les recours multiples).

L'individualité de chacun n'apparaît nettement que lors des opérations de division, après l'exécution de l'obligation solidaire (ou indivisible). Chacun paye ou reçoit sa part : c'est le principe commun à toutes les obligations à sujets multiples.

conclusion de la section 1^{ère}

L'obligation à sujets multiples

199. L'**obligation à sujets multiples** est une prestation dotée de vecteurs multiples. La pluralité des codébiteurs ou des cocréanciers rend difficile l'identification de celui qui doit exécuter ou profiter de l'exécution de la prestation. Il existe différents régimes applicables, mais ils ont tous un point commun.

Les *régimes* applicables à l'obligation à sujets multiples conduiront soit à n'exécuter la prestation qu'après la division (à savoir la fixation du montant dû par ou à chacun), soit à l'exécuter avant. Cette question technique de la division est centrale : elle permet d'identifier sur qui pèse le risque d'insolvabilité d'un codébiteur.

- Ce risque d'insolvabilité pèse sur le créancier en présence d'une obligation divisible, puisque les codébiteurs ne sont soumis à aucun engagement commun ;
- Ce risque d'insolvabilité est transféré sur les codébiteurs en présence d'une obligation indivisible et d'une obligation solidaire.

La charge de l'insolvabilité d'un des membres de l'obligation à sujets multiples produit d'ailleurs un effet générique (que l'obligation soit divisible, indivisible ou solidaire) avec l'obligation commune. Les sujets multiples supportent le poids de la défaillance de l'un d'eux, dans la limite des engagements pris par chacun.

La division de l'obligation à sujets multiples aura lieu, à un moment (avant l'exécution de la prestation) ou à un autre (après son exécution). En régime général des obligations, la question de fond consiste toujours à identifier la part individuelle de chacun : l'obligation à sujets multiples n'existe que temporairement, parce que la vocation de toute obligation impose d'identifier le patrimoine véritablement débiteur et celui véritablement créancier.

section 2^{ème}

L'obligation à objet complexe

Résumé

L'**obligation à objet complexe** désigne une modalité d'exécution de la prestation qui impose de prendre en compte un risque ; par extension, l'objet sera également complexe, lorsqu'une prestation a été exécutée de manière indue, ce qui imposera à l'enrichi de restituer à l'appauvri.

La *prestation complexe* subordonne l'exécution de la prestation à l'exercice d'un choix (option) ou à la survenance d'un événement (aléa, cas fortuit ou non).

– L'*obligation plurale* porte sur la modalité d'exécution de la prestation. L'obligation cumulative impose de verser deux prestations différentes (700€ et deux tonnes de blé pour payer le loyer). L'obligation alternative permet de choisir entre deux prestations considérées comme équivalentes (soit 700€, soit 2 tonnes de blé). L'obligation facultative permet au débiteur de verser une prestation autre que celle normalement prévue, en présence d'une difficulté d'exécution (700€, ou subsidiairement, 2 tonnes de blé).

– Le *terme* est un événement de survenance certaine qui met fin à l'obligation (terme extinctif : la rente viagère cesse d'être due au décès du créancier) ou qui suspend son exécution (terme suspensif). Lorsque le terme suspensif profite au débiteur de la prestation, ce dernier bénéficie d'un délai de paiement (moratoire) subordonné à une condition. Il doit rester fiable, faute de quoi il subira la déchéance du terme : il en ira ainsi, lorsque le débiteur altère les sûretés établies au profit de son créancier, ou lorsqu'il ne respecte pas sa promesse de les constituer.

– La *condition*, événement futur de réalisation incertaine, sera suspensive, lorsqu'elle gèle la force obligatoire d'un acte juridique (l'acquéreur ne deviendra propriétaire qu'à la condition d'obtenir un prêt) ou résolutoire, lorsque l'obligation est provisoirement exécutée, mais détruite si la condition se réalise (la vente sera résolue si un aéroport se construit à l'avenir dans les environs). La condition résolutoire accomplie imposera les restitutions et la destruction rétroactive de l'acte.

L'obligation de restituer donnera lieu à *obligation quasi-contractuelle*, lorsqu'un patrimoine a été injustement appauvri par l'exécution d'une prestation indue, réalisée au profit d'un enrichi.

– La *répétition de l'indu* a lieu quand une prestation est exécutée par erreur ou en vertu d'un titre annulé : l'appauvri obtiendra le remboursement.

– La *gestion d'affaire* a lieu en présence d'une intervention altruiste et utile au profit d'autrui : l'enrichi doit rembourser les dépenses effectuées à son profit par le gérant.

– L'*enrichissement injustifié* impose à un enrichi de rembourser l'appauvri, lorsque le transfert de valeur ne s'explique par aucune cause légitime. Ce cas possède une vocation subsidiaire à intervenir, afin d'éviter les interférences avec les autres cas légalement prévus.

200. L'obligation à objet complexe subordonne l'exécution d'une prestation à la survenance d'un événement (aléa, action spontanée ...) ou d'un choix (option). Le caractère complexe de l'obligation peut tenir à deux aspects : soit à la prestation elle-même ; soit à l'absence de vecteur expliquant le versement d'une prestation de l'un à l'autre.

Contrairement à la prestation simple (un prix en contrepartie de la chose vendue), la *prestation complexe* impose de tenir compte d'un risque spécifique auquel l'un (le débiteur) ou l'autre (le créancier) veut échapper. L'acquéreur de l'immeuble ne s'engage que s'il obtient un financement (condition suspensive), ce qui conduit à geler l'exécution du contrat ; ou bien, le locataire aura le choix entre verser 700€ ou 2 tonnes de blé, la prestation étant complexe, en raison de ses modalités d'exécution.

Par assimilation, l'objet de l'obligation sera également complexe, lorsqu'aucun titre (contractuel) ne justifie le transfert d'un patrimoine à un autre. L'absence de vecteur justifiant le transfert de valeur de l'un à l'autre donne lieu à une situation complexe : celui qui s'est injustement enrichi au détriment d'autrui (appauvri) se verra imposer une obligation (quasi-contractuelle) de rembourser. Selon l'article 1302 c. civ.¹ (centré sur le paiement de l'indu, variété de quasi-contrat), tout paiement suppose une dette.

L'objet complexe de l'obligation peut donc tenir soit à la prestation complexe (§1^{er}), soit à l'absence de vecteur, d'où une obligation quasi-contractuelle (§2^{ème}).

(201- à 204. : réservés)

§1^{er}/ La prestation complexe : les risques entourant la prestation

205. La prestation complexe subordonne son exécution à la survenance d'un événement ou d'un choix car il existe un risque spécifique, objectivement considéré, auquel l'un (le débiteur) ou l'autre (le créancier) veut échapper.

En régime général de l'obligation, l'exécution de la prestation complexe sera (en principe) perçue de manière objective. L'existence d'un risque n'est qu'un motif qui ne donne lieu à aucun contrôle

¹ Chapitre II : Le paiement de l'indu. Art. 1302 c. civ. : « Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution.

« La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »

analogue à celui du contrat (avec le but licite). Peu importe (normalement) la fonction que remplit la condition suspensive ou la raison d'être de l'option dont dispose le débiteur de l'obligation alternative : ces mobiles ne sont pas en principe questionnés ou contrôlés en régime général de l'obligation. Peu importe également l'impact que la survenance de l'évènement possède sur la valeur (patrimoniale) de l'obligation, alors même qu'un opérateur le considère systématiquement : la valeur d'une rente viagère dépend évidemment de l'âge du crédit-rentier. En régime général de l'obligation, le risque illustre simplement un exemple fréquent, et rien de plus. Ces risques fréquemment pris en compte sont divers, et conduisent à trois grandes applications.

Avec l'*obligation plurale*, la prestation sera exécutée selon plusieurs modalités. L'une des parties à l'obligation (débiteur ou créancier) identifie un risque portant sur l'évolution de la valeur d'un bien. L'un s'attend à ce que la monnaie de paiement (€) s'apprécie ou se déprécie, phénomène de nature à porter atteinte à son pouvoir d'achat. L'obligation plurale permettra d'éviter ou de réduire ce type de risque : le risque sera évité si le débiteur (ou le créancier) dispose d'un choix ; le risque sera réduit si l'obligation n'est que partiellement payable en €.

Le risque identifié par l'une des parties peut également porter sur la survenance d'un évènement de nature à altérer la valeur de la prestation. L'acquéreur de l'immeuble sait qu'un projet de construction d'un aéroport existe ; mais il ne veut pas être exposé à ce risque (de modification de son environnement) qui doit pourtant normalement peser sur le propriétaire actuel de l'immeuble. L'*obligation conditionnelle* permettra à l'acquéreur d'obtenir la résolution de la vente (condition résolutoire), si l'aéroport est construit. La survenance (hypothétique) de l'évènement conduira à détruire l'obligation.

Le risque peut encore porter sur la durée d'exécution de l'obligation. Dans une vente viagère, il est certain que le crédit-rentier (personne physique) décèdera un jour ; et lorsque ce jour sera advenu, le débirentier cessera de verser la rente. La survenance (future) du *terme* (extinctif, en l'espèce) est un évènement qui met fin à l'exécution de la prestation.

En présence d'une obligation plurale, plusieurs prestations seront à exécuter, le risque portant sur l'évolution de la valeur d'un bien (au sens large) (I) ; avec la condition, la survenance d'un risque identifié déterminera l'existence de l'obligation (II) ; avec le terme, le risque identifié porte sur la durée d'exécution de la prestation (III). Tous ces facteurs de risque rendent complexe l'exécution de la prestation.

I/ L'obligation plurale : l'exécution de plusieurs prestations

206. En présence d'une **obligation plurale** (art. 1306 à 1308 c. civ.), la modalité d'exécution de l'obligation est complexe parce que le débiteur devra exécuter plusieurs prestations ou parce qu'il dispose d'une option entre plusieurs prestations.

En régime général de l'obligation, le caractère complexe de la prestation est déconnecté de sa fonction. Tel débiteur devra payer son loyer en livrant 2 tonnes de blé et cinq vaches, parce que cela correspond à la production (en nature) de l'exploitation agricole. Dans une société de marché, l'obligation plurale s'explique par le risque lié à l'évolution de la valeur d'un bien : ce risque donne lieu à une anticipation par l'une des parties à l'obligation (créancier ou débiteur). La préservation du pouvoir d'achat est alors recherchée.

Les trois modalités prévues illustrent trois types de risque : l'obligation cumulative permet de diversifier les risques ; les obligations alternative ou facultative octroient une option.

1/ L'obligation cumulative : la diversification des risques

207. En présence d'une **obligation cumulative** (art. 1306 c. civ.¹), la prestation est complexe parce que le débiteur devra verser des prestations de nature différente. Le locataire (débiteur) devra verser un loyer de 700€ et deux tonnes de blé (valant actuellement 350€ la tonne) : lors de la fixation du montant de l'obligation (loyer), les parties ont pu estimer qu'un loyer payable exclusivement en monnaie aurait été évalué au montant de 1.400€. L'obligation cumulative se constate objectivement : en régime général de l'obligation, peu importent les objectifs multiples recherchés (être au plus près du besoin du créancier, de la production du débiteur ou obéir à une logique spéculative de diversification des risques liés à la valeur d'un bien).

Lors de la fixation du contenu de la prestation, le panachage des prestations *limite l'exposition au risque d'inflation monétaire*. L'obligation cumulative conduit donc à n'exposer l'un (locataire débiteur) ou l'autre (créancier bailleur) qu'à un risque partiel : il est escompté que l'inflation monétaire se compensera avec la réévaluation du cours de l'autre prestation, de sorte que le créancier maintiendra son pouvoir d'achat global.

L'obligation cumulative permet également au créancier d'obtenir une *prestation adaptée à ses besoins*. Le client (créancier) a à la fois besoin de la réparation de sa toiture et de l'entretien de son jardin. L'entreprise multi-services (débiteur) sera alors chargée de réaliser cette prestation complexe : la prestation ne sera exécutée que lorsque tous ces services auront été exécutés.

¹ Paragraphe 1 : L'obligation cumulative. Art. 1306 c. civ. : « L'obligation est cumulative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que seule l'exécution de la totalité de celles-ci libère le débiteur. »

L'obligation cumulative permet également d'obtenir une prestation en nature, *au plus près de la production du débiteur*. L'obligation cumulative a été massivement utilisée dans les baux ruraux et en droit fiscal (dîme du clergé) : le locataire devait verser en nature une fraction des différentes productions de son exploitation (3 kg de fromage, un cochon et 3 quintaux de froment). Dans une économie faiblement monétarisée, la prestation cumulative correspond au prélèvement à la source de l'ancien temps. On remarquera que cette prestation complexe en nature a, historiquement, le mieux permis de préserver le pouvoir d'achat des créanciers (bailleurs et clergé).

L'obligation cumulative impose au débiteur de verser des prestations différentes : c'est en cela que son objet est complexe (plural).

2/ L'obligation alternative : la suppression d'un risque

208. En présence d'une **obligation alternative** (art. 1307 à -5 c. civ.¹), le débiteur (locataire) paiera le loyer soit en versant 700€, soit en versant 2 tonnes de blé. Cette option doit être exercée, à une date précise, par l'une des parties : c'est à ce moment que les risques (liés à la force majeure) sont transférés.

Le *créancier de la prestation et le créancier de l'option* (et inversement) sont des personnes identiques ou différentes. Le locataire (débiteur de la prestation : payer le loyer) sera le créancier de l'option quand il exerce le choix. Si le bailleur exerce ce choix, il sera à la fois créancier de la prestation et créancier de la condition. L'option permet alors d'échapper à un risque.

- Le créancier de l'option est désigné aux articles 1307 et suiv. c. civ. comme le débiteur de la prestation (art. 1307-1 al. 1^{er} c. civ.² : « Le choix entre les prestations appartient au débiteur [de la prestation]. ») ou comme le créancier de la prestation (art. 1307-4 c. civ.³ : « Le créancier [de la prestation et de l'option] qui n'a pas fait connaître son choix (...). »). La carence fautive du créancier de l'option qui tarde à opter est sanctionnée de la

¹ Paragraphe 2 : L'obligation alternative. Art. 1307 c. civ. : « L'obligation est alternative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que l'exécution de l'une d'elles libère le débiteur. »

² Art. 1307-1 c. civ. : « Le choix entre les prestations appartient au débiteur.

« Si le choix n'est pas exercé dans le temps convenu ou dans un délai raisonnable, l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix ou résoudre le contrat.

« Le choix exercé est définitif et fait perdre à l'obligation son caractère alternatif. »

³ Art. 1307-4 c. civ. : « Le créancier qui n'a pas fait connaître son choix doit, si l'une des prestations devient impossible à exécuter par suite d'un cas de force majeure, se contenter de l'une des autres. »

même manière, envers le débiteur de la prestation (art. 1307-3 c. civ.¹) ou envers le créancier de la prestation (art. 1307-4 c. civ.²).

– Le créancier de l’option choisira en fonction de son intérêt bien compris : le débiteur de la prestation (locataire) choisira le montant du loyer le plus faible et le créancier de la prestation (bailleur) le montant de loyer le plus élevé. Économiquement, le créancier de l’option échappe à un risque de baisse de cours : l’entreprise exportatrice anticipe une modification de la parité entre deux monnaies (€ et \$) et cherche à préserver son pouvoir d’achat. Dans trois mois, le client devra payer 770\$: soit l’entreprise sera payée 770\$ (sans exercer l’option, parce que le cours de l’€ a baissé par rapport à celui du \$), soit elle sera payée 700€ (en exerçant son option, parce que le cours du \$ a baissé par rapport à celui de l’€) (schéma 3.1).

– Évidemment, comme le débiteur de l’option prend à sa charge un risque (qui pèse normalement sur l’autre), il sera rémunéré pour ce service, en se rendant débiteur de l’option. L’évaluation du montant de l’option évolue en fonction de la date de dénouement. Si la parité actuelle €-\$ est de 1,1\$ pour 1€, un opérateur pourra anticiper une parité stable dans trois mois : il se fera payer 50€ pour son service. Au jour du dénouement, le créancier de l’option effectuera son choix, en fonction de l’évolution de la parité.

- Si 770\$ valent 770€ (baisse du cours de l’€), l’entreprise exportatrice n’exercera pas son option : elle sera payée 770\$ et aura payé 50€ pour l’option. Elle aura gagné 70€, ce qui fait un gain net de 20€.
- Si 770€ valent désormais 600€ (baisse du cours du \$), l’entreprise exercera son option : elle sera payée 700€ et aura payé 50€ pour l’option. Elle évitera une perte de 100€, soit un gain net de 50€.

La *date* à laquelle l’option est à exercer est la question déterminante (art. 1307-1 c. civ.³). Si le débiteur opte quand le loyer est échu, le créancier sera payé de la plus faible des deux valeurs. Si le créancier de l’option doit opter lorsque le loyer est exigible à terme, il doit anticiper du cours du blé

¹ Art. 1307-3 c. civ. : « Le débiteur qui n'a pas fait connaître son choix doit, si l'une des prestations devient impossible, exécuter l'une des autres. »

² Art. 1307-4 c. civ. : « Le créancier qui n'a pas fait connaître son choix doit, si l'une des prestations devient impossible à exécuter par suite d'un cas de force majeure, se contenter de l'une des autres. »

³ Art. 1307-1 c. civ. : « Le choix entre les prestations appartient au débiteur.

« Si le choix n'est pas exercé dans le temps convenu ou dans un délai raisonnable, l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix ou résoudre le contrat.

« Le choix exercé est définitif et fait perdre à l'obligation son caractère alternatif. »

par rapport à celui de l'€ : le risque spéculatif existe lorsque la date de l'option est lointaine de la date à laquelle échoit l'obligation.

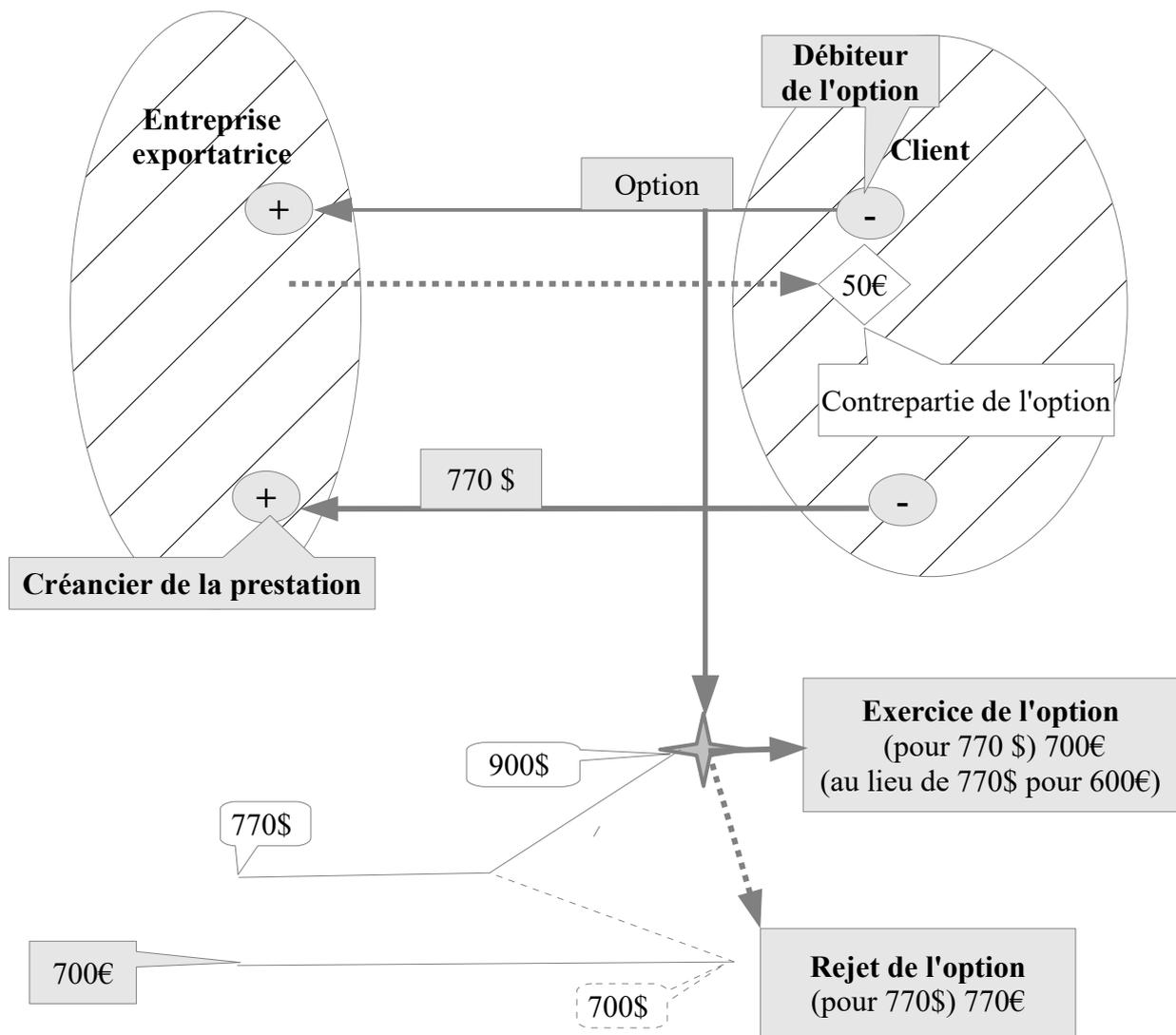
– La date à laquelle le choix doit être effectué peut être expresse ou tacite : le silence quant à la date d'exercice de l'option n'est pas un manque essentiel ; le silence signifie que le choix sera exercé à une date « raisonnable » (art. 1307-1 al. 2 c. civ.).

– En cas de carence, l'autre partie met en demeure : l'inexécution sera sanctionnée soit par l'exécution en nature (le choix étant exercé par l'autre), soit par la résolution.

Économiquement, la date d'exercice de l'option conduira à figer les positions de chacun (créancier et débiteur de la prestation). Mais la valeur de l'option continuera à évoluer, jusqu'au jour du dénouement : si, une semaine avant la date d'exigibilité de la créance, l'entreprise exportatrice a choisi de refuser l'option (parce que le cours de l'€ avait baissé), la parité €-\$ continuera d'évoluer. Plus la date du dénouement se rapproche, plus la valeur propre de l'option devient certaine.

Schéma
3.1

Exercice de l'option en présence d'un risque de change



Une fois le *choix effectué*, le risque lié à l'anticipation du cours doit être complètement assumé. Quand survient une impossibilité d'exécuter pour cause de force majeure (art. 1218 c. civ.¹), trois situations de base peuvent se produire :

- avant la date de l'option, si l'une des prestations devient impossible à exécuter (force majeure), l'option n'a plus lieu d'être. Le débiteur verse l'autre prestation (art. 1307-3 c. civ.²). Le créancier accepte l'autre prestation (art. 1307-4 c. civ.³).
- après la date de l'option, si la prestation choisie devient impossible à exécuter, le débiteur est libéré (art. 1307-2 c. civ.⁴).
- quelle que soit la date de l'option, lorsque l'une et l'autre des prestations ne peuvent être exécutées pour cause de force majeure, le débiteur de l'obligation est libéré (art. 1307-5 c. civ.⁵).

L'obligation alternative permet donc à l'un (débiteur de l'obligation) et à l'autre (créancier de l'obligation) d'opter pour l'une ou l'autre prestation, le plus souvent en fonction de leur valeur relative. La date de l'option est déterminante : c'est à cette date que l'un spéculé sur la valeur de la prestation à sa date d'exigibilité.

3/ L'obligation facultative : l'anticipation d'un risque

209. En présence d'une **obligation facultative**, l'option s'explique par l'anticipation d'un risque d'exécution. Ce sera une facilité accordée par le créancier au débiteur de l'obligation. Mais l'inverse est possible (et fréquent) : le créancier disposera d'une faculté, s'il est confronté à un impayé.

Telle qu'elle est prévue en régime général des obligations (art. 1308 c. civ.⁶), l'obligation facultative est un bénéfice pour le débiteur de l'obligation. Le débiteur sait qu'il risque d'être prochainement confronté à un manque de trésorerie : grâce à l'obligation facultative, soit il remboursera

¹ Art. 1218 c. civ. : « 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.

« 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. 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. »

² Art. 1307-3 c. civ. : « Le débiteur qui n'a pas fait connaître son choix doit, si l'une des prestations devient impossible, exécuter l'une des autres. »

³ Art. 1307-4 c. civ. : « Le créancier qui n'a pas fait connaître son choix doit, si l'une des prestations devient impossible à exécuter par suite d'un cas de force majeure, se contenter de l'une des autres. »

⁴ Art. 1307-2 c. civ. : « Si elle procède d'un cas de force majeure, l'impossibilité d'exécuter la prestation choisie libère le débiteur. »

⁵ Art. 1307-5 c. civ. : « Lorsque les prestations deviennent impossibles, le débiteur n'est libéré que si l'impossibilité procède, pour chacune, d'un cas de force majeure. »

⁶ Paragraphe 3 : L'obligation facultative. Art. 1308 c. civ. : « L'obligation est facultative lorsqu'elle a pour objet une certaine prestation mais que le débiteur a la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre. »

« L'obligation facultative est éteinte si l'exécution de la prestation initialement convenue devient impossible pour cause de force majeure. »

normalement son échéance d'emprunt (si le risque ne se réalise pas), soit il paiera en affectant au banquier un compte-titre (de sorte que le compte bancaire ne sera pas à découvert). La seconde modalité n'est pas souhaitée : il s'agit de prendre en compte un risque spécifique, tout en permettant à l'obligation de s'éteindre (par le paiement). Une prestation subsidiaire est donc prévue : il s'agit de permettre l'exécution volontaire de l'obligation, malgré la difficulté à exécuter la prestation principale.

En cas de force majeure interdisant d'exécuter la prestation principale ou subsidiaire, il convient de distinguer :

- L'impossibilité d'exécuter la prestation subsidiaire est supportée par le débiteur. En application de la théorie des risques, la perte fortuite de la chose (objet de la prestation subsidiaire) est supportée par le propriétaire, donc le débiteur. Si le bien affecté au paiement de la dette est détruit pour cause de force majeure, le débiteur perd son option : il devra exécuter la prestation principale, sans option.
- À l'inverse, si la prestation principale (« initialement convenue ») ne peut être exécutée pour cause de force majeure (il est désormais interdit de payer en \$ les transactions conclues dans tel pays), le débiteur est libéré, sans qu'il soit tenu d'effectuer la prestation subsidiaire (art. 1308 al. 2 c. civ.¹) Le débiteur avait anticipé une difficulté d'exécution, mais pas une impossibilité d'exécution : la dation en paiement était causée par un manque de liquidité, non pour un autre cas (distinct).

L'obligation facultative peut également être un bénéfice pour le créancier de la prestation principale. En cas d'impayé du débiteur, le créancier disposera d'une modalité de substitution pour obtenir un paiement. Techniquement, c'est une sûreté : au lieu d'être payé par le locataire (véritable débiteur), le bailleur aura la faculté de réclamer paiement à la caution ou le gagiste deviendra propriétaire du bien gagé (attribution judiciaire), sa valeur se compensant avec l'obligation principale inexécutée.

(210- à 213. : réservés)

214. En somme, l'**obligation plurale** permet d'anticiper un risque portant sur la valeur de la prestation. Soit il s'agit de se prémunir contre un risque précis portant sur l'évolution d'un cours. L'obligation cumulative permet de répartir les risques ; l'obligation alternative permet de supprimer

¹ Art. 1308 al. 2 c. civ. : « L'obligation facultative est éteinte si l'exécution de la prestation initialement convenue devient impossible pour cause de force majeure. »

un risque lié à l'évolution de cours d'une prestation ; l'obligation facultative permet (au débiteur) de d'anticiper un risque (risque d'un défaut de liquidités ...), en prévoyant une porte de sortie.

II/ La condition : le risque affectant l'existence de la prestation

215. La **condition** est « un événement futur et incertain » (art. 1304 c. civ.¹) dont dépend l'existence de l'obligation.

- Le caractère hypothétique de la condition est ce qui la distinguera du terme (événement futur mais certain). La dette payable au décès de X est une obligation à terme ; la dette payable si X se marie est une obligation conditionnelle.
- La condition sera un élément essentiel de l'obligation : l'existence de l'obligation en dépend. Si le locataire ne fournit pas une caution, le contrat de bail ne sera pas conclu. Si la condition n'est plus respectée (la caution cesse de garantir les loyers), le contrat sera résolu ou résilié.

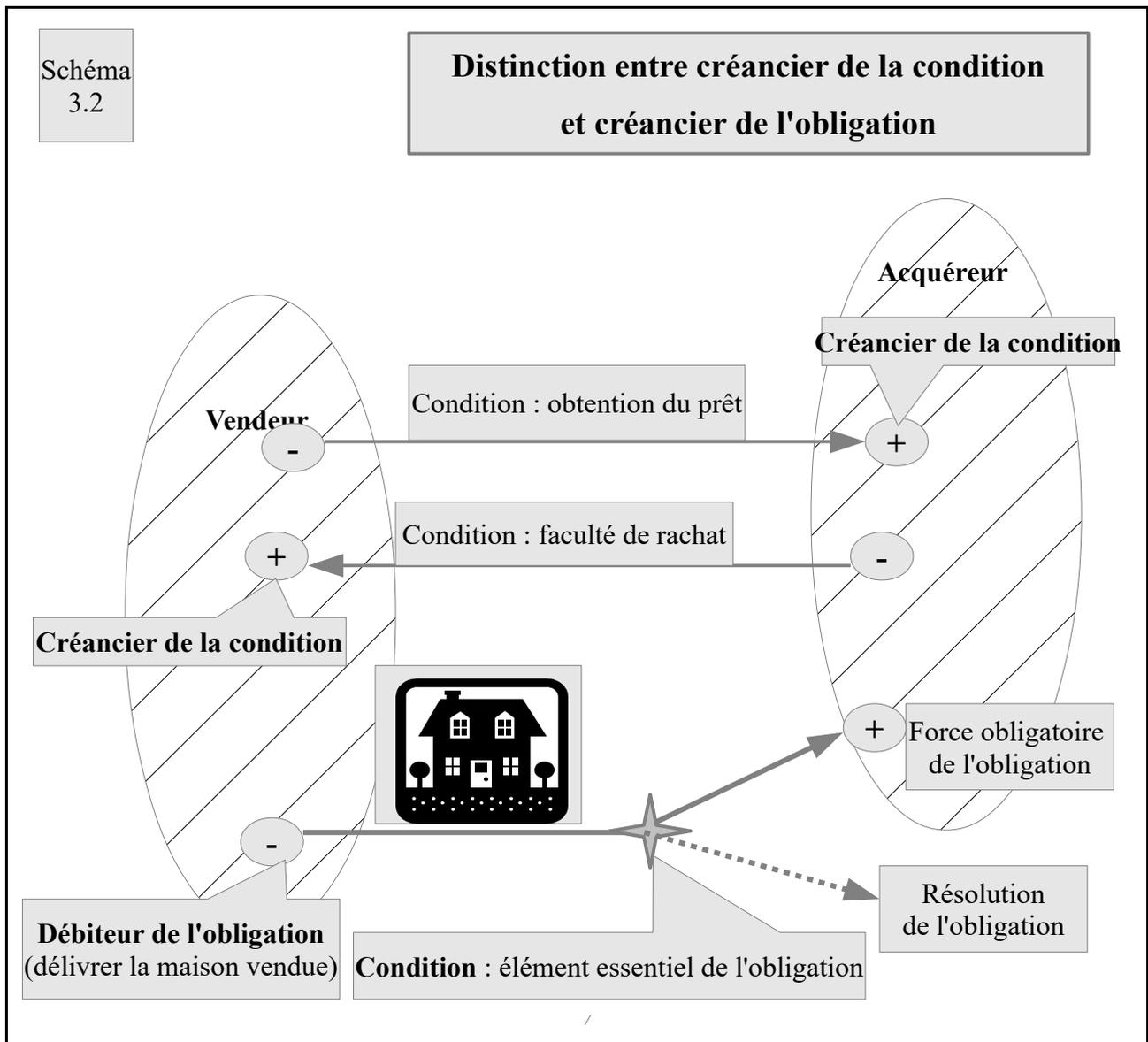
La condition définit un risque (substantiel) auquel l'une des parties à l'obligation veut échapper. Il y aura donc un lien essentiel entre la condition et l'obligation : si le prêt n'est pas accordé, l'acquisition de la maison n'aura pas lieu.

Le lien entre la condition (le risque) et l'obligation (qui intègre la condition) imposera systématiquement de *distinguer entre créancier (ou débiteur) de la condition et créancier (ou débiteur) de l'obligation*. La condition apparaît comme une obligation propre, dont l'objet sera intégré à l'obligation principale.

- Lorsque l'acquéreur de la maison pose une condition (obtenir un prêt), l'acquéreur est le créancier de la maison (il a vocation à en devenir propriétaire) ; il sera également le créancier de la condition (car il bénéficie de la condition suspensive : il bénéficie du gel de la vente).
- Lorsque le vendeur de la maison pose une condition (avoir la possibilité de racheter la maison vendue), le vendeur est le débiteur de l'obligation de livrer la maison et il sera le créancier de la condition (car il bénéficie de la condition résolutoire : il pourra imposer le rachat).

¹ Art. 1304 c. civ. : « L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain.
« 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. »

Il faudra donc toujours distinguer entre le créancier de la condition et le créancier de l'obligation (schéma 3.2). La condition est à la fois une obligation à la fois autonome (avec son vecteur et sa prestation) et son objet est intégré à l'obligation principale.



Le lien essentiel entre la condition et l'obligation conduira à une conséquence, connue en droit du contrat et qui sera également appliquée en régime général des obligations. Si la condition est nulle, l'obligation sera nulle.

- En droit du contrat (art. 1184 al. 1^{er} c. civ.¹), lorsqu'une clause essentielle (clause fixant le prix) est nulle, elle doit normalement entraîner la nullité intégrale du contrat. À l'inverse, lorsque la clause est secondaire (clause attributive de juridiction), la nullité sera partielle : seule la clause est annulée, le reste du contrat demeurant valable pour le surplus.
- En régime général des obligations, la même solution est prévue : selon l'article 1304-1 c. civ., « La condition doit être licite. À défaut, l'obligation est nulle ».

La nullité de la condition conduira donc à une nullité intégrale de l'obligation.

La condition est donc un risque dont la survenance affecte l'existence même de l'obligation. Quand la condition (licite) se réalise (1), elle validera ou détruira l'obligation. Et si la condition est illicite, sa nullité entraîne celle de l'obligation. Soit la condition est licite (1), soit elle est illicite (2).

1/ La condition licite : les modalités de la condition

216. La **condition licite** a pour objet de décrire un risque dont la réalisation aura pour conséquence de valider ou de détruire l'obligation. Il n'y a donc que deux modalités alternatives, décrites à l'article 1304 al. 2 et 3 c. civ. :

- al. 2 : « La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple. »
- al. 3 : « Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation. »

La *condition suspensive* subordonne la naissance de l'obligation à un événement futur et incertain. Ainsi, l'acquéreur d'un immeuble conditionne son consentement à l'obtention d'un prêt immobilier ou d'un permis de construire (ou encore à la vente de son propre logement). Ces conditions suspensives sont fréquentes en raison de la multiplication des réglementations administratives : la constructibilité d'un terrain, l'absence de préemption par la commune (ou par un locataire), l'autorisation d'installer telle ou telle activité (clause d'habitation bourgeoise, autorisation d'installation d'un débit de boisson ...). Tant que la condition suspensive n'est pas réalisée, la situation est gelée (suspendue).

La *condition résolutoire* conduira à l'effacement de l'obligation, lorsqu'un événement (futur et incertain) survient. Ainsi, l'acquéreur subordonne son consentement à l'absence de modification du plan local d'urbanisme (parce qu'il refuse qu'un aéroport ou une usine soit construite dans les

¹ Art. 1184 al. 1^{er} c. civ. : « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. » Voir : *Droit du contrat*, n°654.

environs) : l'acquéreur veut échapper à un risque qui pèse normalement sur le propriétaire actuel d'un bien. L'acquéreur paye immédiatement le terrain et il en sera provisoirement propriétaire, mais si la condition se réalise, la vente sera résolue.

Les modalités de la condition consistent donc à identifier un risque, et à prendre une option différente sur la réalisation de ce risque : soit la condition gèle l'exécution de l'obligation ; soit la condition (que ni l'un, ni l'autre ne veulent voir advenir) détruit l'obligation. On distinguera ainsi la condition suspensive, qui affecte la naissance de l'obligation (a), de la condition résolutoire, qui détruira l'obligation (b).

a/ La condition suspensive : le gel de l'exécution de l'obligation

217. La **condition suspensive** gèle l'exécution de l'obligation, tant qu'un événement futur et incertain (aléa¹) ne s'est pas produit. Tant que l'acquéreur n'a pas obtenu son prêt la vente de l'immeuble est gelée ; tant que le constructeur ne fournit pas la garantie financière (variété de cautionnement), la banque ne débloque pas les fonds destinés à financer les travaux². Les parties à l'obligation ne sortiront de l'incertitude que lorsque l'on saura si la condition (le plus souvent expresse, mais parfois tacite³) est remplie ou non. Autant dire que la situation d'attente peut durer : pour éviter ce résultat, il faudra prévoir un délai explicite au cours duquel la condition doit se réaliser, sauf pour le juge à imposer un délai (implicite) raisonnable⁴.

Trois cas de figure peuvent alors se produire (schéma 3.2) :

- La condition sera pendante pendant toute la période au cours de laquelle les parties ne savent pas si l'obligation naîtra.
- Elle sera accomplie si l'événement se produit (l'acquéreur obtient son prêt)
- Elle sera défaillie si la condition posée n'est pas respectée.

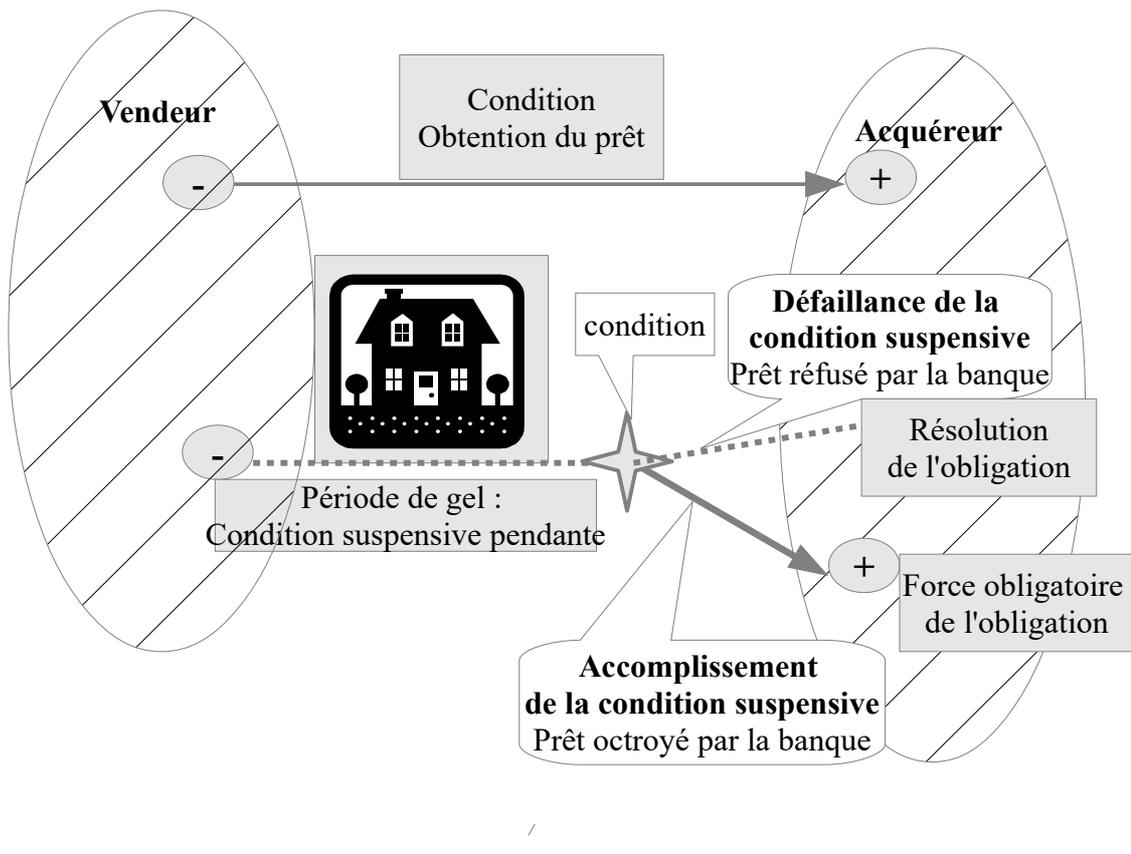
¹ L'aléa peut porter soit sur l'existence de la prestation, comme dans le contrat d'assurance : l'assureur ne sera tenu que si le sinistre, par nature aléatoire, se produit ; soit sur l'étendue de la prestation, en présence d'une rente viagère versée par l'acquéreur pendant un temps incertain, à savoir la durée de vie du créancier.

² Voir : Civ. 3^e, 5 janvier 2017, n° 15-27.290, Bull. ; Gaz. Pal. 2017, n° 8, p. 60, note Bénédicte Bury (contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plan conclu sous la condition suspensive d'obtention de l'assurance dommages-ouvrage et de la garantie de livraison : la banque ne débloquera les fonds prêtés que lorsque la condition suspensive aura été remplie).

³ Art. 1588 c. civ. : « La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive. » L'acquéreur potentiel goûte un aliment.

⁴ Civ. 3^e, 20 mai 2015, n°14-11.851, Bull. ; D. 2015, p. 1349, note Denis Mazeaud ; JCP 2015, éd. G, chron., 808, spéc. n° 13, note Anne-Sophie Barthez ; RLDC, n° 5889, note Ildo D. Mpindi ; revue AJDI 2015, p. 543, note Frédérique Cohet ; RLDC, n° 5959, chron., p. 72, note Sébastien Pimont : (abstrat) « la stipulation d'une condition suspensive sans terme fixe ne peut pour autant conférer à l'obligation un caractère perpétuel (...) les parties ont eu la commune intention de fixer un délai raisonnable pour (...) l'obtention d'un certificat d'urbanisme » (la promesse de vente est caduque).

Fonctionnement de la condition suspensive



218. Lorsque la **condition suspensive est pendante**, les parties sont dans l'incertitude : juridiquement, *la situation sera gelée*, ce que précise l'article 1304-5 c. civ.¹ : « Avant que la condition suspensive ne soit accomplie » (condition pendante), ni le débiteur (de la condition), ni le créancier (de la condition) ne peuvent échapper à la force obligatoire de ce gel (créée par la condition).

En conséquence, en présence d'une acquisition subordonnée à l'obtention d'un prêt, le vendeur de l'immeuble (appelé le débiteur, car il subit la condition) « doit s'abstenir de tout acte qui

¹ Art. 1304-5 c. civ. : « Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation ; le créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits.

« Ce qui a été payé peut être répété tant que la condition suspensive ne s'est pas accomplie. »

empêcherait la bonne exécution de l'obligation ». Le vendeur ne doit pas vendre l'immeuble à un tiers qui se propose de payer comptant : le vendeur a donc intérêt, quand l'autre pose une condition qui sera acceptée, à fixer une date-butoir ou un délai. La condition doit être accomplie dans le délai de trois ou six mois.

Quant au créancier de la condition suspensive (à savoir l'acquéreur, qui profite de la condition), le gel de la situation lui permettra d'« accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits. » Un *acte conservatoire* conduira à dresser un état des lieux, à obtenir le bénéfice d'une sûreté (notamment réelle : hypothèque) ou à faire publier l'acte (conditionnel) translatif de propriété ; le créancier qui aurait connaissance d'un projet de vente avec un tiers, fera défense au tiers de conclure avec le propriétaire-vendeur.

L'article 1304-5 al. 2 c. civ. précise également le statut de l'éventuelle exécution qui a pu avoir lieu pendant cette période de gel. « Ce qui a été payé peut être répété tant que la condition suspensive ne s'est pas accomplie. » L'acquéreur (créancier de la condition) a pu vouloir donner des gages de bonne volonté à un débiteur mécontent de subir l'incertitude (et de manquer des occasions de conclure avec autrui) : la période de gel signifie que l'exécution de l'obligation (conditionnelle) n'est dotée d'*aucune force obligatoire*. Le transfert de valeur n'étant pas causé, le paiement effectué par le créancier est indu et sujet à répétition (art. 1352 c. civ. : infra), « tant que la condition n'est pas accomplie ».

Tant que la condition est pendante, la situation juridique est donc sauvegardée aussi bien pour les parties (créancier et débiteur) que pour les tiers.

218-1. L'existence d'une incertitude sur l'accomplissement ou non, dans le futur, de la condition suspensive ne porte pas atteinte au caractère ferme et définitif du contrat conclu entre les parties¹. En réalité, tout dépend de l'**objet gelé par la condition suspensive** : soit seul un effet de l'obligation l'est (ainsi, le transfert du titre de propriété, tant que le prix n'est pas payé : vente avec clause de réserve de propriété), soit tous les effets de l'obligation sont suspendus (l'acquéreur sous condition suspensive d'obtenir le prêt obtient le gel de tous les effets de la vente : ni les risques, ni la possession, ni la propriété ne lui sont transmis).

¹ Com., 17 octobre 2018, n°17-14.986, Bull. : (abstrat) « Une clause de réserve de propriété est une sûreté suspendant l'effet translatif de propriété du contrat de vente jusqu'à complet paiement du prix et une telle suspension ne remet pas en cause le caractère ferme et définitif de la vente intervenue dès l'accord des parties sur la chose et sur le prix. »

219. La **condition suspensive accomplie** valide l'obligation. Selon l'article 1304-6 al. 1^{er} c. civ.¹, « L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive. » L'acquéreur devient propriétaire quand il obtient le permis de construire ou le prêt : la date d'accomplissement de la condition suspensive est la date à laquelle l'obligation devient parfaite. Il convient toutefois de distinguer selon les risques :

- le risque lié à un acte de disposition donne lieu à une disposition spécifique (schéma 3.3) ;
- pour le reste, l'acquéreur n'assume le risque de perte et n'exerce la gestion qu'à compter de l'accomplissement de la condition suspensive.

Le *risque lié à un acte de disposition de la chose* pendant que la condition est pendante signifie qu'un tiers cherche à acquérir le bien, alors même qu'il est soumis à une condition suspensive. Un créancier impayé du vendeur délivre un commandement de payer (valant saisie : l'immeuble devient indisponible) ou décide de publier une hypothèque ou une fiducie ; ou bien, le vendeur de l'immeuble cherche à vendre à un tiers (qui propose de payer comptant, par exemple). Il s'agit alors d'identifier sur qui pèse le risque lié à un acte de disposition : soit le risque pèse sur l'acquéreur (qui sera donc évincé) ; soit il pèse sur le tiers :

- À défaut de stipulation contraire (disposition supplétive de volonté), le risque lié à un acte de disposition *pèse sur l'acquéreur* (c-à-d. le créancier de la condition suspensive). L'acte de disposition effectué sur l'immeuble (l'entreprise, ...) sera opposable à l'acquéreur sous condition suspensive.
- Mais l'article 1304-6 al. 2 c. civ. permet aux parties de *convenir explicitement d'une rétroactivité* : « Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. » Une clause explicite (tacite avant la réforme du 10 février 2016²) précise que la vente sera réputée conclue à la date de conclusion du contrat comportant la condition : cela permet d'éviter tout conflit avec un tiers-acquéreur (ou le créancier hypothécaire du vendeur quand il prétend inscrire), pendant la période de gel. Toute aliénation (saisie, vente, hypothèque) effectuée au profit d'un tiers pendant la période de gel sera inopposable à l'acquéreur sous condition suspensive.

¹ Art. 1304-6 c. civ. : « L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive.

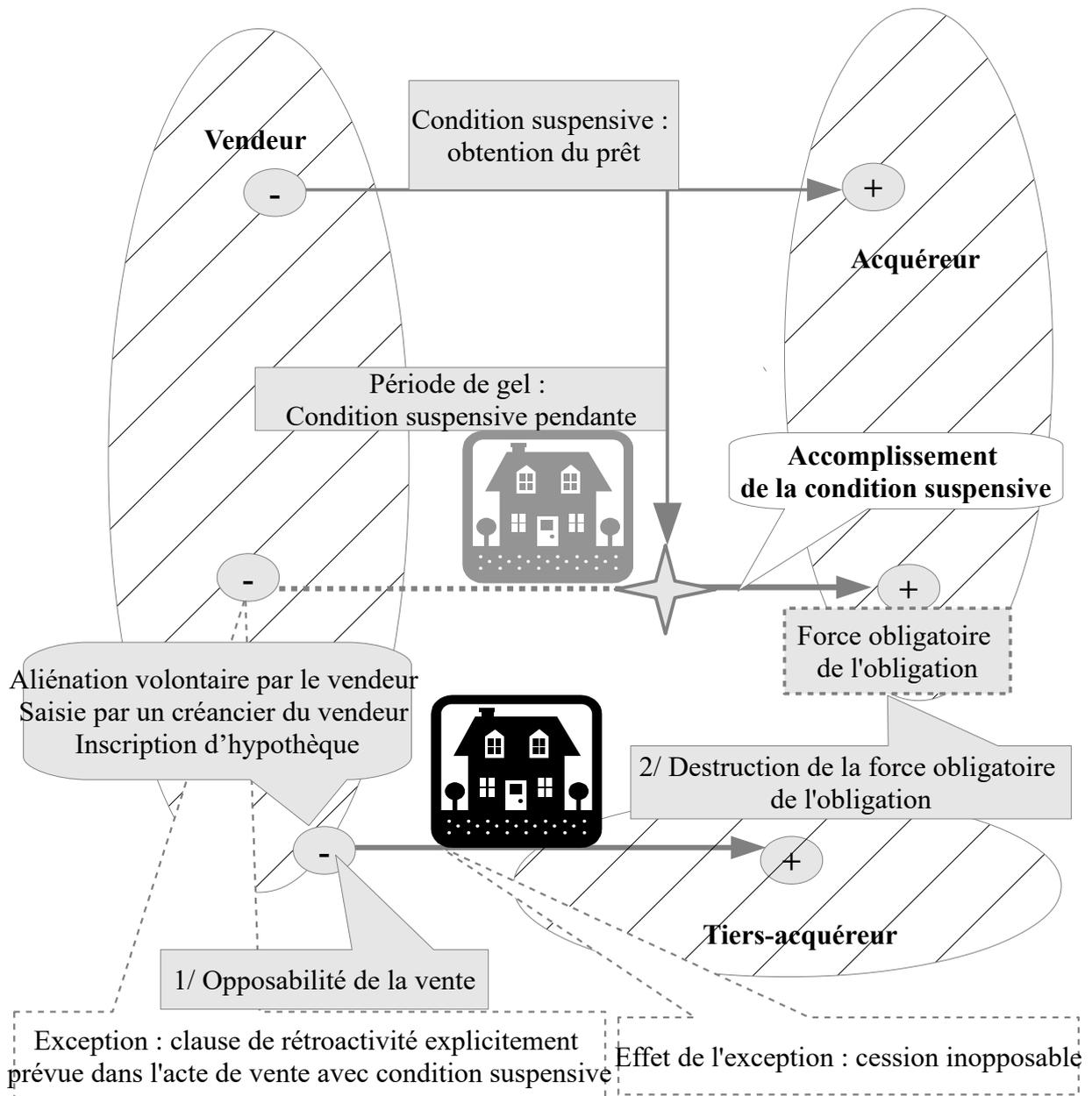
« Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition.

« En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé. »

² Anc. art. 1179 c. civ. : « 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. »

Schéma
3.3

Risque lié à un acte de disposition en présence d'une condition suspensive



Pour *tous les autres actes (de gestion) et les autres risques (notamment de perte)*, la date d'accomplissement de la condition est (en principe¹) celle à laquelle l'acquéreur devient propriétaire (art. 1196 c. civ.², en droit du contrat). Selon l'article 1304-6 al. 2 c. civ. : « 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. » Cela signifie que :

- pendant la période de gel, le vendeur ne peut pas imposer à l'acquéreur d'assumer les risques de perte de la chose. Le risque de perte est assumé par le propriétaire actuel du bien. L'acquéreur (créancier de la condition) ne devient propriétaire que lorsque la condition suspensive est accomplie : si le bien est détruit par force majeure avant l'accomplissement de la condition, la perte est subie par le vendeur (débiteur), propriétaire actuel du bien.
- Pendant la période de gel, la chose est gérée par son actuel propriétaire : le débiteur de la condition (vendeur subissant le gel) doit les charges (taxe foncière, de copropriété, d'habitation ...), il encaisse les revenus. Ce n'est qu'à la date d'accomplissement de la condition que l'acquéreur doit désormais les charges (obligation réelle), qu'il perçoit les revenus (et peut les céder à ses propres créanciers : cession de créance, nantissement de créance ...).

La date d'accomplissement de la condition suspensive permet donc d'identifier deux types de risque que le créancier de la condition (acquéreur sous condition suspensive) doit prendre en compte. Le risque lié à l'acte de disposition pèse sur lui (sauf clause contraire) ; le risque de perte pèse sur le débiteur de la condition (vendeur) ; le débiteur gère son bien (il en tire profit de la chose et assume les charges jusqu'à l'accomplissement de la condition).

220. À l'inverse, quand la condition suspensive est **défaillie** (l'acquéreur n'a pas obtenu le prêt), « l'obligation est réputée n'avoir jamais existé » (art. 1304-6 al. 3 c. civ.³). Cette rétroactivité emporte deux conséquences, l'une entre les parties, l'autre envers les tiers.

¹ En droit du contrat, la date de transfert des risques peut être différente de la date de transfert de la propriété. Voir : *Droit du contrat*, n° 952.

² Art. 1196 c. civ. : « 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 délivrer 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. »

³ Art. 1304-6 al. 3 c. civ. : « En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé. »

Premièrement, *entre les parties*, l'obligation (comportant une condition défaillie) ne justifie aucun transfert de valeur : tout paiement fait par le créancier est dépourvu de justification. L'obligation est caduque¹.

Deuxièmement, *envers les tiers*, la rétroactivité de la résolution signifie que le débiteur (vendeur qui accepte la condition) aura pu valablement vendre son bien à un tiers : dès la conclusion du premier contrat comportant une condition (ultérieurement défaillie), l'immeuble à vendre était réputé libre. Le contrat conclu (de mauvaise foi) pendant que la condition suspensive était pendante sera validé. Le domaine d'application de la rétroactivité est large et inclut tous les actes de disposition et d'administration. L'acquéreur éventuel n'a aucun droit aux fruits, ni à geler la situation. L'obligation soumise à condition suspensive n'a pas véritablement eu l'occasion d'exister, contrairement à ce qui se produit avec la condition résolutoire.

b/ La condition résolutoire : la destruction de l'obligation

221. La **condition résolutoire** consiste à imposer (provisoirement) l'exécution d'une obligation, laquelle sera éventuellement ultérieurement détruite si la condition (malheureusement) se réalise (art. 1304-7 c. civ.²). La condition résolutoire possède ainsi un double objet : premièrement, elle identifie un risque que l'un n'assumera pas ; deuxièmement, elle en fixe son statut (schéma 3.4).

Premièrement, la condition résolutoire consiste, pour l'une des parties, à *échapper à un risque qui pèse normalement sur elle* : l'acquéreur d'un immeuble assume normalement les risques liés à la propriété (risque de dépréciation et profit de l'appréciation, risque de modification de l'environnement physique ou juridique de l'immeuble, risque de ne pas obtenir l'autorisation d'y exercer telle ou telle activité). Grâce à la condition résolutoire, le risque est transféré sur un autre : si l'environnement de l'immeuble se transforme (défavorablement), l'acquéreur n'en assumera pas la charge ; si la marchandise livrée n'est pas payée, le vendeur récupère la marchandise (en exerçant l'action en restitution).

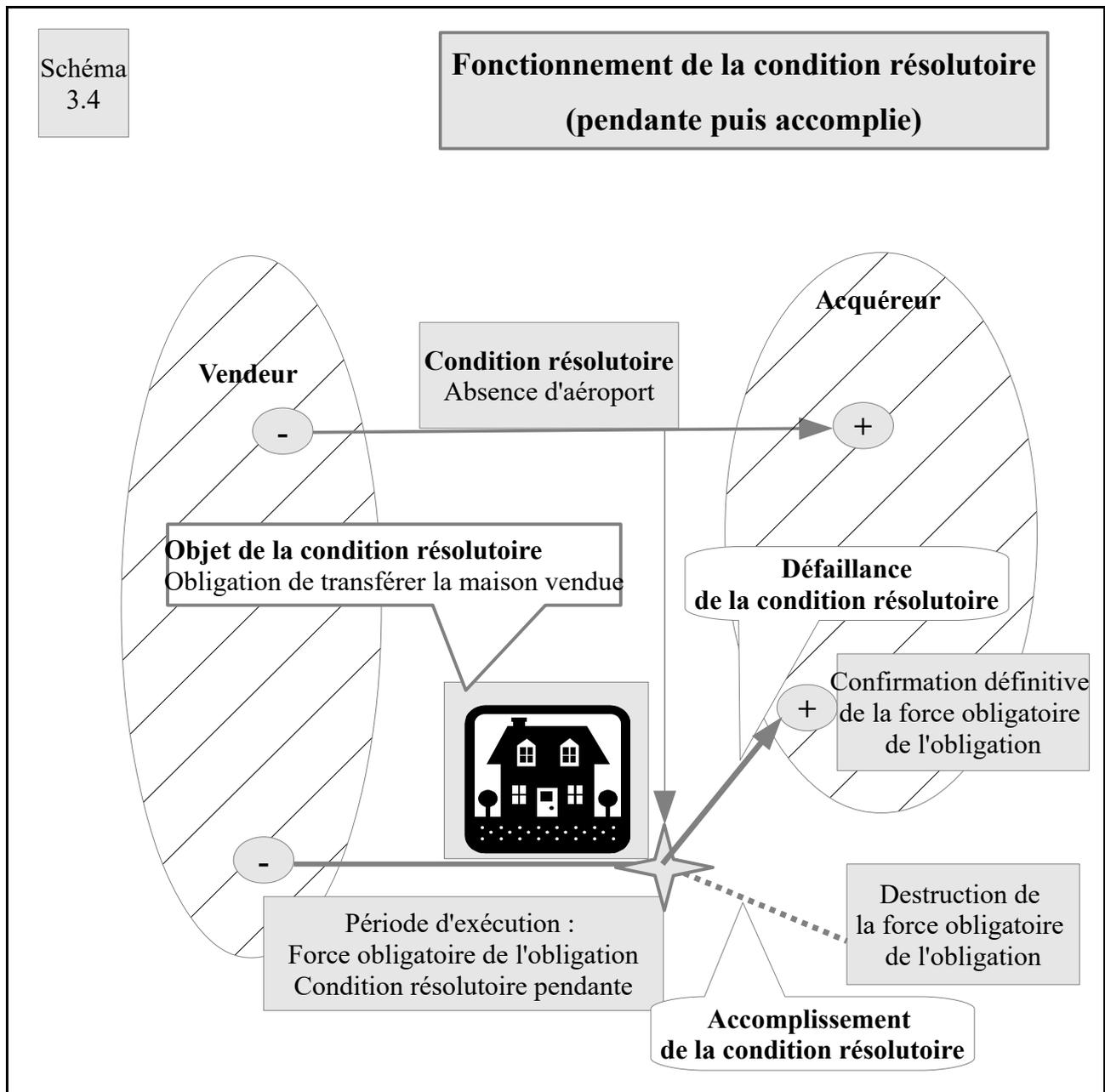
Deuxièmement, la condition résolutoire précise le *statut du risque* : si la condition survient, l'obligation sera détruite. L'acquéreur de l'immeuble, si l'aéroport se construit, restitue l'immeuble

¹ Civ. 3^e, 9 mars 2017, n° 15-26.182, Bull. ; revue Ann. loyers, mai 2017, p. 89, note Christelle Coutant-Lapalus : (abstrat) « Lorsque, dans une promesse synallagmatique de vente, un délai est prévu pour la réalisation de la condition suspensive et qu'à la date prévue pour la réitération par acte authentique, cette condition n'est pas accomplie, la promesse est caduque. »

² Art. 1304-7 c. civ. : « L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration.

« La rétroactivité n'a pas lieu si telle est la convention des parties ou si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat. »

et récupère le prix qu'il a versé. En présence d'une vente avec clause de réserve de propriété, la vente est résolue : le vendeur récupère la marchandise et rendra le prix.



La condition résolutoire apparaît souvent¹ comme un risque (de sinistre) dont personne, ni l'un (le créancier), ni l'autre (le débiteur) ne souhaite la réalisation. C'est la raison pour laquelle il est

¹ Mais pas nécessairement : voir infra, la vente à réméré.

décidé d'exécuter (provisoirement) l'obligation. Mais si, malheureusement, le risque se réalise, il faudra résoudre l'obligation, c-à-d. l'anéantir.

222. En présence d'une **condition résolutoire pendante**, les parties décident de conclure et d'exécuter (provisoirement) l'obligation. En régime général des obligations, la condition résolutoire pendante passera donc inaperçue. Pour les parties comme pour les tiers, le contrat est conclu purement et simplement, et les obligations sont exécutées :

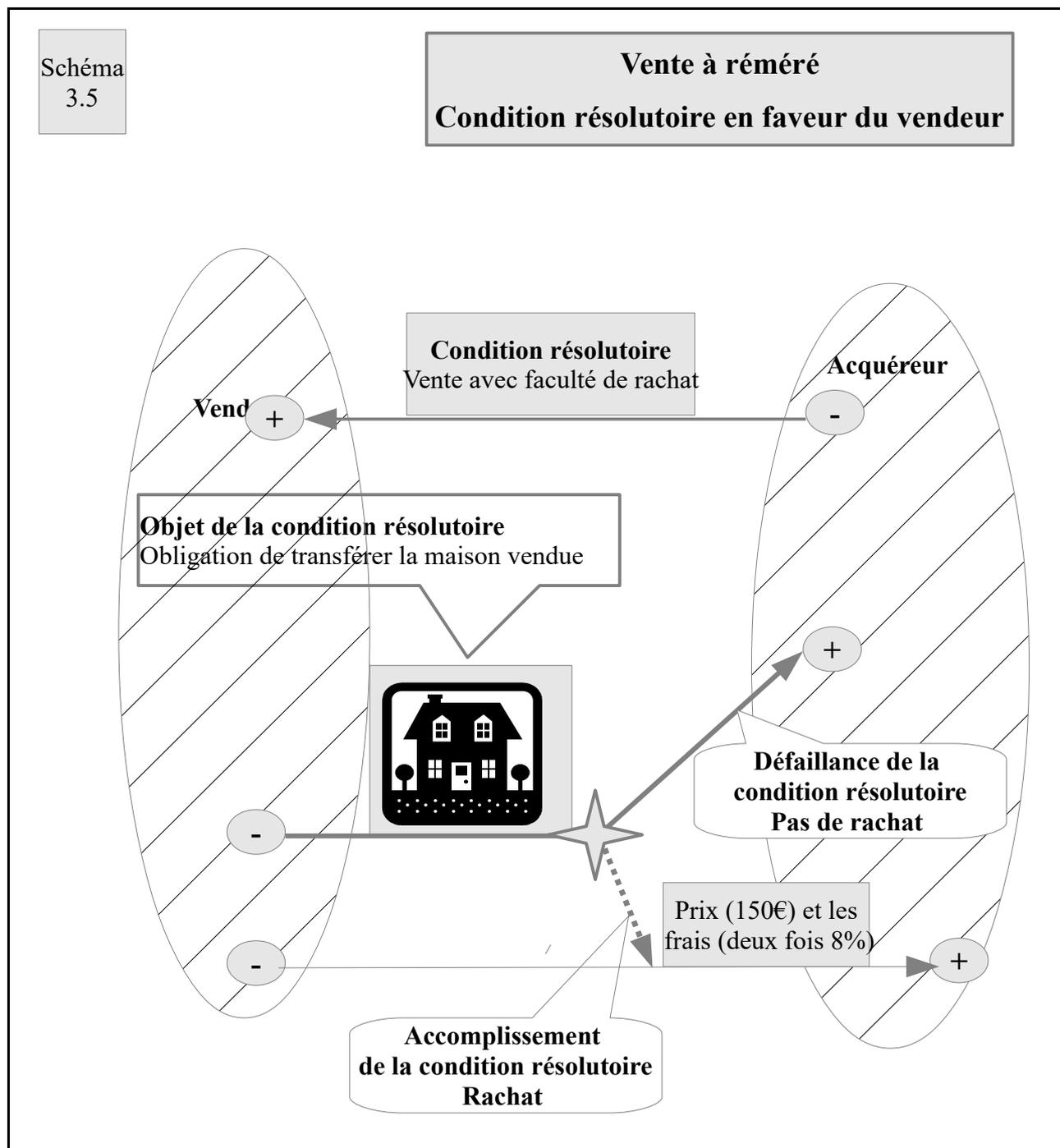
- Le paiement du vendeur par l'acquéreur est exigible ; le vendeur doit transférer la propriété du bien vendu à l'acquéreur, qui est légalement le seul propriétaire. Pour les parties comme pour les tiers, l'acte de disposition a eu lieu ;
- Les *actes d'administration* accomplis par l'acquéreur après la vente (même s'il sera ultérieurement évincé) demeurent valables. En tant que propriétaire actuel du bien, il jouit de son bien. Si le vendeur accepte, dans un contrat de vente, de couvrir le risque de construction de l'aéroport, mieux vaut pour lui (débitur de la condition) en limiter la durée : pendant 10 ans ou 20 ans. À défaut de durée fixée, la vente sera fragile sans aucune limitation de durée.

L'existence d'une condition résolutoire pendante est de nature à créer une incertitude pour les parties comme pour les tiers, et c'est la raison pour laquelle la décide parfois de fixer une limite maximale de temps à la condition suspensive dans le cadre de la *vente avec faculté de rachat* (dite vente à réméré : art. 1659 et suiv. c. civ.¹) (schéma 3.5).

- Une clause du contrat de vente offre la faculté au vendeur (d'un immeuble de famille) de pouvoir le racheter à son acquéreur : la faculté de rachat est une condition résolutoire (car la vente initiale sera anéantie, si le vendeur initial décide de racheter). Le régime de cette vente est encadré : le prix de rachat sera le prix de vente, augmenté des frais (à savoir 8% pour la première mutation, et 8% pour la seconde).
- Pendant toute la durée pendant laquelle la condition est pendante, l'acquéreur de l'immeuble ne saura pas s'il deviendra propriétaire définitif. Si l'acquéreur décide de revendre le bien à un tiers-acquéreur, ce dernier sera tenu de respecter la condition de rachat. La clause de réméré est opposable aux tiers (légalement tenus de savoir que la vente a eu lieu à réméré)². Mais ces inconvénients ne pèseront que temporairement sur l'acquéreur de

¹Art. 1659 c. civ. : « La faculté de rachat est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673. »

l'immeuble : le vendeur à réméré dispose d'un délai maximal de cinq ans pour imposer une revente à son profit (art. 1660 c. civ.³).



² Art. 1664 c. civ. : « Le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même la faculté de rachat n'aurait pas été déclarée dans le second contrat. »

³ Art. 1660 al. 1^{er} c. civ. : « La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années. »

La condition résolutoire pendante signifie donc qu'un risque affecte spécialement l'existence de l'obligation. Ce risque, assumé par l'une des parties (le vendeur assume le risque de la construction d'un aéroport dans les environs ; l'acquéreur assume le risque d'un rachat), crée une incertitude spéciale que la loi encadre parfois (en raison des inconvénients que crée la condition pendante).

223. Lorsque la **condition s'accomplit ou défaille**, les parties (et les tiers) sortiront de l'incertitude.

La *condition résolutoire défaillie* consolide définitivement l'obligation, puisque le risque auquel l'une des parties veut échapper ne se réalisera pas (le projet d'aéroport est abandonné ; l'acquéreur craignait son éviction par un tiers, mais il est désormais acquis que le tiers est dépourvu de droit car l'héritier est exhéredé). Le vendeur avait transféré la possession de la marchandise à l'acquéreur, et craignait de ne pas être payé : la clause de réserve de propriété (art. 2367 c. civ.¹), c-à-d. une condition résolutoire, est défaillie quand le prix est payé.

La *condition résolutoire accomplie* entraîne la résolution. Le contrat exécuté par les parties est effacé : il faudra donc effectuer les restitutions (infra). Selon l'article 1304-7 c. civ.², « L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration. » Le domaine d'application de la rétroactivité porte sur les actes de disposition ; en revanche, les actes d'administration seront validés. L'acquéreur de l'immeuble a perçu les loyers de l'immeuble et les fruits, a accompli les actes courants de gestion (paiement des charges de copropriété) ; ce n'est qu'après l'accomplissement de la condition résolutoire que le vendeur effectuera désormais ces actes.

224. La **condition suspensive ou résolutoire** a donc pour objet de définir un risque substantiel auquel l'une des parties à l'obligation veut échapper.

- La condition est une obligation propre, avec un vecteur et sa prestation ; son objet s'intègre à l'obligation : la condition validera ou invalidera l'obligation (principale). Il faut donc systématiquement distinguer créancier de la condition et créancier de l'obligation.

¹ Art. 2367 c. civ. : « 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. »

² Art. 1304-7 c. civ. : « L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration.

« La rétroactivité n'a pas lieu si telle est la convention des parties ou si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat. »

- L'objet de la condition identifie le risque selon une modalité alternative : soit la condition est suspensive, soit elle est résolutoire. Il n'y a pas de situation intermédiaire.

Tant que la condition est pendante, le risque n'est qu'une réalité potentielle. L'acquéreur veut acheter, mais il a besoin d'un crédit bancaire ; le vendeur veut vendre, mais il veut pouvoir racheter son bien. Dans un cas (condition suspensive), l'obligation est gelée ; dans l'autre (condition résolutoire), l'obligation est provisoirement exécutée.

Lorsque la condition s'accomplit ou défaille, l'obligation sera soit détruite, soit consolidée.

- L'obligation sera consolidée lorsque l'acquéreur obtient son crédit bancaire (condition suspensive accomplie) et lorsque le projet d'aéroport est abandonné (condition résolutoire défaillie).
- L'obligation sera détruite quand le prêt est refusé (condition suspensive défaillie) et quand le vendeur à réméré exerce sa faculté de rachat (condition résolutoire accomplie). Il faudra alors systématiquement distinguer entre actes de disposition (rétroactivement détruits) et acte de gestion (validés quand ils sont réalisés par le propriétaire provisoire).

La condition (licite) produit donc son effet (conformément à sa force obligatoire) : elle validera ou résoudra l'obligation. Et si la condition est illicite, son effet sur l'obligation ne sera pas moindre.

2/ La condition illicite : la nullité de la condition et donc de l'obligation

225. La **condition illicite** est soumise au droit commun de la nullité, dont le régime est prévu en droit du contrat. Lorsqu'une condition illicite est nulle, comme une clause du contrat peut l'être, sa nullité doit entraîner celle de l'obligation dans laquelle la condition s'intègre, puisqu'elle en est un élément essentiel. L'article 1304-1 c. civ.¹ affirme donc logiquement : « La condition doit être licite. À défaut, l'obligation est nulle ». La nullité intégrale de l'obligation n'est toutefois pas systématiquement prononcée, ni en droit du contrat, ni en régime général des obligations.

- En droit du contrat, la nullité d'une clause essentielle (clause relative au prix, à la condition) entraîne en principe la nullité intégrale du contrat. Mais la fiction de la clause réputée non écrite sanctionne par la nullité partielle une clause essentielle : le taux d'intérêt est une clause essentielle pour le banquier, mais le prêt sera maintenu quand le taux effectif global n'est pas correctement mentionné.
- En régime général des obligations, la solution de principe posée à l'article 1304-1 c. civ. coexistera pareillement avec des exceptions, qui conduiront à sanctionner la condition

¹ Art. 1304-1 c. civ. : « La condition doit être licite. A défaut, l'obligation est nulle. »

illicite par la nullité partielle. Seule la condition illicite sera annulée, sans affecter l'obligation (principale) : l'acquéreur qui impose comme condition résolutoire l'absence de construction d'un lotissement sur le terrain voisin et qui fait construire un lotissement sur le terrain voisin ne pourra pas se prévaloir de l'accomplissement de la condition résolutoire.

Le caractère illicite de la condition conduira donc en principe, et sauf exceptions, à détruire l'obligation sous-jacente (incluant la condition : nullité intégrale) ou seulement la condition (nullité partielle infligée comme sanction), sachant que, dans les deux cas, la condition est un élément essentiel de l'obligation.

– Lorsqu'un testament contient une condition illicite¹, comme une condition résolutoire imposant une clause de viduité (la bénéficiaire d'un legs rend l'argent d'elle se remarie : le donateur impose les regrets éternels²), la nullité de la seule condition signifie que le legs sera pur et simple. La veuve garde l'argent, et elle peut se remarier. La *nullité partielle* porte uniquement sur la condition et n'affecte pas l'obligation : l'obligation est revue et corrigée de sa condition (nocive)³ et devient pure et simple (sans condition résolutoire). Si la condition est illicite, la condition est nulle : l'obligation (contenant le legs) reste valide.

– Lorsqu'une obligation comporte une obligation potestative, par laquelle le débiteur de l'obligation (acquéreur de la maison, débiteur du prix) affirme qu'il paiera le prix qu'il dictera, l'annulation de la condition potestative ne peut qu'entraîner la nullité de l'obligation de payer le prix (faute de quoi le vendeur, créancier du prix, n'invoquerait jamais le vice).

Il faudra donc préciser le régime applicable à la condition illicite⁴, parce que la sanction de principe (la nullité de la condition et donc de l'obligation : art. 1304-1 c. civ.) connaîtra des exceptions (art. 1304-2 à -4 c. civ.). Lorsque le créancier de la condition dispose d'un pouvoir exclusif sur le contenu (prix fixé à sa création) ou sur l'accomplissement (décider du rachat dans la vente à réméré) de la condition, la condition n'en est pas systématiquement illicite pour autant. La condition n'est illicite que si :

- le débiteur de l'obligation bénéficie d'une condition potestative (a) ;
- le créancier de la condition suspensive ou résolutoire commet un abus de droit (b).

¹ Art. 900 c. civ. : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites ».

² Req., 18 mars 1867, D. 1867.1.332 ; Civ., 22 déc. 1896, DP 1898.1.537). Voir : Corinne Renault-Brahinsky, *Droit des personnes et de la famille*, 12^e éd., 2013, Lextenséditions, coll. Mémentos LMD, p. 131.

³ Art. 1184 al. 2 c. civ. : « Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien. » Voir : *Droit du contrat*, n°657 (nullité partielle).

⁴ Maxime Julienne, *Régime général des obligations*, LGDJ, Lextenso, 2022, 4^e éd., n°45, p.36

225-1. Le rôle de la volonté du créancier de la condition est seul envisagé. Les anciennes distinctions tenant au caractère possible ou casuel de la condition ont été abrogées en 2016.

Le caractère possible de la condition (suspensive comme résolutoire) n'est plus exigé, pour des raisons logiques. Comme l'affirme le rapport remis au président de la république, « L'article 1304-1 (...) abandonne en revanche, à l'instar de droits étrangers, l'exigence de possibilité, superflue, voire inopportune. En effet, si la condition suspensive porte sur une chose impossible, l'obligation qui en dépend ne peut prendre naissance, faute pour la condition de pouvoir se réaliser, et elle n'est donc pas nulle, et à l'inverse, lorsque la condition résolutoire est impossible, la condition ne s'accomplira pas et les effets du contrat ne seront pas remis en cause, sans qu'une nullité de l'obligation ne se justifie. »¹

La *condition casuelle ou mixte* ne dépend de la volonté d'aucune des parties à l'obligation. Ni le débiteur, ni le créancier ne peuvent déterminer l'évolution d'un indice de marché à terme : la vente soumise à condition suspensive d'un baril valant plus de 50\$ dans les trois mois est une condition (suspensive) objective. On peut sous-distinguer entre la condition casuelle² qui dépend uniquement du hasard (s'il pleut dans trois jours, l'excursion n'aura pas lieu : condition résolutoire) ou de la volonté d'un tiers³ et la condition mixte⁴ qui dépend partiellement de la volonté d'une partie et d'un tiers (si l'acquéreur potentiel obtient un prêt, il achète l'immeuble). L'obligation mixte signifie que la volonté de l'une des parties joue un rôle : il faut faire les démarches pour obtenir un prêt, mais la décision (d'octroyer le crédit) appartient au banquier.

a/ La condition potestative : la nullité de la condition illicite et de l'obligation

227. La **condition potestative** signifie que l'un des titulaires de l'obligation fixe à sa discrétion le contenu de la prestation, objet de l'obligation : l'article 1304-2 c. civ.⁵ parle de « condition dont la réalisation dépend de la seule volonté [...] » du bénéficiaire de la condition (créancier, donc). Le vendeur fixe unilatéralement le prix qu'il imposera à l'acquéreur (de sorte que l'on peut craindre pour le débiteur, acquéreur, un prix élevé) ; l'acquéreur prétend qu'il paiera le prix que bon lui semble (de sorte que l'on peut craindre pour le débiteur, vendeur, un prix dérisoire). La rédaction de l'article 1304-2 c. civ. possède un domaine d'application étroit : le texte parle d'une « condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur ».

¹ 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, JORF n°0035 du 11 février 2016 texte n° 25.

² Anc. art. 1169 c. civ. (1804) : « La condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur. »

³ Civ. 1^{ère}, 5 octobre 2016, n°15-25.459, Bull. ; revue AJ Famille 2016, p. 550, note Jérôme Casey ; Gaz. Pal. 2016, n° 43, p. 14, note Stéphane Valory ; revue Dr. fam. 2016, comm. 259, note Marc Nicod ; RJDA 2017, n° 57 : (abstrat) « Aucune disposition légale ne prohibe l'insertion, dans un testament, d'une condition faisant dépendre le droit d'un des héritiers dans la quotité disponible d'un événement qu'il est du pouvoir de l'autre de faire arriver ou d'empêcher. »

⁴ Anc. art. 1171 c. civ. (1804) : « La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers. »

⁵ Art. 1304-2 c. civ. : « Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. « Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause. »

En visant uniquement, sous l'obligation potestative illicite la « *seule volonté du débiteur* », l'article 1304-2 c. civ. affirme que le débiteur de l'obligation (celui qui doit exécuter la prestation au profit du créancier) bénéficie d'une condition potestative (en tant que créancier). Le débiteur ne s'engage à rien de tangible envers son créancier. Le transporteur professionnel, débiteur de l'obligation de transporter le colis, affirme qu'il n'est tenu à rien de concret envers le client : le colis¹ sera expédié ou non, et le client (créancier de la livraison, et qui subit la condition potestative) ne pourra se plaindre de rien. A priori, l'obligation de transporter sera fictive : l'intérêt du débiteur n'est jamais de s'appauvrir au profit d'un créancier².

La question se pose de savoir si la condition potestative est également illicite quand le *créancier de l'obligation fixe à sa discrétion le prix* que son débiteur devra payer. La position de la jurisprudence est attendue sur ce point.

- Pour rappel, on sait en droit du contrat que le créancier (du prix) peut le fixer unilatéralement en présence d'un contrat de distribution exclusive (tarif-fournisseur : art. 1164 c. civ.³) et d'un contrat de service (et 1165 c. civ.⁴). Mais le juge pourra octroyer une indemnisation au débiteur, victime d'un prix abusif. Le droit du contrat peut prévoir des solutions dérogeant au régime général ou l'illustrer.
- En régime général de l'obligation, l'obligation potestative conclue au profit du créancier est-elle viciée ? Non, si l'argument a contrario est utilisé (ce qui expliquerait la formulation restrictive utilisée à l'article 1304-2 : « de la seule volonté du débiteur ») ; oui, si l'argument analogique est employé (auquel cas l'article 1304-2 serait mal rédigé).

¹ Com., 22 oct. 1996, *Chronopost*, n° 93-18632, Bull. n° 261 ; D. 1997, p.147, note Christian Larroumet ; D. 1997, p.121, note Alain Sériaux ; Contrats, conc., consom. févr. 1997, p. 9, note Laurent Leveneur ; RTD civ. 1997, p. 419, obs. Jacques Mestre ; Defrénois 1997, art. 36516, n°20, p.333, obs. Denis Mazeaud ; JCP 1997, I, n° 4025, obs. Geneviève Viney, n° 17; adde RTD civ. 1998, p. 213, note Nicolas Molfessis ; JCP 1998, p.152, J.-P. Chazal : (abstrat) « Doit être réputée non écrite la clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de transport fixant l'indemnisation du retard au montant du prix du transport, dès lors que le transporteur, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, qui s'était engagé à livrer le pli de l'expéditeur dans un délai déterminé, avait, en ne livrant pas dans ce délai, manqué à cette obligation essentielle dont la clause contredit la portée ».

² Soc., 9 mai 2019, n° 17-27.448, Bull. ; JCP 2019, éd. S, Act., n° 206, et II, 1178, note Michel Morand ; RJS 2019, n° 430 : (abstrat) « Une clause du contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, qu'elle ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels. » (nullité de la clause de variation de salaire dépendant de la seule volonté de l'employeur).

³ Art. 1164 c. civ. : « 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. »

⁴ Art. 1165 c. civ. : « 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. »

Il existe donc un doute sur le domaine d'application de l'obligation potestative illicite. Toujours est-il que l'obligation potestative est viciée : elle contient une prestation potentiellement fictive (quand le débiteur décide de son contenu à sa discrétion), voire une prestation potentiellement excessive (si le créancier peut décider de son contenu à sa discrétion).

228. La sanction de l'obligation potestative illicite est la **nullité de l'obligation**. Plus précisément, la nullité intégrale prévue est une nullité relative.

La nullité de la condition potestative illicite entraîne la *nullité intégrale* de l'obligation. La solution est logique, car l'annulation de la seule condition potestative interdirait d'identifier un élément essentiel de l'obligation.

- Si la clause relative au prix (dicté à sa guise par le débiteur voire le créancier) est annulée, le contrat de vente sera dépourvu d'un élément essentiel : une vente sans prix convenu n'est pas une vente. L'objet est indéterminé (au sens de l'article 1128 c. civ.¹ et 1163 al. 3 c. civ.²), solution admise en jurisprudence (avant 2016³).
- Si la condition potestative porte sur la volonté du vendeur (je vends, si je le veux encore), la vente définitive n'est pas conclue, puisque la rencontre de volontés (fermes) n'a pas eu lieu. Si l'employeur modifie à sa guise les obligations du salarié, le caractère contractuel de la modification est absent⁴.

La nullité encourue est relative. Selon l'article 1304-2 al. 2 c. civ. : « Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause. »

- L'obligation « exécutée en connaissance de cause » signifie que le créancier a renoncé à invoquer le vice, par la technique de l'exécution volontaire. Recevoir (volontairement) paiement est une *modalité (tacite) de confirmation* : le vice de potestativité, qui protège l'intérêt privé du créancier (ou du débiteur), peut faire l'objet d'une renonciation ou d'une confirmation. Si le créancier (chargé de défendre ses propres intérêts) a considéré

¹ Art. 1128 c. civ. : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : [...] 3° Un contenu licite et certain. »

² Art. 1163 al. 3 c. civ. : « La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire. »

³ Com., 19 nov. 1996, n°94-14.530, Bull. n°275 ; Dalloz 1997.609, note A. Zelcevic-Duhamel : « (...) la répartition des films entre les séries " n'obéit à aucune logique et laisse ainsi à la société DPM la définition discrétionnaire de l'objet de la convention, en lui permettant de répartir, à sa guise, entre les séries, les films donnés en location, à des rémunérations différentes " ». Le litige portait sur le mode de répartition des cassettes en fonction de leur genre, de leur notoriété, de leur date de sortie. Le distributeur reprochait au fournisseur de qualifier arbitrairement le genre des cassettes louées, de sorte que l'objet de la prestation devenait purement potestatif.

⁴ Soc., 14 novembre 2018, n° 17-11.757, Bull. ; JCP 2018, éd. S, Act., n° 367 ; RJS 2019, n° 10 : (abstrat) « Une clause du contrat de travail ne peut permettre à l'employeur de le modifier unilatéralement. » Voir : *Droit du contrat*, n°407-1 et 409 et suiv.

que l'exécution proposée et effectuée par le débiteur (qui pouvait ne rien faire) est finalement satisfaisante, l'obligation (viciée) est désormais validée.

– L'obligation potestative illicite ne heurte pas l'ordre public impératif¹ : la circulation d'une obligation fictive ne porte pas atteinte au marché, mais à un intérêt privé. Il en va de même pour les obligations portant des prestations excessives.

229. La **nullité de la condition potestative** entraîne donc la nullité intégrale de l'obligation (dans laquelle la condition illicite est insérée). C'est le régime de principe, fixé à l'article 1304-1 c. civ. : la condition illicite interdit à l'existence de l'obligation.

b/ L'abus de droit commis par le créancier de la condition suspensive ou résolutoire :
la nullité de la seule condition illicite

230. L'**abus de droit commis par le créancier de la condition suspensive ou résolutoire** sera sanctionné par la nullité partielle, à savoir la nullité de la seule condition (art. 1304-3 et -4 c. civ.²).

– En régime général des obligations, le but (illicite) d'une partie à l'obligation n'est pas considéré (comme il l'est en droit du contrat : art. 1162 c. civ.). Mais le comportement du créancier d'une condition suspensive ou résolutoire peut être objectivement illicite.

– En présence d'un abus de droit, une prérogative (licite) est exercée dans un but illicite. En l'espèce, la condition (suspensive ou résolutoire) est objectivement licite (contrairement à la condition potestative).

La volonté exclusive du créancier de la condition (suspensive ou résolutoire) n'est pas systématiquement illicite.

– On sait que, dans la vente à réméré, le créancier de la condition résolutoire exerce discrétionnairement son choix de racheter ou non l'immeuble qu'il a vendu. La condition résolutoire est discrétionnaire et licite.

¹ Contrairement à ce que suggérait Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (1762), Seuil, p. 178 : « Renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs. Il n'y a nul dédommagement possible pour quiconque renonce à tout. Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l'homme ; et c'est ôter toute moralité à ses actions que d'ôter toute liberté à sa volonté. Enfin c'est une convention vaine et contradictoire de stipuler d'une part une autorité absolue et de l'autre une obéissance sans bornes. N'est-il pas clair qu'on n'est engagé à rien envers celui dont on a le droit de tout exiger, et cette seule condition, sans équivalent, sans échange, n'entraîne-t-elle pas la nullité de l'acte ? »

² Art. 1304-3 c. civ. : « La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement. « La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt. »

- Dans une vente à l'essai¹, le créancier (de la condition suspensive) sera seul juge du caractère concluant ou non de l'essai.

La *volonté du créancier de la condition* sera, en revanche, illicite, lorsqu'il est directement à l'origine de l'accomplissement ou de la défaillance de la condition.

- Lorsque l'acquéreur s'engage (de manière ferme et définitive), sous la condition suspensive d'obtenir un prêt, il doit effectuer les démarches nécessaires, au moins auprès d'une (unique) banque, pour solliciter un prêt : provoquer la défaillance de la condition suspensive par la carence du créancier de la condition est illicite.
- Lorsque l'acquéreur d'un immeuble pose une condition résolutoire pour échapper à un risque (absence de construction sur un fonds voisin faisant perdre l'ensoleillement, obtention d'un permis de construire ...), il y aura faute, lorsque l'acquéreur provoque l'accomplissement de la condition (en faisant construire un bâtiment sur le fonds voisin faisant perdre l'ensoleillement ; en s'abstenant de solliciter un permis de construire ...).

La *sanction* de la condition dont l'exercice est illicite est prévue à l'article 1304-3 c. civ.².

- Selon l'alinéa 1^{er}, « La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement » : si l'acquéreur sous condition suspensive de l'obtention d'un permis de construire n'a pas sollicité de permis, la condition est réputée accomplie (le permis de construire est réputé obtenu) : la vente peut donc avoir lieu. De même, si le prêt n'a pas été sollicité.
- Selon l'aliéna 2, « La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt. » L'acquéreur avait posé comme condition résolutoire l'absence de construction dans la zone, mais il construit un lotissement : la condition résolutoire est réputée défaillie (on supposera donc que le lotissement n'existe pas).

Selon l'article 1304-3 c. civ., l'abus de droit du créancier (d'une condition suspensive ou résolutoire) est donc sanctionné par la nullité de la condition : et non pas celle de l'obligation.

¹ Art. 1588 c. civ. : « La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive. » Voir : Portalis, *Présentation au corps législatif du contrat de vente*, in Fenet, tome 14, p.114 : « Nous avons dit qu'il est de l'essence du contrat de vente que les parties soient d'accord sur la chose et sur le prix ; mais comment cet accord pourrait-il exister s'il n'était intervenu sur une chose déterminée et un prix certain ? ». Cette question de l'accord se pose donc dans la vente à l'essai : « 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 pas de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées, parce que, jusqu'à cette époque, il n'y a pas même un véritable consentement de sa part ».

² Art. 1304-3 c. civ. : « La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement. « La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt. »

231. Les modalités de la **renonciation (par le créancier) à la condition** sont fixées à l'article 1304-4 c. civ.¹. Le créancier de la condition peut y renoncer, mais il doit agir en temps utile. Le créancier (de la condition résolutoire : acquéreur de l'immeuble, sous réserve de l'absence d'aéroport) doit être en mesure de gérer le risque (de dépréciation portant sur la prestation).

Si l'évolution des prix de l'immobilier conduit le créancier (de la condition résolutoire) à bénéficier d'une plus-value immobilière (à comparer avec la restitution du nominal du prix : nominalisme monétaire, infra), ce dernier doit savoir renoncer à temps à la condition résolutoire. Lorsque le risque visé par la condition a disparu (le prêt a été refusé à l'acquéreur qui avait posé une condition suspensive, mais il dispose des fonds pour payer) ou est advenu (la décision de construire l'aéroport est adoptée), il est trop tard.

Selon le rapport remis au président de la république, « L'article 1304-4 consacre quant à lui la règle jurisprudentielle selon laquelle la partie dans l'intérêt exclusif de laquelle la condition a été stipulée, peut y renoncer tant que celle-ci n'est pas accomplie. Il en résulte a contrario qu'une renonciation ne peut intervenir après la défaillance de la condition suspensive, ce qui met fin à la controverse doctrinale et aux incertitudes jurisprudentielles sur ce point. L'ordonnance privilégie ici une conception classique et objective de la condition : le contrat est automatiquement anéanti lorsque défaille la condition suspensive, afin d'éviter la remise en question du contrat bien après cette défaillance. Bien sûr, la partie qui avait intérêt à la condition pourra toujours y renoncer après cette défaillance si elle obtient l'accord de son cocontractant. »

232. La **condition illicite** est donc diversement sanctionnée, comme en droit des contrats.

En principe, la nullité de la condition illicite doit entraîner la nullité de l'obligation. La solution est affirmée à l'article 1304-1 c. civ.² : « La condition doit être licite. À défaut, l'obligation est nulle ». Effectivement, en présence d'une condition objectivement illicite, comme l'est la condition potestative, il faudra annuler intégralement l'obligation : le plus souvent, un élément essentiel fait défaut.

Exceptionnellement, la nullité de la seule condition sera prononcée, en présence d'un abus de droit. La condition (suspensive ou résolutoire) est objectivement licite, mais elle est exercée de manière illicite : le créancier de la condition commet une faute volontaire, un abus de droit. Le droit cesse là où l'abus commence : en droit de la responsabilité civile comme en régime général des obligations.

(233- à 239. : réservés)

¹ Art. 1304-4 c. civ. : « Une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie ou n'a pas défailli. »

² Art. 1304-1 c. civ. : « La condition doit être licite. A défaut, l'obligation est nulle. »

III / L'obligation à terme : le risque affectant la durée de la prestation

240. Le **terme** est un événement futur dont la réalisation est certaine (contrairement à la condition). Il entraînera la disparition (terme extinctif) ou la naissance (terme suspensif) de l'obligation. Le terme, de durée connue ou inconnue, rend la prestation complexe car sa force obligatoire doit prendre en compte un paramètre spécifique, la durée de la prestation.

Le *terme extinctif* a pour fonction de limiter dans le temps l'obligation : l'obligation prendra fin à une date connue (l'emprunt doit être remboursé en intégralité, intérêts compris, le 3 avril 2030¹ ; le contrat conclu à durée déterminée prendra fin au 1^{er} novembre prochain² ou cinq ans après la conclusion du contrat³), ou à une date inconnue mais certaine (en présence d'une rente viagère, le décès du crédit-rentier ou de l'usufruitier entraînera l'extinction de l'obligation). Le régime juridique du terme extinctif ne présente pas de véritable difficulté, et c'est la raison pour laquelle le législateur n'en traite pas. On précisera simplement que le terme extinctif à date ou durée connue affecte peu la valeur de l'obligation (sachant que la survenance du terme n'est pas susceptible de suspension⁴). En revanche, le terme extinctif à durée ou date inconnue affecte davantage la valeur de l'obligation : plus la durée de vie du créancier (ou de l'usufruitier) s'allonge, plus l'acquéreur en viager fait une mauvaise affaire. Le terme extinctif à date inconnue (ainsi, le contrat conclu à durée indéterminée⁵) signifie que le contrat est précaire : en droit du contrat⁶ (art. 1210 et suiv. c. civ.), la durée déterminée donne lieu à une législation impérative.

Avec le *terme suspensif*, le seul dont traite le législateur aux articles 1305 à 1305-5 c. civ., l'obligation ne naîtra que lorsque le terme surviendra. Selon l'article 1305 c. civ. : « L'obligation est à terme lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain,

¹ Civ. 3^e, 6 septembre 2018, n°17-21.155, Bull. ; RD imm. 2018, p. 552, note Bernard Boublil ; Ann. loyers, novembre 2018, p. 92, note Julien et Michel Zavaro : « Le contrat d'entreprise prend fin à la réception de l'ouvrage, avec ou sans réserves. »

² Le contrat de société établit ainsi une durée au terme de laquelle la société sera dissoute de plein droit. Voir : Com., 13 septembre 2017, n°16-12.479, Bull. ; D. 2017.1833 ; Bull. Joly sociétés 2017, p. 594, note Jean-François Barbiéri : (abstrat) « En l'absence de toute prorogation expresse, décidée dans les formes légales ou statutaires, un groupement agricole d'exploitation en commun est dissous de plein droit par la survenance du terme, de sorte qu'il ne peut plus alors être valablement prorogé. »

³ Dans un contrat d'association (contrat d'indivision), les indivisaires peuvent convenir de maintenir l'indivision pendant un délai maximal de cinq ans (art. 1873 c. civ. : « La convention peut être conclue pour une durée déterminée qui ne saurait être supérieure à cinq ans. Elle est renouvelable par une décision expresse des parties. Le partage ne peut être provoqué avant le terme convenu qu'autant qu'il y en a de justes motifs. (...) »).

⁴ En conséquence, quand un salarié demande sa mise à la retraite avec un préavis (terme extinctif à date connue), et qu'ultérieurement le contrat de travail d'un salarié est suspendu (en raison d'un accident du travail), le contrat de travail prendra fin lors de la survenance du terme extinctif. Voir : Soc., 25 mai 2016, n°15-10.637, Bull. ; JCP éd. S 2016, II, n°1254, note Émeric Jeansen ; D. 2016, p.1589, note Emmanuelle Wurtz : (abstrat) « (...) la rupture du contrat de travail résultait d'une volonté claire et non équivoque du salarié de partir à la retraite le 31 décembre 2010,(...) ce salarié n'ayant pas exécuté son préavis en raison de l'accident du travail dont il a été victime, l'employeur qui n'a pas procédé à un report de la prise d'effet de la retraite doit être considéré comme ayant mis d'office le salarié à la retraite et ainsi résilié unilatéralement le contrat de travail. »

⁵ Art. 1211 c. civ. : « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable. »

⁶ *Droit du contrat*, n°460 et suiv.

encore que la date en soit incertaine. » La livraison de la marchandise (prestation) est suspendue pendant trois mois ; le versement du legs aura lieu au décès du testateur¹. Autrement dit, l'obligation est encore latente. Tant que dure le terme suspensif, l'obligation existe mais elle ne produit aucun effet.

Le plus souvent, le terme suspensif est donc un moratoire (1) : le débiteur économique bénéficie d'un délai de paiement avant que l'obligation ne devienne exigible. Mais il faut que le débiteur demeure fiable : en cas de déloyauté, il subira la déchéance du terme (suspensif) (2).

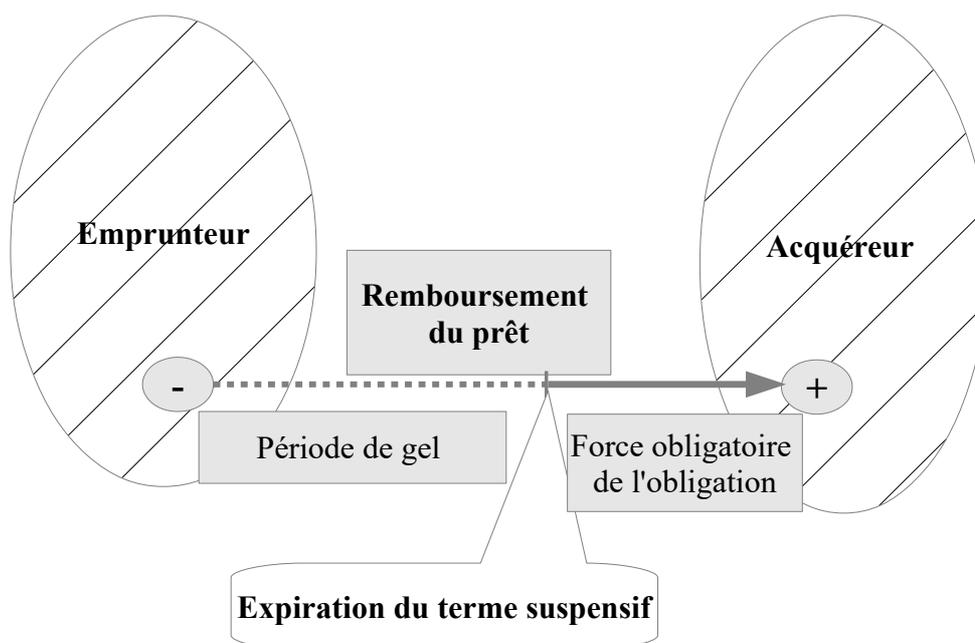
1/ Le terme suspensif : un gel de l'exigibilité de l'obligation

241. Le **terme suspensif** a pour objet de geler l'obligation, pendant une certaine durée, qui sera éventuellement tacite. Tant que la situation est gelée, aucune prescription ne court. La fonction du terme suspensif est le plus souvent un bénéfice au profit du débiteur de l'obligation : il bénéficie d'un délai de paiement (schéma 3.6).

¹ Le legs est une disposition à cause de mort : le bien légué ne sera transmis qu'à cause de mort.

Schéma
3.6

Terme suspensif



La *durée du terme* est normalement expressément prévue, qu'il s'agisse d'une obligation de source contractuelle (la vente avec livraison immédiate des marchandises est payable à 90 jours) ou légale (le délai accordé par la sécurité sociale pour verser les cotisations sociales). Mais le terme contenant une durée tacite, visé à l'article 1305-1 al. 1^{er} c. civ.¹, est admis :

- le débiteur remboursera la somme d'argent quand il le pourra (art. 1900 c. civ.²) ;
- le prêteur récupère la chose prêtée après le travail à effectuer (art. 1888 c. civ.³) ;
- la caution paiera le solde débiteur du compte quand le compte sera clôturé⁴.

¹ Art. 1305-1 c. civ. : « Le terme peut être exprès ou tacite.

« A défaut d'accord, le juge peut le fixer en considération de la nature de l'obligation et de la situation des parties. »

² Le contrat de prêt conclu sans terme explicite conduira le juge à le fixer « suivant les circonstances ». Art. 1900 c. civ. : « S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances. » ; art. 1901 c. civ. : « S'il a été seulement convenu que l'emprunteur payerait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de paiement suivant les circonstances. »

³ Art. 1888 c. civ. : « 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. »

Ce terme tacite manque évidemment de précision : à défaut d'accord entre les parties (le débiteur veut bénéficier d'un délai supplémentaire, le créancier veut être remboursé immédiatement), le juge fixera sa durée¹, solution prévue à titre général par l'article 1305-1 al. 2 c. civ.². Techniquement, le juge impose une adaptation mineure (et non pas une révision judiciaire, supposant une modification portant sur un élément majeur du contrat)³.

Comme le terme suspensif a pour effet de geler l'exécution, le débiteur peut alors être tenté d'estimer que ce gel pourrait créer une situation acquise pour lui. Un créancier négligeant de recouvrer un loyer pendant plus de cinq ans subira la perte de son titre (par la prescription extinctive : infra). Le terme suspensif *interdit à la prescription de courir*, solution affirmée à l'article 2233 c. civ.⁴ : la solution est logique, dans la mesure où le créancier de l'obligation attend normalement l'expiration du terme pour réclamer l'exécution de la prestation⁵. Même en présence d'un délai de forclusion (établi pour une durée de vingt ans à compter de la naissance de l'obligation par l'article 2232 c. civ.⁶), la prescription de l'obligation à terme est suspendue (tant que la victime de l'accident n'est pas consolidée). En présence d'un terme suspensif, aucun acte interruptif de prescription extinctive n'a à être accompli par le créancier. Le terme suspensif gèle simplement la situation : il ne la supprime pas, quelle que soit la durée du terme.

Le respect de la durée du terme s'impose alors aux parties. Selon l'article 1305-2 c. civ. : « 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. » Le délai de paiement, soumis à la force obligatoire de l'obligatoire, permet à l'emprunteur

⁴ Com. 13 déc. 2016, n° 14-16.037, D. 2017. 5 ; Pierre Crocq, *Chronique de droit des sûretés août 2016 - août 2017*, D. 2017. 1996 ; RTD civ. 2017. 196, obs. P. Crocq ; Dr. et patr. mai 2017. 92, obs. A. Aynès ; Rev. proc. coll. 2017. Comm. 27, obs. C. Gijbers, et 64, obs. F. Reille ; Gaz. Pal. 21 févr. 2017, p. 32, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; Act. proc. coll. 2017. 30, obs. F. Petit ; Banque et Droit mars-avr. 2017. 33, obs. T. Bonneau : « le compte courant d'une société étant clôturé par l'effet de sa liquidation judiciaire, il en résulte que le solde de ce compte est immédiatement exigible de la caution ».

¹ Civ. 3^e, 29 septembre 2016, n°15-18.238, Bull. ; D. 2016, somm., p. 2002, et chron. p. 2239, note Valérie Georget : « Lorsque le devis ne mentionne aucun délai d'exécution, l'entrepreneur doit effectuer les travaux dans un délai raisonnable dont le point de départ est la date du devis ».

² Art. 1305-1 al. 2 c. civ. : « A défaut d'accord, le juge peut le fixer en considération de la nature de l'obligation et de la situation des parties. »

³ En conséquence, il y a accord sur l'essentiel, et donc contrat définitif, lorsque les parties ne précisent pas la durée pour laquelle la brouette est prêtée.

⁴ Art. 2233 c. civ. : « La prescription ne court pas : 1° A l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive ; 2° A l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu ; 3° A l'égard d'une créance à terme, jusqu'à ce que ce terme soit arrivé. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 11 févr. 2016, n° 14-27.143, D. 2016. 870, note M. Lagelée-Heymann, 2305, obs. D. R. Martin, et 2017. 539, obs. H. Aubry ; AJDI 2016. 445, obs. G. Valdelièvre ; RDI 2016. 269, obs. H. Heugas-Darraspen ; RTD civ. 2016. 364, obs. H. Barbier : « (...) à l'égard d'une dette payable par termes successifs, la prescription se divise comme la dette elle-même et court à l'égard de chacune de ses fractions à compter de son échéance, de sorte que, si l'action en paiement des mensualités impayées se prescrit à compter de leurs dates d'échéance successives, l'action en paiement du capital restant dû se prescrit à compter de la déchéance du terme, qui emporte son exigibilité ».

⁶ Art. 2232 c. civ. : « Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. « Le premier alinéa n'est pas applicable dans les cas mentionnés aux articles 2226, 2227, 2233 et 2236, au premier alinéa de l'article 2241 et à l'article 2244. Il ne s'applique pas non plus aux actions relatives à l'état des personnes. »

de ne payer qu'aux échéances initialement convenues (sous réserve du paiement par compensation à raison d'une dette certaine et proche de l'exigibilité : infra) ; mais l'emprunteur peut effectuer un remboursement anticipé.

242. Le **régime du paiement anticipé** dépend de l'intérêt de celui qui profite du terme suspensif. Selon l'article 1305-3 al. 2 c. civ.¹, « La partie au bénéfice exclusif de qui le terme a été fixé peut y renoncer sans le consentement de l'autre. » Le plus souvent, le terme suspensif bénéficie au débiteur économique ; mais le terme suspensif peut également profiter au créancier économique, voire aux deux parties : l'intérêt en présence permettra de préciser le statut juridique de la modification de la durée du terme. Trois cas de figures peuvent ainsi être distingués :

- le plus souvent, le terme suspensif établit un moratoire au profit du débiteur de l'obligation. Le débiteur peut unilatéralement *renoncer au bénéfice du terme*, en réalisant un paiement anticipé. Ce remboursement anticipé d'un emprunt aura pourtant une incidence envers le prêteur, quand un intérêt est prévu. Légalement, la banque ne peut pas refuser le remboursement anticipé : les parties peuvent néanmoins convenir du versement d'une indemnité de résiliation anticipée au profit du prêteur ; dans le silence du contrat de prêt, l'emprunteur ne verse aucun frais². La renonciation du débiteur au terme suspensif modifie l'obligation et elle s'éteint définitivement : l'emprunteur ne peut pas récupérer la chose (ou la somme d'argent) s'il regrette son paiement anticipé (art. 1305-2 c. civ.³).
- Le terme établi en faveur du créancier de l'obligation ne donne lieu à restitution anticipée que si le créancier le demande. Ainsi, le contrat de dépôt (contrat de garde-meuble, somme d'argent déposée à la banque sur un compte courant) est conclu en faveur du déposant (créancier de la restitution) : le déposant (créancier) peut récupérer sa chose déposée quand il le veut. Mais le dépositaire ne peut pas imposer à son cocontractant une restitution anticipée de la chose.

¹ Art. 1305-3 c. civ. : « 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.

« La partie au bénéfice exclusif de qui le terme a été fixé peut y renoncer sans le consentement de l'autre. »

² Conformément au principe consensualiste, le silence du contrat ne sera doté d'aucune signification, ni tacite ni implicite. Voir : Civ. 1^{ère}, 24 avril 2013, n°12-19.070, Bull. n°87.

³ Art. 1305-2 c. civ. : « 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. »

- Si le terme est établi dans l'intérêt des deux parties¹, il faudra une révision mutuellement consentie pour que le terme de l'obligation (ou du contrat : art. 1193 c. civ.²) soit modifié. La clause établissant le versement à terme de la prestation devient une clause essentielle : le changement est majeur, et suppose l'accord mutuel des parties à l'obligation. En droit financier, le respect du terme est essentiel pour chaque opérateur, car chacun anticipe une évolution différente des prix entre la valeur acquise (prix en inflation) et la valeur cédée (prix en déflation)³.

Le régime de la renonciation au bénéfice du terme impose donc d'identifier l'*intérêt protégé* pour connaître le statut de cette faculté unilatérale modifiant le contrat : si le terme est un bénéfice unilatéral pour l'un (le débiteur) ou l'autre (le créancier), la renonciation sera une modification mineure de l'obligation : l'autre prendra acte de sa modification en étant informé par l'un de ce changement mineur. Si le terme est un bénéfice mutuel pour les parties, c'est alors un changement majeur, supposant une révision mutuellement convenue.

242-1. Le terme suspensif conduit à établir un **moratoire** : l'exécution de l'obligation est suspendue pendant un certain délai.

La loi impose parfois un tel moratoire, notamment en cas de circonstances exceptionnelles⁴. C'est une technique de gestion de la dette, destinée à permettre à des catégories de débiteurs de faire face à des circonstances exceptionnelles. La crise du porc, en juillet 2015, a conduit le gouvernement français à établir un moratoire dans la perception des cotisations sociales des éleveurs de porcs. Ces mesures sont pratiquées de longue date, depuis l'Antiquité⁵.

Le moratoire judiciaire (infra) est également utilisé afin de traiter les difficultés de paiement d'un débiteur : le juge peut imposer au créancier un délai de deux ans, selon l'article 1343-5 c. civ.⁶. C'est le *délai de grâce* qui

¹ La vente conclue à terme suspensif permet à l'acquéreur de financer son acquisition et au vendeur d'accomplir une condition (obtenir un permis de construire). L'un et l'autre ont alors intérêt au respect du terme.

² Art. 1193 c. civ. : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. »

³ Voir les développements substantiels de Rémi Pellet, *Droit financier public. Monnaies, banques centrales, dettes publiques*, 2014, Puf, coll. Thémis droit, p.595. L'auteur retrace l'histoire des marchés de produits dérivés, et conclut que la « spéculation » se transforme en technique d'assurance contre certains risques, ce qui explique pourquoi ces marchés « ne donnent plus lieu à l'échange réel de marchandises ». Les opérations à terme sont alors soldées par compensation (infra).

⁴ La loi du 11 déc. 1963 a établi un moratoire au profit des rapatriés d'Algérie.

⁵ Voir : David Graeber, *Dettes, 5.000 ans d'histoire* (2011), éd. Les liens qui libèrent, trad. Fr. et Paul Chelma.

⁶ Art. 1343-5 c. civ. : « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues.

« Par décision spéciale et motivée, il peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

« Il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

« La décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge.

« Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

« Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux dettes d'aliment. »

impose une révision judiciaire du contrat. Cette atteinte à la force obligatoire de l'obligation s'explique uniquement par les difficultés que traverse le débiteur : l'exécution forcée est suspendue.

(243. et 244. : réservés)

2/ La déchéance du terme (suspensif) : la sanction du débiteur non fiable

245. La **déchéance du terme** (prévue à l'article 1305-4 c. civ.¹) est une modification de l'obligation initialement convenue qui impose au débiteur de rembourser immédiatement toutes les échéances futures. C'est une sanction qui frappe le débiteur non fiable : en raison de son comportement, il ne mérite plus de bénéficier de la confiance de son créancier. Cette mesure est grave pour le débiteur : il devra trouver immédiatement les ressources pour payer (chose difficile à faire quand les fonds empruntés ont été employés : il faut vendre immédiatement le logement, la machine achetée ..., et peut-être pas au meilleur prix). La mesure est également prévue en droit du contrat (art. 1225 et suiv. c. civ.², relatifs à la résolution) et en régime général des obligations.

En *droit du contrat*, la résolution est une des options que prendra le contractant confronté à l'inexécution dont son cocontractant est l'auteur. Le contractant n'estime n'avoir plus besoin du contrat, en raison du manquement grave commis par l'autre. Trois cas de figure sont prévus :

- Parfois, les parties conviennent explicitement du degré d'exigence qui s'impose au contractant (clause résolutoire expresse). Cette clause expresse, fréquente dans les contrats de cession³ ou de prêt⁴, notamment conclus entre professionnels, signifie que le paiement en temps et en heure est de rigueur pour le débiteur : le moindre retard de paiement à une échéance entraînera l'exigibilité immédiate de toutes les échéances futures. Cette rigueur envers le débiteur est une garantie contractuelle pour le créancier, lequel craint implicitement qu'une défaillance en entraîne une autre, de sorte qu'il est préférable de solder la situation au plus vite. Cette clause contractuelle (valable sauf

¹ Art. 1305-4 c. civ. : « Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation. »

² Art. 1225 c. civ. : « La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. « La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire. »

³ La cession d'un fonds de commerce peut conduire le vendeur (cédant) à accepter un paiement échelonné : la clause de déchéance du terme garantit une résolution immédiate si l'acquéreur manque de fiabilité.

⁴ Civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, n° 16-18.418, Bull. ; RD bancaire et financier 2017, comm. 156, note Nicolas Mathey : (abstrat) « Si le contrat de prêt d'une somme d'argent peut prévoir que la défaillance de l'emprunteur non commerçant entraînera la déchéance du terme, celle-ci ne peut, sauf disposition expresse et non équivoque, être déclarée acquise au créancier sans la délivrance d'une mise en demeure restée sans effet, précisant le délai dont dispose le débiteur pour y faire obstacle. »

exception¹⁾) imposera donc au débiteur de veiller scrupuleusement à l'exécution de son obligation.

- La seconde catégorie de clause résolutoire est tacite : dans le silence du contrat, il est tacitement convenu qu'un manquement grave communément tenu comme tel entraîne une perte de confiance de la part de l'autre (clause résolutoire tacite).
- En cas de doute, et en tout état de cause, un contractant peut toujours saisir le juge, pour qu'il ordonne la résolution (résolution judiciaire).

En droit du contrat (art. 1225 c. civ.), le contractant non fiable ou malhonnête subira la déchéance du terme : toutes les échéances futures du prêt deviennent immédiatement exigibles².

En *régime général des obligations*, la déchéance du terme suit une logique comparable à la clause résolutoire prévue en droit du contrat. Il s'agira d'établir ce qu'est, selon la loi, un manquement grave commis par un débiteur (quelconque : contractant ou non) et préciser l'étendue de la sanction (déchéance du terme), lorsque le débiteur non fiable appartient à un groupe (solidaire).

245-1. La déchéance du terme n'est, en revanche, pas une sanction, mais la conséquence logique de la disparition de la personnalité morale d'une société faisant l'objet d'une **liquidation judiciaire**. Lorsque le débiteur professionnel est en procédure collective (et plus précisément en liquidation judiciaire³), toutes les dettes dues à terme deviennent immédiatement exigibles (puisque la liquidation judiciaire a vocation à apurer entièrement le passif).

Selon Civ. 1^{ère}, 3 juin 2015⁴, à titre supplétif de volonté la clause de déchéance du terme suppose une mise en demeure du créancier, précisant le délai dont dispose le débiteur (non commerçant) pour y faire obstacle (en exécutant). Une clause expresse contraire est possible, en présence d'un débiteur non commerçant.

246. En régime général des obligations, la déchéance du terme est encourue lorsque le débiteur devient **objectivement non fiable** aux yeux du créancier. Selon l'article 1305-4 c. civ.⁵, le débiteur encourt la déchéance du terme, lorsque le droit au paiement du créancier est objectivement altéré.

¹ Lorsque le débiteur professionnel est en procédure de sauvegarde, « le jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé. Toute clause contraire est réputée non écrite. » : art. 622-29 c. com. Voir aussi : Civ. 3^e, 21 décembre 2017, n°16-10.583, Bull. ; revue Administrer, janvier 2018, p. 46, note Jehan-Denis Barbier : « La mise en œuvre d'une clause de résiliation de plein droit d'un bail commercial ne peut résulter que d'un acte extrajudiciaire. »

² *Droit général du contrat*, n°921 et suiv.

³ La déchéance du terme est légale, lorsque le débiteur professionnel fait l'objet d'une procédure collective de liquidation judiciaire, « Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues » : art. 643-1 c. com. La solution est logique : perdant sa personnalité morale, le débiteur doit être liquidé.

⁴ Civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n° 14-15.655, Bull. ; D. 2015. Jur. 1677, note G. Poissonnier.

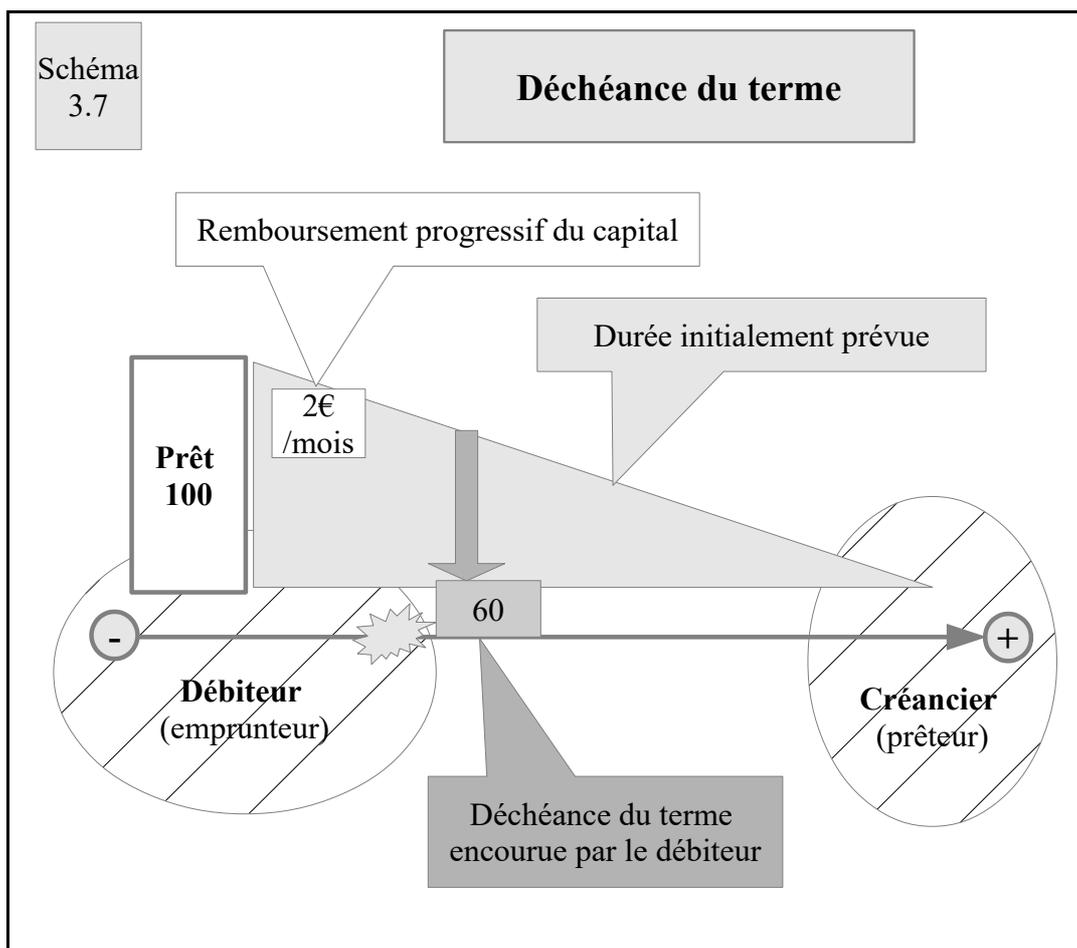
⁵ Art. 1305-4 c. civ. : « Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation. »

L'altération de la garantie a lieu lorsque la valeur des sûretés existantes est réduite ou lorsque le débiteur ne fournit pas les sûretés promises.

– La *diminution des sûretés* signifie que la garantie d'un paiement de substitution (en cas d'impayé du débiteur) ne correspond plus à ce qui avait été initialement convenu. La caution qui garantit le débiteur est devenue insolvable (de sorte qu'elle ne sera plus en mesure de payer, en cas de défaillance du débiteur). Les véhicules gagés ont été volés ou détruits. Le créancier dispose donc d'un titre (la créance garantie) dont la valeur est diminuée (en raison de la disparition des sûretés).

– Si le débiteur ne *fournit pas les sûretés promises* (nouveau cas depuis l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016), l'attente légitime du créancier sera trompée. La promesse sera violée lorsque le débiteur ne se présente pas chez le notaire pour signer l'hypothèque contractuelle (contrat solennel) ou lorsque la caution ne tient pas parole en signant le contrat de cautionnement. Dans un cas le débiteur est fautif, dans l'autre un tiers l'est. Objectivement, le débiteur devient non fiable.

La déchéance du terme signifie que l'obligation prend fin de manière anticipée. Il y aura donc résiliation, lorsque la valeur des sûretés est diminuée (en cours d'exécution de l'obligation garantie) ou résolution, lorsque, après la conclusion du prêt (mais avant le versement des fonds), la sûreté promise n'est pas fournie. Le débiteur devient objectivement non fiable : le créancier en tirera alors la conséquence.



247. L'effet de la déchéance du terme affecte uniquement la **relation personnelle** entre le créancier et son débiteur fautif. Or, le débiteur peut également appartenir à un groupe (solidaire). L'article 1305-5 c. civ. contient une précision, qui reprend la jurisprudence, en délimitant l'*impact du manquement du débiteur sur les tiers* : « La déchéance du terme encourue par un débiteur est inopposable à ses coobligés, même solidaires. »

Si le débiteur est seul, la déchéance du terme produit le même effet qu'en droit du contrat. Une obligation à exécution successive correctement exécutée dans le passé est validée (art. 1229 al. 3 c. civ.¹) ; en revanche, les échéances futures deviennent toutes exigibles, puisque le débiteur n'est plus digne de confiance, et que le terme avait été établi uniquement dans son intérêt. L'effet est celui d'une résiliation. L'obligation ponctuelle à terme (marchandise payable à 90 jours ; impôt avec délai de paiement) devient exigible immédiatement et pour le

¹ Art. 1229 al. 3 c. civ. : « (...) Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation. »

tout : en altérant les sûretés, le débiteur économique (oublieux de ses promesses) perd son crédit.

Lorsque le débiteur appartient à un *groupe solidaire* (infra), chaque coobligé actionné par le créancier doit payer l'intégralité de la dette due à terme (ou à paiement échelonné). Le manquement d'un codébiteur ne sera pas opposable aux autres (objectivement fiables et innocents) qui pourront continuer à bénéficier du terme : la faute d'un seul ne rejait pas sur le groupe. La déchéance du terme reste purement personnelle (par un mécanisme analogue à l'exception purement personnelle : supra n°156). Le créancier peut agir contre le coobligé fautif, et lui réclamer immédiatement paiement de l'intégralité de la dette due à terme¹ ; si le créancier poursuit les autres, ces derniers continueront à exécuter normalement le contrat, en payant à échéance le créancier. Il s'agit donc de circonscrire l'effet relatif de la déchéance du terme. La déchéance du terme est une mesure purement personnelle infligée au débiteur solidaire déloyal.

248. En résumé, le **terme** est donc un événement futur de réalisation certaine qui modifie l'obligation, soit en suspendant l'exécution (terme suspensif), soit en supprimant l'obligation (terme extinctif).

L'économie du terme suspensif est le plus souvent un bénéfice pour le débiteur qui ne dispose pas de la ressource pour payer immédiatement. Ce délai de paiement, ponctuel (paiement à 90 jours) ou prévu dans une obligation à exécution successive (échéances du prêt, mensualisation d'un impôt), est accordé sous la condition (légalement) sous-entendue de la loyauté du débiteur.

Le bénéficiaire du terme (créancier) est souvent le débiteur de l'obligation. Ce dernier peut effectuer un remboursement anticipé : juridiquement, c'est une modification mineure de l'obligation. En revanche, la déchéance du terme est un changement majeur de l'obligation : le débiteur déloyal, déchu du terme, subit une sanction (purement personnelle), lorsqu'il altère les sûretés réelles dévolues au créancier ou s'il ne respecte pas sa promesse de les constituer.

En régime général des obligations, altérer le droit au paiement du créancier détenteur de sûreté est un manquement grave : cela vaut pour toute obligation. En outre, en droit du contrat, le débiteur contractant perdra sa fiabilité quand il commet un manquement grave (clause résolutoire expresse ou tacite). La fiabilité est une condition que tout débiteur doit respecter.

¹ Si la dette est intégralement payée, elle s'éteint : les autres coobligés sont libérés envers le créancier. Si la dette n'est que partiellement payée, parce que le codébiteur fautif ne peut pas la régler sur ses biens et ses revenus, les autres paieront en suivant l'échéancier initialement convenu.

Conclusion §1^{er}/ La prestation complexe

249. En résumé, la **prestation complexe** subordonne l'exécution de la prestation à trois séries d'événement ou de choix (obligation plurale ; terme, suspensif ou extinctif ; condition, suspensive ou résolutoire) : il s'agit de prendre en compte l'existence d'un risque spécifique. Le rôle de la volonté apparaît uniquement en présence d'une renonciation ou d'un abus.

L'*obligation plurale* porte sur la modalité d'exécution de la prestation : un risque affecte (fréquemment) la valeur de la prestation.

- L'obligation cumulative impose de verser deux prestations différentes (700€ et deux tonnes de blé pour payer le loyer) : le risque est réparti.
- L'obligation alternative permet de choisir entre deux prestations considérées comme équivalentes (soit 700€, soit 2 tonnes de blé).
- L'obligation facultative permet au débiteur de verser une prestation autre que celle normalement prévue, en présence d'une difficulté d'exécution.

La *condition*, événement futur de réalisation incertaine, sera suspensive, lorsqu'elle gèle la force obligatoire d'un acte juridique (l'acquéreur ne deviendra propriétaire qu'à la condition d'obtenir un prêt). La condition résolutoire produit l'effet inverse : l'obligation est provisoirement exécutée, mais elle sera rétroactivement détruite si la condition se réalise. L'acquéreur veut échapper à un risque, en prenant une option (gel ou exécution provisoire).

Le *terme* consiste à prendre en compte un risque portant sur la durée de l'obligation. Il est extinctif, lorsque la force obligatoire d'un acte prendra fin à une date connue (le contrat conclu à durée déterminée) ou inconnue (la rente viagère cessant au décès du créancier). Le terme suspensif gèle l'obligation : le plus souvent, le débiteur (emprunteur) bénéficiera d'un délai (moratoire), terme suspensif établi dans son intérêt. Pour en bénéficier, il devra s'en montrer digne : la déchéance du terme sera prononcée, lorsqu'il commet un manquement grave montrant son manque de fiabilité. En régime général des obligations, la déchéance du terme sera encourue, lorsque le débiteur altère les sûretés établies au profit de son créancier, ou lorsqu'il ne respecte pas sa promesse de les constituer. La prestation complexe décrit donc le fonctionnement d'une obligation confrontée à la survenance d'une circonstance qui joue un rôle primordial dans la création ou le maintien de l'obligation : une circonstance conduit à suspendre l'exécution (condition suspensive ou terme suspensif) ou à rendre inadéquate l'obligation (conduisant à sa destruction : terme extinctif, condition résolutoire).

Partiellement nulle ou intégralement nulle, l'obligation exécutée imposera de procéder aux restitutions.

§2^{ème}/ Les quasi-contrats : l'exécution d'une prestation sans juste titre

250. Les **quasi-contrats** (art. 1300 à 1303-4 c. civ.) sont définis à l'article 1300 al. 1^{er} c. civ.¹ : ils « sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui. » Le fait « purement volontaire », en réalité spontané, est réalisé par une personne qui n'était pas tenue de s'appauvrir au profit d'autrui. L'absence de titre (de contrat, d'accident ou de lien de filiation) rend sans fondement l'exécution d'une prestation au profit d'autrui.

L'article 1300 al. 2 c. civ. liste trois quasi-contrats.

- Lorsqu'une personne verse une somme d'argent par erreur à autrui (la sécurité sociale se trompe de destinataire, ou rembourse deux fois, ou rembourse une prestation annulée), le *paiement est indu*.
- Plus ponctuellement, le législateur cherchera à favoriser les actions altruistes au profit d'autrui, avec la *gestion d'affaires* : lorsqu'un propriétaire absent subit une fuite d'eau, son voisin peut exposer une dépense de plombier. Là encore, l'appauvri n'est pas tenu de rendre service ; l'enrichi devra, lorsque certaines conditions sont respectées, rembourser.
- Plus marginalement encore, il peut arriver que rien n'explique l'enrichissement de l'un au détriment de l'autre : lorsqu'un concubin a payé seul les dépenses de train de vie, la rupture est l'occasion d'un règlement de comptes. *L'enrichissement injustifié* permettra, de manière très subsidiaire et à des conditions restrictives, à l'appauvri d'obtenir une compensation.

Le trait commun (limitatif ?) de ces trois quasi-contrats est qu'une prestation a été exécutée sans juste titre : l'enrichi sera alors souvent tenu de rembourser l'appauvri (infra, les restitutions). Toutefois, on remarquera que ce remboursement n'est admis que sous conditions : le comportement de l'appauvri expliquera parfois son appauvrissement, de sorte que l'enrichi n'aura pas toujours à

¹ Art. 1300 c. civ. : « Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui.

« Les quasi-contrats régis par le présent sous-titre sont la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié. »

rembourser ni au titre du paiement de l'indu (I), ni à celui de la gestion d'affaires (II) ou encore au titre de l'enrichissement injustifié (III).

I/ Le paiement de l'indu

251. Le **paiement de l'indu** (art. 1302 et suiv. c. civ.) a lieu lorsqu'une personne verse une prestation à un enrichi, alors qu'elle ne lui doit rien. Comme l'affirme l'article 1302 al. 1^{er} c. civ.¹ : « Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû est sujet à restitution ». Le caractère indu du paiement suppose toutefois de respecter certaines conditions ; il s'ensuit qu'il pourra arriver qu'une fin de non-recevoir soit opposée par l'enrichi.

Les *conditions posées au caractère indu du paiement* sont centrées sur l'appauvri : il s'agira d'établir qu'il a fourni une prestation à l'enrichi, le plus souvent par erreur ou sous la contrainte. La sécurité sociale se trompe de destinataire, le médecin se trompe dans l'identification d'une prestation effectuée au profit de son patient, de sorte que la sécurité sociale rembourse à un assuré social un montant excessif.

Mais des fins de non-recevoir sont établies. Le comportement de l'appauvri peut parfois expliquer (et servir de juste titre à) son appauvrissement. Ou bien, l'enrichi a pu croire, en raison des certaines circonstances, qu'il était valablement payé.

Contrairement aux apparences, le paiement sans obligation préalable n'est pas toujours indu. Pour l'être, il faut remplir certaines conditions (1), sauf lorsqu'une fin de non-recevoir est opposée à l'appauvri (2).

1/ Les conditions relatives au caractère indu du paiement

252. Les **conditions relatives au caractère indu du paiement** précisent les circonstances dans lesquelles l'appauvri a payé (art. 1302-2 c. civ.²) : il a commis une erreur, alors que l'obligation n'existait pas ; ou bien, l'obligation existait, mais pas à sa charge (faisant naître un indu à trois). Ces circonstances sont excusables, ce qui permettra d'envisager un remboursement de la part de l'enrichi.

¹ Chapitre II : Le paiement de l'indu, art. 1302 c. civ. : « Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution.

« La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées »

² Art. 1302-2 c. civ. : « Celui qui par erreur ou sous la contrainte a acquitté la dette d'autrui peut agir en restitution contre le créancier. Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier, par suite du paiement, a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance.

« La restitution peut aussi être demandée à celui dont la dette a été acquittée par erreur. »

Selon l'article 1302-2 al. 1^{er} c. civ. : « Celui qui *par erreur ou sous la contrainte* a acquitté la dette d'autrui peut agir en restitution contre le créancier. » Ainsi, la mutuelle rembourse intégralement les soins à l'assuré social (100€), alors qu'elle ne lui doit que 30€ : l'assuré rembourse l'indu (70€) et si la Sécurité sociale les lui doit, il lui réclamera paiement.

- Le paiement effectué par erreur est effectué par un pseudo-débiteur qui s'est trompé de destinataire, à la suite d'une négligence ; un contractant qui apprend après avoir exécuté que le contrat est annulé¹ ; ou un débiteur qui paye trop ou une seconde fois (à la suite d'une lettre de relance, en ayant oublié qu'il a déjà payé une première fois).
- En présence d'une contrainte (art. 1140 c. civ.²), l'appauvri a payé en raison des menaces (violence) exercées par l'enrichi³.

Le caractère indu du paiement est donc établi au regard du comportement (excusable) de l'appauvri : peu importe l'état d'esprit de l'enrichi (qui a pu savoir ou ignorer que le paiement était indu : art. 1302-1 c. civ.⁴). Ici, l'enrichi direct devra restituer (schéma 3.7).

¹ Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2020, n° 18-25.429, Bull. ; D. 2020 p.1837 (annulation du lien de filiation imposant au créancier alimentaire de restituer les aliments versés).

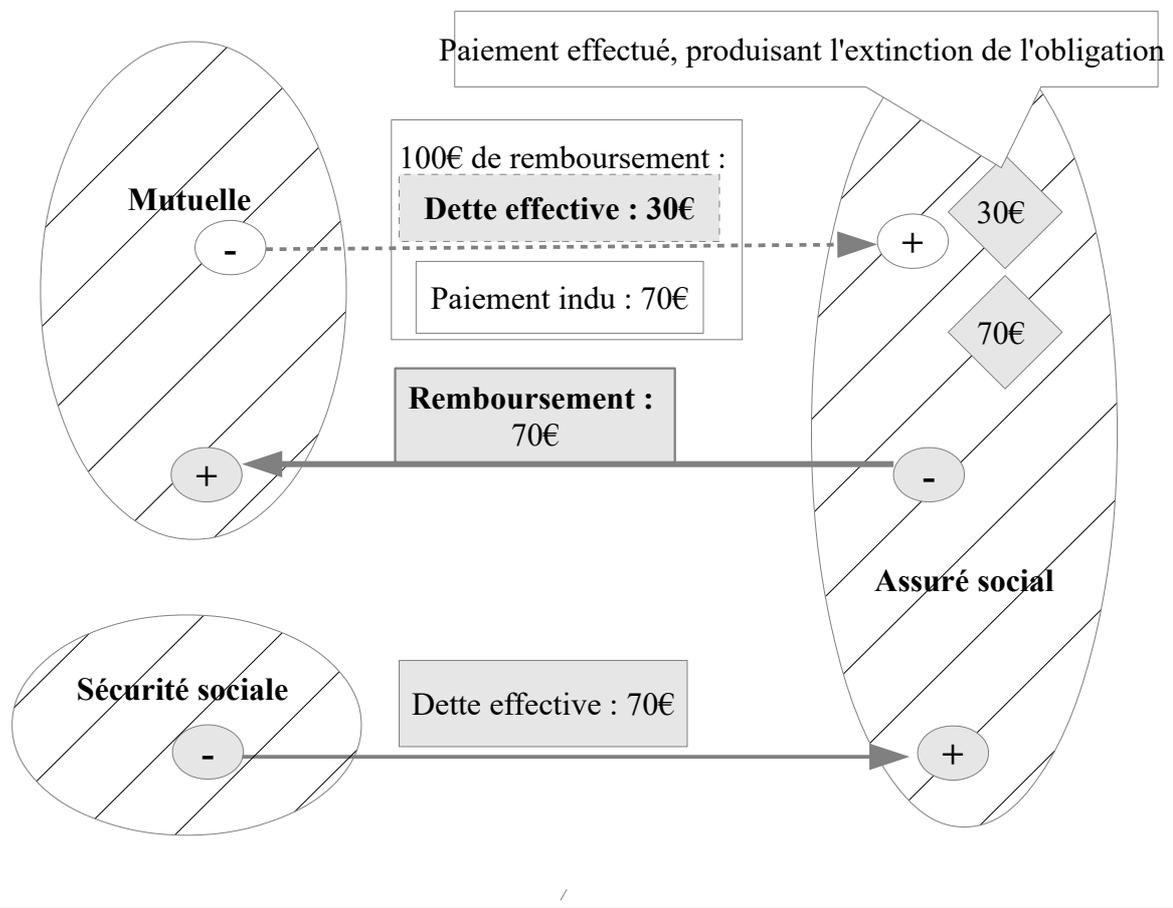
² Art. 1140 c. civ. : « Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable. »

³ *Droit du contrat*, n°250 et sui.

⁴ Art. 1302-1 c. civ. : « Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. »

Schéma
3.7

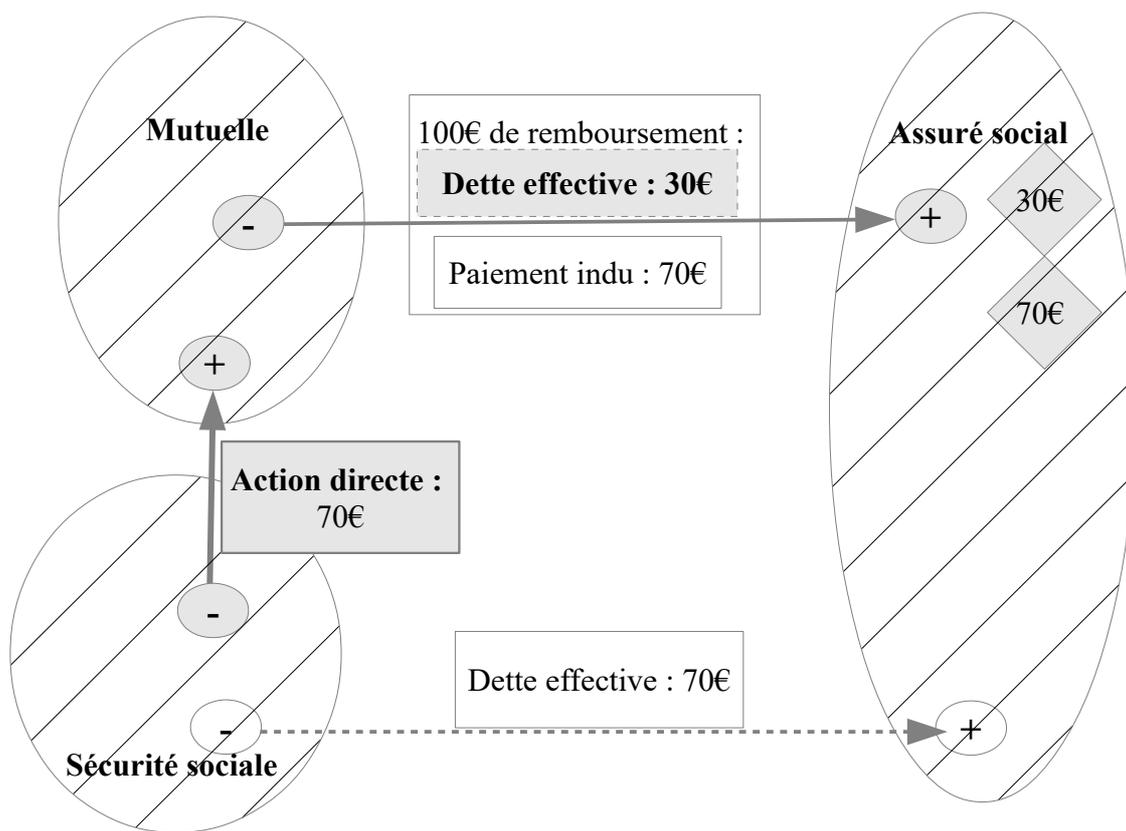
La répétition de l'indu *Le remboursement par l'enrichi*



Un second cas de figure est également prévu, lorsque l'appauvri a payé une obligation dont l'enrichi était effectivement le créancier (indu relatif, en doctrine). L'article 1302-2 al. 2 c. civ. admet l'hypothèse d'un *indu à trois* : « La restitution peut aussi être demandée à celui dont la dette a été acquittée par erreur. » L'enrichi final devra alors restituer. La sécurité sociale et la mutuelle de l'assuré ont effectué un remboursement (qui était dû à l'assuré social) : mais la mutuelle a trop remboursé, et la sécurité sociale pas assez. La mutuelle exercera une action directe (infra) contre la sécurité sociale : la somme ne transitera pas par le patrimoine du débiteur intermédiaire (schéma 3.6).

Schéma
3.6

Indu à trois
Action directe contre l'enrichi final



Le caractère indu du paiement conduit donc à établir que l'appauvri est excusable dans son comportement : victime d'erreur ou d'une contrainte, l'appauvri cherche à obtenir remboursement, normalement de la part de l'enrichi direct, éventuellement de la part de l'enrichi final.

2/ Les fins de non-recevoir : le refus de la restitution

253. Les **fins de non-recevoir** ont pour résultat de priver l'appauvri de son action en remboursement (sur le fondement du paiement de l'indu). Ces circonstances tiennent au comportement de l'appauvri ou à ce qu'a pu croire légitimement l'enrichi.

Trois fins de non-recevoir peuvent être opposées à l'appauvri : la faute (a), l'exécution volontaire d'une obligation naturelle (b), la destruction de son titre de créance par l'enrichi direct (c).

a/ La faute volontaire ou grave commise par l'appauvri

254. La **faute commise par l'appauvri** est de nature à réduire (ou à le priver de) son recours en paiement contre l'enrichi, solution explicitement prévue par l'article 1302-3 al. 2 c. civ. : « Elle [la restitution] peut être réduite si le paiement procède d'une faute. » La faute¹ n'est pas une simple négligence (source d'erreur, qui permet le remboursement : supra). C'est une faute volontaire ou un manquement commis par un professionnel.

L'appauvri est privé de tout recours en remboursement quand il est l'auteur d'une *faute volontaire*, commise afin de contourner le droit du contrat. Ainsi, lorsqu'un professionnel réalise un envoi forcé à un consommateur (pratique commerciale interdite par l'article L 121-12 c. conso.²), le consommateur n'est pas tenu de rembourser.

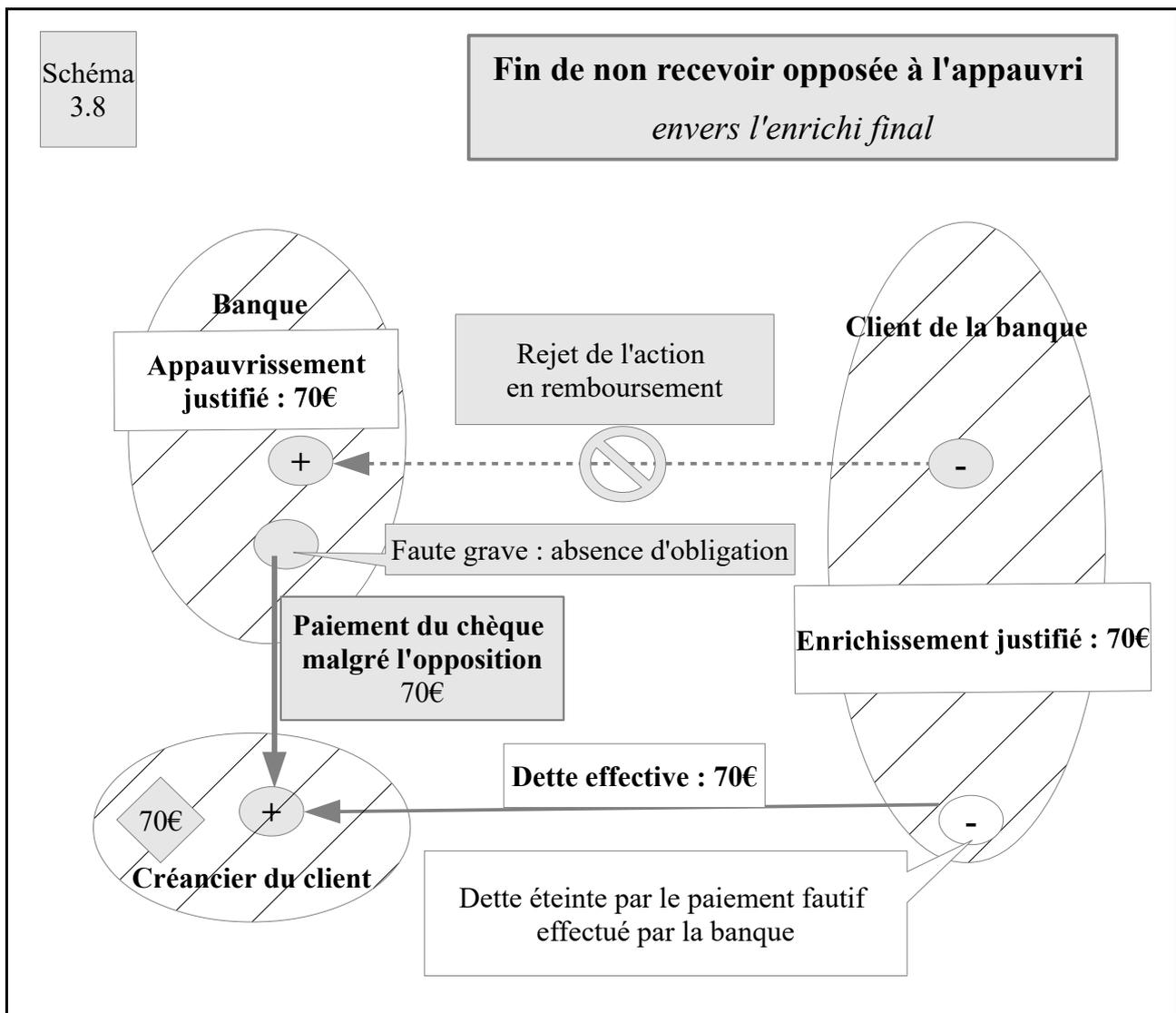
Le manquement du professionnel à ses obligations peut être perçu comme une faute grave, et justifier son appauvrissement. Ainsi, le banquier qui avait payé un chèque faisant l'objet d'une opposition a pu être perçu comme auteur d'une faute (Civ. 1^{ère}, 19 mars 2015³), justifiant le rejet de son recours en remboursement contre le titulaire du compte (enrichi final, véritable débiteur), aussi bien sur le fondement du paiement de l'indu que sur celui de l'enrichissement injustifié (schéma 3.7).

La faute intentionnelle ou lourde commise par l'appauvri établit une fin de non-recevoir à son action en paiement de l'indu (et également à l'action en enrichissement injustifié : infra) (schéma 3.8).

¹ Marianne Lecène-Marénaud, *Le rôle de la faute dans les quasi-contrats*, RTD civ. 1994.515, spéc. n°9.

² Art. L 121-12 al. 1^{er} c. conso. : « Est interdit le fait d'exiger le paiement immédiat ou différé de biens ou de services fournis par un professionnel ou, s'agissant de biens, d'exiger leur renvoi ou leur conservation, sans que ceux-ci aient fait l'objet d'une commande préalable du consommateur. ».

³ Civ. 1^{ère}, 19 mars 2015, n° 14-10.075, Bull. Voir : Jérôme Lasserre Capdeville, *L'action de in rem verso et le chèque payé fautivement*, D. 2015, p.1084.



b/ L'obligation naturelle volontairement exécutée

255. L'obligation naturelle volontairement exécutée donne lieu à une fin de non-recevoir (art. 1302 al. 2 c. civ.¹) : « La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »

L'obligation naturelle n'est pas une obligation juridique (susceptible à la fois d'exécution volontaire et d'exécution forcée). Mais, bien qu'elle ne respecte pas les conditions légales de formation (un lien de filiation pour l'obligation alimentaire), l'obligation naturelle repose sur une cause légitime : entre frère et sœur, les aliments ne sont pas dus (absence d'obligation légale), mais celui qui verse des

¹ Art. 1302 al. 2 c. civ : « La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées »

aliments en estimant que c'est un devoir de conscience ne pourra pas les récupérer. En revanche, si l'obligation est illicite² (violant une prescription d'ordre public), l'obligation ne sera jamais naturelle. L'obligation naturelle doit ensuite être *volontairement exécutée*. L'appauvri agit de son plein gré, en sachant qu'il n'était pas juridiquement obligé, et que son geste s'explique par la bienveillance envers autrui : c'est un fait « spontané ». Évidemment, l'exécution volontaire n'est pas, en présence d'un engagement pris sur l'honneur, mais dépourvu d'exécution.

Une fin de non-recevoir sera opposée par l'enrichi, qui disposera désormais d'un titre (obligation naturelle et exécution volontaire). L'appauvri ne pourra pas obtenir remboursement de ce qu'il a versé (à la suite d'une brouille) : mais il cessera ses versements pour l'avenir.

c/ La destruction du titre par l'enrichi, véritable créancier (dans l'indu à trois)

256. La **destruction du titre par l'enrichi, véritable créancier**, donne lieu à une autre fin de non-recevoir. Selon l'article 1302-2 c. civ. : « Celui qui par erreur ou sous la contrainte a acquitté la dette d'autrui peut agir en restitution contre le créancier. Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier, par suite du paiement, a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance. »

On sait (supra n°252) qu'en présence d'un indu à trois (l'assuré social est remboursé, mais une erreur a conduit la mutuelle à rembourser trop et la sécurité sociale pas assez), l'appauvri (mutuelle) peut obtenir remboursement soit directement de l'assuré (enrichi direct), soit de la sécurité sociale (enrichi final et indirect).

- L'enrichi direct pourra opposer une fin de non-recevoir quand il a détruit son titre : l'assuré social croyait ne plus avoir besoin de justifier de la consultation médicale. Il a détruit sa preuve.
- L'action directe contre l'enrichi final (sécurité sociale, véritable débiteur) sera alors seule recevable.

L'enrichi intermédiaire, désormais dépourvu de titre contre son véritable débiteur, risque d'échouer à obtenir paiement (faute de preuve), et ce risque sera supporté par l'appauvri. Ou bien, l'enrichi intermédiaire, croyant être valablement payé, a restitué le bien gagé : il a définitivement perdu un

² Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2011, n°09-71.243 ; Revue Lamy droit civil, n° 4159, p. 15, note Alexandre Paulin (“Pas d’obligation naturelle en cas de violation d’une règle impérative”) : « (...) Si, par une convention ultérieure, les parties à la vente [irrégulière] peuvent s'engager à rémunérer les services de l'agent immobilier, cette convention n'est valable que si elle est postérieure à la vente régulièrement convenue. / Est dépourvu d'effet tout acte portant engagement de rémunérer les services d'un agent immobilier en violation des règles impératives ci-dessus rappelées, excluant qu'une obligation naturelle soit reconnue en ce domaine. » Lorsque les prescriptions légales ne sont pas respectées, l'obligation naturelle n'est admise que si la partie protégée, en connaissance de cause, reconnaît l'obligation extra-légale.

droit prioritaire au paiement (sûreté réelle). La négligence de l'appauvri ne doit pas porter préjudice à l'enrichi intermédiaire. L'appauvri ne disposera désormais que d'une seule action, contre le véritable débiteur (*enrichi indirect*), enrichi final.

(257. et 258. : réservés)

259. Le **paiement de l'indu** permet ainsi à l'appauvri d'obtenir remboursement quand les circonstances montrent qu'il a commis une simple négligence ou qu'il est victime d'une situation dans laquelle quiconque aurait pareillement payé (en raison de la contrainte exercée ou de l'erreur). Le refus du remboursement s'explique par des considérations morales (faute intentionnelle ou grave commise par un professionnel), d'opportunité (lorsque l'enrichi intermédiaire a détruit son titre) ou d'équité (lorsqu'une obligation naturelle a été volontairement exécutée). Les trois fins de non-recevoir (destruction du titre, faute, obligation naturelle) montrent que le seul constat d'un transfert sans obligation entre deux patrimoines ne suffit pas à imposer mécaniquement le remboursement.

II/ La gestion d'affaires : l'altruisme récompensé

260. La **gestion d'affaires** (art. 1301 à 1301-5 c. civ.) se produit lorsque, à défaut de contrat¹, une personne altruiste prend en charge les affaires d'autrui et expose une dépense dont elle entend se faire rembourser. Selon l'article 1301 c. civ., « Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire. »

Ce sont des considérations d'opportunité qui ont conduit le législateur à valider la gestion d'affaires : il s'agit de favoriser les actions altruistes, comme un sauvetage, en permettant à celui qui expose une dépense au profit d'autrui d'obtenir un remboursement, sans lui opposer l'absence de contrat. Mais la gestion d'affaires sera néanmoins soumise à des conditions restrictives : il s'agit d'encadrer l'institution, afin d'éviter tout débordement, et notamment les intrusions de personnes, peut-être bien intentionnées, mais trop envahissantes.

Les conditions posées à la gestion d'affaire seront donc relativement strictes : il faut s'assurer que l'intervention du gérant est altruiste (1) et que sa gestion est utile effectuée dans des conditions

¹ Civ. 1^{ère}, 15 mai 2019, n° 18-15.379, Bull. ; JCP E 2019, Act., 368 (paiement demandé à la suite de l'exécution d'un contrat) : (abstrat) « La gestion d'affaires, qui implique l'intention du gérant d'agir pour le compte et dans l'intérêt du maître de l'affaire, est incompatible avec l'exécution d'une obligation contractuelle. »

sérieuses (2). Enfin, le maître de l'affaire ne n'est pas opposé à l'intervention du gérant (3). La gestion d'affaire produira alors ses effets (4).

1/ L'intention du gérant : une intervention volontaire dans l'intérêt d'autrui

261. L'intention du gérant fait apparaître le caractère altruiste de son intervention : il intervient spontanément dans l'intérêt d'autrui. Selon l'article 1301 c. civ.¹, est gérant d'affaires « Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment l'affaire d'autrui (...) ».

Son intervention est le résultat d'une action *spontanée* (« sans y être tenu »). Aucune obligation contractuelle ou légale² ne pesait sur lui. Il agit « sciemment », afin de rendre service.

L'intervention du gérant est effectuée dans *l'intérêt d'autrui*³, notion que la jurisprudence a précisée (et l'ordonnance de 2016 à sa suite).

- Ne bénéficie pas de la gestion d'affaires le gérant qui *croit agir dans son propre intérêt*, mais qui agit au final au profit d'autrui : ainsi, l'héritier qui gère une succession qu'il croit sienne, alors qu'il est déshérité, n'a pas agi par altruisme ; de même, l'acquéreur d'un immeuble a non domino (lorsque le vendeur n'est pas le véritable propriétaire de l'immeuble) qui expose des dépenses sur le bien et qui sera ultérieurement expulsé, ne s'est pas appauvri par bonté d'âme, mais par erreur. La gestion d'affaires est alors exclue : pour obtenir remboursement, l'appauvri devra trouver une autre voie (l'enrichissement injustifié, notamment : art. 1301-5 c. civ.⁴).
- En revanche, la gestion d'affaires sera applicable lorsque le gérant *agit partiellement dans l'intérêt d'autrui* et partiellement dans son propre intérêt⁵ : le voisin (du dessous) qui subit une inondation en raison d'une fuite d'eau qui se produit en l'absence de son voisin du dessus pourra invoquer la gestion d'affaires, son intérêt personnel n'excluant

¹ Art. 1301 c. civ. : « Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire. »

² Civ. 1^{ère}, 17 juill. 1996, n° 92-19017, Bull. n°323 : (abstrat) « La gestion d'affaires, qui implique l'intention du gérant d'agir pour le compte et dans l'intérêt du maître de l'affaire, est incompatible avec l'exécution d'une obligation légale, telle que la suppléance d'un avocat empêché. »

³ Com., 13 janvier 2015, n° 13-11.550, Bull. : « La gestion d'affaires, qui implique l'intention du gérant d'agir pour le compte et dans l'intérêt du maître de l'affaire, est incompatible avec l'exécution d'une obligation légale (...) ».

⁴ Art. 1301-5 c. civ. : « Si l'action du gérant ne répond pas aux conditions de la gestion d'affaires mais profite néanmoins au maître de cette affaire, celui-ci doit indemniser le gérant selon les règles de l'enrichissement injustifié. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 12 janvier 2012, n°10-24.512, Bull. n°4 ; D. 2012, p. 635 à 643, spéc. n° 5, p. 639-640, note Claude Creton : « Caractérise une gestion d'affaires le paiement de la dette d'autrui par celui qui a agi à la fois dans son intérêt mais aussi dans celui du débiteur, dès lors que le paiement a été utile à celui-ci non seulement en permettant l'extinction de ses dettes, mais en outre en évitant la saisie de ses biens immobiliers. » Le gérant, par ailleurs créancier, paye la dette du maître pour éviter que le patrimoine de ce dernier soit saisi

pas l'intérêt du maître. La solution est explicitement consacrée à l'article 1301-4 c. civ.¹ : « L'intérêt personnel du gérant à se charger de l'affaire d'autrui n'exclut pas l'application des règles de la gestion d'affaires ». Au fond, l'action dans l'intérêt d'autrui explique le rapprochement qui est effectué entre la gestion d'affaires (quasi-contrat spontané) et le mandat (contrat que le mandataire conclut et exécute dans l'intérêt de son mandant).

La première condition (qui se subdivise entre deux : action spontanée et dans l'intérêt d'autrui) impose ainsi au gérant d'intervenir de façon altruiste. Son intervention devra également s'avérer utile.

2/ La gestion effectuée par le gérant : une prestation utile et sérieuse

262. La **gestion effectuée par le gérant** doit être accomplie dans des conditions correctes. Celui qui intervient au profit d'autrui doit réaliser une action à la fois utile et conséquente.

L'*utilité de l'intervention du gérant* est exigée à l'article 1301-2 c. civ.² qui vise spécifiquement « Celui dont l'affaire a été utilement gérée ». L'utilité est la mesure (objective) du transfert de valeur d'un patrimoine à un autre. La gestion inutile ne produit aucun transfert de valeur : l'un s'est bien appauvri, mais il n'a pas enrichi autrui. La gestion utile, en revanche, évite la perte d'un bien³ ou crée un enrichissement.

Le gérant est tenu d'une *obligation de suivi*. Selon l'article 1301-1 al. 1^{er} c. civ.⁴, le gérant est tenu « d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'une personne raisonnable » : celui qui prend en charge l'affaire d'autrui doit le faire correctement, à savoir entièrement et jusqu'à bonne fin (le gérant « doit poursuivre la gestion jusqu'à ce que le maître de l'affaire ou son successeur soit en mesure d'y pourvoir. »). L'intervention commencée doit donc être menée à terme. Le gérant doit se comporter sérieusement, comme un contractant (mandataire) normalement prudent et diligent l'aurait fait. L'intervention bénévole n'est pas une intervention inconséquente.

262-1. L'utilité de cette gestion s'apprécie au **moment** où elle est intervenue. Les juges, en appréciant l'utilité à cette date, se fondent sur une appréciation non pas économique, mais morale.

¹ L'art. 1301-4 al. 2 c. civ. précise le régime de la dette : « Dans ce cas [intérêt personnel du gérant], la charge des engagements, des dépenses et des dommages se répartit à proportion des intérêts de chacun dans l'affaire commune. »

² Art. 1301-2 al. 1^{er} c. civ. : « Celui dont l'affaire a été utilement gérée doit remplir les engagements contractés dans son intérêt par le gérant. »

³ Civ. 1^{ère}, 12 janvier 2012, n°10-24.512, Bull. n°4 ; D. 2012, p. 635 à 643, spéc. n°5, p. 639-640, note Claude Creton.

⁴ Art. 1301-1 c. civ. : « Il [le gérant] est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'une personne raisonnable ; il doit poursuivre la gestion jusqu'à ce que le maître de l'affaire ou son successeur soit en mesure d'y pourvoir. »

Économiquement, il peut arriver qu'une dépense s'avère inefficace : outre le cas de la dépense effectuée en pure perte (sauvetage qui ne réussit pas), il peut arriver que l'enrichissement procuré soit réduit à néant peu après l'intervention (toiture réparée qu'une tempête, quelques jours plus tard, va emporter). En pure logique économique, la gestion du gérant qui s'est avérée inutile devrait conduire à le priver d'indemnisation. Néanmoins, les juges (ou la loi, ponctuellement¹) se montrent favorables à l'indemnisation : en appréciant l'utilité (morale, en réalité) de la gestion au moment précis où elle s'effectue, sans égard donc à son résultat concret, les juges cherchent à préserver l'idée de solidarité sociale, qui fonde effectivement la gestion d'affaires. C'est la cause, la bonne raison qui est analysée.

Dans ces conditions, on aurait pu s'attendre à ce que la jurisprudence utilise largement la gestion d'affaires : or, il arrive fréquemment que la jurisprudence décide qu'un *contrat tacite* s'est formé entre ces deux personnes, par une prétendue analyse de la volonté implicite des parties. La solution s'explique lorsque la personne portant assistance est blessée au cours de son intervention : ce dommage n'entraîne aucune plus-value dans le patrimoine de la personne secourue, le secouriste risquait donc de ne pas être indemnisé. Le recours à un contrat fictif a alors une fonction propre : permettre au secouriste d'engager la responsabilité contractuelle du secouru (souvent assuré), lequel devra donc assumer les risques que son sauvetage génère.

3/ L'absence d'opposition du maître

263. L'absence d'opposition du maître est une condition purement négative, et de nature à décourager les initiatives forcées émanant du gérant. Techniquement, la gestion d'affaire aura une vocation *subsidaire* par rapport au contrat, et ce à un double titre : aucun consentement, ni aucune opposition à la gestion d'affaires ne se sont manifestés.

D'une part, le maître ne doit *pas avoir consenti* à la gestion. C'est là une condition commune à tous les quasi-contrats. Si le maître a consenti à la gestion, de manière expresse ou même tacitement, le contrat conclu sert alors de justification au transfert de valeur : tant pis pour le "gérant" (ou le "géré"), si le contrat s'avère déséquilibré. Cette absence de consentement exprès ou tacite ne signifie pas que le maître ignore la gestion du gérant : il en ira ainsi quand le gérant informe le maître, par lettre ou par un autre moyen, de son intervention. Le maître peut connaître l'intervention d'autrui, sans y avoir consenti. Il est probable que l'article 1301 c. civ.² contienne une malfaçon, puisqu'il est affirmé que le gérant intervient « à l'insu » du maître : traditionnellement, la gestion est admise même quand le maître sait.

¹ Art. 815-13 c. civ. : « Lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, il doit lui en être tenu compte selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation. Il doit lui être pareillement tenu compte des dépenses nécessaires qu'il a faites de ses deniers personnels pour la conservation desdits biens, encore qu'elles ne les aient point améliorés. »

² Art. 1301 c. civ. : « Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire. »

D'autre part, le maître ne doit *pas s'être opposé* à la gestion du gérant. Lorsque le gérant intervient malgré l'opposition du maître, il y a là une immixtion fautive de la part du gérant. Dans ce cas, le gérant ne pourra pas obtenir d'indemnisation, même si son immixtion s'est avérée profitable au maître¹ : il s'agit d'éviter que la gestion d'affaires ne se transforme en une technique intrusive.

264. Les trois **conditions posées à la gestion d'affaires** montre que l'institution n'a pas vocation à concurrencer le contrat. L'intervention « spontanée », faite dans l'intérêt d'autrui, s'explique parce qu'aucun contrat ne pouvait raisonnablement être conclu. Dans cette optique, la jurisprudence refusera systématiquement toute gestion d'affaires, lorsqu'un contrat formaliste est exigé. Ainsi, l'agent immobilier, qui doit recevoir de son client un mandat exprès respectant les prescriptions légales, ne peut jamais invoquer la gestion d'affaires. Le contrat est alors le seul titre admis pour justifier une rémunération, quelle que soit l'utilité de l'intervention de l'agent immobilier². À ces conditions, la gestion d'affaires produira ses effets envers le maître de l'affaire.

4/ Les effets de la gestion d'affaires : un remboursement, mais pas de rémunération

265. Les **effets de la gestion d'affaires** (fixés à l'article 1301-2 c. civ.³) imposent au maître de l'affaire de rembourser le gérant ; et d'exécuter les actes effectués pour son compte par le gérant. Le maître est tenu de *rembourser, mais pas de rémunérer* le gérant (Civ. 1^{ère}, 29 mai 2019⁴). L'intervention du gérant sera donc toujours bénévole : le maître « rembourse au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemnise des dommages qu'il a subis en raison de sa gestion » (art. 1301-2 al. 2 c. civ.). Ce remboursement porte uniquement sur les dépenses utiles et nécessaires (« dépenses faites dans son intérêt ») : elles seules enrichissent le maître, et entrent donc dans le

¹ Civ. 3^e, 12 avril 1972, n°70-13154, Bull. n°219 : « Lorsque le maître se refuse et s'oppose à l'intervention du tiers, ce dernier ne saurait légitimement prétendre avoir géré les affaires d'autrui ».

² Civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, n°11-13.000, Bull. n°72 ; D. 2012, p.879, note Yves Rouquet : (abstrat) « La gestion d'affaires, qui implique la ratification ultérieure par le maître de l'affaire ou la démonstration a posteriori de l'utilité de la gestion, est incompatible avec les dispositions d'ordre public de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, qui exigent l'obtention par le titulaire de la carte professionnelle "transactions sur immeubles et fonds de commerce", d'un mandat écrit préalable à son intervention dans toute opération immobilière. En conséquence, l'agent immobilier qui ne détient pas de mandat écrit préalable du vendeur, ne peut se prévaloir des règles de la gestion d'affaires. » L'agent immobilier ne pourra pas non plus se prévaloir de l'enrichissement injustifié : Civ. 1^{ère}, 18 juin 2014, n°13-13.553, infra.

³ Art. 1301-2 c. civ. : « Celui dont l'affaire a été utilement gérée doit remplir les engagements contractés dans son intérêt par le gérant.

« Il rembourse au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemnise des dommages qu'il a subis en raison de sa gestion.

« Les sommes avancées par le gérant portent intérêt du jour du paiement. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 29 mai 2019, n° 18-16.999, Bull. ; D. 2019, p.1979 ; JCP G 2019, 749, spéc. n° 1, note Grégoire Loiseau. : le client ne contracte pas avec le généalogiste, et réussit à découvrir qui est le défunt. Aussi : Civ. 1^{ère}, 18 novembre 2020, n° 19-10.965, Bull. : le gérant n'a droit qu'au « remboursement des dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites, mais non [au] paiement d'une rémunération, quand bien même il aurait agi à l'occasion de sa profession. »

cadre du remboursement ; de manière dérogatoire (art. 1344-1 c. civ.¹), les intérêts courent dès que le paiement est effectué (art. 1301-2 al. 3 c. civ.²). Le maître sera également tenu d'indemniser le gérant à raison des dommages subis lors de sa gestion (choc subi par le navire portant assistance ; blessure corporelle lors d'un incendie ...). Le législateur encourage les initiatives altruistes dans la société.

Les *actes juridiques* accomplis par le gérant donnent lieu à des solutions dérogatoires.

- Premièrement, le maître « doit remplir les engagements contractés dans son intérêt par le gérant » (art. 1301-2 al. 1^{er} c. civ.). L'engagement pris par le gérant (en son nom, faute de mandat) sera exécutoire sur le patrimoine du maître : le plombier pourra réclamer paiement au maître (et également au gérant, conformément au contrat³).
- Deuxièmement, le maître peut ratifier la gestion d'affaires (art. 1301-3 c. civ.⁴) : dans ce cas, la gestion « vaut mandat ». Ce mandat valide tous les actes accomplis (même inutiles) : on quitte le domaine de la gestion d'affaires.

(266- à 268. : réservés)

269. La **gestion d'affaires** est une institution qui permet à une personne qui agit de manière altruiste d'obtenir remboursement des dépenses effectuées lors son intervention bénévole exécutée au profit d'autrui. Le législateur est généreux dans le montant du remboursement, mais dans certaines limites : aucune rémunération ne sera perçue, parce que la gestion d'affaires (comme les autres quasi-contrats) ne doit pas concurrencer le contrat.

III/ L'enrichissement injustifié : une vocation subsidiaire

270. L'**enrichissement injustifié** (art. 1303 et suiv. c. civ.) permet à une personne injustement appauvrie d'obtenir remboursement de la part d'un enrichi, quand elle ne dispose d'aucune autre action : la vocation subsidiaire de l'enrichissement injustifié est le premier élément de sa définition. Selon l'article 1303 c. civ., « En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui

¹ Art. 1344-1 c. civ. : « La mise en demeure de payer une obligation de somme d'argent fait courir l'intérêt moratoire, au taux légal, sans que le créancier soit tenu de justifier d'un préjudice. » Voir : Régime général de l'obligation.

² Art. 1301-2 al. 3 c. civ., « Les sommes avancées par le gérant portent intérêt du jour du paiement. »

³ Civ. 1^{ère}, 2 février 2022, n° 20-19.728, Bull., point 7. : « le gérant d'affaires qui contracte avec un tiers dans l'intérêt du maître de l'affaire, mais en son nom personnel, est personnellement tenu de l'exécution des obligations du contrat, même après la révélation de l'identité du maître de l'affaire, laquelle n'a pas pour effet de substituer ce dernier au gérant » (le syndic fait déménager les affaires situées dans le local d'un copropriétaire, ultérieurement mis en faillite).

⁴ Art. 1301-3 c. civ. : « La ratification de la gestion par le maître vaut mandat. »

qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement. »

L'enrichissement injustifié est issu d'une création prétorienne (appelée au départ action *de in rem verso*¹ puis enrichissement sans cause²). Les juges ont été confrontés à des cas-limites dans lesquels ni la gestion d'affaires, ni le paiement de l'indu ne trouvaient à s'appliquer (hypothèse désormais visée à l'article 1301-5 c. civ.³). Ainsi, en présence de concubins, lorsque les revenus de l'un financent le bien appartenant à l'autre ou lorsque le travail de l'un enrichit l'entreprise de l'autre ou encore quand un propriétaire a non domino (héritier déshérité) apprend que le bien sur lequel il a exposé des dépenses ne lui appartient pas (supra n°261) ou encore lorsqu'un coresponsable (tenu solidairement envers la victime) a indemnisé intégralement la victime :

- La voie du paiement de l'indu (art. 1302-2 c. civ.⁴) était fermée, car aucun versement n'avait été effectué par erreur ou contrainte. En présence d'une obligation solidaire, le paiement est même obligatoire.
- La gestion d'affaires est pareillement exclue, puisque l'appauvri n'avait pas entendu gérer l'affaire de l'autre (art. 1301 c. civ.⁵).

Les juges ont invoqué l'équité (Rez, 15 juin 1892⁶) pour justifier leur décision d'imposer une obligation de rembourser (sur un fondement quasi-contractuel, puisqu'il n'y avait aucun contrat). Cette jurisprudence s'est toutefois avérée rapidement problématique, car l'institution (subversive) risquait de court-circuiter le droit du contrat. La jurisprudence ultérieure, validée par l'ordonnance de 2016, a progressivement posé des conditions de plus en plus restrictives.

Afin de *limiter les interférences* que l'enrichissement injustifié pourrait provoquer, des conditions strictes sont posées (1) : l'enrichissement n'est injustifié qu'à titre subsidiaire. Cela signifie que

¹ L'action de in rem verso a pu être pensée comme une application de l'obligation réelle (infra), dans un cas analogue aux impenses que doit le propriétaire d'un bien qui a été amélioré par un possesseur sans titre.

² L'ordonnance de 2016 a opéré un changement terminologique, marqué par la volonté de supprimer la « cause » en droit du contrat, et parfois où le terme apparaissait (en droit des quasi-contrats).

³ Art. 1301-5 c. civ. : « Si l'action du gérant ne répond pas aux conditions de la gestion d'affaires mais profite néanmoins au maître de cette affaire, celui-ci doit indemniser le gérant selon les règles de l'enrichissement injustifié. »

⁴ Art. 1302-2 c. civ. : « Celui qui par erreur ou sous la contrainte a acquitté la dette d'autrui peut agir en restitution contre le créancier. Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier, par suite du paiement, a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance.

« La restitution peut aussi être demandée à celui dont la dette a été acquittée par erreur. »

⁵ Art. 1301 c. civ., « Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire. »

⁶ Req. 15 juin 1892, affaire dite « du marchand d'engrais », DP 1892. 1. 596 ; S. 1893. 1. 281, note Labbé. Arrêt confirmé par : Civ. 12 mai 1914, DP 1918. 1. 41, note Naquet ; Civ., 2 mars 1915, DP 1920. 1. 102.

l'appauvrissement de l'un au détriment de l'autre ne sera moralement justifié que dans un certain nombre de cas (2).

271. Les **conditions de l'enrichissement injustifié** ont été élaborées progressivement en jurisprudence (à partir de dispositions fragmentaires¹), afin de réduire le risque de subversion que l'admission générale de cette action menaçait de produire.

Dans l'arrêt Req., 15 juin 1892², affaire dite du "*marchand d'engrais*", la cour de cassation avait considéré que l'enrichissement sans cause était une source autonome d'obligation. Un fermier n'avait payé, ni son fermage, ni les engrais qu'il avait utilisés dans ses champs ; le bail fut résilié, le marchand d'engrais étant toujours impayé. En l'espèce, l'appauvri n'avait en rien cherché à gérer l'affaire d'autrui ; il n'avait rien versé par erreur. Confronté à un débiteur insolvable, le marchand d'engrais cherchait à obtenir une indemnisation de la part du bailleur (enrichi final), puisque les engrais se trouvaient dans les champs (schéma 3.9). Au fond, le bailleur ne s'était-il pas injustement enrichi, au détriment du marchand impayé ?

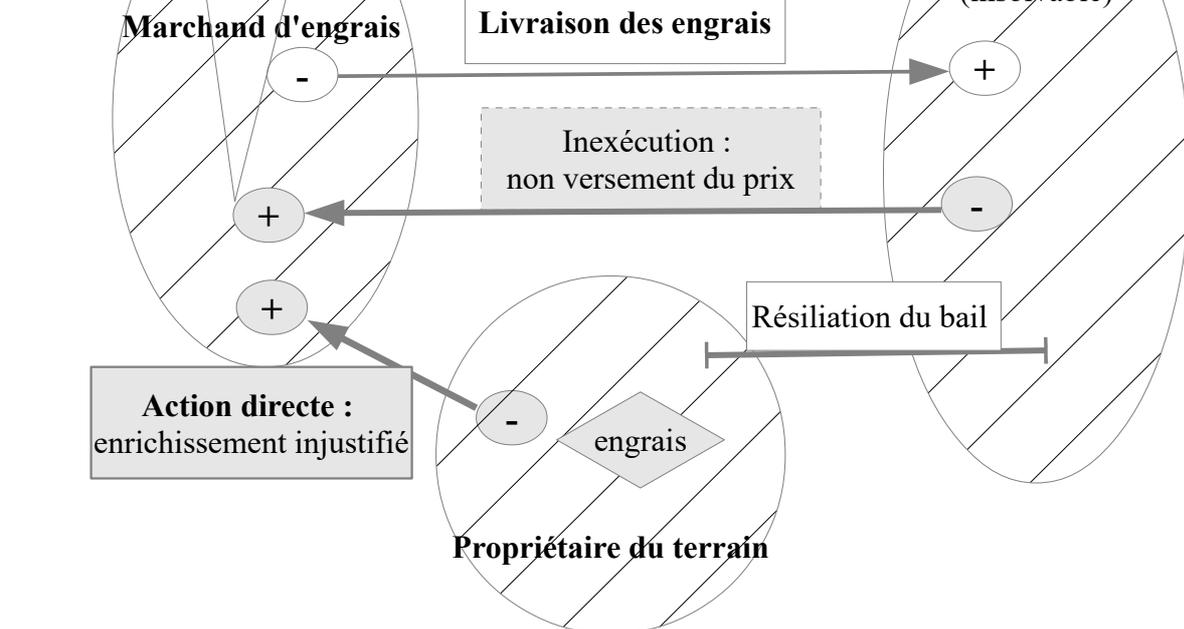
¹ J. Carbonnier, *Les obligations*, tome 4, Puf, coll. Thémis, 1992, n°307, p.549 qui cite l'accession (art. 555 c. civ.), les impenses sur la chose d'autrui (art. 548 c. civ.), les récompenses entre la communauté et les époux (art. 1433, 1437 c. civ.).

² Req. 15 juin 1892, affaire dite « du marchand d'engrais », DP 1892. 1. 596 ; S. 1893. 1. 281, note Labbé. Arrêt confirmé par : Civ. 12 mai 1914, DP 1918. 1. 41, note Naquet ; Civ., 2 mars 1915, DP 1920. 1. 102.

Schéma
3.9

Indu à trois dans l'affaire du marchand d'engrais
Action directe contre l'enrichi final

Action en responsabilité contractuelle
(inefficace du fait de l'insolvabilité du débiteur)



L'arrêt de 1892 affirme que « cette action dérivant du principe d'équité défend de s'enrichir au détriment d'autrui, et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée ». Une seule condition était, en réalité, requise : objectivement, un transfert de valeur s'était effectué d'un patrimoine appauvri vers un patrimoine enrichi. Il suffisait donc que l'un soit enrichi au détriment d'autrui.

Une telle position risquait de se révéler *subversive* : en effet, l'équité défendant de s'enrichir injustement au détriment d'autrui aurait pu s'appliquer en présence d'un contrat déséquilibré. L'enrichissement sans cause risquait de devenir un concurrent direct du contrat. Or, en droit du contrat, l'équilibre n'est pas, en principe, sanctionné (exclusion de l'erreur sur la valeur¹ ; de la rescision pour lésion²) ; il aurait pu l'être en droit équitable du quasi-contrat.

¹ Art. 1112-1 al. 2 c. civ. : « Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. » ; art. 1136 c. civ. : « L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. »

1/ Les trois conditions posées à l'enrichissement injustifié : *la subsidiarité*

272. L'enrichissement injustifié est encadré par **trois conditions** cumulatives destinées à limiter les interférences que l'enrichissement injustifié pourrait causer. Premièrement, aucun titre (obligation contractuelle ou légale) n'explique ce transfert. Deuxièmement, le paiement de l'indu ne permet pas de rééquilibrer les patrimoines. Troisièmement, l'enrichissement injustifié ne perturbe aucune institution légale. L'enrichissement injustifié sera donc subsidiaire.

Premièrement, selon l'article 1303-1 c. civ.¹, aucune obligation (légale ou contractuelle) n'explique le transfert de valeur : « L'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement par l'appauvri d'une obligation ni de son intention libérale. » Cette condition commune aux autres quasi-contrats signifie que ni le contrat² (obligation contractuelle pertinente³), ni la loi n'expliquent l'exécution de la prestation au profit de l'enrichi. L'appauvri n'a pas non plus entendu inviter autrui (au restaurant), ni payer sa dette, par une intention libérale (ce que l'appauvri doit établir⁴). Entre concubins, la jurisprudence (Civ. 1^{ère}, 19 décembre 2018⁵) décide que les dépenses de la vie commune sont supportées par celui qui les expose, sans pouvoir réclamer à l'autre de les supporter partiellement, sauf contrat. L'enrichissement injustifié n'empiète donc pas sur le droit des obligations (et spécialement le droit du contrat ou de la responsabilité civile).

Deuxièmement, l'enrichissement injustifié ne doit pas empiéter sur les autres quasi-contrats, et spécialement le paiement de l'indu. La solution est affirmée à l'article 1303 c. civ.⁶ : « En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui (...) ».

² Art. 1168 c. civ. : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. »

¹ Art. 1303-1 c. civ. : « L'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale. »

² Com., 23 octobre 2012, n°11-21.978, Bull. n°192 ; D. 2012, p. 2862 à 2866, note Nicolas Dissaux ; Revue Lamy droit des affaires, 2012, n°4367, p. 40-41, note Chloé Mathonnière : « Les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent être invoquées dès lors que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties ».

³ Si le contrat conclu entre l'enrichi et l'appauvri n'est pas en relation avec le transfert de valeur, il est possible de recourir à l'enrichissement injustifié. Ainsi, un locataire effectue dans le local loué des travaux d'amélioration auxquels il n'est pas tenu : le contrat de location n'explique pas le transfert de valeur.

⁴ Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2006, n°05-18.023, Bull. n°439 : la charge de la preuve (de l'absence de justification) pèse sur l'appauvri. Ce n'est pas à l'enrichi de prouver l'intention libérale dont il aurait été le bénéficiaire, mais c'est à l'appauvri d'établir l'absence d'intention libérale.

⁵ Civ. 1^{ère}, 19 décembre 2018, n° 18-12.311 (n° 1239 F-P+B) ; Bull. ; D. 2019 p.7 : (abstrat) « Aucune disposition légale ne règle la contribution des concubins aux charges de la vie commune, de sorte que chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées. »

⁶ Art. 1303 c. civ. : « En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité (...) ».

Troisièmement, l'enrichissement injustifié ne doit perturber aucune institution juridique adjacente (droit de la preuve, des biens, ou bien droit de la responsabilité). Cette solution a été affirmée en jurisprudence (Civ. 3^e, 29 avril 1971¹) à une époque où les juges se sont montrés très restrictifs, au point que l'on a cru l'institution moribonde. L'article 1303-3 c. civ. reprend cette jurisprudence : « Il n'y a pas lieu à indemnisation lorsqu'une autre action est ouverte à l'appauvri, ou lorsque cette action se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription. »

- Celui qui échoue à prouver l'existence d'un contrat en droit de la preuve ne pourra pas rouvrir le débat en invoquant l'enrichissement injustifié ;
- Le bailleur qui se voit opposer l'exception d'inexécution par le locataire, tant que les travaux d'isolation du logement ne sont pas réalisés par le bailleur (logement réputé « indécent ») ne récupérera pas le montant de l'allocation-logement (Civ. 3^e, 14 déc. 2023²).
- Celui qui perd la propriété de son bien immobilier à la suite de la possession prolongée de l'autre (usucapion) subit un appauvrissement légalement causé.

Cette troisième condition relative à l'obstacle de droit modifie le sens de la subsidiarité : l'enrichissement injustifié ne doit créer aucune interférence avec les droits contigus, droit de la preuve³ et de prescription notamment.

Les trois conditions sont centrées sur la subsidiarité, concept qui signifie à la fois que l'enrichissement injustifié n'empiète ni sur le droit des obligations (et notamment le droit du contrat), ni sur le droit du quasi-contrat (et notamment le paiement de l'indu), ni enfin sur les droits contigus (droit de la preuve et de la prescription notamment).

2/ Condition morale : les cas d'appauvrissement justifiés

274. La **condition morale** est destinée à porter une appréciation sur le comportement de l'appauvri⁴. Ce dernier sera privé, totalement ou partiellement, d'indemnité dans deux cas de figure

¹ Civ. 3^e, 29 avril 1971, n°70-10415; Bull. n°277 ; Gaz. Pal. 1971 p. 554, note X. : l'action en enrichissement sans cause ne peut pas « suppléer à une autre action que le demandeur ne peut intenter par suite d'une prescription, d'une déchéance, d'une forclusion [...] ou de tout autre obstacle de droit ».

² Civ. 3^e, 14 décembre 2023, n°22-23.267, Bull. ; D. 2023 p.2238 : « le propriétaire ne peut exiger du locataire que le paiement du montant du loyer et des charges récupérables, diminué du montant des allocations de logement ».

³ Voir Civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 2015, n°14-14.349, Bull. ; D. 2015, somm., p. 864 ; Dalloz 2015 pan., p. 1415, note Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau ; RLDC, n° 5883, note Mélanie Jaoul ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 13, note Anne-Laure Casado. En l'espèce, les époux avaient convenu dans leur régime matrimonial d'établir une présomption par laquelle la contribution aux charges du mariage s'était effectuée au jour le jour. Le droit de la preuve interdit alors d'établir l'existence d'un transfert de valeur non causé. Civ. 1^{ère}, 10 janvier 2024, n° 22-10.278, Bull. ; D. 2024 p.61 : (abstrat) « Ayant constaté que Mme [B] n'apportait pas la preuve du contrat de prêt qui constituait le fondement de son action principale, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle ne pouvait pallier sa carence dans l'administration de cette preuve par l'exercice subsidiaire d'une action au titre de l'enrichissement sans cause. »

⁴ En revanche, peu importe la bonne foi de l'enrichi : Civ. 1^{ère}, 11 mars 2014, n°12-29.304, Bull.

qui apparaissent à l'article 1303-2 c. civ.¹. L'appauvrissement de l'un au profit de l'autre sera justifié lorsque l'appauvri a agi pour son profit personnel ou lorsqu'il a commis une faute.

Selon l'article 1303-2 al. 1^{er} c. civ., l'appauvri est privé (a priori entièrement) d'indemnisation quand « l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un *profit personnel* ». Ce profit personnel reprend la jurisprudence qui emploie deux formulations proches : l'appauvri a agi à ses risques et périls² ou dans son intérêt personnel. Par exemple, l'appauvri répare une digue, afin de protéger sa maison (intérêt personnel direct), ce qui profite également aux voisins : l'intérêt personnel de l'appauvri est la juste cause (morale) de son appauvrissement. L'action exercée dans l'intérêt personnel de l'appauvri signale l'absence d'altruisme (ce qui exclut la gestion d'affaires). L'appauvri ne pourra pas non plus contraindre les tiers à devoir prendre en charge partiellement le montant des travaux : il fallait recourir au contrat. L'action dans l'intérêt personnel de l'appauvri montre que l'enrichissement injustifié n'est pas destiné à concurrencer le contrat.

Selon l'article 1303-2 al. 2 c. civ., « L'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une *faute de l'appauvri*. » L'appauvri sera (totalement) privé d'indemnisation quand il avait commis une faute volontaire (distincte de la simple imprudence³ : Civ. 1^{ère}, 11 mars 1997⁴), commise afin de contourner le droit du contrat. Ainsi, un arrêt Civ. 1^{ère}, 15 déc. 1998⁵ interdit au garagiste qui avait réalisé des travaux sur un véhicule d'obtenir une indemnisation : un particulier avait demandé un devis préalable, avant la réalisation des travaux, mais le garagiste effectue des travaux non demandés ; la faute volontaire commise par l'appauvri explique à elle seule son appauvrissement (et l'enrichissement du client)⁶.

¹ Art. 1303-2 c. civ. : « Il n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel.

« L'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une faute de l'appauvri.

² Civ. 3^e, 20 mai 2009, n°08-10.910, Bull. n°116 : une association réalise des travaux dans l'intérêt de ses membres, mais sans pouvoir prétendre agir dans le cadre de son objet social ; l'action en enrichissement sans cause lui est refusée, puisqu'elle a agi « dans l'intérêt de ses membres, de sa propre initiative et à ses risques et périls ».

³ Civ. 1^{ère}, 19 déc. 2006, n°04-17.664, Bull. n°557 (perte par la banque d'un chèque, crédité sur le compte de son client, mais non débité sur le compte de l'émetteur : action en enrichissement sans cause admise).

⁴ Civ. 1^{ère}, 11 mars 1997, n° 94-17.621, Bull. n°88 ; D. 1997, p.407, note M. Billiau ; CCC 1997.Comm.113, obs. L. Leveneur. Selon ce dernier, « le fait d'avoir commis une imprudence ou une négligence ne prive pas celui qui en s'appauvrissant a enrichi autrui de son recours fondé sur l'enrichissement sans cause ». Dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, n° 95-13.568, Bull. n°182 ; JCP 1998. II. 10102, note G. Viney ; Civ. 1^{ère}, 13 juill. 2004, n°01-03.608, Bull. n°208 ; D. 2004.2083 ; RTD civ. 2005. 120, obs. J. Mestre et B. Fages ; Defrénois 2004. 1407, obs. J.-L. Aubert ; Civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, n° 07-18.875, Bull. n°272 ; D. 2009. 1122, note Y. Dagherne-Labbe ; AJDI 2009. 151 ; RTD civ. 2009. 113, obs. B. Fages.

⁵ Civ. 1^{ère}, 15 déc. 1998, n°96-20.625 ; Bull. n° 363 ; D. 1999, p. 425, note J.-C. Saint-Pau.

⁶ Civ. 1^{ère}, 24 mai 2005, n°03-13.534, Bull. n°224 (un garagiste effectue des travaux non commandés par le client, et réclame une somme excédant le montant du devis : le garagiste « dont l'appauvrissement était ainsi imputable à sa faute, ne pouvait réclamer à son client aucune indemnité en raison de l'enrichissement dont celui-ci a bénéficié ») ; Civ. 1^{ère}, 2 nov. 2005, n°02-18.723, Bull. n°398.

La jurisprudence admet également que la faute grave (commise par un professionnel) peut également priver l'appauvri de toute indemnité⁷. Le banquier qui honore deux chèques faisant l'objet d'une opposition par le client commet une faute qui explique son appauvrissement : il ne pourra rien récupérer du client (Civ. 1^{ère}, 19 mars 2015⁸). La faute sera encore établie quand un professionnel ne respecte pas scrupuleusement la réglementation : l'agent immobilier ne peut pas obtenir d'indemnisation sur le fondement de l'enrichissement injustifié quand un contrat n'est pas conclu avec ses clients⁹. Seul le contrat permet le transfert de valeur.

275. Les conditions de l'enrichissement injustifié imposent à l'appauvri d'établir à la fois qu'il ne dispose d'aucune voie légale pour agir contre l'enrichi (subsidiarité) et que son appauvrissement est moralement injuste.

La condition de *subsidiarité* limite l'interférence entre l'enrichissement injustifié avec le contrat et les autres quasi-contrats, et avec les autres techniques juridiques qui justifient un transfert de valeur (prescription, usucapion, droit de la preuve ...). Il faut être en présence d'un vide juridique.

La condition *morale* prive d'indemnisation celui qui commet une faute volontaire, en cherchant à contourner le droit du contrat, de celui qui ne respecte pas ses obligations professionnelles (agent immobilier, banquier) ou qui agit dans son intérêt personnel.

Ces conditions restrictives font de l'enrichissement injustifié une institution marginale. Elle est pourtant invoquée, et reste utile. Lorsqu'un coobligé solidaire ou un garant autonome (absence de disposition légale) paye la dette qui profite à l'un d'eux, le paiement de l'un est dû, mais le véritable débiteur devra rembourser : à défaut de contrat conclu entre l'appauvri (garant, coobligé ...) et le véritable débiteur, la seule voie praticable est celle de l'enrichissement injustifié.

⁷ Civ. 1^{ère}, 5 avril 2018, n° 17-12.595, Bull. ; RLDC 2018, n° 6436, p. 7, note Pauline Fleury ; RJDA 2018, n° 488 : (abstrat) « Si le fait d'avoir commis une imprudence ou une négligence ne prive pas de son recours fondé sur l'enrichissement sans cause celui qui, en s'appauvrissant, a enrichi autrui, l'action de in rem verso ne peut aboutir lorsque l'appauvrissement est dû à la faute lourde ou intentionnelle de l'appauvri. / Ayant relevé, d'une part, que, pour procéder à l'estimation de deux oeuvres comprises dans l'actif d'une succession, dont une expertise judiciairement ordonnée avait ultérieurement révélé le caractère de faux, un commissaire-priseur judiciaire s'était borné à effectuer un examen visuel superficiel et rapide, sur la foi d'un certificat établi quinze ans auparavant, dans des conditions qu'il ignorait complètement, d'autre part, que les enjeux financiers et fiscaux de la succession en cause requéraient de ce professionnel de l'art une attention particulière, justifiant qu'il procède à des investigations complémentaires, et ayant ainsi fait ressortir que celui-ci avait commis une faute lourde, une cour d'appel en a exactement déduit que le manquement du commissaire-priseur judiciaire à ses obligations professionnelles le privait de son recours fondé sur l'enrichissement sans cause. »

⁸ Civ. 1^{ère}, 19 mars 2015, n°14-10.075, Bull. ; D. 2015, p. 1084 note Jérôme Lasserre Capdeville (L'action de in rem verso et le chèque payé fautivement).

⁹ Civ. 1^{ère}, 18 juin 2014, n°13-13.553 : (abstrat) « Les règles de l'enrichissement sans cause ne peuvent tenir en échec les dispositions d'ordre public des articles 6-1 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, lesquels subordonnent la licéité de l'intervention d'un agent immobilier dans toute opération immobilière, et partant, son droit à rémunération comme à indemnisation, à la détention d'un mandat écrit préalablement délivré à cet effet par l'une des parties à l'opération ». Sur le refus de la gestion d'affaires : Civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, n°11-13.000, Bull. n°72, supra n°313-1.

(276- à 278. : réservés)

Conclusion du §2ème/ Les quasi-contrats

279. Les trois quasi-contrats consacrés par la loi présentent deux **traits communs**.

D'une part, ils sont *subsidiaires* par rapport au contrat. La gestion d'affaires est refusée en présence d'une immixtion fautive ; le paiement de l'indu s'explique par l'absence de contrat, de même que l'enrichissement injustifié.

D'autre part, il existe, objectivement, un *enrichissement et un appauvrissement corrélatif* : ce trait générique du quasi-contrat semble interdire d'étendre la construction en dehors de ces hypothèses.

280. Avant l'adoption de l'ordonnance de 2016, la jurisprudence avait également procédé à une autre extension, avec le **presque contrat**. En présence d'un comportement « purement volontaire », de nature à créer une illusion (loterie publicitaire, voire société créée de fait), les juges ont parlé d'obligation quasi-contractuelle, afin d'imposer un partage équitable. Ce quasi-contrat n'étant pas mentionné dans le code civil réformé en 2016, le presque contrat a disparu.

Avant 2016, la jurisprudence (Mixte, 6 sept. 2002¹, confirmé par Civ. 1^{ère}, 19 mars 2015²) s'était fondée sur la définition générale du quasi-contrat pour admettre l'existence d'une quatrième cas, en présence de comportements déloyaux de la part de certains professionnels qui n'étaient pas, aux yeux des juges, correctement, c-à-d. suffisamment sanctionnés. Par son comportement « *purement volontaire* », le professionnel se trouvait lié par l'illusion d'engagement qu'il avait créée : « Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de leur auteur envers autrui. ».

En droit positif, il existe certaines dispositions conduisent à imposer une obligation "presque contractuelle", notamment en droit de la famille. Dans ces groupements, en effet, il arrive fréquemment que leurs membres omettent de formaliser leurs volontés, pour gérer un bien commun (indivis, souvent), voire même s'opposent sur les décisions à prendre. Selon l'article 815-3 dernier alinéa c. civ.³, lorsqu'un indivisaire prend en main la gestion et « agit au vu et au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part, il est censé avoir reçu un mandat tacite ». Au sein d'une famille, lorsque l'un des membres refuse le contrat, la loi permet parfois de passer outre, lorsque le juge estime que le refus de l'un est contraire à l'intérêt de la famille (cogestion des

¹Mixte, 6 sept. 2002, n° 98-22.981, Bull. n°4 : « les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers ; (...) l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer ».

² Civ. 1^{ère}, 19 mars 2015, n°13-27.414, Bull. ; D. 2015, somm., p. 733 : (abstrat) « Il résulte de l'article 1371 [devenu 1300] du code civil que l'organisateur d'un jeu publicitaire qui annonce un gain à personne dénommée sans mettre en évidence, à première lecture, l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer, sans pouvoir subordonner une telle délivrance au renvoi par le destinataire d'un bon de participation. »

³ Art. 815-3 in fine c. civ. : « Si un indivisaire prend en main la gestion des biens indivis, au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administration mais non les actes de disposition ni la conclusion ou le renouvellement des baux. »

époux communs en biens ou celle du logement de la famille¹ ; gestion de biens indivis (art. 815-5 c. civ.²) ; bail forcé consenti par le juge, en cas de divorce (art. 285-1 c. civ.³).

¹ Art. 217 al. 1^{er} c. civ. : « Un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. »

² Art. 815-5 al. 1^{er} c. civ. : « Un indivisaire peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coïndivisaire serait nécessaire, si le refus de celui-ci met en péril l'intérêt commun. »

³ Art. 285-1 c. civ. : « Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande. »

Chapitre 2^{ème}

L'influence des tiers sur l'obligation

300. L'influence des tiers sur l'obligation obéit à des conditions fixées en régime général des obligations, en raison du risque d'atteinte à la relation personnelle qui unit le créancier à son débiteur. Lorsqu'un tiers (cessionnaire) cherche à remplacer le créancier originaire (cédant) et obtenir le profit de la prestation, il faudra déterminer s'il est porté atteinte à la force obligatoire de l'obligation ; il sera question de son effet relatif, lorsqu'un tiers prétend réclamer la bonne exécution de l'obligation par le débiteur.

La *force obligatoire des obligations* risque d'être affectée par la présence d'un tiers, quand il cherche à remplacer une partie à l'obligation, en devenant créancier ou débiteur. Il faudra savoir si le changement résultant de la présence du tiers est majeur (et suppose une révision mutuellement convenue) ou mineur (et conduira simplement à avertir le débiteur de l'identité de son nouveau créancier). La transmission de l'obligation à un tiers fixera ainsi les conditions exigées pour qu'un tiers soit soumis à la force obligatoire des obligations.

L'*effet relatif des obligations* sera en cause quand un tiers est (indirectement) impacté par l'exécution, bonne ou mauvaise, de l'obligation.

- Le tiers peut avoir intérêt à ce que la prestation soit correctement exécutée : si un débiteur (locataire) paye ce qu'il doit à son créancier (bailleur), ce dernier sera en mesure de rembourser le prêteur (banquier).
- Le tiers peut aussi avoir intérêt à ignorer une obligation frauduleuse ou même simplement excessive.

Les prérogatives exercées par les tiers conduiront à savoir ce que les tiers peuvent ou non exiger des parties à l'obligation, en fonction de l'intérêt légitime que le régime général de l'obligation leur reconnaît.

L'influence exercée par les tiers sur l'exécution de l'obligation risque donc d'affecter la force obligatoire de l'obligation (qui impose au débiteur d'exécuter au profit de son créancier) et son effet relatif (qui conduit le tiers à tenir compte de l'obligation). Ces deux effets de l'obligation supposent acquise la distinction entre partie et tiers à l'obligation, laquelle réserve pourtant des surprises en régime général des obligations.

301. En régime général de l'obligation, la **distinction entre partie et tiers** permet d'identifier ceux qui obtiennent le profit de la prestation et ceux qui subissent la charge de son exécution (les créanciers et débiteurs) et ceux qui resteront toujours étrangers à l'obligation (les tiers), et qui se contenteront de prendre en compte son exécution. Or, les parties et les tiers à l'obligation n'ont pas

un statut figé. À première vue, sont parties à l'obligation le créancier originaire et son débiteur, et les tiers seraient les autres¹. Mais la distinction (fonctionnelle) entre partie et tiers peut apparaître comme poreuse, lorsque survient un événement involontaire (le décès) ou volontaire (une vente).

En régime général de l'obligation (comme en droit du contrat), les parties à l'obligation sont les titulaires originaires², mais également leur successeur. Le décès du titulaire originaire (du créancier ou du débiteur) n'entraîne normalement pas l'extinction de l'obligation, mais sa transmission à l'héritier (et plus généralement à l'ayant cause universel). L'ayant cause universel est (en principe) assimilé au titulaire originaire. Il n'est pas un tiers.

Les *tiers à l'obligation* sont les autres. En principe, l'acquéreur d'une maison (ayant cause à titre particulier) ne remplace pas le vendeur (son auteur) dans les obligations (personnelles) auxquelles il était partie. L'acquéreur conclura un nouveau contrat pour la fourniture d'électricité, de téléphone ..., sauf exception (obligation réelle).

La distinction entre les personnes assimilées au titulaire originaire et aux tiers permettra d'identifier les caractères de l'obligation commune (personnelle) et de caractériser des obligations spéciales (strictement personnelles ou réelles). Ces caractères de l'obligation apparaissent en présence de personnes occupant une position intermédiaire (les ayants cause), en raison d'un lien particulier qu'elles ont avec l'une des parties (auteur). Il s'agit de l'ayant cause universel (1) et de l'ayant cause à titre particulier (2).

302. 1/ L'**ayant cause universel** est assimilé au titulaire originaire de l'obligation parce qu'il se voit transmettre l'intégralité du patrimoine de son auteur (à savoir tous ses biens et toutes ses obligations, créances comme dettes). Mais ce remplacement pur et simple n'a pas lieu pour toutes les obligations : le plus souvent, une obligation courante est transmise à l'ayant cause universel, tandis que l'obligation strictement personnelle disparaît avec le décès de son auteur.

L'*obligation personnelle* (commune) est transmise, activement et passivement, à l'ayant cause universel (héritier ou société absorbante). Les dettes (envers les tiers) et les créances (détenues sur les tiers) sont des prestations perçues comme des valeurs patrimoniales quelconques : le lien personnel entre l'auteur et son ayant cause universel est bien plus fort que le lien entre le créancier originaire (ultérieurement décédé) et son débiteur.

¹ Et notamment les *penitus extranei*, à savoir ceux qui n'ont aucune relation juridique avec les parties, comme le voisin ou la victime d'un accident de la circulation.

² Contractants parlant en leur nom et pour leur compte (art. 1203 c. civ. : « On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même. ») ; mandants (art. 1154 c. civ. : « Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté. »). Voir : *Droit du contrat*,

- En droit des successions, on parlera même de la fiction de la continuation de la personne : les héritiers acceptants¹ remplacent de droit (art. 785 c. civ.²) leur auteur (décédé)³.
- Pareillement, en cas de fusion-absorption (en droit des sociétés), le patrimoine de la personne morale absorbée est pareillement transmis, activement et passivement⁴, à la société absorbante⁵.
- En régime général des obligations, une conséquence propre en sera tirée, lorsqu'une obligation existait entre l'auteur (personne physique ou morale) et son ayant cause universel : elle sera éteinte sans exécution (infra, confusion), en raison de la disparition du vecteur (et plus précisément de celle de sa polarité).

Ainsi, en présence d'une obligation courante (personnelle), le contrat de bail est poursuivi, et le locataire doit continuer de verser le loyer à l'héritier, et non plus au bailleur originaire décédé. Les dettes de responsabilité⁶, les impôts dus par le redevable, ainsi que les actions (en nullité⁷, en paiement ...) sont pareillement transmises à l'ayant cause universel (schéma 4.1).

¹ Civ. 3^e, 15 mai 2008, n°07-14.655 : « Si un indivisaire, après avoir consenti seul des baux sur des biens indivis, décède en laissant pour héritiers ses coindivisaires, ceux-ci sont tenus, s'ils acceptent purement et simplement la succession, de garantir les conventions passées par leur auteur, en application de l'article 1122 du code civil. » ; Civ. 1^{ère}, 5 décembre 2012, n°11-24.758, Bull. ; Revue juridique Personnes et famille, n° 1, janvier 2013, p. 40, note David Martel : « Le prêt de deniers dont le prêteur n'a que le quasi-usufruit est opposable aux ayants cause universels, héritiers de ce prêteur. »

² Art. 785 c. civ. : « L'héritier universel ou à titre universel qui accepte purement et simplement la succession répond indéfiniment des dettes et charges qui en dépendent.
« Il n'est tenu des legs de sommes d'argent qu'à concurrence de l'actif successoral net des dettes. »

³ Art. 1372 c. civ. : « L'acte sous signature privée, reconnu par la partie à laquelle on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu à son égard, fait foi entre ceux qui l'ont souscrit et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause. » ; art. 1385-4 al. 1^{er} c. civ. : « Le serment ne fait preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré et de ses héritiers et ayants cause, ou contre eux. »

⁴ Crim., 28 février 2017, n°15-81.469, Bull. (« la société absorbante, venant aux droits et obligations de la précédente, [est tenue de] payer des dommages-intérêts aux parties civiles ») ; Civ. 2^e, 1^{er} septembre 2016, n° 15-19.524, Bull. ; JCP 2016, éd. G, chron., 1051, spéc. n° 8 et 12, note Marc Billiau. ; revue Procédures 2016, comm. 284, note Loïs Raschel ; RLDAff. 2016, n° 6012 ; Gaz. Pal. 2016, n° 38, p. 78, note Jean-Marc Moulin : (abstrat) « Le caractère personnel de l'astreinte ne s'oppose pas à ce que sa liquidation, qui tend à une condamnation pécuniaire, puisse être poursuivie à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée antérieurement à la date de la publication de la fusion-absorption. »

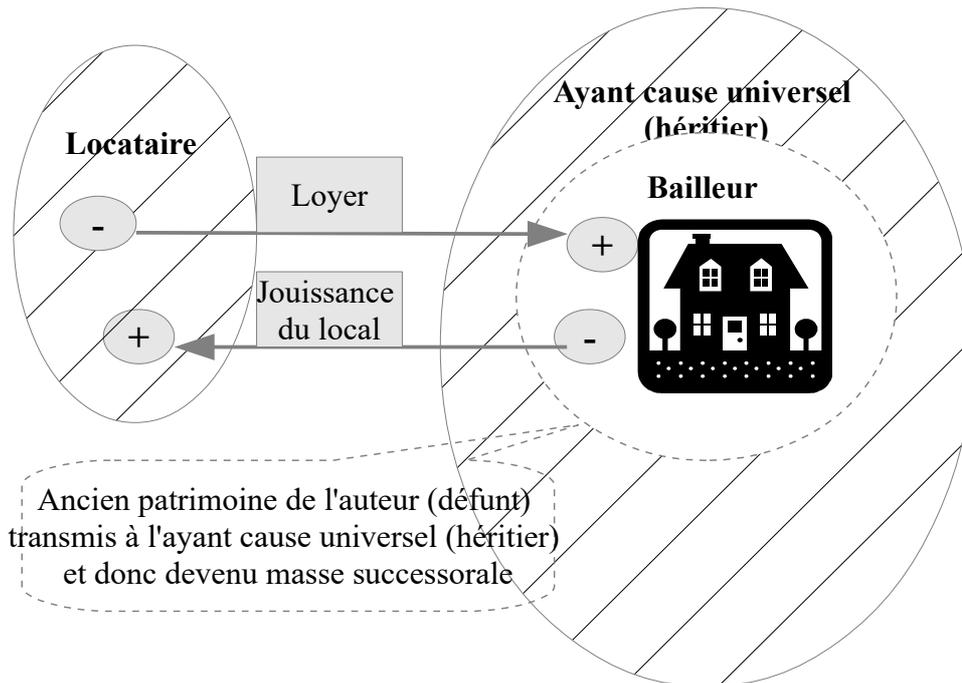
⁵ Soc., 22 septembre 2015, n°13-25.429, Bull. : « Si, en vertu de l'article L. 236-3 du code de commerce, la fusion-absorption entraîne la dissolution sans liquidation de la société absorbée, elle opère la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante, qui a de plein droit qualité pour poursuivre les instances engagées par ou contre la société absorbée. » ; Soc., 13 mai 2014, n° 12-29.012, Bull.

⁶ Civ. 3^e, 30 janvier 2019, n° 18-10.941, Bull. : « Les héritiers d'un maître d'oeuvre sont tenus des conséquences dommageables de l'exécution du contrat de louage par le de cujus [défunt] en raison de la transmission des obligations. »

⁷ Civ. 1^{ère}, 6 novembre 2019, n° 18-23.913, Bull. ; Gaz. Pal., n° 40, 19 novembre 2019, p. 32, note Catherine Berlaud ; Gaz. Pal., n° 1, 7 janvier 2020, p. 63, note Alice Munck-Barraud ; Dr. fam., n° 1, janvier 2020, comm. 12, note Bernard Beignier ; JCP éd. G., n° 52, 23 décembre 2019, p. 1366, note Gilles Raoul-Cormeil ; AJ Famille, 2020, p. 75, note Patrice Hilt : (abstrat) « L'action en nullité relative de l'acte que l'article 1427 du code civil ouvre au conjoint de l'époux qui a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs est, en raison de son caractère patrimonial, transmise, après son décès, à ses ayants cause universels. »

Schéma
4.1

Transmission de l'obligation personnelle à l'ayant cause universel



L'*obligation strictement personnelle* est soumise à un statut différent : elle est intransmissible à cause de mort ou de fusion-absorption.

- Le décès entraîne la disparition de l'obligation¹ (ou du contrat) : l'héritier du salarié ne le remplace pas. Le contrat de cautionnement prend fin au décès de la caution (techniquement : l'héritier de la caution cesse de couvrir les dettes nées après le décès du débiteur : art. 2317 c. civ.²). Mais les dettes couvertes avant le décès sont des obligations quelconques : l'héritier les couvre donc.

¹ Art. 1025 al. 3 c. civ. : « Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ne sont pas transmissibles à cause de mort. »

² Art. 2317 c. civ. : « Les héritiers de la caution ne sont tenus que des dettes nées avant le décès. »
« Toute clause contraire est réputée non écrite. »

– Après scission, l'entité restante ne bénéficie plus des facilités de caisse dont bénéficiait la société originaire¹. Après fusion, la caution cesse de couvrir les dettes du débiteur (art. 2318 c. civ.²) : seules les dettes nées avant la fusion sont et restent garanties.

L'obligation strictement personnelle est donc détruite par la disparition d'une partie originaire, et l'ayant cause à titre universel restera toujours un tiers à cette obligation.

En régime général des obligations, la distinction entre obligation personnelle (courante) et obligation strictement personnelle (exceptionnelle) s'explique par l'importance, secondaire ou primordiale, de la relation personnelle qui existe entre le créancier et son débiteur. L'obligation personnelle est transmissible : le vecteur de l'obligation unit des parties interchangeables. Exceptionnellement, l'obligation est intransmissible : le vecteur est détruit par la disparition d'une partie originaire. La distinction entre obligation personnelle et obligation strictement personnelle est le produit d'un choix politique.

302-1. Il n'existe **aucun critère objectif** qui permettrait de distinguer entre une obligation personnelle et une obligation strictement personnelle. Il existe simplement des choix politiques, et il est douteux que l'on puisse détecter une évolution historique linéaire qui conduirait de l'obligation strictement personnelle à l'obligation personnelle.

Des anthropologues signalent que, dans des sociétés primitives, les prestations ont un caractère strictement personnel marqué. En droit européen, il faudrait se référer à des périodes très reculées (et pré-historiques) pour identifier les traces d'un *principe* selon lequel l'obligation de principe aurait été strictement personnelle. Selon Flour et Aubert, « Tel fut, sauf controverses, le droit romain primitif. Toutefois il a été rapidement acquis, grâce à la fiction de la continuation de la personne du *de cuius* par ses successeurs, que l'obligation est transmissible à cause de mort aux héritiers du créancier ou du débiteur »³. L'obligation de principe est donc personnelle depuis plus de 2.500 ans.

En droit, l'exception de l'obligation strictement personnelle s'explique par une décision politique précise. Le contrat de travail n'est pas transmissible à cause de mort à l'héritier ; mais, dans la France de l'Ancien Régime, certains offices étaient transmissibles aux héritiers (la paulette, impôt perçu par l'État assurant cette fonction) et pouvaient même être cédés du vivant de leur auteur. On notera à l'inverse que le cessionnaire d'une entreprise

¹ Com., 15 mars 2011, n°10-11650, non publié au bulletin (la banque avait consenti un crédit à une société ayant fait ultérieurement l'objet d'une scission) : « la convention de crédit, qui est conclue en considération de la personne de l'emprunteur, ne pouvait être transmise sans l'accord de la banque créancière [...] »

² Art. 2318 c. civ. : « En cas de dissolution de la personne morale débitrice ou créancière par l'effet d'une fusion, d'une scission ou de la cause prévue au troisième alinéa de l'article 1844-5, la caution demeure tenue pour les dettes nées avant que l'opération ne soit devenue opposable aux tiers ; elle ne garantit celles nées postérieurement que si elle y a consenti à l'occasion de cette opération ou, pour les opérations affectant la société créancière, par avance.

« En cas de dissolution de la personne morale caution pour l'une des causes indiquées au premier alinéa, toutes les obligations issues du cautionnement sont transmises. »

³ Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, par Jean-Luc Aubert, Yvonne Flour et Éric Savaux, *Les obligations 3. le rapport d'obligation*, Armand Colin, 1999, p. 207, n°344.

(infra, obligation réelle) reprend les contrats de travail en cours. L'héritier du salarié ne remplace pas son auteur, mais l'ayant cause à titre particulier de l'employeur remplace son auteur.

Le principe de l'obligation personnelle courante, transmissible à cause de mort, coexiste donc avec des exceptions allant dans un sens (obligation strictement personnelle) ou dans un autre (obligation réelle). Le caractère strictement personnel du contrat de travail, intransmissible et incessible à l'héritier implique la concurrence sur le marché du travail, pour chaque génération. Ce même contrat de travail, transféré au cessionnaire, est de nature à protéger l'emploi des salariés dont l'entreprise (probablement en difficulté) est reprise. Le principe et l'exception sont des décisions politiques : aucun critère scientifique ne les explique.

303. 2/ L'ayant cause à titre particulier désigne la personne qui a reçu un bien de la part de son auteur, en présence d'une obligation translative de propriété portant sur une chose (corporelle ou incorporelle, comme un brevet) ou une créance. L'ayant cause à titre particulier est donc devenu propriétaire (de la chose) quand la prestation a été exécutée : le prix a été payé, la chose a été livrée. En droit français, l'ayant cause à titre particulier est une catégorie qui regroupe deux types de personnes, *le légataire et l'acquéreur*.

- Le légataire se voit transmettre un bien particulier à cause de mort : contrairement aux héritiers, le légataire n'est pas tenu du passif successoral sur son patrimoine personnel.
- L'acquéreur d'un bien se voit transmettre un bien entre vifs. Cette obligation (translative de propriété) résulte soit d'un contrat, synallagmatique (vente, échange) ou unilatéral (donation), soit d'une obligation légale, en cas de saisie (exécution forcée), d'expropriation ou de réquisition (par l'administration).

En régime général de l'obligation, le lien entre la chose vendue (ou léguée) et son nouveau propriétaire conduit à distinguer *l'obligation personnelle (courante) et l'obligation réelle (exceptionnelle)*.

- En principe, l'ayant cause à titre particulier est un tiers. Il ne peut se voir transmettre les obligations dont son auteur était titulaire. Lorsqu'une maison est achetée, les contrats de fourniture d'eau et d'électricité souscrits par le vendeur ne lient pas l'acquéreur. Les dettes de l'auteur (vendeur ou légataire) lui demeurent personnelles et elles ne se transmettent pas avec la chose vendue : le passif (contractuel ou fiscal) laissé par le vendeur ne sera jamais payé par l'acquéreur. L'obligation personnelle est de principe : l'ayant cause à titre particulier n'a donc pas à se tenir informé de la situation juridique de son auteur.

- Mais, en présence d'une obligation réelle (infra), certaines obligations (contractuelles ou légales) sont greffées sur la chose. L'ayant cause à titre particulier est alors assimilé à une partie originaire : l'acquéreur sera tenu d'exécuter l'obligation (en tant que débiteur¹ ou créancier²) (schéma 4.2). Ainsi

- L'acquéreur de l'immeuble hypothéqué devra payer la dette de son auteur³ ;
- Le cessionnaire de l'entreprise est tenu de reprendre les contrats de travail noués avec le cédant⁴ ;
- Le cessionnaire de la créance bénéficie des sûretés (attachées à la créance⁵) etc...

L'ayant cause à titre particulier se tiendra donc informé de la présence des obligations réelles greffées sur le bien qu'il acquiert.

¹ Ainsi, le propriétaire actuel de l'immeuble, lorsqu'un défaut de construction cause un dommage à autrui : art. 1244 c. civ. : « Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. »

² L'acquéreur du bien bénéficiera, en tant que créancier, des contrats réels greffés sur la chose (sûreté, responsabilité civile du constructeur)

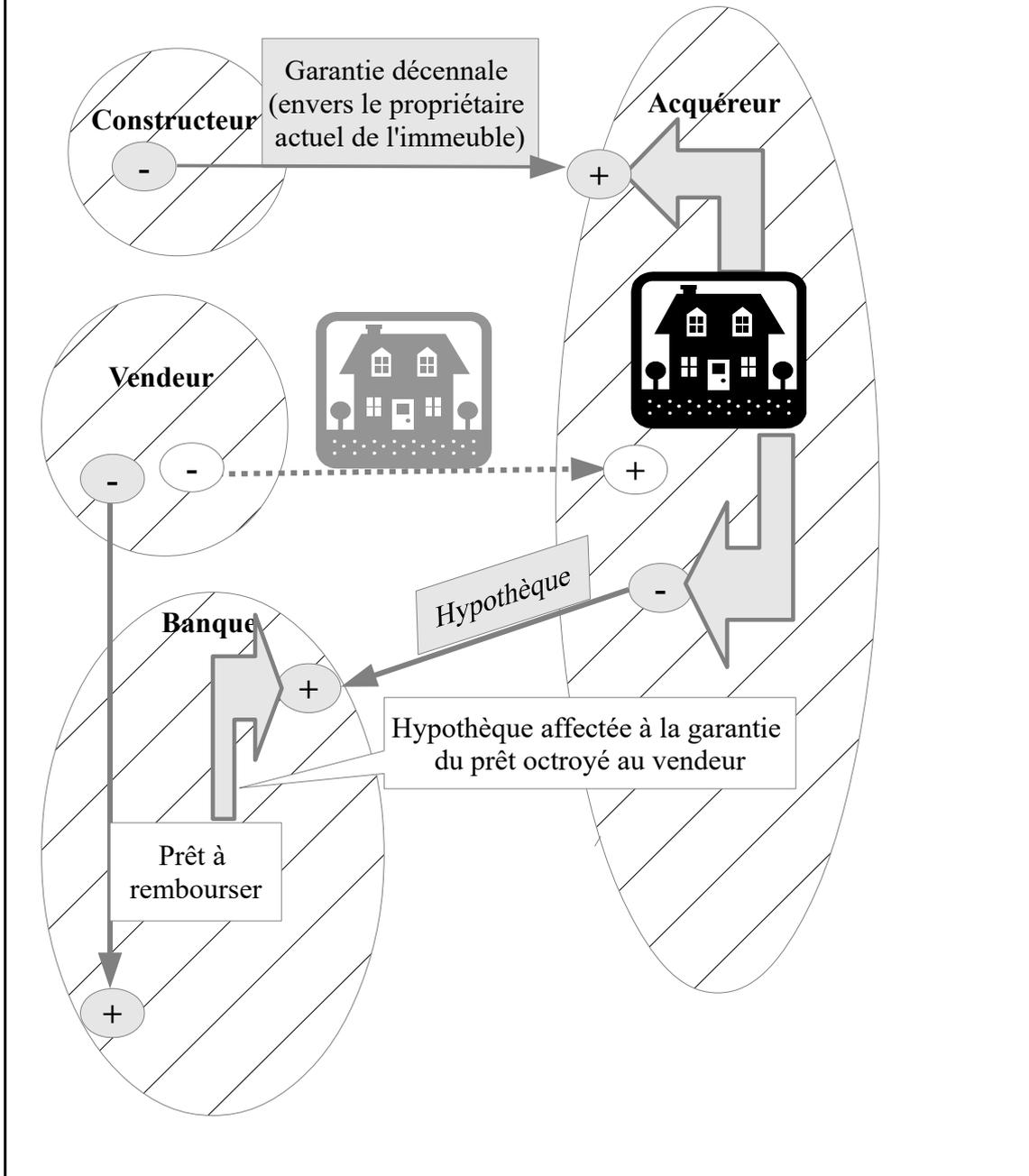
³ Art. 2461 c. civ. : « Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions ».

⁴ Art. 1224-1 c. trav. : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

⁵ Art. 1321 al. 3 c. civ. : « Elle [la cession de créance] s'étend aux accessoires de la créance. »

Schéma
4.2

Fonctionnement de l'obligation réelle



En présence d'une obligation translatrice de propriété, l'ayant cause à titre particulier est en principe un tiers, car l'obligation personnelle (de principe) repose sur une relation personnelle (entre le propriétaire d'une chose et son réparateur, fournisseur d'énergie ...). En présence d'une obligation

réelle (exceptionnelle), l'ayant cause à titre particulier deviendra une partie à l'obligation : la relation se noue entre le propriétaire (actuel) du bien et l'autre partie originaire (réparateur, prêteur bénéficiant de l'hypothèque ...).

304. La distinction entre partie et tiers à l'obligation est donc loin d'être évidente, parce qu'en régime général des obligations, certaines personnes occupant une situation intermédiaire (les ayants cause) seront tantôt partie, tantôt tiers, selon que l'on est en présence d'une des **trois catégories d'obligations**.

En présence d'une *obligation personnelle* (principe), l'ayant cause universel est assimilé à une partie, et l'ayant cause à titre particulier est un tiers. L'héritier encaisse les loyers dus au bailleur décédé. L'acquéreur de l'immeuble ne reprend pas le contrat de fourniture d'électricité qui avait été conclu par son auteur.

En présence d'une *obligation strictement personnelle*, la disparition de l'une des parties (décès, absorption) entraîne la disparition de l'obligation. L'héritier du salarié ne le remplace pas, ce qui est le produit d'un choix : les offices ne sont plus transmissibles, et chaque génération devra faire (personnellement) ses preuves. L'ayant cause à titre universel restera un tiers à l'obligation strictement personnelle.

En présence d'une *obligation réelle*, l'ayant cause à titre particulier remplace son auteur. Le cessionnaire de l'entreprise (acquéreur) reprend les contrats de travail en cours. Il s'agit de protéger les (anciens) salariés, avec leur contrat de travail en cours : là encore, c'est un choix, car il n'est pas évident de considérer que le nouvel employeur (ayant cause à titre particulier) est identique à l'ancien.

Ces trois catégories d'obligation coexistent pour des raisons politiques. Elles ont pour fonction d'inclure ou d'exclure tel ou tel ayant cause (ayant un lien particulier avec son auteur). En réalité, en présence d'un événement (décès, cession) qui survient, il s'agira soit d'adapter l'obligation à un changement perçu comme mineur (le cessionnaire d'entreprise remplace le cédant), soit au contraire de détruire l'obligation, face à un changement perçu comme majeur. Dans l'obligation courante (personnelle), le décès est un événement mineur et la cession de dette est un événement majeur.

305. En régime général des obligations, la présence des tiers est ainsi de nature à influencer sur l'exécution de l'obligation, de deux manières.

- Premièrement, il s'agit d'identifier ceux qui sont soumis à la force obligatoire de l'obligation : ce sont les parties (et assimilées), et la question se posera quand un tiers prétendra remplacer une partie (section 1^{ère}).
- Deuxièmement, il s'agit d'identifier les tiers, qui ont des intérêts à défendre face à l'exécution de l'obligation (par les parties) (section 2^{ème}).

section 1^{ère}

La transmission de l'obligation à un tiers : *les opérations sur obligation*

La **transmission de l'obligation à un tiers** traite des conditions imposées pour qu'un tiers puisse remplacer un titulaire originaire. Si la présence du tiers est un changement majeur, une révision mutuellement convenue de l'obligation est nécessaire ; si ce n'est un changement mineur, il suffira d'en informer l'autre partie. En régime général des obligations, la cession de créance et l'obligation réelle sont des changements mineurs, tandis que la cession de dette et la délégation sont des changements majeurs.

Le *changement mineur* conduira simplement à informer le tiers : l'exécution de l'obligation sera adaptée (comme en présence d'un changement d'adresse).

- La cession de créance est perçue comme une valeur patrimoniale (c-à-d une prestation à exécuter) : le créancier originaire (cédant) cèdera sa créance à un tiers (cessionnaire) en se contentant d'en informer le débiteur (cédé).
- En présence d'une obligation réelle, l'ayant cause à titre particulier remplace son auteur dans l'exécution de l'obligation, en tant que créancier et débiteur. Le propriétaire actuel du bien est tenu de s'informer sur la présence d'obligations greffées sur la chose ; il engage son patrimoine personnel.

Le *changement majeur* suppose une modification mutuellement convenue par tous les intervenants.

- Le créancier devra consentir à la cession de dette, opération par laquelle le débiteur originaire cherche à se faire remplacer par un nouveau débiteur.
- En présence d'une délégation, deux dettes s'éteindront par un paiement unique. Si A (délégant) doit 50 à B (délégataire), si C (délégué) doit 50 à A, les protagonistes peuvent décider que C versera 50 à B. Le délégué s'engage à titre supplétif de volonté à renoncer à invoquer les exceptions (tenant aux anciennes obligations).

En régime général des obligations, le remplacement d'un titulaire originaire par un tiers est donc soumis à deux régimes.

- L'information suffira en présence d'un changement mineur (cession de créance, obligation réelle) résultant de la présence d'un ayant cause à titre particulier.
- La révision mutuellement convenue de l'obligation est exigée lorsque la solvabilité du débiteur est principalement en cause (cession de dette, délégation) : la relation personnelle est déterminante, et cela conduira fréquemment l'ancien débiteur à garantir le créancier originaire. Ce dernier disposera alors de deux codébiteurs solidaires : le tiers est alors simplement adjoint à l'exécution, mais il ne remplace pas le débiteur originaire.

306. La transmission de l'obligation à un tiers traite des conditions par lesquelles un tiers pourra remplacer le titulaire originaire de l'obligation (en devenant créancier ou débiteur). Cette transmission de l'obligation à un tiers, dénommée « opérations sur obligation » depuis la réforme de 2016, conduira à distinguer entre un changement majeur (exigeant une révision mutuellement convenue) et changement mineur (conduisant simplement à adapter l'obligation).

En droit des obligations, la distinction entre *changement majeur et mineur* est couramment pratiquée, lorsque survient un événement imprévu. Lorsque, en cours d'exécution du contrat de bail, le bailleur déménage, le locataire sera simplement informé de ce changement (mineur) d'adresse. À l'inverse, si le vendeur d'un bien réclame une augmentation de prix, le changement (majeur) ne sera admis que par une révision mutuellement convenue de l'obligation contractuelle. La distinction entre adaptation (changement mineur) et modification de l'obligation (changement majeur) étant admise, quel régime appliquer lorsqu'un tiers prétend remplacer un créancier ou un débiteur originaire ?

En l'absence de critère scientifique permettant de distinguer changement mineur ou majeur, il faudra choisir entre deux régimes envisageables, lesquels produisent des résultats évidemment opposés :

- si le remplacement d'une partie originaire par un tiers est considéré comme une modification (majeure) de l'obligation, l'exigence d'un accord mutuel des trois protagonistes conduira fréquemment à un gel de la situation. Un débiteur (locataire) peut considérer qu'il n'a aucun intérêt à ce que son bailleur originaire, personne physique éventuellement accommodante, soit remplacé par une agence immobilière. Pareillement, un créancier refusera que son débiteur originaire (solvable et fiable) soit remplacé par un nouveau débiteur (pauvre ou chicaneur) : un créancier est sensible au risque d'insolvabilité et de fiabilité, facteur déterminant dans le paiement effectif d'une obligation.
- si le remplacement d'une partie originaire par un tiers est considéré comme une adaptation (mineure) de l'obligation, il suffira d'informer l'autre de l'identité du nouveau venu. Un débiteur sera informé qu'il devra désormais payer le cessionnaire (nouveau créancier), et non plus le cédant (créancier originaire), comme en présence d'un changement d'adresse. La créance est un titre qui aura vocation à circuler : le débiteur paiera un créancier, propriétaire actuel de la créance (obligation réelle). De même, le débiteur informera sa banque que l'emprunt immobilier sera désormais remboursé par un tiers (à savoir l'acquéreur de l'immeuble), le débiteur originaire ayant intérêt à prétendre qu'il sera

déchargé de son engagement. Le risque d'insolvabilité et de non-fiabilité sera alors considéré comme secondaire par le débiteur originaire.

Face au remplacement d'une partie originaire par un tiers, les *intérêts en présence* sont donc divergents. Un créancier a intérêt à considérer son titre comme un bien aisément négociable (et donc cessible sans l'accord de de son débiteur), et, à l'inverse, il n'a jamais intérêt à permettre à son débiteur originaire (tenu sur tous ses biens et revenus) de se faire remplacer par un insolvable (sauf si le débiteur originaire continue de garantir le nouveau venu).

L'orientation du droit positif français conduira à préserver les intérêts du créancier, ce que montrera le domaine d'application des exceptions (en présence d'une obligation strictement personnelle ou d'une obligation réelle). Le remplacement d'une partie originaire par un tiers est parfois mineur (§1^{er}), parfois majeur (§2^{ème}).

(307- à 309. : réservés)

§1^{er}/ Le changement mineur de l'obligation :

l'ayant cause à titre particulier face à l'obligation

310. Le remplacement d'une partie originaire par un tiers sera perçu comme un **changement mineur**, lorsqu'il suffit d'en informer l'un des protagonistes. Il en va ainsi, en principe, en présence d'une cession de créance et, bien que les textes ne la mentionnent pas, en présence d'une obligation réelle. Dans ces deux cas, l'ayant cause à titre particulier deviendra partie à l'obligation.

La *cession de créance* résulte d'un contrat translatif de propriété par lequel un créancier originaire (cédant) cherche à se faire remplacer par un tiers (cessionnaire), qui obtiendra donc le profit de la prestation. Le débiteur (cédé) sera simplement informé de la cession (et donc de l'identité de l'ayant cause à titre particulier, dénommé cessionnaire), comme en présence d'un changement d'adresse. La cession de créance porte sur une obligation courante.

En présence d'une *obligation réelle*, le propriétaire actuel d'un bien, ayant cause à titre particulier, remplacera son auteur dans l'exécution des obligations (aussi bien créances que dettes) greffées sur la chose. Informé par son auteur sur la situation juridique de son bien, l'ayant cause à titre particulier ne devient qu'exceptionnellement partie, puisque, en principe, l'obligation est personnelle.

La cession de créance et l'obligation réelle ont un point commun : ce sont des *obligations translatives de propriété* qui rendent l'ayant cause à titre particulier partie. En régime général des obligations, ces adaptations mineures auront donc lieu en présence d'une cession de créance (I) et en présence d'une obligation réelle (II).

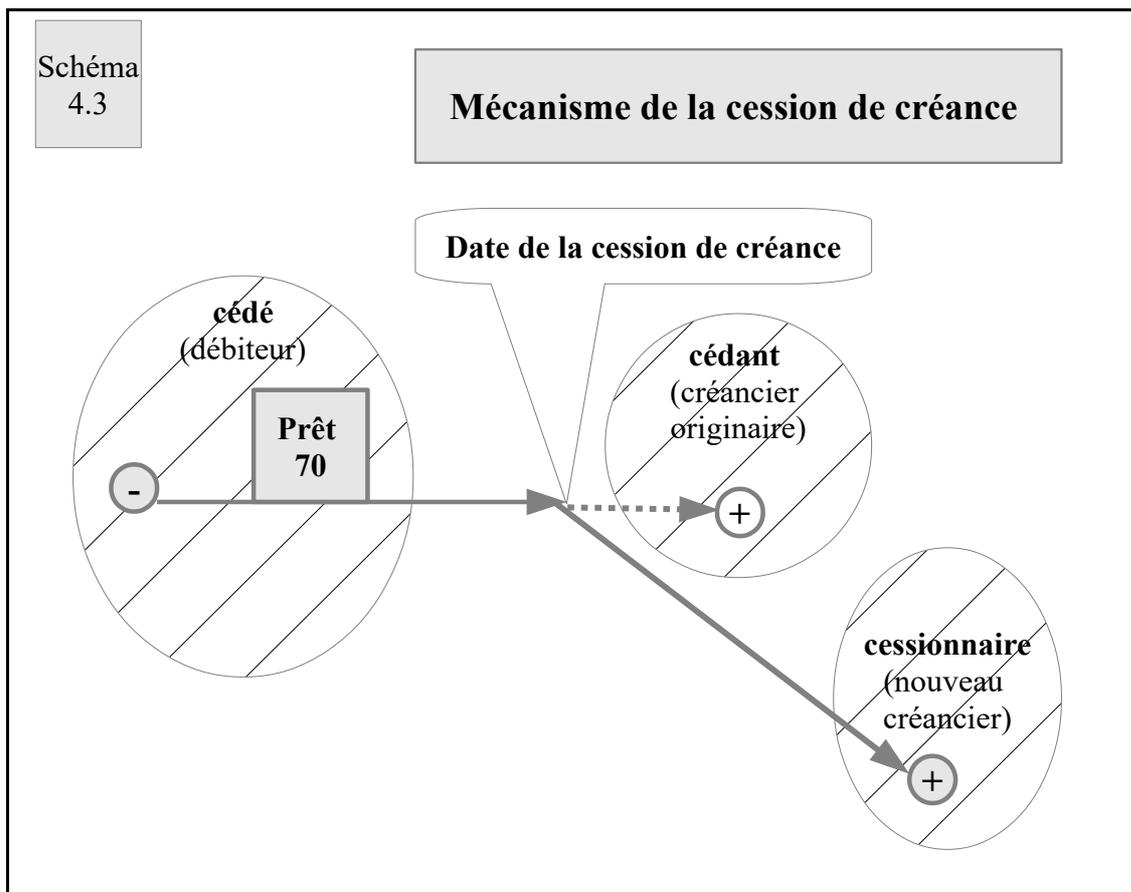
I/ La cession de créance : le remplacement du créancier originaire par l'ayant cause à titre particulier

311. « La **cession de créance** est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire » (art. 1321 al. 1^{er} c. civ.). La créance est un bien quelconque que l'on peut vendre (par une obligation translatrice de propriété) : le créancier originaire (auteur, et plus précisément cédant) peut céder ce bien à un tiers (ayant cause à titre particulier, et plus précisément cessionnaire) (schéma 4.3). Dès qu'il est informé de la conclusion de cette cession, le débiteur (cédé) devra payer son nouveau créancier. Classiquement, deux périodes seront distinguées, celle de la formation de ce contrat et celle de son exécution.

La *formation de la cession de créance* résulte (en principe) d'un contrat, conclu entre le cédant et le cessionnaire. Le débiteur cédé n'y est, en revanche, pas partie : il sera simplement informé de l'identité de son nouveau créancier. Ce contrat spécial (qui était, avant 2016, traité comme un contrat spécial de vente) présente quelques spécificités : il porte sur une chose particulière (une obligation courante), qui sera transmise (obligation translatrice de propriété).

L'*exécution de la cession de créance* conduira le débiteur cédé à fournir la prestation au cessionnaire, nouveau créancier. La cession de créance ne modifie en rien l'obligation pesant sur le débiteur cédé : en régime général des obligations, on dira que le débiteur cédé bénéficiera de l'opposabilité des exceptions. Si la créance transmise était nulle ou partiellement payée, le débiteur cédé ne paiera pas ou il paiera partiellement.

Le contrat de cession de créance (art. 1321 à 1326 c. civ.) sert de base technique aux opérations complexes couramment pratiquées en droit des affaires (trinitisation, escompte). Il faudra identifier les risques que le créancier originaire garantit ou non, puisque ces risques sont de nature à influencer sur la valeur marchande de la créance. La cession de créance obéit à des conditions (simples) de formation (1) et produit des effets (2) assez classiques en droit de la vente.



311-1. La cession de créance sert de base à toutes les opérations financières (dérivées, structurées ...) ayant cours sur les marchés de capitaux. L'économie propre de la cession de créance conduit le cessionnaire à identifier les différents risques de sa chose : le **risque d'impayé** est central, dans ce type de bien très spécial qu'est une créance.

La cession de créance sert de support aux opérations financières de *tritisation*, mécanisme par lequel une banque cède une créance, à un montant tenant compte du risque d'impayé. Le mécanisme est décrit par Rémi Pellet, *Droit financier public* : « Au début des années 1980, d'autres marchés de couverture de risques furent conçus aux États-Unis. Ils reposent sur la « tritisation » (securization) des créances. Il s'agit d'une technique qui permet d'utiliser un actif financier de l'entreprise pour garantir une émission de titres sur le marché des capitaux. En pratique, une société est créée uniquement pour les besoins de cette opération (Special Purpose Vehicle, SPV, ou Fonds commun de créances en droit français), à laquelle celui qui veut emprunter vend son portefeuille de créances commerciales (l'actif sous-jacent) et le SPV finance cet achat par l'émission de titres dont le remboursement dépendra de la capacité des débiteurs à honorer leurs créances.

« Mais la tritisation permet également aux banques de découper en tranches les crédits accordés à des ménages ou à des PME, avant de les assembler en les combinant les uns aux autres dans le but, en principe, de réduire les risques, pour transformer ensuite ces assemblages en titres (asset-backed security, ABS, ou « valeurs mobilières adossées à des actifs », Collateralised Debt Obligations, CDO, « obligation adossée à des actifs »

...) qui sont vendus sur les marchés. Ces titres sont dits « structurés » car une hiérarchie est établie entre trois tranches de risques : la tranche dite « equity », la plus risquée, la tranche « mezzanine » (ou différentes tranches plus ou moins « junior ») et la tranche « senior », la moins exposée au risque de crédit. Les deux dernières tranches « bénéficient, le plus souvent, d'une appréciation par une agence de notation »¹.². Le risque d'impayé est donc central : il déterminera la valeur à laquelle la créance sera cédée.

Techniquement, la cession de créance relève du droit des biens. Le cessionnaire, nouveau propriétaire de la créance, en assume les risques (de perte, d'impayé). La cession de créance ne conduit pas simplement à remplacer le cédant par le cessionnaire. Si tel était le cas, on serait en présence d'une *subrogation personnelle* opération dans laquelle le tiers n'est pas un ayant cause à titre particulier : il n'a pas obtenu le profit de la prestation. Ainsi, la caution ayant payé la dette de loyer que devait le locataire, n'est pas un ayant cause à titre particulier : elle obtient uniquement le titre, sans avoir obtenu la prestation. La subrogation personnelle, qui permettra à la caution d'agir en remboursement contre le véritable débiteur, ne figure donc pas parmi les opérations sur obligation, mais comme une modalité de paiement (infra, art. 1346 et suiv. c. civ.)³. Il est néanmoins fréquent de confondre, pour une bonne raison : la cession de créance sert parfois à garantir un paiement.

1/ Les conditions de formation de la cession de créance

312. Les **conditions de formation de la cession de créance** suivent celles d'un contrat, soumis au droit spécial pour certaines dispositions, et au droit commun pour le reste. L'objet de la cession porte sur un bien spécifique (la créance), bien par ailleurs saisissable⁴. Dans le cadre d'un contrat, les parties à la cession devront consentir, ce qui conduira à rendre l'opération opposable aux tiers. *L'objet de la prestation* doit être, conformément au droit du contrat, suffisamment déterminable (art. 1163 c. civ.). Selon l'article 1321 al. 2 c. civ.⁵, la créance cédée peut être présente comme future ; il suffit qu'elle soit déterminable (par l'identité du débiteur). La liberté contractuelle des parties est vaste : un cédant peut céder ses revenus (loyers à verser par un locataire), affectés au remboursement d'un emprunt ; il peut chercher à réduire son exposition à un risque d'impayé (pour une banque ayant consenti des prêts " toxiques ") ou chercher à obtenir des liquidités, alors que les créances sont à terme, etc ... L'économie de l'opération sera précisée.

¹ Patrick Aguisse, « La notation est-elle une réponse efficace aux défis du marché des financements structurés ? », Autorité des marchés financiers, Risques et tendances, n° 2, mars 2007, p.2-15.

² Rémi Pellet, *Droit financier public. Monnaies, banques centrales, dettes publiques*, 2014, Puf, coll. Thémis droit, p.597.

³ Contra, Maxime Julienne, *Régime général des obligations*, 2e éd., LGDJ, 2018, n° 140, p.105 et suiv.

⁴ Un créancier impayé peut donc obtenir l'exécution forcée (saisie-attribution) sur une créance (infra, action directe). Il s'ensuit que la cession (forcée) de créance ne résulte pas nécessairement d'un contrat, mais également d'une décision de justice.

⁵ Art. 1321 c. civ. : « La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire.

« Elle peut porter sur une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables.

« Elle s'étend aux accessoires de la créance.

« Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée incessible. »

La cession de créance implique trois personnes : le cédant, qui veut normalement obtenir des liquidités, le cessionnaire qui les lui fournit, et le débiteur cédé, qu'il faudra au minimum informer (en présence d'une obligation personnelle), et qu'il faudra parfois même faire consentir (en présence d'une obligation strictement personnelle). Le *consentement à la cession* sera également précisé.

L'*opposabilité aux tiers* sera également déterminante, dans la mesure où la date à laquelle les créances quittent le patrimoine du cédant implique que les créanciers de ce dernier verront se réduire l'actif de leur débiteur. Lorsqu'un cédant peu scrupuleux a cédé plusieurs fois une même créance, il faudra identifier le cessionnaire qui devra être payé.

Les parties devront préciser l'objet de la prestation (a), consentir (b) et rendre l'opération opposable aux tiers (c).

a/ L'objet de la cession de créance : une obligation personnelle (commune)

313. L'**objet de la cession de créance** porte sur une obligation commune et encore pendante : si la prestation a déjà été effectuée, l'obligation n'existe plus (puisque le paiement éteint l'obligation). Cette raison logique signifie que le risque d'impayé (que présente le débiteur cédé pour le cessionnaire) est un élément central à prendre en compte. Ce risque explique la distinction entre la cession à titre onéreux ou celle à titre gratuit à laquelle fait référence l'article 1321 al. 1^{er} c. civ.¹ (« La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit (...) ») :

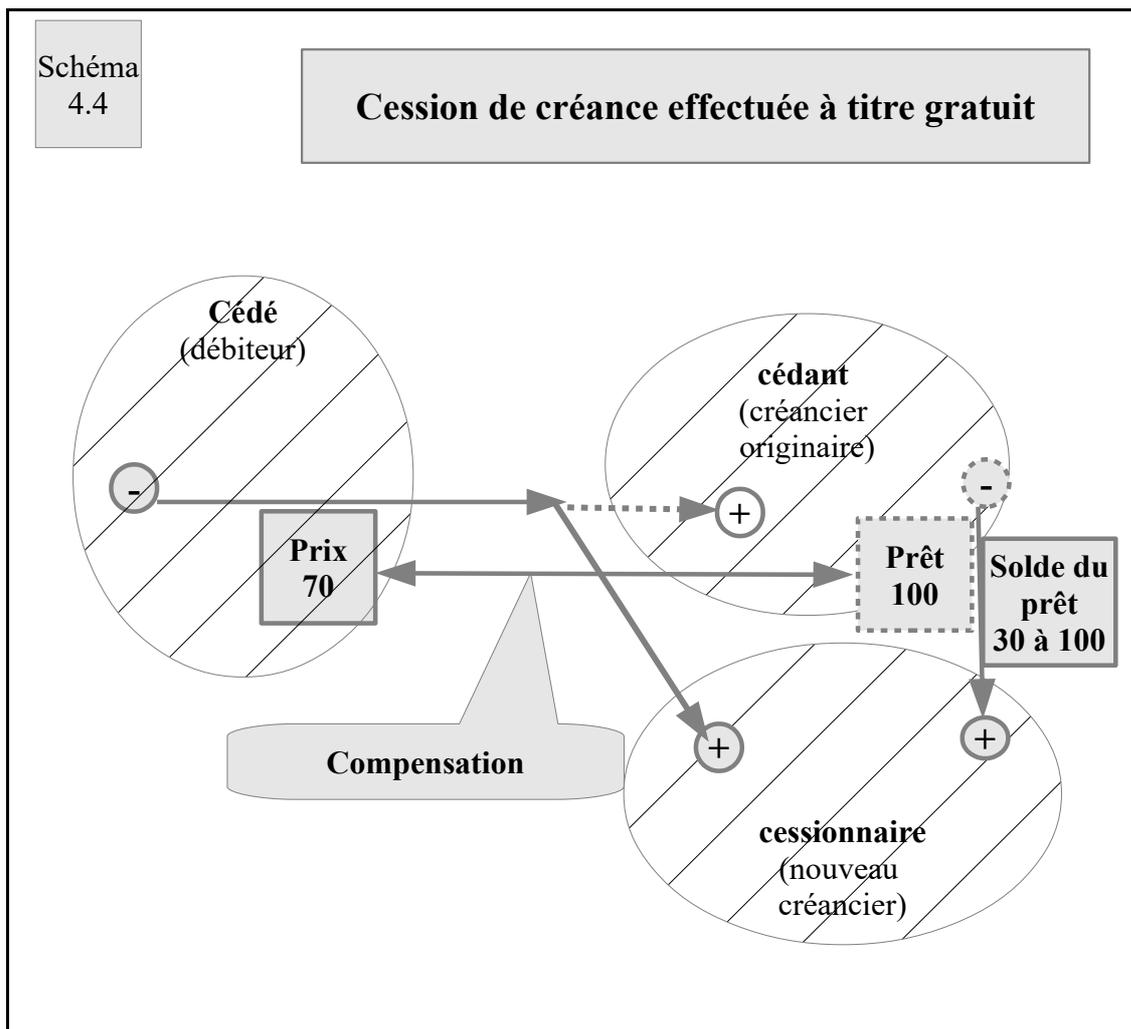
- la *cession à titre onéreux* permet à un créancier originaire (cédant) d'obtenir immédiatement des liquidités, alors que la créance n'est exigible qu'à terme. Le prix est nécessaire, et il tient compte du risque d'impayé du débiteur cédé, puisque ce risque est désormais assumé par le cessionnaire. Quand l'obligation cédée est déjà échue, le prix de cession sera fréquemment inférieur au nominal de la créance : le créancier originaire (cédant, auteur) cède sa créance (à titre onéreux) à un organisme de recouvrement (cessionnaire), afin de ne pas avoir à prendre en charge les frais liés à l'exécution forcée. Lorsque la créance cédée porte un intérêt, le prix de cession tient compte de l'intérêt à échoir. Effectuée à titre onéreux, la cession de créance suppose d'identifier les créances cédées, le risque d'impayé (transféré au cessionnaire) et le prix. C'est une vente pure et simple.

¹ Art. 1321 al. 1^{er} c. civ. : « La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, [...] »

- La *cession à titre gratuit* (effectuée le plus souvent à titre de garantie¹) s'effectue sans prix², parce que le cessionnaire n'est pas exposé au risque d'impayé du débiteur cédé. Le cédant reste tenu envers le cessionnaire. Le cédant-emprunteur envers le cessionnaire-prêteur remboursera son crédit avec les paiements réalisés par les débiteurs cédés et imputés (par compensation) sur le solde du prêt. Si le débiteur cédé ne paye pas à échéance, le cédant paiera toute la somme au cessionnaire. Le cessionnaire n'est donc pas exposé au risque d'impayé du débiteur cédé. En réalité, les créances cédées seront affectées au remboursement du prêt, et le cédant-emprunteur versera le solde, à chaque échéance (schéma 4.4).

¹ Cession (fiduciaire) de créances professionnelles dite cession Dailly réglementée dans le code de commerce ; opérations sur instruments financiers, régies par le code monétaire et financier. Voir : *Droit des sûretés*, n°829 et suiv.

² Économiquement, le prix déterminé de la créance suppose d'évaluer (de manière probabiliste) le coefficient d'inexécution (supra n°51 et suiv.), afin de tenir compte du risque d'impayé. Lorsque le créancier n'est pas exposé à ce risque (puisque le cédant reste tenu), le coefficient d'inexécution ne sera pas fixé. Donc aucun prix déterminé n'est nécessaire.



En

somme, la grande question dans la cession de créance (qui apparaît à également l'article 1326 c. civ.¹), sera de savoir si le risque d'impayé (que présente le débiteur cédé) est assumé par le cessionnaire ou non. Quand il est assumé par le cessionnaire, parce qu'un prix a été convenu, il faudra préciser l'étendue de la garantie que doit le cédant. Comme dans toute vente, le vendeur garantit l'acquéreur contre le risque d'éviction, les vices cachés ...

314. En présence d'une **cession à titre onéreux**, le risque d'impayé que présente le débiteur cédé donne lieu à des précisions centrées sur la garantie donnée par le cédant (art. 1326 c. civ.²). Ces

¹ Art. 1326 al. 1^{er} c. civ. : « Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires, à moins que le cessionnaire l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il ait connu le caractère incertain de la créance. »

² Art. 1326 c. civ. : « Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires, à moins que le cessionnaire l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il ait connu le caractère incertain de la créance. »

« Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence du prix qu'il a pu retirer de la cession de sa créance. »

« Lorsque le cédant a garanti la solvabilité du débiteur, cette garantie ne s'entend que de la solvabilité actuelle ; elle peut toutefois s'étendre à la solvabilité à l'échéance, mais à la condition que le cédant l'ait expressément spécifié. »

précisions n'ont pas lieu d'être en présence d'une cession consentie à titre gratuit (c-à-d. sans prix), puisque le cédant reste tenu envers le cessionnaire. Dans le cadre d'une cession à titre onéreux, le transfert de la créance, avec le risque d'impayé assumé par le cessionnaire conduit à préciser les contours de la garantie du cédant :

- la *créance existe*. Si la créance est douteuse (atteinte d'un vice de formation, sujette à exception d'inexécution), le cédant doit le préciser : c'est le droit commun du contrat. La garantie du cédant reprend les vices cachés : la créance est normale, faute de quoi une erreur est commise (art. 1132 et suiv. c. civ.)¹.
- Les *sûretés*, accessoires de la créance, sont transmises avec la créance (en application de l'obligation réelle : infra). Une clause contraire est possible : les parties conviennent alors que le cédant ne transmettra pas telle ou telle sûreté (qui restera affectée au paiement d'une autre créance, par exemple).
- le *risque d'insolvabilité du débiteur cédé* n'est pas garanti. Et quand il est garanti (explicitement), il ne l'est qu'à minima : si le cessionnaire veut être garanti contre une insolvabilité future du débiteur cédé, la fonction de la cession de créance effectuée à titre onéreux se rapproche de la cession effectuée à titre gratuit (c-à-d. de garantie).

L'ensemble de ces risques forme la garantie légale, qui joue à défaut de clauses contraires. Cela permet de préciser les attentes contractuelles légitimes du cessionnaire, en application du droit du contrat. Au jour de la cession, le cédant garantit l'existence de la créance, avec ses sûretés, mais il ne garantit pas la solvabilité (présente ou future) du débiteur. Les clauses expresses préciseront que la créance n'est que partiellement cédée, ce qui signifie implicitement qu'elle sera soumise au régime de l'obligation conjointe (le cessionnaire ne bénéficiant d'aucun droit de préférence, qui imposerait au cédant de n'être payé qu'après le cessionnaire).

315. Dans le silence du contrat de cession de créance, le cédant garantit au cessionnaire qu'il acquiert une **créance qui existe**. Selon l'article 1326 al. 1^{er} c. civ.² : « Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance (...) ». Le cessionnaire doit acquérir une créance véritable, et non du vide, auquel cas la vente serait nulle faute d'objet. En application du consensualisme, le cédant doit indiquer les vices du titre qu'il transmet, faute de quoi le cessionnaire pourra invoquer l'erreur ou un vice caché.

¹ *Droit du contrat*, n° 208 et suiv.

² Art. 1326 c. civ. : « Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires, à moins que le cessionnaire l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il ait connu le caractère incertain de la créance.

« Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence du prix qu'il a pu retirer de la cession de sa créance.

« Lorsque le cédant a garanti la solvabilité du débiteur, cette garantie ne s'entend que de la solvabilité actuelle ; elle peut toutefois s'étendre à la solvabilité à l'échéance, mais à la condition que le cédant l'ait expressément spécifié. »

Une clause spéciale du contrat de cession peut *transférer au cessionnaire le risque lié à l'existence* de la créance. C'est le sens de la précision finale de l'article 1326 al. 1^{er} c. civ.: « à moins que le cessionnaire l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il ait connu le caractère incertain de la créance. » Le cessionnaire peut avoir valablement acquis une *créance douteuse (viciée ou incertaine)*. Le risque de formation de la créance sera alors assumé par le cessionnaire : le débiteur cédé pourra contester la dette et opposer une exception de nullité. La créance cédée à un cabinet de recouvrement peut être acquise « aux risques et périls » du cessionnaire (quitte à ce que la créance soit nulle, déjà payée par compensation, soumise à exception d'inexécution) ou en connaissance de cause (le cédant indique que la créance cédée est infectée d'un vice : le cessionnaire acquiert une créance présentant un « caractère incertain »).

Reste ensuite à savoir si un cédant peut valablement transmettre au cessionnaire une *créance entièrement fictive*. La solution est douteuse : en droit général du contrat, l'absence d'objet (acquérir une créance qui n'a jamais existé, parce qu'aucun titre n'a jamais été détenu par le cédant sur un pseudo-cédé) rend le contrat nul (art. 1169 c. civ.¹). A priori, l'article 1326 al. 1^{er} c. civ. signifie en substance que la créance cédée doit être identifiée (elle existe), mais la chose acquise peut présenter des défauts (exceptions opposables par le débiteur cédé). La clause exclusive de garantie signifie que le cessionnaire acquiert un titre, éventuellement sans valeur ou avec une valeur faible : le prix de cession tiendra compte de ces aléas.

La garantie sur l'existence de la créance signifie donc que la créance est normale. Précisant le caractère normal de la créance cédée, il va de soi (sauf clause contraire) que les *sûretés* (qui minorent le risque d'impayé) sont transmises avec la créance cédée.

316. Selon l'article 1326 al. 1^{er} c. civ.², les **sûretés** (accessoires de la créance : art. 1321 al. 3 c. civ.³, supra) doivent être transmises au cessionnaire. L'attente légitime du cessionnaire sera trompée, si le cédant ne transmet pas les sûretés qui ont été convenues (explicitement), voire même celles auxquelles il peut s'attendre. Il n'y a aucune raison pour ne pas transmettre une sûreté légale, qui joue de plein droit (privilege du vendeur de meuble, du bailleur d'immeuble ...), sauf à en convenir explicitement. Si le cédant ne veut pas transmettre une sûreté (parce qu'il en a besoin par ailleurs, pour garantir une autre dette), il doit le mentionner expressément. On est alors en présence d'une clause restrictive de garantie : la cession est réalisée « sans autre garantie que celle de l'existence de la créance »⁴ ce qui veut dire que les sûretés sont exclues.

On notera que les sûretés, transmises de plein droit avec la créance cédée, sont une application de l'obligation réelle (infra). À l'inverse, en présence d'une cession de dette (infra), les sûretés garanties par des tiers sont soumises au régime de l'obligation personnelle (de principe) : le tiers garanti *le* débiteur originaire (désormais déchargé), et non pas un débiteur (art. 1328-1 c. civ.⁵).

¹ Art. 1169 c. civ. : « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. » Voir, *Droit du contrat*, n°515 et suiv.

² Art. 1326 al. 1^{er} c. civ. : « Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires [...] ».

³ Art. 1321 al. 3 c. civ. : « Elle [la cession de créance] s'étend aux accessoires de la créance. »

⁴ Req., 28 mai 1873, DP 1873.1.407 ; Req., 19 nov. 1873, DP 1874.1.75.

⁵ Art. 1328-1 c. civ. : « Lorsque le débiteur originaire n'est pas déchargé par le créancier, les sûretés subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par le débiteur originaire ou par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord.

« Si le cédant est déchargé, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette. »

317. Le **risque d'insolvabilité du débiteur cédé**, assumé par le cessionnaire, n'est normalement plus assumé par le cédant : le cessionnaire, nouveau propriétaire de sa chose (créance), en assume les risques dès la conclusion du contrat. La liberté contractuelle des parties peut conduire le cédant à garantir que le débiteur cédé restera solvable.

À titre supplétif de volonté, le cédant ne garantit pas la solvabilité (actuelle) du débiteur cédé : selon l'article 1326 al. 2 c. civ., « Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé [...] ». Le cédant peut vendre la créance (échue et non payée), précisément parce qu'il est confronté à un impayé (cession de créance consentie à un cabinet de recouvrement), ce qui peut laisser soupçonner une éventuelle difficulté pesant sur le débiteur. Ce risque d'impayé explique également pourquoi le cessionnaire peut acquérir la créance « à ses risques et périls », en l'occurrence parce que le débiteur est incapable de payer. Le silence du contrat signifie que la solvabilité actuelle du débiteur n'est pas garantie.

Mais le cédant peut convenir expressément avec le cessionnaire que la créance cédée est de relativement bonne qualité, et qu'en l'espèce le débiteur est *actuellement solvable*. Le prix de la cession sera supérieur : l'article 1326 al. 3 c. civ. précise d'ailleurs que la garantie de solvabilité du débiteur signifie uniquement que le débiteur est actuellement solvable. Selon l'article 1326 al. 3 in fine¹ c. civ. : « Lorsque le cédant a garanti la solvabilité du débiteur, cette garantie ne s'entend que de la solvabilité actuelle ; elle peut toutefois s'étendre à la solvabilité à l'échéance, mais à la condition que le cédant l'ait expressément spécifié. » Éventuellement, le débiteur cédé sera ultérieurement insolvable, au moment où la créance viendra à échéance (ou lorsqu'une des échéances arrivera à terme). La clause garantissant « la solvabilité du débiteur cédé » s'interprète donc de manière minimale. Elle signifie que le débiteur cédé est actuellement solvable. Le cédant n'a pas commis de dol, en cherchant à vendre (purement et simplement) une « créance douteuse » (en raison de la survenance prochaine d'une faillite).

La liberté contractuelle peut conduire le cédant à spécifier une garantie (contractuelle) supérieure. Le cédant garantit alors le cessionnaire que le débiteur cédé sera *solvable à l'échéance*. Cette clause n'est pas exactement une sûreté personnelle : dans le cadre de la cession de créance conclue à titre onéreux, la garantie de la solvabilité future (à l'échéance de la créance) du débiteur cédé signifie que le cessionnaire pourra obtenir paiement grâce à l'exécution forcée (qu'il doit prendre à sa charge). Si le cessionnaire refuse de prendre à sa charge l'exécution forcée contre le débiteur cédé, la cession de créance est effectuée à titre gratuit (c-à-d. de garantie).

Effectuée sans prix, et donc hors-cadre de l'article 1326 c. civ., la cession de créance devient une garantie personnelle. L'opération est couramment pratiquée par des entreprises qui se refinancent. Elles cèdent à leur banque des créances détenues sur des clients professionnels (cession Dailly), à une valeur proche de leur valeur nominale (déduction faite des frais perçus par la banque, et du risque subsidiaire), afin d'obtenir immédiatement des liquidités² : si le débiteur cédé (désormais insolvable) ne paye pas, le cédant sera tenu comme une caution (simple) ou comme un coobligé, selon les termes convenus lors de la cession de créance.

¹ Art. 1326 al. 3 c. civ. : « Lorsque le cédant a garanti la solvabilité du débiteur, cette garantie ne s'entend que de la solvabilité actuelle ; elle peut toutefois s'étendre à la solvabilité à l'échéance, mais à la condition que le cédant l'ait expressément spécifié. »

² Si une entreprise de travaux publics obtient un marché, payable à terme (6 mois), elle devra décaisser des sommes pour effectuer le début des travaux, payer les sous-traitants et les salariés. Si le montant du cash est insuffisant, une cession de créances professionnelles aura lieu. C'est une opération de gestion de la trésorerie.

(318. : réservé)

b/ Le consentement des parties : obligation personnelle ou strictement personnelle

319. Le consentement des parties à la cession de créance impose de distinguer entre l'obligation personnelle (de principe) et l'obligation strictement personnelle (par exception). Selon l'article 1321 al. 4 c. civ. : « Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée incessible. »

En principe, c-à-d. en présence d'une *obligation personnelle*, la cession de créance est convenue uniquement entre le cédant et le cessionnaire : le débiteur cédé en sera informé, pour que l'opération lui devienne opposable. Pour le débiteur cédé, le remplacement du cédant par le cessionnaire est un changement d'identité ayant le même statut qu'un changement d'adresse : c'est un changement mineur.

En revanche, en présence d'une « créance stipulée incessible »¹, c-à-d. d'une *obligation strictement personnelle*, le consentement du débiteur cédé sera également exigé. Dans ce cas, la cession de créance devient, pour le débiteur cédé, un changement majeur : pour que le changement d'identité de son créancier lui soit opposable, il faudra qu'il consente. Le garant autonome², engagé envers le créancier (devenu cédant) ne l'est pas envers le nouveau créancier (cessionnaire). Il en va de même avec certaines actions directes-sûreté³.

En régime général des obligations, l'identité de ceux qui doivent consentir à la cession de créance impose donc de distinguer selon que l'obligation (créance) est personnelle ou strictement personnelle. Une fois ce statut de la créance acquis, il s'agira d'en tirer la conséquence : le consentement des trois protagonistes devra être formellement exprimé si l'obligation est purement personnelle ; en présence d'une obligation personnelle, le débiteur cédé devra être informé.

320. Le consentement des parties au contrat doit être exprimé par écrit, **condition de forme** imposée par l'article 1322 c. civ.⁴. En présence d'une obligation personnelle, l'écrit est conclu entre le cédant et le cessionnaire ; en présence d'une obligation strictement personnelle, l'écrit doit

¹ En présence d'un billet incessible, le transporteur aérien ou ferroviaire interdit alors au passager de se faire remplacer par un autre.

² Art. 2321 al. 4 c. civ. : « Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie. »

³ Le cessionnaire ne bénéficie pas du transfert de l'action directe prévue au profit du transporteur. Voir : Com., 29 mai 2019, n°17-24.845, Bull. : (abstrat) « Etant exclusivement réservée au transporteur qui exécute matériellement le déplacement de la marchandise, que le législateur a entendu seul protéger, l'action directe en paiement du prix du transport prévue par l'article L. 132-8 du code de commerce ne peut être transmise au cessionnaire de la créance de ce prix [...] ».

⁴ Art. 1322 c. civ. : « La cession de créance doit être constatée par écrit, à peine de nullité. »

également être signé par le débiteur cédé. L'écrit identifiera les créances cédées, à peine de nullité de la cession.

L'écrit exigé dans le contrat de cession est une solennité couramment pratiquée en présence d'opérations sur créances : cette formalité (innovation réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016) existe pareillement en droit des sûretés avec le nantissement de créance¹. Un acte sous seing privé suffit. Lorsque la cession de créance est ordonnée en justice à la suite d'une exécution forcée pratiquée à l'encontre d'un débiteur défaillant, il faudra produire le jugement.

L'écrit est exigé « à peine de *nullité* ». La nullité sera intégrale en l'absence d'acte sous seing privé (courriels ...) : ce vice de forme relève (probablement²) de la nullité absolue (art. 1179 c. civ.³). Aucune confirmation de la cession n'est envisageable quand aucun écrit signé ne peut être produit. Conformément au droit de la preuve, la *preuve légale* précisera les créances cédées : toute créance qui ne serait pas identifiable par les mentions contenues sur l'écrit (papier ou électronique) est donc exclue de la cession. Un cessionnaire ne peut donc pas prouver contre l'écrit (art. 1359 al. 2 c. civ.⁴), en produisant un complètement de preuve établissant que l'assiette de la cession serait plus large que ce qui figure sur l'écrit.

321. En présence d'une obligation personnelle⁵, il faudra **informer (individuellement) le débiteur cédé** pour lui rendre l'opération opposable (art. 1324 c. civ.⁶). Depuis la réforme de 2016, l'information du débiteur s'effectue selon des modalités simplifiées et diversifiées. Selon l'article 1324 al. 1^{er} c. civ. (modifiant l'anc. art. 1691 c. civ.⁷), « La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. » Trois modalités sont prévues :

¹ Le gage auquel renvoie le nantissement nécessite un écrit. Art. 2336 c. civ. : « Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature. »

² *Droit du contrat*, n° 623 et suiv.

³ Art. 1179 c. civ. : « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. « Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé. »

⁴ Art. 1359 c. civ. : « L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique.

« Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique.

« Celui dont la créance excède le seuil mentionné au premier alinéa ne peut pas être dispensé de la preuve par écrit en restreignant sa demande.

« Il en est de même de celui dont la demande, même inférieure à ce montant, porte sur le solde ou sur une partie d'une créance supérieure à ce montant. »

⁵ On sait qu'en présence d'une obligation strictement personnelle, le débiteur cédé doit consentir (en respectant la condition de forme).

⁶ Art. 1324 c. civ. : « La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. »

⁷ Art. 1691 c. civ. : « Si, avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré. » La signification résulte d'un acte d'huissier : la signification n'est plus requise avec l'ordonnance du 10 février 2016.

- Une simple *notification*, première modalité, suffit désormais : le débiteur sera suffisamment informé par l'envoi d'un accusé réception. La signification (effectuée exploit d'huissier, d'un coût de 70€ environ) faite au débiteur n'est plus exigée. Analogue au changement d'adresse, la notification permet aisément le remplacement du cédant par le cessionnaire, mais il faut identifier ponctuellement chaque obligation (éventuellement à exécution successive).
- *L'acceptation préalable et globale* de toutes les cessions de créances, donnée par le débiteur est la seconde modalité : « s'il n'y a déjà consenti ». Cette acceptation préalable suppose que le débiteur (probablement un professionnel) soit lié avec son partenaire par des relations commerciales déjà établies : le fournisseur (cédant) convient avec son client (cédé) que le règlement de toutes les fractures de l'année en cours doit être adressé à une banque (cessionnaire). Cette acceptation préalable et globale résulte d'un acte conclu entre le cédant et le cédé (le cessionnaire n'y est pas partie). Cette modalité se distingue du consentement donné par le cédé en présence d'une obligation strictement personnelle.
- La « prise d'acte » est la troisième modalité d'opposabilité au débiteur cédé. Averti de manière informelle par son bailleur, le locataire reconnaît avoir connaissance de la cession des loyers, et adresse alors ses règlements à l'agence immobilière (cessionnaire). Ou bien, le locataire accepte de verser son loyer au nouveau bailleur (cessionnaire) : en payant, le locataire (cédé) prend acte (Com., 9 juin 2022¹) du changement de créancier.

Les trois modalités d'information prévues par l'article 1324 c. civ. sont en réalité relativement informelles : l'objectif est d'avertir, sans exposer de frais excessifs, le débiteur cédé. Soit par l'envoi d'un accusé-réception (environ 7€), soit en obtenant de sa part une prise d'acte (par simple lettre ou par courriel), soit en en ayant préalablement convenu avec lui lors de l'établissement de relations antérieures. L'ordonnance du 10 février 2016 a pour objectif de faciliter ces opérations sur créance : le principal obstacle (avertir solennellement le débiteur : par exploit d'huissier) a disparu. En contrepartie, le débiteur cédé devra désormais faire attention aux notifications qu'il reçoit.

c/ L'opposabilité aux tiers de la cession de créance : une double date

322. L'opposabilité aux tiers de la cession de créance conduira, conformément au droit commun (infra), à établir une double date d'opposabilité, la première envers le débiteur cédé, la

¹ Com., 9 juin 2022, n°20-18.490 (n° 374 F-B), Bull. ; D. 2022 p.1150 : « le locataire a payé un loyer directement entre ses mains [de la société cessionnaire], de tels motifs faisant ressortir que le cédé a pris acte de la cession de contrat intervenue entre son bailleur d'origine, cédant, et la société cessionnaire. »

seconde envers les autres tiers. Il convient de distinguer entre l'information délivrée aux tiers particulièrement intéressés et la connaissance légale réputée acquise par les autres.

En présence d'une cession de créance, le *débiteur cédé* est un tiers particulièrement intéressé, qui sera individuellement averti : on sait comment le débiteur cédé est informé, quand il doit l'être (*supra*).

– L'opposabilité au débiteur cédé est acquise dès qu'il est informé de la cession de créance (conclue à titre onéreux ou gratuit) (art. 1324 al. 1^{er} c. civ.¹). À ce moment, le débiteur cédé ne devra payer au cessionnaire que ce qu'il devait au cédant.

– Si le débiteur cédé se trompe de créancier, l'adage *qui paye mal paye deux fois* lui sera appliqué. Il lui faudra obtenir de son (désormais) faux créancier (cédant) une restitution, puisque le paiement de ce dernier est indû (art. 1302 al. 1^{er} c. civ.², *supra* n°251 et suiv.).

Les *autres tiers* sont réputés informés de la cession de créance dès que le contrat est conclu. Cette date permettra de savoir à quel moment un actif du cédant a quitté son patrimoine. Cette date est importante pour les créanciers du cédant (en faillite) : c'est à ce moment qu'ils ne peuvent plus saisir l'actif de leur débiteur. La date est également importante pour régler les conflits entre ayants cause à titre particulier : si la même créance a été cédée plusieurs fois (par un cédant indélicat), le premier cessionnaire en date est seul titulaire de la créance.

Il existe donc deux dates différentes d'opposabilité. La date à laquelle l'information est délivrée au débiteur cédé est fréquemment postérieure à la date de conclusion du contrat. Ce décalage ne doit normalement pas produire d'effets majeurs, quand la date d'échéance de la créance cédée est suffisamment lointaine.

323. Le régime de l'opposabilité aux tiers autres que le débiteur cédé (art. 1323 c. civ.³) montre qu'en réalité, aucune formalité de publicité n'est organisée. Les tiers apprendront que la cession de créance a eu lieu, quand un écrit leur sera opposé. Le trésor public apprendra que la créance qu'il

¹ Art. 1324 c. civ. : « La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. « Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation des dettes connexes. Il peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le cédant avant que la cession lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes.

« Le cédant et le cessionnaire sont solidairement tenus de tous les frais supplémentaires occasionnés par la cession dont le débiteur n'a pas à faire l'avance. Sauf clause contraire, la charge de ces frais incombe au cessionnaire. »

² Art. 1302 al. 1^{er} c. civ. : « Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution.

³ Art. 1323 c. civ. : « Entre les parties, le transfert de la créance, présente ou future, s'opère à la date de l'acte.

« Il est opposable aux tiers dès ce moment. En cas de contestation, la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout moyen.

« Toutefois, le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers. »

envisageait de saisir (avec sa saisie administrative à tiers détenteur) ne figure plus dans le patrimoine du cédant ; ou bien, correctement informé, il apprendra qu'il peut faire pratiquer une saisie à l'encontre du cessionnaire.

Lorsque la cession de créance porte sur une créance future, l'opposabilité aux tiers est acquise « au jour de sa naissance » (art. 1323 al. 3 c. civ.¹). Avant la naissance de la créance future (salaire à percevoir), la créance n'existe pas encore et la cession est sans objet.

324-1. Le **conflit entre cessionnaires** donne lieu à une précision. Selon l'article 1325 c. civ., « Le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date ; il dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement. » Si un cédant indélicat a cédé plusieurs fois la même créance, il faudra identifier qui est le véritable cessionnaire ; si le débiteur cédé a payé un pseudo-cessionnaire, il faudra savoir qui doit rembourser.

Si une même créance a été cédée à plusieurs cessionnaires, le véritable cessionnaire est le premier en date. L'opposabilité erga omnes est acquise « à la date de l'acte » (art. 1323 c. civ.²). Le véritable propriétaire de la créance cédée, c'est donc le premier en date. Ce conflit est réglé de la même manière en droit des sûretés, en présence d'un nantissement de créance.

Or, le débiteur cédé a pu recevoir une notification d'un cessionnaire a non domino (second ou troisième en date) : si le débiteur l'a payé, croyant de bonne foi avoir réglé le cessionnaire, le cessionnaire véritable (premier en date) dispose d'un recours contre le cessionnaire a non domino. Ce dernier devra exercer un recours contre le cédant malhonnête : c'est une action directe.

325. La **formation de la cession de créance**, désormais régie par le régime général des obligations, s'effectue selon de manière simplifiée depuis 2016. Les créances cédées doivent être déterminables et un écrit signé par les parties doit être produit (condition de forme). Ces parties sont en principe, en présence d'une obligation courante (personnelle), le cédant et le cessionnaire : le débiteur cédé sera informé selon des modalités simplifiées, destinées à faciliter ces opérations devenues quotidiennes dans le monde des affaires. Économiquement, la cession de créance sert fréquemment de collatéral (sûreté) aux prêts (de trésorerie, notamment) consentis par les banques à leurs clients professionnels.

¹ Art. 1323 al. 3 c. civ. : « Toutefois, le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers. »

² Art. 1323 c. civ. : « Entre les parties, le transfert de la créance, présente ou future, s'opère à la date de l'acte. « Il est opposable aux tiers dès ce moment. En cas de contestation, la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout moyen. »

La cession de créance sera pure et simple (comme une vente) quand un *prix* est fixé ; l'absence de prix signifie normalement que le cédant garantit le cessionnaire contre le risque d'impayé du débiteur cédé.

(326- à 329. : réservés)

2/ Les effets de la cession de créance : le transfert des risques et de la gestion de la créance

330. Les effets de la cession de créance se produisent dès la conclusion du contrat (sauf clause contraire) : « entre les parties, le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte » (art. 1323 al. 1^{er} c. civ.¹). À ce moment, le cessionnaire, nouveau propriétaire de la créance, en assume les risques et il gère sa chose : de ce point de vue, la cession de créance est une obligation translatrice de propriété relativement quelconque.

Les *risques de la chose* (créance) sont transférés au cessionnaire dès la date de conclusion du contrat translatif de propriété (art. 1196 c. civ.²).

- Le cessionnaire assume le risque de perte de la créance détruite par force majeure (loyer perdu à la suite de la destruction de l'immeuble ; loi libérant les débiteurs dans tel ou tel domaine, à la suite de tel ou tel événement) ;
- Il assume également le risque d'impayé, qui est le risque spécifique en présence d'une créance, du moins dans la cession de créance effectuée avec un prix. On sait que la cession de créance effectuée sans prix (à titre de garantie) conduira le cédant à se substituer au débiteur cédé défaillant : si le locataire ne paye son loyer, affecté au remboursement de l'emprunt bancaire, le cédant (emprunteur) règlera entièrement l'échéance à laquelle il est tenu envers la banque (et il obtiendra une rétrocession de la créance cédée impayée).

La *gestion de la créance* cédée est pareillement exercée par le cessionnaire, dès que la cession est convenue. Il déclare au passif du débiteur (cédé) en faillite³ ; il a seul qualité, en tant que

¹ Art. 1323 c. civ. : « Entre les parties, le transfert de la créance, présente ou future, s'opère à la date de l'acte.

« Il est opposable aux tiers dès ce moment. En cas de contestation, la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout moyen.

« Toutefois, le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers. »

² Art. 1196 c. civ. : « 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 délivrer 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. »

³ Com., 20 octobre 2009, n° 08-18.233, Bull. n° 128 ; D. 2009, p.2611 ; Revue Lamy droit des affaires, 2009, n° 2626, p. 35, note Delphine Chemin-Bomben : « [...] lorsque la cession de créance professionnelle est effectuée à titre de garantie d'un crédit, le cédant

propriétaire, pour interjeter appel¹ ou pour exercer l'exécution forcée (action en recouvrement) envers le débiteur cédé².

L'effet de la cession de créance est neutre pour le débiteur cédé : il se borne à prendre en compte le changement d'identité du propriétaire. Techniquement, le débiteur cédé bénéficie de l'opposabilité des exceptions : le débiteur cédé ne paye que s'il est tenu d'une dette bonne et loyale.

332. Le régime applicable aux **exceptions que le débiteur cédé peut opposer** est précisé à l'article 1324 al. 2 c. civ.³. Il s'agit uniquement de tenir compte du pouvoir de gestion du propriétaire actuel de la créance (en présence d'une exception personnelle) et des vices qui affectent la créance, cédée telle quelle (exception inhérente à la dette).

Les *exceptions personnelles*, nées de la relation personnelle nouée entre le cédant, créancier originaire, et le débiteur cédé, sont des faveurs (unilatéralement et gracieusement) accordées par le créancier à son débiteur avant la cession. L'article 1324 al. 2 c. civ. cite comme exemple, « l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes. »

- L'octroi d'un terme signifie que le créancier originaire (cédant) a accordé, gracieusement, un délai de paiement ;
- La remise de dette signifie que le cédant a renoncé à une partie de la dette, (de manière purement volontaire : le bailleur renonce à une fraction du loyer, en raison de gêne produite par les travaux effectués dans le logement ...) ;
- La compensation de dettes non connexes a été convenue entre le créancier (futur cédant) et son débiteur : le cédant a accepté de compenser sa créance (exigible) avec la dette (non encore complètement exigible) à laquelle il était tenu envers le cédé. Par exemple, le cédant (banque) n'a pas correctement informé le cédé (emprunteur) de l'existence d'un risque de change (à indemniser) : les deux obligations se compenseront, même si elles n'ont pas la même date d'échéance.

reste tenu, en sa qualité de débiteur principal, vis à vis de l'établissement cessionnaire lui ayant accordé le crédit, peu important que la créance cédée n'ait pas été déclarée au passif du débiteur cédé ».

¹ Com., 18 novembre 2014, n° 13-13.336, Bull. : est débouté le cédant qui prétendait interjeter appel, afin d'obtenir une décision majorant le montant de la créance due par le débiteur cédé.

² Com., 9 septembre 2020, n° 19-10.652, D. 2020 p.1791 : point 3 « la société de gestion, en tant que représentant légal du fonds, [a] qualité légale pour assurer, y compris par la voie d'une action en justice, tout ou partie du recouvrement des créances transférées. »

³ Art. 1324 c. civ. : « La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. « Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation des dettes connexes. Il peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le cédant avant que la cession lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes.

« Le cédant et le cessionnaire sont solidairement tenus de tous les frais supplémentaires occasionnés par la cession dont le débiteur n'a pas à faire l'avance. Sauf clause contraire, la charge de ces frais incombe au cessionnaire. »

Le cédant n'a pu consentir une faveur à son débiteur qu'avant la notification de la cession. Après cette notification, il est dépourvu de pouvoir ; seul le cessionnaire peut effectuer une remise de dette.

Les *exceptions inhérentes à la dette* sont objectives, indépendamment de la relation personnelle entre le créancier et le débiteur. Attachées à l'obligation (sur le mode de l'obligation réelle), elles rendent injustifié le transfert de valeur. L'article 1324 al. 2 c. civ.¹ (comme l'article 1216-2 c. civ.², en présence d'une cession de contrat) cite « la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation des dettes connexes. »

- Si l'obligation née entre le créancier (futur cédant) et le débiteur est viciée, le débiteur cédé peut invoquer ce vice contre son actuel créancier (cédant avant la cession notifiée, cessionnaire après) : la cession ne change en rien la donne.
- De même, si le local loué est devenu inhabitable, les loyers ne seront plus dus : l'exception d'inexécution (art. 1219 c. civ.³) sera invoquée contre le propriétaire actuel du logement (cédant avant la cession notifiée, cessionnaire après).
- Enfin, la compensation des dettes connexes⁴ (appartenant à un même ensemble d'opérations) signifie que les opérations en compte seront poursuivies normalement : si le débiteur cédé devait 50€, qu'il est devenu créancier envers le cédant de 20€, le débiteur cédé peut opposer la compensation, même après la cession : la créance cédée n'était plus que de 30€. C'est la somme que le cessionnaire pourra réclamer au débiteur cédé.

L'exception inhérente à la dette signifie que la créance cédée a été transmise telle quelle, sans changement, ce qui inclut toutes les modalités de l'obligation : la solidarité, la condition (suspensive ou résolutoire) sont des clauses que le cessionnaire devra respecter.

L'opposabilité des exceptions garantit le débiteur cédé que la créance ne sera *pas affectée par la cession*. Il ne paiera au cessionnaire (nouveau créancier) ni plus ni moins que ce qu'il devait au

¹ Art. 1324 al. 2 c. civ. : « Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation des dettes connexes. (...) »

² Art. 1216-2 c. civ. : « Le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il ne peut lui opposer les exceptions personnelles au cédant. « Le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant. »

³ Art. 1219 c. civ. : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. » ; art. 1220 c. civ. : « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. »

⁴ Solution fixée par la jurisprudence : Civ. 3^e, 12 juillet 1995, Bull. n°183 ; D. 1995, p.95 note Clavier ; Com., 15 juin 1993, Bull. n°242 ; D. 1993, p. 495, note Christian Larroumet ; D. 1994.somm., p.18, note Laurent Aynès ; Com., 1er déc. 1992, Bull. n°381 ; Civ. 3e, 30 mars 1989, Bull. n°77 ; Defrénois 1989, art. 33633, p.1391, obs. Jean-Luc Aubert.

cédant (créancier originaire). L'article 1324 al. 3 c. civ.¹ précise d'ailleurs que les frais de la cession de créance ne sont jamais supportés par le débiteur cédé : c'est au cessionnaire de les supporter, sauf convention contraire.

333. L'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas supprimé le « **retrait litigieux** », mesure destinée à lutter contre la spéculation² (à moins qu'il ne s'agisse de permettre à un débiteur de restructurer sa dette, en la rachetant au-dessous du nominal). Un débiteur (notoirement discrédité) peut alors imposer un droit de préemption : il se substituera au cessionnaire et pourra apurer à moindre frais son passif. La jurisprudence encadre toutefois ce retrait litigieux.

Selon 1699 c. civ.³, le débiteur d'une créance cédée peut éviter les poursuites du cessionnaire en lui remboursant le prix de son acquisition, augmenté des frais du contrat et des intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix. Ce « retrait litigieux » protège le débiteur contre les manœuvres d'usuriers qui, après avoir acquis à faible prix une créance douteuse, harcèleraient le débiteur pour obtenir le paiement intégral. Il s'agit de limiter l'activité des cabinets de recouvrement de créances : si le cessionnaire a acquis une créance à vil prix, car il assume le risque de contestation de la dette, alors que le cédé ne conteste plus la dette, le retrait litigieux permet de rendre l'opération « blanche ». Le cessionnaire aura acquis une créance qui sera payée à son prix d'achat, et non à son prix spéculé.

On sait également que le prix de la cession de créance dépend des risques assumés ou non par le cédant (garantie de la solvabilité, présente ou future ; garantie de l'existence de la créance). Lorsque le débiteur cédé impose au cédant sa substitution au cessionnaire, il rachète ses dettes bien au-dessous de leur valeur nominale. C'est un moyen peu onéreux pour redevenir solvable : un certain nombre d'états, dans un passé récent (Argentine) ou plus lointain, ont pu éviter le défaut de paiement en rachetant leurs dettes en profitant d'une sérieuse décote.

Mais la jurisprudence pose une condition à ce retrait litigieux : il faut que la créance soit « *litigieuse* » (art. 1700 c. civ.⁴), c-à-d. fasse l'objet d'un litige au fond, avant la cession. Si, avant la cession, le débiteur n'a pas saisi le juge, la créance n'est pas litigieuse : le cessionnaire (en pratique, un cabinet de recouvrement) ne peut se voir imposer un paiement par le débiteur au prix de la cession (25% du nominal, le plus souvent)⁵. Le

¹ Art. 1324 al. 3 c. civ. : « Le cédant et le cessionnaire sont solidairement tenus de tous les frais supplémentaires occasionnés par la cession dont le débiteur n'a pas à faire l'avance. Sauf clause contraire, la charge de ces frais incombe au cessionnaire. »

² Selon le rapport remis au président de la république, « la procédure de retrait litigieux (...) permet d'éviter la spéculation, en mettant un terme au litige en cours portant sur les droits cédés, par le remboursement au cessionnaire (acquéreur du droit) du prix que celui-ci avait payé au cédant. Ce dispositif figure en effet toujours aux articles 1699 à 1701 du code civil relatifs au contrat de vente, lesquels ne sont pas supprimés et que l'article 1701-1 créé par la présente ordonnance rend a contrario applicable aux cessions de créance. »

³ Art. 1699 c. civ. : « Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite. » ; art. 1700 c. civ. : « La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit. »

⁴ Art. 1700 c. civ. : « La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit. »

⁵ Com. 20 avril 2017, n° 15-24.131, Bull. ; D. 2017, p.918 : (abstrat) « Il résulte de l'article 1700 du code civil que le retrait litigieux, institution dont le caractère exceptionnel impose une interprétation stricte, ne peut être exercé que si, antérieurement à la cession, un procès a été engagé sur le bien-fondé du droit cédé et qu'au cours de l'instance, celui qui entend exercer le retrait a, en qualité de défendeur, contesté ce droit au fond. »

domaine du retrait litigieux est également borné par l'article 1701 c. civ.¹ Au total, le retrait litigieux ne permet donc que rarement de restructurer une dette à moindres frais.

Conclusion I/ La cession de créance

334. En somme, la **cession de créance** permet de remplacer le cédant (créancier originaire, auteur) par le cessionnaire (nouveau créancier, ayant cause à titre particulier). Le remplacement du cédant par le cessionnaire est convenu entre les deux ; le débiteur cédé sera averti de ce changement mineur.

L'objet de la cession de créance conduira le débiteur à exécuter sa prestation au profit du cessionnaire. Deux types de cession de créance sont prévus : effectuée à titre gratuit, la cession signifie que le cédant reste tenu envers le cessionnaire ; effectuée à titre onéreux, la cession signifie que le cessionnaire assume les risques de sa chose (et notamment le risque d'insolvabilité du débiteur), et que le cédant garantit simplement que la créance est normale (elle existe ; les sûretés qui la garantissent seront transmises également).

La *conclusion* du contrat de cession de créance suppose le respect d'une forme (écrite). Le contrat sera conclu entre le cédant et le cessionnaire, quand l'obligation pesant sur le débiteur cédé est personnelle : c'est un changement mineur dont le débiteur cédé sera informé (de manière plus souple, depuis 2016). Quand l'obligation est purement personnelle, le débiteur devra consentir : c'est un changement majeur.

Lorsque ces conditions sont remplies, le débiteur exécutera sa prestation au profit du cessionnaire : la cession de créance ne change en rien l'obligation pesant sur le débiteur. Il bénéficie de l'opposabilité des exceptions.

III/ L'obligation réelle : le remplacement de l'auteur par l'ayant cause à titre particulier

335. L'**obligation réelle** est affectée au service d'un bien ou d'une obligation. Seul le propriétaire actuel d'un bien principal (incluant une obligation) sera tenu d'exécuter cette obligation, considérée comme un accessoire greffé sur le principal. L'obligation réelle sera ainsi transférée de l'auteur à l'ayant cause à titre particulier. L'existence de l'obligation réelle est bien connue, mais son domaine d'application est controversé.

¹ Art. 1701 c. civ. : « La disposition portée en l'article 1699 cesse :
« 1° Dans le cas où la cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé ;
« 2° Lorsqu'elle a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui est dû ;
« 3° Lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux. »

En régime général des obligations, l'*existence de l'obligation réelle* n'est pas formellement reconnue par l'ordonnance du 10 février 2016. Pourtant, de nombreuses dispositions légales appliquent la théorie :

- les sûretés attachées à une créance cédée sont transmises au cessionnaire (art. 1321 al. 3 c. civ.¹) ;
- l'acquéreur d'un immeuble bénéficie de la garantie décennale du constructeur (alors que le contrat de construction a été conclu entre le constructeur et son client, auteur) (art. 1601-4 c. civ.²) (schéma 4.5).
- l'hypothèque est attachée à l'immeuble, même si l'immeuble est désormais la propriété de l'acquéreur (art. 2461 c. civ.³) ;
- le cessionnaire d'une entreprise reprend les contrats de travail en cours (conclus entre l'employeur-cédant et les salariés : art. 1224-1 c. trav.⁴), et assume la charge du plan social en cas de licenciement.

L'obligation réelle existe donc : cet accessoire d'un bien est aussi bien un profit (créance détenue sur un tiers : sûreté, action en responsabilité) qu'une charge (une dette pesant sur le propriétaire actuel de l'immeuble : hypothèque etc).

Le *domaine d'application de l'obligation réelle* donne lieu à des hésitations, chose a priori surprenante en présence d'une exception. En principe, l'obligation est personnelle, et il faut un texte spécial pour établir une obligation réelle. Ainsi, l'acquéreur d'une entreprise (cessionnaire) ne reprend pas les contrats de fourniture d'électricité ou de téléphone conclus par son auteur ; il n'est pas plus tenu de payer les taxes foncières antérieurement à la cession. En revanche, il doit reprendre les contrats de travail en cours, puisqu'il existe un texte (art. 1224-1 c. trav.) établissant une obligation réelle à la charge de l'ayant cause à titre particulier⁵. En l'absence de texte, il faut retourner au principe : en présence d'une cession d'immeuble, et non d'une cession d'entreprise, le contrat de travail (concierge, gardien) n'est pas repris⁶.

¹ Art. 1321 c. civ. : « Elle [la cession de créance] s'étend aux accessoires de la créance. »

² Art. 1601-4 al. 1^{er} c. civ. (issu de la loi n°67-3 du 3 janv. 1967 relative à la vente d'immeubles à construire) : « La cession par l'acquéreur des droits qu'il tient d'une vente d'immeuble à construire substitue de plein droit le cessionnaire dans les obligations de l'acquéreur envers le vendeur. »

³ Art. 2461 c. civ. : « Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions. »

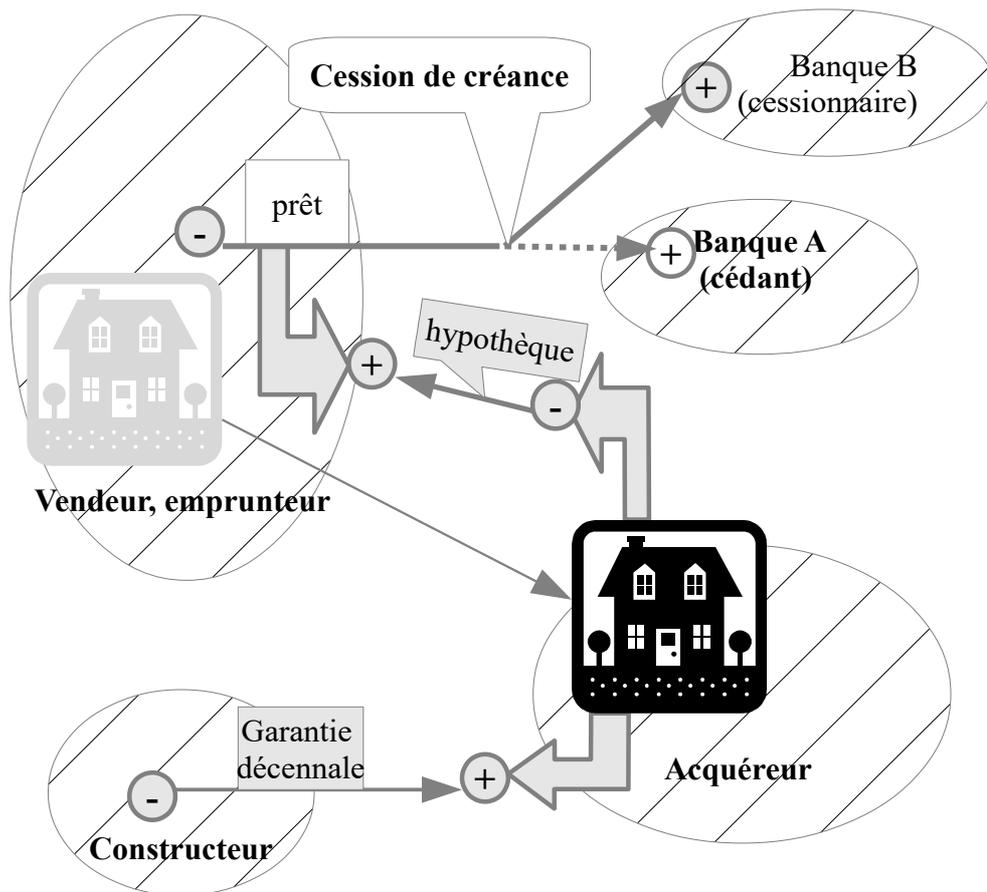
⁴ Art. 1224-1 c. trav. : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

⁵ Soc., 14 mai 2008, n°07-42.341 : « En cas de transfert d'entreprise, le nouvel employeur est tenu de toutes les obligations qui incombaient à l'ancien à l'égard des salariés dont le contrat de travail subsiste (...) ».

⁶ Sur la différence entre une cession d'immeuble incluant le transfert du bail et la cession d'entreprise, incluant le transfert des contrats de travail : voir, Soc., 28 janvier 2015, n° 13-16.719, Bull. ; JCP G 2015.II.183, note Carole Lefranc-Hamoniaux.

Schéma
4.5

Obligation réelle



L'existence d'une obligation réelle transmise de plein droit à l'acquéreur imposera à ce dernier de se renseigner (ou à devoir être renseigné par son auteur) sur l'environnement juridique du bien qu'il acquiert. Puisque l'ayant cause à titre particulier sera tenu d'une charge ou d'un profit (2), autant être informé du domaine de l'obligation réelle (1).

1/ Le domaine de l'obligation réelle : *exception stricte ou généralisable ?*

336. Le **domaine de l'obligation réelle** donne lieu à des hésitations centrées sur l'extension à donner ou non aux exceptions qui instaurent le régime de l'obligation réelle (à défaut d'en avoir toujours le nom). En principe, l'obligation réelle est exceptionnelle ; sa théorie n'est pas généralisable, car il faut un texte (c-à-d. une décision politique). Aucun critère objectif ne peut être employé pour discerner une obligation personnelle d'une obligation réelle.

L'exigence d'un texte spécial pour instaurer une obligation réelle s'explique par le principe de l'obligation personnelle : en régime général des obligations, l'ayant cause à titre particulier est un tiers à l'obligation. Comme aucun critère objectif ne permet de distinguer l'obligation personnelle (de principe) de l'obligation réelle (exceptionnelle), lorsque, chose courante, une obligation est destinée à procurer un service à un bien principal, il faut un texte spécial. Le législateur dira ainsi que les sûretés sont transmises avec la créance cédée¹ ou que l'ayant cause à titre particulier pourra exercer l'action en responsabilité exercée contre le constructeur².

Et pourtant, on voit apparaître des *textes généralisables*. Les « droits et actions attachés à la chose » (art. 1351-1 al. 2 c. civ.³) sont des obligations réelles dont le domaine d'application n'est pas

¹ Art. 1321 al. 3 c. civ. : « Elle [la cession de créance] s'étend aux accessoires de la créance. » Supra n° 316.

² Art. 1601-4 al. 1^{er} c. civ. : « La cession par l'acquéreur des droits qu'il tient d'une vente d'immeuble à construire substitue de plein droit le cessionnaire dans les obligations de l'acquéreur envers le vendeur. »

³ Art. 1351-1 c. civ. : « 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. »

restreint (comme devrait l'être une exception) : ces services attachés au bien (détruit) sont les indemnités d'assurance, les actions en responsabilité. Les sûretés sont également considérées comme des accessoires (sauf exclusion par un texte spécifique). La notion généralisable de « droits et actions attachés à la chose » résulte d'un glissement : une exception généralisable conduit à percevoir le principe différemment. C'est ce qui arrive dans la jurisprudence française contemporaine : des divergences apparaissent d'ailleurs, conduisant les juges soit à appliquer le régime de l'obligation réelle (sans texte précis), soit à appliquer le principe de l'obligation personnelle. La clause de conciliation convenue entre un architecte et son client a été perçue comme une obligation réelle (Civ. 3^e, 28 avril 2011¹) ou comme une obligation personnelle (Com., 13 oct. 2015²).

En droit contemporain, l'exception de l'obligation réelle donne donc lieu à hésitations : soit c'est une exception de droit strict (comme l'est la solidarité : il faut identifier un texte précis), soit c'est une exception généralisable (ouvrant la voie au raisonnement par analogie). Il va de soi que cette perception ambivalente de l'exception est problématique : le domaine de l'obligation réelle est devenu douteux.

a/ Les obligations réelles établies par un texte spécial

337. Les **obligations réelles établies par un texte spécial** peuvent être listées selon leurs principales applications : les sûretés sont des services attachés à une créance ; certaines actions en responsabilité sont greffées sur le bien (détruit ou en dysfonctionnement) ; le propriétaire de certains biens doit s'informer sur l'environnement juridique du bien qu'il acquiert.

Dans le cadre d'une cession de créance, on sait que le cessionnaire (ayant cause à titre particulier) bénéficie de plein droit des *sûretés (personnelles ou réelles) attachées à la créance cédée* (art. 1321 al. 3 c. civ.³). En économie, on parle de collatéral. Ainsi, le cautionnement (contrat conclu entre *un*

¹ Civ. 3^e, 28 avril 2011, n°10-30.721, Bull. n°58 : (abstrat) « Une clause de conciliation préalable figurant au contrat d'architecte est opposable aux acquéreurs qui agissent par subrogation sur le fondement contractuel à l'encontre de l'architecte, en dépit du fait qu'ils n'auraient pas eu personnellement connaissance de cette clause ». L'arrêt, ambigu, parle de subrogation (de représentation : comme en présence d'un mandat) et de clause « opposable » (au titre de l'impact du contrat conclu entre l'architecte et le vendeur), mais applique concrètement la théorie de l'obligation réelle, puisque le nouvel acquéreur doit exécuter la clause de conciliation.

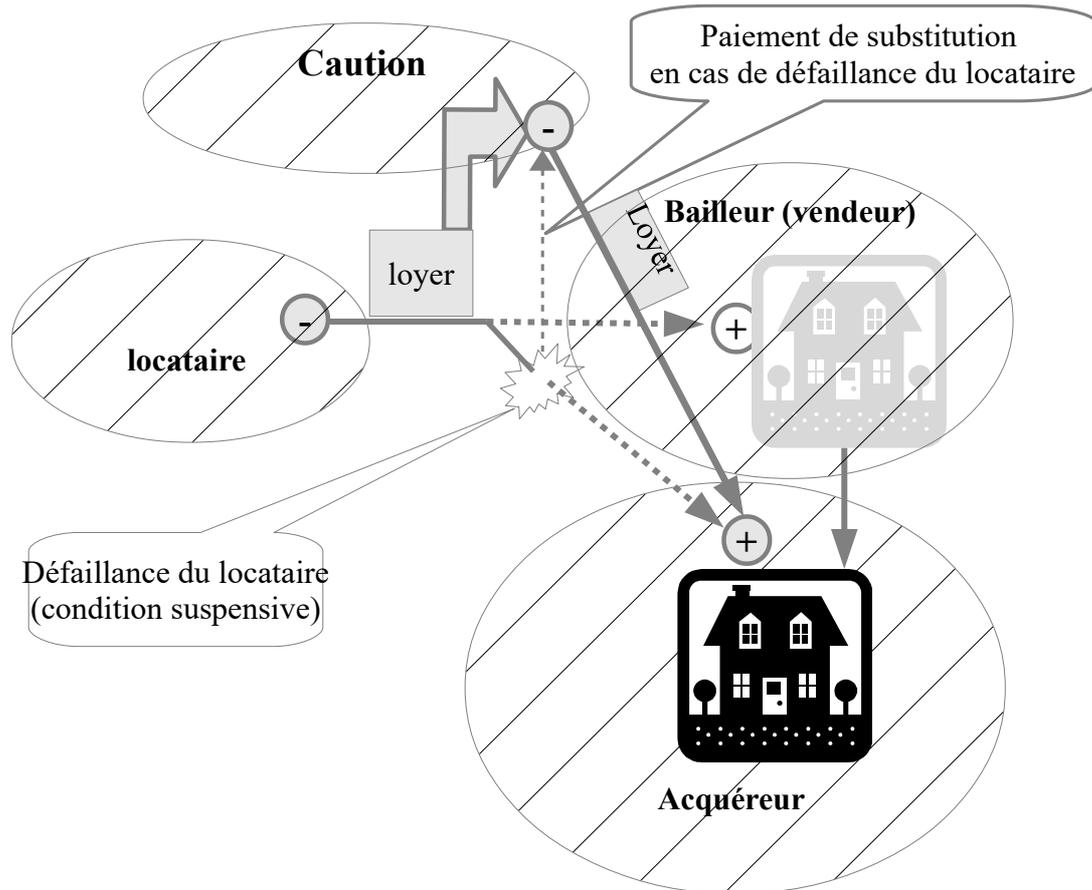
² Com., 13 octobre 2015, n° 14-19.734, Bull. ; JCP 2015, éd. G, Act., 1165, note Jean-Baptiste Perrier ; JCP E 2015.II.1557, note Jean-Denis Pellier ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 25, note Pauline Pailler, p. 9, note Alicia Mâzouz, et p. 15, note Soraya Amrani-Mekki ; RJDA 2015, n° 865.

³ Art. 1321 al. 3 c. civ. : « Elle [la cession de créance] s'étend aux accessoires de la créance. »

bailleur et la caution qui garantit le locataire) est transmis à l'acquéreur de l'immeuble (à qui est attaché le contrat de location : art. 1743 c. civ.¹) (A.P., 6 déc. 2004²) (schéma 4.6).

Schéma
4.6

Obligation réelle en présence d'un cautionnement



1 A
un
par
et l
en
2 A
dor
proc

e, qui a
ce droit
riétaire
bailleur,
meuble
ouveau

Les *actions en responsabilité* (notamment en garantie) sont fréquemment attachées au bien vendu : seul le propriétaire actuel du bien agira (directement) contre le constructeur d'immeuble¹ (art. 1601-4 c. civ.²). L'auteur, qui a vendu le bien garanti, a perdu tout intérêt (sauf s'il est poursuivi par son ayant cause à titre particulier et exerce une action récursoire). L'ayant cause à titre particulier a naturellement tendance à exercer donc une action en garantie directement contre le responsable.

L'acquéreur d'un bien immatriculé (automobile, avec le certificat de non-gage ; gage sans dépossession) ou d'un bien dont l'aliénation est publiée (sur le registre foncier, pour les immeubles ; registre du commerce pour un fonds de commerce) devra se renseigner (par l'intermédiaire de son notaire) sur l'existence d'un gage, d'une hypothèque, et, plus généralement d'une sûreté réelle publiée.

Pour le reste, il faut se référer à ces textes spéciaux disparates. On sait que le cessionnaire d'une entreprise reprend les contrats de travail en cours, et eux seuls³ ; il n'est pas tenu, lorsque son cédant est responsable envers les salariés⁴. La jurisprudence interprète cette exception (de l'obligation

¹ Civ. 3^e, 12 juillet 2018, n°17-20627, Bull. (action en responsabilité exercée par les sous-acquéreurs de l'immeuble affecté de désordres) : « l'action engagée [...], attachée à l'immeuble, elle était transmissible aux acquéreurs successifs [...] »

² Art. 1601-4 al. 1^{er} c. civ. : « La cession par l'acquéreur des droits qu'il tient d'une vente d'immeuble à construire substitue de plein droit le cessionnaire dans les obligations de l'acquéreur envers le vendeur. » Également, en présence d'un contrat de promotion immobilière : art. 1831-3 c. civ., « Si, avant l'achèvement du programme, le maître de l'ouvrage cède les droits qu'il a sur celui-ci, le cessionnaire lui est substitué de plein droit, activement et passivement, dans l'ensemble du contrat. »

³ Lorsque les conditions d'application de l'art. L. 1224-1 c. trav. ne sont pas remplies, le transfert des contrats de travail nécessite l'acceptation du reprenneur et l'accord individuel exprès de chaque salarié : Soc., 12 décembre 2001, n°99-45.921 ; Soc., 3 mars 2010, n°08-41.600, Bull. n°51 ; Soc., 27 mai 2015, n°14-11.155, Bull. ; JCP 2015, éd. S, Act., n° 229, et II, 1290, note Françoise Bousez ; JCP 2015, éd. E, II, n° 498 ; JCP 2015, éd. G, Act., 701, note Nathalie Dedessus-Le-Moustier ; revue Dr. soc. 2015, p. 650, note Antoine Mazeaud ; Rev. dr. tr., juillet-août 2015, Chron., p. 463, note Nicolas Moizard ; RJS 2015, n° 545.

⁴ Civ. 2^e, 17 septembre 2015, n° 14-24.534, Bull. ; JCP S 2015.II.1413, note Dominique Asquinazi-Bailleux : (abstrat) « l'employeur qui reprend un contrat de travail en application de l'article L. 1224-1 du code du travail n'est pas tenu des conséquences d'une faute inexcusable commise par l'employeur antérieur, excepté s'il existe une convention entre eux. »

réelle) de manière restrictive, ce qui correspond à la logique de l'exception. Mais il n'en va pas toujours ainsi.

337-1. Parmi les textes créant des obligations réelles, un des derniers en date (art. L. 132-3 c. envir.¹, introduit par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016²) a créé une « **obligation réelle environnementale** ». Par contrat (conclu pour une durée maximale de 99 ans), le propriétaire d'un bien immobilier prend à sa charge, ainsi qu'à celle des propriétaires successifs, une obligation à finalité écologique au profit d'une personne morale publique ou privée.

b/ Les obligations réelles dans la jurisprudence : la théorie de l'obligation réelle

338. Les **obligations réelles dans la jurisprudence** donnent lieu à des divergences d'appréciation. Si l'on fait application de la théorie de l'obligation réelle, il s'agit, en réalité, de raisonner par analogie : en l'absence de texte précis consacrant le régime de l'obligation réelle, les juges affirmeront qu'un accessoire doit se greffer sur un bien, un droit ou une action. En régime général des obligations, ces « droits et actions attachés à la chose » apparaissent ponctuellement à l'article 1351-1 c. civ.³. Les juges en déduisent parfois que les hypothèses régies par des textes spéciaux peuvent être généralisées, notamment en présence d'une action en responsabilité. On notera toutefois que ces jurisprudences sont souvent instables ou donnent lieu à des divergences.

Sachant que le *cessionnaire de créance* bénéficie des sûretés (art. 1321 al. 3 c. civ.), lesquelles ont pour fonction de garantir le paiement, la jurisprudence décide également que les actions en responsabilité, ayant pour fonction de garantir le cessionnaire contre la dépréciation des créances cédées, sont également transmises (Civ. 1^{ère}, 10 janv. 2006⁴ ; Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2006⁵). En revanche, on retourne au principe de l'obligation personnelle quand le cédant engage sa responsabilité envers le cédé : l'action téméraire en justice intentée par le cédant (afin de recouvrer

¹ Art. L. 132-3 c. envir. : « Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques (...) ».

² Voir : Nadège Reboul-Maupin et Benoît Grimonprez, *Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée*, Dalloz 2016. 2074

³ Art. 1351-1 c. civ. : « 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. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 10 janv. 2006, n° 03-17.839, Bull. n°6 ; D. 2006, p.366-367, obs. Xavier Delpech (action en responsabilité exercée par le cessionnaire contre le notaire pour perte des sûretés).

⁵ Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2006, n°04-10.231, Bull. n°433 : « Il résulte des articles 1615 et 1692 du code civil que la cession de créance transfère au cessionnaire les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée et notamment, sauf stipulation contraire, l'action en responsabilité contractuelle ou délictuelle, qui en est l'accessoire, fondée sur la faute antérieure d'un tiers, dont est résultée la perte ou la diminution de la créance, à l'exclusion des actions extra-patrimoniales, incessibles ou strictement personnelles au cédant. »

le montant d'une créance impayée) n'est pas un accessoire de la chose (Civ. 2^e, 20 mai 2010¹ ; Com., 2 juillet 2013²).

Les *actions en responsabilité* exercées contre le responsable d'un accident (constructeur, fabricant ...) donnent lieu à une vision extensive, quand la responsabilité du constructeur n'est plus légale (art. 1604-1 c. civ.), mais contractuelle³ (cas non légalement prévu). Il a été jugé que l'actionnaire qui bénéficie d'une garantie contractuelle (maintien de la valeur des actions) la transmet au cessionnaire (Com., 9 oct. 2012⁴).

L'ayant cause à titre particulier bénéficiera de l'assurance souscrite par son auteur⁵ (dommage-ouvrage⁶ notamment). Il peut également être tenu d'une charge, c-à-d. d'une *dette* : l'acquéreur de l'immeuble (propriétaire actuel lors de la rupture du bail commercial) doit au locataire l'indemnité d'éviction (Civ. 3^e, 11 janv. 2006⁷) ou doit effectuer des travaux auxquels son vendeur était tenu (Civ. 3^e, 29 février 2012⁸). De même, il verser restituer le dépôt de garantie versé par le locataire au bailleur originaire⁹.

¹ Civ. 2^e, 20 mai 2010, n°09-65.434, Bull. n°95 ; D. 2010, p.1360, note Valérie Avena-Robardet : « L'action en responsabilité, fondée sur la mise en œuvre d'une voie d'exécution destinée au recouvrement d'une créance, avant la cession de celle-ci, ne constitue pas l'accessoire de la créance cédée, de sorte que la société cessionnaire n'est pas tenue de réparer les conséquences dommageables, pour l'adjudicataire, de l'annulation de l'adjudication. »

² Com., 2 juillet 2013, n°12-18.413, Bull. n°112 ; Gaz. Pal., n° 261-262, 18-19 septembre 2013, p. 14 à 16, note Marc Mignot ; Gaz. Pal., n° 289-290, 16-17 octobre 2013, Doctrine, p. 5 à 9, note Georges Teboul ; D. 2013, p. 2255 à 2259, note Laetitia Bougerol-Prud'homme ; Revue de jurisprudence de droit des affaires, 2013, décision n° 838, p. 786-787 ; Revue Lamy droit civil, 2013, n°5231, note Charles Gijssbers ; Revue de droit bancaire et financier, n° 5, septembre-octobre 2013, commentaire n° 156, p. 28-29, note Alain Cerles : (abstrat) « La cession de créance ne transférant au cessionnaire que les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée, le cessionnaire d'une créance ne peut être tenu d'une dette née d'un manquement du cédant, antérieur à la cession, sauf connexité avec la créance cédée. »

³ Civ. 3^e, 9 juillet 2014, n°13-15.923, Bull. ; D. 2014, p.1590 : (abstrat) « Sauf clause contraire, l'acquéreur d'un immeuble a qualité à agir contre les constructeurs, même pour les dommages nés antérieurement à la vente, sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun qui accompagne l'immeuble en tant qu'accessoire. » La responsabilité contractuelle de droit commun est distincte de la responsabilité spéciale du constructeur. Voir aussi : Civ. 3^e, 12 juillet 2018, n°17-20.627, Bull. ; D. 2018 p.1552 : (abstrat) « l'action engagée par les consorts X [acquéreur du client], sur le fondement de la faute dolosive du constructeur, s'analysait en une action contractuelle et que, attachée à l'immeuble, elle était transmissible aux acquéreurs successifs, la cour d'appel en a exactement déduit que cette action était recevable. »

⁴ Com., 9 octobre 2012, n°11-21.528, Bull. ; D. 2012, p. 2447, note Xavier Delpech : (abstrat) « L'absence de stipulation, dans l'acte de cession initial de droits sociaux, d'une faculté de transmission de la garantie contractuelle de maintien de la valeur des droits cédés ne fait pas par elle-même obstacle à ce que le bénéficiaire de celle-ci cède la créance en résultant au sous-acquéreur de ses droits sociaux, après signification au cédant initial. » Dans le silence de la convention, le débiteur, garant du maintien de la valeur des parts sociales, est tenu envers le propriétaire actuel des parts sociales.

⁵ Civ. 3^e, 7 mai 2014, n°13-16.400, Bull. : « Sauf clause contraire, l'acquéreur d'un immeuble a qualité à agir en paiement des indemnités d'assurance contre l'assureur du vendeur garantissant les risques de catastrophe naturelle, même pour les dommages nés antérieurement à la vente. »

⁶ Civ. 3^e, 15 septembre 2016 n° 15-21.630 : (abstrat) « Sauf clause contraire, l'acquéreur d'un immeuble a seul qualité à agir en paiement des indemnités d'assurance contre l'assureur garantissant les dommages à l'ouvrage, même si la déclaration de sinistre a été effectuée avant la vente. »

⁷ Civ. 3^e, 11 janvier 2006, n°04-20.791, Bull. n°8.

⁸ Civ. 3^e, 29 février 2012, n°10-27.889, Bull. n°36 ; Dalloz 2012, p. 738.

⁹ Solution induite par : Civ. 3^e, 26 mars 2014, n°13-10.698, Bull.

339. Les autres applications jurisprudentielles de l'obligation réelle sont nettement plus fragiles, et certaines donnent lieu à des divergences de jurisprudence.

L'action en paiement exercée par le créancier poursuivant a conduit à considérer que les frais de poursuite, à charge du débiteur (art. L. 111-8 c. proc. civ. d'ex.¹) sont attachés à la créance initiale : si le débiteur ne paye que la dette initiale, la saisie se poursuit (Civ. 2^e, 22 juin 2017²). La solution peut se justifier : le créancier n'est pas tenu de recevoir un paiement partiel (infra, le paiement).

Des divergences de jurisprudence sont perceptibles avec la *clause de conciliation* convenue entre l'architecte et son client (obligation réelle selon Civ. 3^e, 28 avril 2011³ ; obligation personnelle selon Com., 13 octobre 2015⁴). En droit communautaire, la Cjue (7 février 2013⁵) considère que la clause attributive de juridiction, convenue entre le fabricant et son vendeur, crée une obligation personnelle : le sous-acquéreur n'est pas tenu de l'exécuter⁶, sauf à l'avoir acceptée (Civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013⁷ ; Com., 4 mars 2014⁸).

¹ Art. L 111-8 c. proc. civ. ex. : « A l'exception des droits proportionnels de recouvrement ou d'encaissement qui peuvent être mis partiellement à la charge des créanciers dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les frais de l'exécution forcée sont à la charge du débiteur, sauf s'il est manifeste qu'ils n'étaient pas nécessaires au moment où ils ont été exposés. Les contestations sont tranchées par le juge.

« Les frais de recouvrement entrepris sans titre exécutoire restent à la charge du créancier, sauf s'ils concernent un acte dont l'accomplissement est prescrit par la loi. Toute stipulation contraire est réputée non écrite, sauf disposition législative contraire.

« Cependant, le créancier qui justifie du caractère nécessaire des démarches entreprises pour recouvrer sa créance peut demander au juge de l'exécution de laisser tout ou partie des frais ainsi exposés à la charge du débiteur de mauvaise foi. »

² Civ. 2^e, 22 juin 2017, n°16-18.901, Bull. ; Gaz. Pal. 2017, n°26, p.19, note Gilles-Antoine Sillard et Marion Cordier ; revue Procédures 2017, comm. 185, note Christian Laporte : (abstrat) « Il résulte des dispositions de l'article L. 111-8 du code des procédures civiles d'exécution que les frais de poursuite sont l'accessoire de la dette pour le paiement de laquelle a été diligentée la procédure de saisie immobilière. Dès lors, le créancier saisissant désintéressé des causes du commandement en principal par le saisi est fondé à continuer les poursuites de saisie immobilière contre celui-ci tant qu'il n'a pas obtenu le règlement desdits frais. »

³ Civ. 3^e, 28 avril 2011, n°10-30.721, Bull. n°58 : (abstrat) « Une clause de conciliation préalable figurant au contrat d'architecte est opposable aux acquéreurs qui agissent par subrogation sur le fondement contractuel à l'encontre de l'architecte, en dépit du fait qu'ils n'auraient pas eu personnellement connaissance de cette clause ». L'arrêt, ambigu, parle de subrogation (de représentation : comme en présence d'un mandat) et de clause « opposable » (au titre de l'impact du contrat conclu entre l'architecte et le vendeur), mais applique concrètement la théorie de l'obligation réelle, puisque le nouvel acquéreur doit exécuter la clause de conciliation.

⁴ Com., 13 octobre 2015, n° 14-19.734, Bull. ; D. 2015 p. 2068 ; JCP 2015, éd. G, Act., 1165, note Jean-Baptiste Perrier ; JCP 2015, éd. E, II, 1557, note Jean-Denis Pellier ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 25, note Pauline Pailler, p. 9, note Alicia Mâzouz, et p. 15, note Soraya Amrani-Mekki ; RJDA 2015, n° 865. La clause de conciliation convenue entre tel prêteur et tel débiteur est personnelle, de sorte que la caution (tiers qui garantit la dette) ne peut en demander l'exécution.

⁵ Cjue, 7 févr. 2013, 1^{ère} chambre, aff. C-543/10, *Refcomp*, D. 2013. 1110, note S. Bollée, 1503, obs. F. Jault-Seseke, et 2293, obs. L. d'Avout ; Rev. crit. DIP 2013. 710, note D. Bureau ; RTD civ. 2013. 338, obs. P. Remy-Corlay, et 2014. 436, obs. P. Théry ; RTD com. 2013. 381, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast

⁶ Cjue, 7 février 2013, *Refcomp*, C-543/10 préc. : « (...) une clause attributive de juridiction convenue dans le contrat conclu entre le fabricant d'un bien et l'acquéreur de celui-ci ne peut pas être opposée au tiers sous-acquéreur qui, au terme d'une succession de contrats translatifs de propriété conclus entre des parties établies dans différents États membres, a acquis ce bien et veut engager une action en responsabilité à l'encontre du fabricant, sauf s'il est établi que ce tiers a donné son consentement effectif à l'égard de ladite clause dans les conditions énoncées à cet article ».

⁷ Civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, n°09-12.442, Bull. n°162 : (abstrat) « La clause attributive de juridiction convenue dans un contrat conclu entre le fabricant d'un bien et l'acquéreur de celui-ci ne peut être opposée à un tiers sous-acquéreur, sauf si celui-ci a donné son consentement effectif à ladite clause. » Voir aussi : Civ. 1^{ère}, 25 mars 2015, n°13-24.796, Bull. ; JCP 2015, éd. G, II, 430, note François Mailhé ; D. 2015, somm., p. 811 (action en remboursement exercée par le sous-acquéreur contre le fabricant).

⁸ Com., 4 mars 2014, n°13-15.846, Bull. n°41 ; Revue Lamy droit civil, 2014, n° 5411, p. 17, note Cécile Le Gallou ; JCP G 2014, Jurisprudence, n° 559, note Michel Attal.

En l'état actuel des choses, la cour de cassation éprouve une difficulté à distinguer entre les clauses qui demeurent personnelles (telle juridiction compétente, telle procédure de conciliation) et celles qui peuvent être rattachées à la chose (et bénéficière au propriétaire actuel : la réparation ; ou lui imposer une charge : le ravalement de l'immeuble, voté mais non payé). On sait qu'il n'existe aucun critère objectif pour discerner une obligation personnelle (de principe) et une obligation réelle (exceptionnelle), mais une décision politique.

2/ Les effets de l'obligation réelle : un profit comme une charge

340. Les effets de l'obligation réelle se traduisent, pour l'ayant cause à titre particulier, tantôt par un profit (service procuré à l'ayant cause à titre particulier), tantôt par une charge (dette pesant sur l'ayant cause à titre particulier), voire les deux¹ (en présence d'une cession de contrat auquel l'ayant cause à titre particulier est devenu partie). L'incidence financière de l'obligation réelle conduira l'ayant cause à titre particulier (notamment par le biais de son notaire ou de son auteur) à se tenir informé de l'environnement juridique du bien qu'il acquiert.

Les services (« droits et actions attachés à la chose » : art. 1351-1 c. civ.²) dont bénéficie l'ayant cause à titre particulier sont des accessoires qui *accroissent la valeur du bien acquis*. La créance cédée avec les sûretés sera cédée à un prix proche du nominal, en tenant compte du risque minoré d'impayé. Le service procuré à la chose est un accessoire, mais la valeur qu'il procure n'est pas nécessairement marginale.

À l'inverse, les *charges grevant le bien* réduisent sa valeur et elles sont donc de nature à influencer sur le prix de cession. L'acquéreur de l'immeuble prend en compte le passif hypothécaire (représentant une fraction, minoritaire ou non, de la valeur de l'immeuble) ; le cessionnaire d'une entreprise anticipe le coût du plan social (ce qui explique le prix de rachat à un euro symbolique d'une entreprise en faillite, même quand elle possède par ailleurs des actifs). Il existe pourtant une différence fondamentale entre l'hypothèque et la cession d'entreprise. La charge hypothécaire grevant le bien acquis sera cantonnée à la valeur du bien : le créancier hypothécaire n'a pas accès aux autres biens figurant dans le patrimoine de l'ayant cause à titre particulier. En revanche, les charges pesant désormais sur le cessionnaire de l'entreprise sont exécutoires sur l'ensemble de son

¹ En présence d'un contrat de promotion immobilière : art. 1831-3 c. civ., « Si, avant l'achèvement du programme, le maître de l'ouvrage cède les droits qu'il a sur celui-ci, le cessionnaire lui est substitué de plein droit, activement et passivement, dans l'ensemble du contrat. »

² Art. 1351-1 c. civ. : « 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. »

patrimoine : si le repreneur de l'entreprise cédée est insolvable, qui financera le plan social des salariés licenciés ?

En régime général des obligations, ces accessoires (même quand ils se traduisent par une charge) sont perçus comme une valeur patrimoniale secondaire par rapport à celle du bien (principal) acquis. C'est un cas fréquent : les charges de l'immeuble en copropriété ne sont normalement pas de nature à excéder la valeur de l'immeuble ; le créancier hypothécaire ne peut faire saisir que l'immeuble hypothéqué, et pas les autres biens de l'ayant cause à titre particulier (droit de suite). Mais les charges résultant de l'obligation réelle peuvent excéder la valeur du bien acquis et être exécutoires sur l'ensemble du patrimoine (droit de gage général, infra) : lorsque l'obligation réelle se traduit par une charge pour l'ayant cause à titre particulier et par une décharge pour son auteur, la solvabilité du patrimoine de l'ayant cause à titre particulier reste-t-elle un aspect secondaire par rapport à l'acquisition du bien (principal) ?

(341- à 348. : réservés)

Conclusion du §1^{er}/ Le changement mineur de l'obligation : l'ayant cause à titre particulier face à l'obligation

349. En régime général des obligations, l'**ayant cause à titre particulier** est en principe un tiers à l'obligation (courante, c-à-d. personnelle). Mais, en présence d'une obligation translatrice de propriété, le remplacement de l'auteur par son ayant cause à titre particulier sera un changement mineur, dont il faudra simplement informer le débiteur ; les accessoires du bien transmis sont également transférés avec lui (obligation réelle).

En présence d'une *cession de créance*, le débiteur cédé sera informé de l'identité de son nouveau créancier (le cessionnaire). La créance est considérée comme un bien quelconque : son propriétaire (auteur) peut la céder à quiconque (ayant cause à titre particulier). L'opération deviendra opposable au débiteur cédé dès qu'il sera informé : la prestation qu'il doit fournir est inchangée (opposabilité des exceptions).

En présence d'une *obligation réelle*, les accessoires d'un bien (y compris d'une créance) sont transmis de plein droit de l'auteur à l'ayant cause à titre particulier, mais il faut un texte pour établir une telle exception au principe de l'obligation personnelle. Parmi les services attachés au bien, on notera que la cession de créance permet au cessionnaire de bénéficier des sûretés, greffées sur la créance (cédée) (art. 1321 al. 3 c. civ.) ; l'acquéreur d'un bien grevé de sûreté subira pareillement le

service que le bien remplit (à savoir payer une créance). En droit de la responsabilité, les actions en garantie sont fréquemment transmises à l'ayant cause à titre particulier, mais il devra également s'acquitter des indemnités greffées sur le bien. L'obligation réelle se différencie de la cession de créance sur deux points : c'est un service accessoire à un bien (principal) ; ce service sera tantôt un profit, tantôt une charge pour l'ayant cause à titre particulier.

En présence d'une cession de créance comme en présence d'une obligation réelle, l'ayant cause à titre particulier devient donc une partie à l'obligation : il remplace purement et simplement son auteur. C'est un changement mineur : le *patrimoine de l'ayant cause à titre particulier* est un aspect secondaire. Visiblement, sa solvabilité n'est pas un problème. Il en va différemment quand il s'agit de remplacer le débiteur originaire par un tiers.

§2^{ème}/ Le changement majeur de l'obligation :

le créancier face au patrimoine débiteur

350. Le **changement majeur de l'obligation** signifie que l'identité de chaque protagoniste est un élément essentiel de l'obligation ; en conséquence, chaque protagoniste, créancier et débiteur originaires et tiers, doit consentir à la révision de l'obligation (personnelle). La révision mutuellement convenue est exigée lorsqu'un tiers cherche à remplacer un débiteur originaire.

La *fiabilité du débiteur* est, pour le créancier, un élément déterminant (alors que la personnalité du créancier est considérée comme secondaire : supra). Le risque de contestation de la dette et le risque d'impayé seront modifiés si un tiers (insolvable) prétend remplacer purement et simplement un débiteur originaire (solvable), et ces risques sont pris en compte pour fixer la valeur d'une obligation. Le créancier originaire devra donc consentir (révision mutuellement convenue) face à une modification du patrimoine débiteur.

Cette considération produit une conséquence propre, sur le régime applicable au remplacement du débiteur par un tiers. Le créancier disposera généralement d'une option : le tiers remplacera le débiteur, *avec ou sans décharge* de ce dernier. Pour le créancier, cette dernière modalité change la

donne : le créancier pourra accepter la prestation fournie par un tiers, avec la garantie du débiteur. Le créancier bénéficie alors d'un patrimoine débiteur accru (par l'adjonction de celui du tiers). Le changement majeur a donc lieu quand le patrimoine débiteur est modifié. Le créancier doit consentir, et il le fera volontiers lorsque le débiteur originaire garantit que le tiers est fiable. Deux opérations sont réglementées en régime général des obligations : la cession de dette (I) et la délégation (II).

I/ La cession de dette : le remplacement du débiteur par un tiers

351. La **cession de dette** consiste à remplacer le débiteur originaire (cédant) par un tiers (cessionnaire), en présence d'un créancier (cédé) qui reste inchangé. L'opération est prévue par l'article 1327 al. 1^{er} c. civ.¹ : « Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette. » Un débiteur originaire, emprunteur et vendeur, proposera à la banque d'être remplacé dans le remboursement du crédit par l'acquéreur. C'est un changement majeur, puisque l'accord du créancier est requis.

L'exigence d'une *révision mutuellement convenue* est unanimement justifiée en doctrine : la fiabilité et la solvabilité du débiteur sont des éléments déterminants pour un créancier. Le patrimoine du débiteur (qui répond de l'exécution forcée sur tous ses biens : droit de gage général, infra) est pris en compte par le créancier économique, notamment en présence d'une obligation à exécution successive (comme un loyer : si le locataire est économiquement fragile, il devra trouver une caution). En présence d'une obligation personnelle (courante), il faut que le débiteur soit en mesure de payer en temps et en heure (c-à-d. d'exécuter une prestation commune).

L'*accord du créancier* (cédé) est central. Il déterminera en réalité l'économie de la cession de dette.

- Soit le créancier donne décharge à son débiteur originaire, auquel cas il y aura une novation : le nouveau débiteur est alors seul tenu.
- Soit le créancier prend acte de la cession de dette : le nouveau débiteur (cessionnaire) paiera, mais l'ancien débiteur (cédant) restera tenu.

Le régime de la cession de dette, fixé aux articles 1327 à 1328-1 c. civ., précisera les modalités de conclusion de ce contrat (1) que le créancier acceptera probablement car ses effets (2) lui seront profitables.

¹ Art. 1327 al. 1^{er} c. civ. : « Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette. »

351-1. En présence d'une **obligation strictement personnelle**, la relation nouée entre les parties exclut tout changement¹ portant sur le vecteur. Lorsque seul le débiteur peut accomplir la prestation, l'obligation sera également purement personnelle par son objet. Dans les deux cas (vecteur et contenu de l'obligation), la solvabilité du débiteur n'est pas spécifiquement en cause.

1/ La conclusion du contrat de cession de dette

352. La **conclusion du contrat de cession de dette** suppose de réunir l'accord des trois protagonistes impliqués dans ce changement majeur de l'obligation et d'identifier le passif transféré au nouveau débiteur.

L'accord des trois protagonistes prendra la forme d'une offre, émanant du débiteur originaire. Ce dernier aura préalablement obtenu l'accord du nouveau débiteur, par acte distinct ou dans l'offre présentée au créancier. Puis il proposera au créancier d'accepter la cession de dette. Il faudra alors préciser l'objet de l'*acceptation du créancier* : donne-t-il ou non décharge au débiteur originaire, quand il accepte que la prestation soit exécutée (uniquement ou également) par un tiers ? Ce point est fondamental dans l'économie de la cession de dette.

L'objet de la cession porte sur une dette, et plus précisément une *prestation à fournir par un autre* que le débiteur originaire. La dette reste la même, avec tous ses défauts : techniquement, on parlera d'opposabilité des exceptions pour dire que l'obligation reste identique, et que le changement porte uniquement sur l'identité du débiteur.

La conclusion du contrat de cession de dette conduira donc à préciser qui doit consentir (b) et à fixer son objet (a).

a/ L'acceptation du créancier : décharge ou non du débiteur originaire ?

353. L'**acceptation du créancier** est le point central de la cession de dette, puisqu'il s'agit d'une modification majeure. Le consentement au contrat de cession de dette sera exprimé en respectant la forme écrite, imposée à peine de nullité (art. 1327 c. civ.²) ; le créancier pourra même accepter par avance la cession de dette, ce qu'il fera bien volontiers quand la teneur de son acceptation sera précisée.

¹ En présence d'un contrat conclu *intuitu personae* (conclu en considération de la personne, en raison de la relation particulière de confiance qui doit s'instaurer) ou d'une obligation purement personnelle (existant entre les associés d'une société de personnes : le patrimoine de chaque associé est entièrement exposé par les dettes de l'autre),

² Art. 1327 c. civ. : « Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette.

(loi n° 2018-287 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016) « La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité. »

Premièrement, selon l'article 1327 c. civ.¹, le contrat de cession de dette est *convenu entre le créancier et le débiteur originaire*. Ce contrat doit être conclu par écrit, en respectant une condition de forme imposée à peine de nullité (art. 1327 al. 2 c. civ.²). Selon ce texte, le tiers qui remplacera le débiteur originaire n'est pas partie au contrat de cession de dette : ce tiers sera soit déjà connu et identifié, soit il sera identifié plus tard (et il faudra en informer le créancier, le temps venu).

Le créancier peut *par avance accepter* le principe de la cession de dette. L'hypothèse est prévue par l'article 1327-1 c. civ.³ : « Le créancier, s'il a par avance donné son accord à la cession et n'y est pas intervenu ». Le tiers pourra fournir sa prestation au créancier : le maître d'ouvrage, client faisant construire un bâtiment accepte par avance l'intervention de sous-traitants ; la banque prêteuse accepte par avance que l'État sera remplacé par tel ou tel organisme public (gestionnaire des canalisations, caisse des dépôts ...). Actuellement inconnu, le nouveau débiteur sera présenté au créancier par le débiteur originaire : on notera que l'information du créancier est formelle (par la notification : accusé-réception) ou informelle (par la prise d'acte : retour de courrier ...) (« que du jour où elle[la cession] lui a été notifiée ou dès qu'il en a pris acte. »). L'identité du tiers qui remplacera ou pourrait remplacer le débiteur n'est donc pas nécessairement connue au jour de la cession de dette, point qui peut surprendre (au premier abord).

Le contrat de cession de dette est donc convenu par écrit entre le créancier et son débiteur (originaire) : le créancier accepte (éventuellement par avance) que la prestation soit réalisée par un tiers. Ce comportement du créancier n'est qu'apparemment surprenant : il faudra simplement préciser ce à quoi consent le créancier.

354. L'objet du consentement du créancier à la cession de dette fait apparaître l'économie propre de l'opération. Selon l'article 1327-2 c. civ., « Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette. » Il s'agira de savoir si le débiteur originaire est déchargé (parce que purement et simplement remplacé) ou bien si le débiteur originaire reste (solidairement) tenu, avec le nouveau débiteur.

Le *consentement explicite* du créancier à la cession de dette signifie que son ancien débiteur est déchargé et remplacé par le nouveau. Il s'agit là d'une véritable cession de dette. C'est un

¹ Art. 1327 al. 1^{er} c. civ. : « Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette. »

² Art. 1327 c. civ. : « Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette. (loi n° 2018-287 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016) « La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité. »

³ Art. 1327-1 c. civ. : « Le créancier, s'il a par avance donné son accord à la cession et n'y est pas intervenu, ne peut se la voir opposer ou s'en prévaloir que du jour où elle lui a été notifiée ou dès qu'il en a pris acte. »

changement majeur, d'où l'exigence de l'accord du créancier (art. 1327 al. 1^{er} c. civ.¹). Dès qu'il manifeste son accord, en signant l'acte de cession de dette, le créancier comprend ce que signifie « cession de dette ». Aucune clause particulière n'est exigée. On sait (supra) que le créancier a pu accepter (explicitement) par avance : le créancier fait confiance à son débiteur et estime que le débiteur trouvera une personne aussi fiable que lui. C'est la cession (parfaite) de dette.

L'*accord (simple) du créancier* à la cession signifie que le nouveau débiteur pourra exécuter sa prestation au profit du créancier et que le débiteur originaire reste solidairement tenu. On comprend pourquoi le créancier peut fréquemment donner par avance son accord de principe à la cession de dette (art. 1327-1 c. civ.²) : ce changement sera considéré par le créancier comme un changement mineur, tout simplement parce que le débiteur originaire n'est pas déchargé. L'opération est conforme à l'intérêt du créancier, puisque l'obligation pesant sur un seul débiteur (et un seul patrimoine) deviendra solidaire. L'accord du créancier signifie que l'on est en présence d'une cession (imparfaite) de dette : il accepte uniquement que la prestation soit réalisée par un tiers³.

La *différence subtile entre consentement explicite (à la cession) et accord (à une obligation solidaire)* doit normalement apparaître clairement dans l'économie du contrat conclu entre le cédant et le créancier originaire. Un consentement exprès du créancier (art. 1327-2 c. civ.⁴) sera donné quand une clause précise que le débiteur originaire est déchargé. En l'absence de consentement exprès, on sera en présence d'un accord du créancier à ce que la prestation soit réalisée par un tiers : la disposition supplétive de volonté signifie que le débiteur originaire reste solidairement tenu.

354-1 La différence entre consentement et accord est consacrée ponctuellement, en présence d'un époux (commun en biens) engagé dans un cautionnement. Si son conjoint donne son accord, la fortune familiale (biens communs) est engagée (mais pas les biens propres du conjoint) ; si son conjoint consent également, tous les biens appartenant aux époux sont engagés. Dans le cadre de l'article 1327-2 c. civ., il existe une difficulté à comprendre le texte : « Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette. »

Selon une première lecture, le consentement exprès du créancier à la cession de dette signifie que le créancier signe un document prévoyant une cession de dette, sans autre précision. Ce consentement signifie que le débiteur originaire est déchargé. La formule « à défaut et sauf clause contraire » signifie premièrement que le créancier n'a pas consenti : le débiteur originaire reste solidairement tenu ; deuxièmement que le contrat de

¹ Art. 1327 al. 1^{er} c. civ. : « Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette. »

² Art. 1327-1 c. civ. : « Le créancier, s'il a par avance donné son accord à la cession et n'y est pas intervenu, ne peut se la voir opposer ou s'en prévaloir que du jour où elle lui a été notifiée ou dès qu'il en a pris acte. »

³ Le créancier bénéficie de la garantie que le nouveau venu est aussi fiable que le débiteur originaire ; il ne s'agit pas simplement d'imposer au débiteur originaire de garantir le risque d'insolvabilité du nouveau venu (auquel cas un cautionnement aurait suffi).

⁴ Art. 1327-2 c. civ. : « Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette. »

cession (signé par le créancier) peut prévoir une clause prévoyant que le débiteur originaire reste tenu. « À défaut (de consentement du créancier) et sauf clause contraire (prévoyant la garantie du débiteur originaire), le débiteur originaire n'est pas déchargé.

Une seconde lecture conduit à distinguer entre le consentement exprès à la décharge du débiteur et le consentement donné par le créancier, sans autre précision. Si le contrat de cession prévoit que le créancier donne son accord à la cession de dette, sans autre précision, le débiteur originaire reste tenu ; pour que le débiteur originaire soit déchargé, il faut une clause précise prévoyant cette décharge (afin que le créancier comprenne bien la portée du contrat qu'il signe). « À défaut » signifie qu'en l'absence de consentement exprès du créancier sur la décharge du débiteur originaire, ce dernier reste solidairement tenu. « Sauf clause contraire » signifie que le contrat de cession contient une clause « contraire » à la décharge du débiteur originaire, et, dans ce cas effectivement, il reste solidairement tenu : le contrat de cession, signé par le créancier, préciserait (mais aucune clause contraire n'est nécessaire : le silence suffirait) que le débiteur originaire resterait solidairement tenu. Cette seconde interprétation manque de logique.

On conclura que la rédaction de l'article 1327-2 c. civ. signifie que le consentement exprès du créancier à la cession de dette (sans autre précision) signifie que le débiteur originaire est déchargé. Si le créancier ne consent pas expressément (et prend acte) (« à défaut [de consentement exprès] », le débiteur originaire reste solidairement tenu ; il en va de même si le contrat de cession contient une clause précisant que le débiteur originaire reste solidairement tenu (« sauf clause contraire »).

b/ L'objet de la cession de dette : une prestation exécutée par un tiers

355. L'**objet de la cession de dette** consiste à remplacer le débiteur originaire par un tiers dans l'exécution de la prestation à fournir au créancier. La dette, c-à-d. la prestation à exécuter, reste la même : on lui applique le régime de l'opposabilité des exceptions.

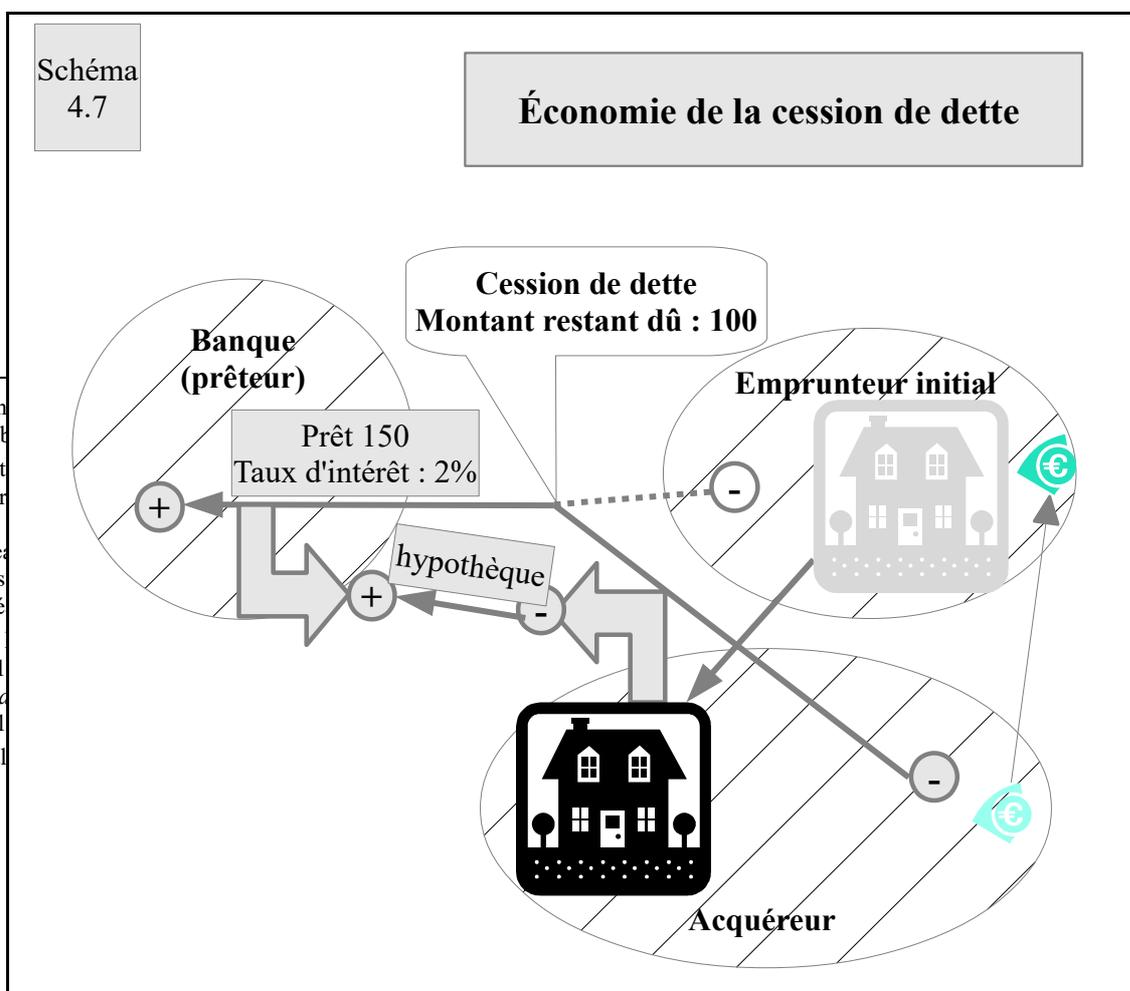
356. La **prestation effectuée par le nouveau débiteur** consistera à rembourser un emprunt (dette identifiée), à payer le passif d'une entreprise (ensemble de dettes) ou encore à prévoir qu'un sous-traitant réalisera le service que le débiteur originaire devait procurer. La cession de dette peut donc avoir pour objet une obligation de somme d'argent (prestation impersonnelle) ou un service (prestation davantage personnalisée).

La cession d'une *dette de somme d'argent* répond à diverses finalités économiques, qui se comprennent dans un cadre contractuel plus vaste.

- En présence d'une vente d'immeuble hypothéqué, le tiers-acquéreur peut avoir intérêt à reprendre le crédit consenti à son auteur. Le montant de la vente tiendra compte de la charge hypothécaire restant à courir ; l'acquéreur pourra bénéficier du crédit à bas coût dont bénéficiait son auteur. Premièrement, le coût de l'inscription de l'hypothèque ne sera pas à sa charge ; deuxièmement, l'hypothèque réduit le taux d'intérêt, car le risque d'impayé est minoré. Le tiers-acquéreur peut avoir intérêt à bénéficier d'une cession de

dette. Par exemple, l'immeuble (150€) est revendu alors que le prêt a été partiellement remboursé (50€) ; l'acquéreur versera comptant une partie du prix (50€) et prendra à sa charge le remboursement du prêt restant à courir (100€), en bénéficiant d'un prêt à 2%, sans être impacté par la remontée des taux (5%) (schéma 4.7).

- Lors d'une cession d'entreprise, le cessionnaire pourra s'engager à reprendre le passif de l'entreprise, c-à-d. un ensemble de dettes (contractées auprès des fournisseurs, des clients ou du trésor public ...). Ces reprises de passif sont fréquentes, lorsqu'un entrepreneur (cédant) cesse son activité et transmet son entreprise à un repreneur (cessionnaire)¹. En droit des procédures collectives, la reprise (totale ou partielle²) de l'entreprise en difficulté (en sauvegarde ou en redressement judiciaire) peut s'accompagner d'un engagement du repreneur à reprendre tout ou partie du passif échu et/ou à échoir.
- En droit financier, la cession de dette (appelée défaisance³) permet d'isoler un ensemble de dettes (désormais « hors bilan ») et d'affecter à leur remboursement un actif (qui sortira également du bilan)⁴. Si une société holding cherche à vendre une filiale surendettée, la première reprendra les dettes de la seconde.



1 Un
comb
2 Art
l'entr
tenu
échée
jouis
aliné
3 C.
1991
defec
n^{os}71
4 Val

dant devra
consenti à
ci est alors
622-24, les
nce, de la
du présent
da, Dalloz,
opération de
mica, 2010,

La cession d'une *dette consistant à réaliser un service* par un tiers (sous-traitant) peut s'expliquer par différents motifs. La volonté de compresser les coûts expliquera pourquoi tel contractant, opérateur livrant de l'électricité, décidera que les relevés de compteurs ne seront effectués non plus par son personnel, mais par un prestataire¹. Pour le client (créancier), la prestation réalisée par un sous-traitant peut présenter un risque (moindre qualité) : mais est-on encore dans le cadre d'une obligation personnelle classique ou est-on en présence d'une obligation strictement personnelle ?

En régime général des obligations, l'exécution de la prestation par un tiers, en remplacement du débiteur originaire, sera un changement majeur quand l'obligation est strictement personnelle (tel service à réaliser par tel contractant, et non par n'importe quel sous-traitant). En revanche, en présence d'une obligation de somme d'argent, l'exécution par un tiers ou par le débiteur originaire est indifférente pour le créancier : en présence d'une obligation commune (personnelle), l'exigence du consentement du créancier (signe d'un changement majeur dans l'obligation) s'explique par un autre facteur.

¹ On peut multiplier les exemples : telle compagnie aérienne fera assurer le transport ou le service de restauration par un tiers ...

356-1. En régime général des obligations, l'**exécution de la prestation par un tiers** en remplacement du débiteur originaire est-elle perçue comme un changement majeur ou mineur pour le créancier ? Ce sera un changement majeur en présence d'une obligation strictement personnelle ; le doute est permis en présence d'une obligation courante (personnelle). On sait qu'en présence d'une obligation réelle, quand elle se traduit par une charge pour l'ayant cause à titre particulier, le changement est réputé mineur.

En droit du contrat, la relation de confiance nouée entre les contractants serait atteinte par une exécution du contrat effectuée par un tiers : le vecteur de la prestation contractuelle est personnalisé¹ (et peut même être strictement personnel : *intuitu personae*). La prestation contractuelle exécutée par un sous-traitant suppose une modification mutuellement du contrat (art. 1216 c. civ.²). Il en va de même, en régime général des obligations, avec l'obligation strictement personnelle.

Le statut de l'obligation commune est plus délicat à trancher. En régime général des obligations, si le créancier peut s'opposer à l'exécution d'une prestation (commune) par un tiers, l'obligation est personnalisée ; si le créancier ne peut pas s'y opposer, l'obligation est impersonnelle. Le refus du créancier (*infra*, les mises en demeure) sera soit licite (premier cas), soit illicite dans le second³. On remarquera que l'article 1342-1 c. civ.⁴ (consacré au paiement) affirme que le refus du créancier de recevoir paiement par un tiers doit être « légitime » (ce qui peut conduire à penser que l'obligation commune serait impersonnelle).

La question du statut de l'exécution de la prestation par un tiers, en présence d'une obligation commune conduit à prendre position sur la relation personnelle nouée entre un créancier et son débiteur : soit la prestation est impersonnelle, parce que l'essentiel est la solvabilité du débiteur ; soit la prestation est personnalisée, car ce qui compte c'est la fiabilité du débiteur (prestation bien exécutée, sans retard ni chicanerie).

357. L'opposabilité des exceptions signifie que la dette est inchangée. Techniquement, la cession de dette n'est pas une novation (laquelle conduit à éteindre une obligation en en créant une nouvelle⁵). La dette conserve donc ses défauts, ce qui signifie que le débiteur (originaire ou nouveau) peut opposer des arguments pour s'opposer (valablement) à l'action en paiement initiée par le créancier. Les exceptions au paiement opposées par le débiteur originaire et le nouveau débiteur conduisent à distinguer entre les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions purement personnelles (art. 1328 c. civ.⁶).

¹ Civ. 3^e, 27 avril 2017, n° 16-15.958, Bull. ; D. 2017 p.982 : (abstrat) « Selon l'article 37 du code de déontologie des architectes, l'architecte ne peut ni prendre ni donner en sous-traitance la mission définie à l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi n° 77-2 sur l'architecture du 3 janvier 1977. (...) ».

² Art. 1216 c. civ. : « Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé.

Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte. (...) ».

³ *Infra*, n° 520 (mise en demeure du débiteur et obstruction du créancier).

⁴ Art. 1342-1 c. civ. : « Le paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier. »

⁵ Art. 1329 al. 1^{er} c. civ. : « La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée. »

⁶ Art. 1328 c. civ. : « Le débiteur substitué, et le débiteur originaire s'il reste tenu, peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Chacun peut aussi opposer les exceptions qui lui sont personnelles. »

Les *exceptions inhérentes à la dette* sont attachées à la dette : elles présentent un caractère objectif. L'article 1328 donne une liste d'exemples (pas toujours probants) : « les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes » peuvent être opposées par le débiteur originaire ou le débiteur substitué. Ainsi :

- Si le contrat portant l'obligation (dette) est nul, totalement (vice de forme) ou partiellement (clause abusive réputée non écrite), le nouveau débiteur pourra opposer l'exception de nullité (dans les cinq ans de la conclusion du contrat ayant fait l'objet d'une exécution simple). Si le débiteur originaire n'est pas déchargé, il le peut également.
- Si le créancier n'a pas réclamé paiement de l'obligation échue pendant cinq ans, le nouveau débiteur opposera l'exception de prescription (extinctive). La prescription quinquennale a pu commencer à courir avant la cession de dette : lorsque la prescription est acquise, le créancier sera objectivement privé d'action en paiement, aussi bien contre le nouveau débiteur que le débiteur originaire (solidairement tenu).

Chaque codébiteur peut également opposer des *exceptions (purement) personnelles* (tenant notamment à la protection résultant de la faillite). Si le nouveau débiteur, en raison de ses difficultés financières, bénéficie d'un délai de grâce (art. 1343-5 c. civ.¹, infra n° 807 et suiv.), le créancier subira un délai de paiement (si le débiteur originaire a été déchargé) ou réclamera paiement à échéance au débiteur originaire (solidairement tenu). La protection purement personnelle peut également tenir au statut de l'un des débiteurs : le débiteur originaire (consommateur) tenu envers un professionnel pourra invoquer la prescription biennale du code de la consommation, contrairement au nouveau débiteur (personne morale).

L'opposabilité des exceptions signifie donc que la dette n'est pas modifiée par le changement de débiteur : elle conserve ses défauts objectifs (inhérents à la dette) et ceux affectant la force obligatoire du lien personnel noué entre tel débiteur (originaire ou substitué) et son créancier.

(358. : réservé)

¹ Art. 1343-5 c. civ. : « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues.

« Par décision spéciale et motivée, il peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

« Il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

« La décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge.

« Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

« Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux dettes d'aliment. »

359. La **conclusion du contrat de cession de dette** a donc pour objet de transférer une dette (ou un ensemble de dettes) sur un tiers, désormais chargé d'exécuter la prestation au profit du créancier. Ce dernier doit accepter cette modification majeure de l'obligation : deux modalités sont prévues. En présence d'une cession (parfaite) de dette, le créancier consent à la décharge de son débiteur originaire. En présence d'une cession (imparfaite) de dette, il accepte simplement que l'obligation devienne solidaire.

2/ Les effets de la cession de dette

360. Les **effets de la cession de dette** (art. 1328 et 1328-1 c. civ.) conduisent à remplacer le débiteur originaire ou à lui adjoindre un nouveau débiteur. À la date d'effet de la cession de dette, le passif à échoir pèsera désormais sur le nouveau débiteur, tandis que le passif échu pèsera sur le débiteur originaire : c'est l'effet principal. En application de l'obligation réelle, il faudra également tenir compte de l'impact du changement de débiteur sur les accessoires de la dette.

361. La **date d'effet de la cession de dette** conduira à identifier le type de passif (échu ou à échoir) que le débiteur originaire continue ou non de garantir. Pour ce faire, il faut distinguer selon le type de cession, avec ou sans décharge :

- En cas de *cession de dette sans décharge*, l'adjonction d'un nouveau débiteur au débiteur originaire suit, purement et simplement, le régime de la dette solidaire (supra). Le débiteur originaire garantit le passif échu et le passif à échoir. Le nouveau débiteur garantit le passif à échoir (à compter de la date à laquelle la cession de dette prend effet).
- En cas de *décharge accordée par le créancier*, le débiteur originaire n'est plus tenu du passif à échoir à compter de la date de sa décharge. Il reste évidemment tenu du passif échu (et impayé), et les sûretés constituées par le débiteur originaire (ou par un tiers pour le débiteur originaire) continuent de garantir ce passif (infra).

Le contrat de cession de dette, conclu entre le créancier et le débiteur originaire, se référera donc à l'accord noué entre le débiteur originaire et le nouveau débiteur : la distinction entre passif échu et passif à échoir est essentielle pour fixer la valeur de l'immeuble (acquis par le tiers, nouveau débiteur hypothécaire) ou celle de l'entreprise (en tenant compte des clauses de garantie de passif).

362. L'impact du remplacement du débiteur originaire ou de l'adjonction d'un nouveau débiteur sur **les accessoires de la dette** est une application de l'obligation réelle (infra). Les sûretés étant des accessoires attachés à la dette (art. 1328-1 al. 1^{er} c. civ.¹), il convient de distinguer :

- si le débiteur originaire n'est pas déchargé, les sûretés subsistent. Il n'y a aucun changement pour le créancier. Le dirigeant de sarl qui se porte caution de l'entreprise qu'il dirigeait reste tenu du passif à échoir, après la cession de l'entreprise à un repreneur : l'emprunt bancaire à rembourser pendant encore trois ans demeure garanti. Si la caution doit payer, elle disposera d'un recours en remboursement (contre le débiteur originaire pour le passif échu et à échoir et contre le nouveau débiteur pour le passif échu).
- si le débiteur originaire est déchargé, les sûretés ne garantissent plus que le passif échu (antérieur à la décharge), pesant sur le débiteur originaire. Le cessionnaire (repreneur d'une entreprise) devient le nouveau débiteur, pour le passif à échoir (prêt bancaire à rembourser) : s'il présente un risque d'impayé, il devra fournir des sûretés (et la première d'entre elle, c'est la solidarité : supra, cas précédent).

La présence des sûretés, accessoires de la dette, exerce une influence déterminante sur l'économie de la cession de dette : un créancier conscient de ses intérêts accepte de bénéficier de la solidarité, et refuse d'être exposé à un risque d'impayé. En réalité, ce sont les sûretés qui expliquent le régime de la cession de dette, parfaite (avec décharge du débiteur) ou imparfaite (sans décharge) : si cette seconde modalité n'était pas prévue, la cession de dette ne serait que rarement pratiquée.

360-1. En cas de décharge donnée au cédant, et en présence d'une dette solidaire, l'article 1328-1 al. 2 c. civ.² précise l'**impact de la décharge sur les coobligés**. La dette solidaire, générée par chaque membre du groupe, tient compte de la fortune cumulée de tous les membres du groupe et du profit personnel de la dette. La décharge donnée au cédant (débiteur originaire) ne doit pas se traduire par une augmentation de la charge pesant sur les autres coobligés.

Lorsque le débiteur originaire (cédant) a tiré profit personnel (pour 20) de la dette solidaire (de 80) à échoir, la décharge accordée par le créancier commun signifie que le débiteur originaire ne garantit plus le passif à échoir : le nouveau codébiteur solidaire (cessionnaire) prendra à sa charge le passif solidaire à échoir. Dans ce cas, le créancier commun ne peut réclamer que 60 aux autres codébiteurs, et il réclamera (dette conjointe) 20 au

¹ Art. 1328-1 al. 1^{er} c. civ. : « Lorsque le débiteur originaire n'est pas déchargé par le créancier, les sûretés subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord. »

² Art. 1328-1 al. 2 c. civ. : « Si le cédant est déchargé, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette. »

nouveau codébiteur solidaire. Le passif provisoire est diminué de la part du codébiteur libéré (cédant déchargé).

Une solution contraire aurait conduit le créancier à donner décharge, en étant généreux avec l'argent des autres : il aurait déchargé un codébiteur (cédant), tout en réclamant paiement de l'ensemble de la dette (80) aux autres, sans se préoccuper du profit personnel de la dette, ni de la solvabilité du nouveau venu.

Quand il accorde décharge, le créancier doit donc se montrer responsable : il accepte le nouveau débiteur, et il lui réclamera de payer sa part (20).

361. La **cession de dette** est une opération par laquelle un débiteur cherche à faire assumer la charge de la dette (passif généré lors de son activité) par un tiers. Cette transmission de la dette s'effectue selon deux modalités : soit le débiteur originaire obtient sa décharge (cas peu fréquent), soit il ne l'obtient pas (et demeure solidairement tenu). Dans ces deux cas, la dette reste la même : techniquement, on parlera d'opposabilité des exceptions. Il en va différemment avec la délégation.

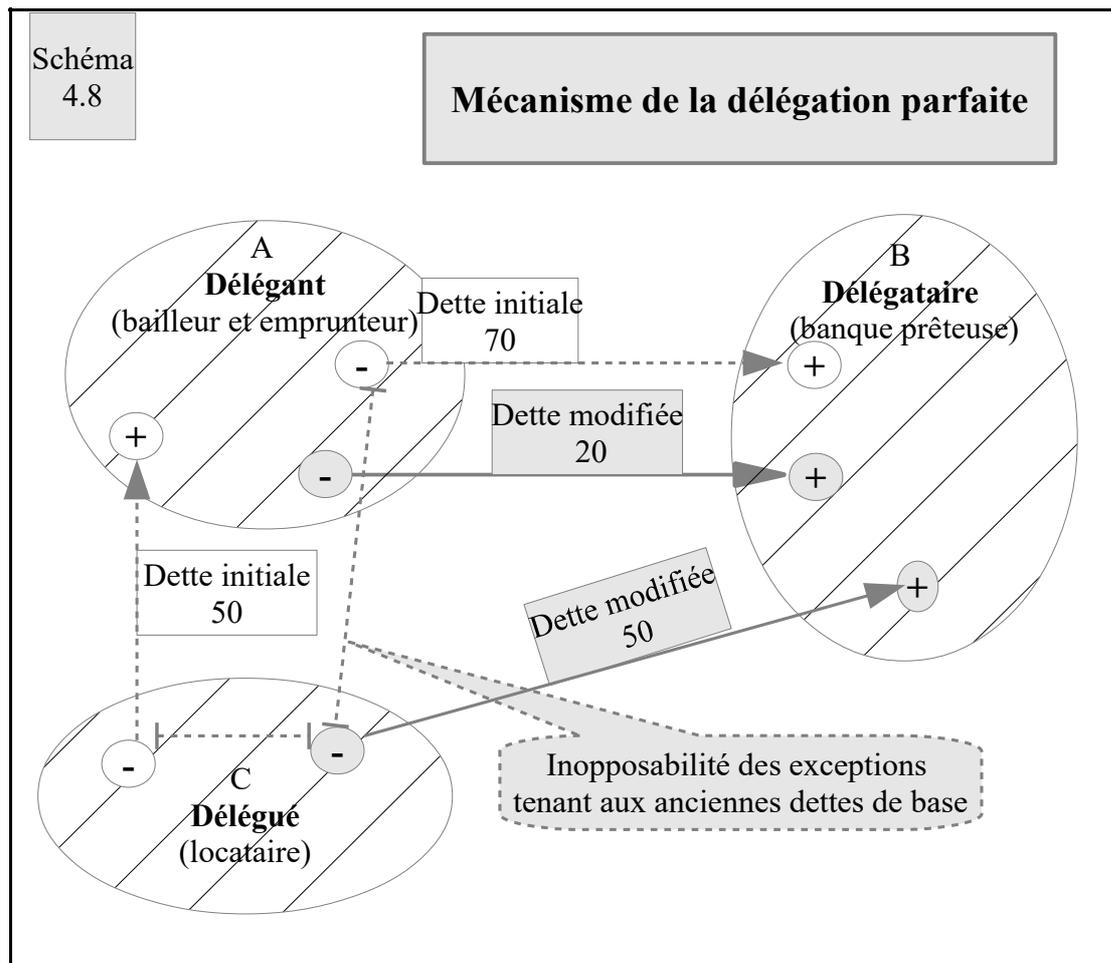
(362- à 374. : réservés)

II/ La délégation : l'exécution de la prestation réalisée par un tiers

375. La **délégation** (art. 1336 à 1340 c. civ.) est une opération triangulaire par laquelle la prestation due au créancier (délégataire) sera effectuée un par un tiers (délégué), lui-même le plus souvent tenu envers le débiteur originaire (délégant). Selon l'article 1336 al. 1^{er} c. civ.¹, « La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur. » La situation initiale selon laquelle A (délégant) doit 50 à C (délégataire) et B (délégué) doit 50 à A, sera modifiée : A demande à B de verser 50 à C. Un seul paiement permettra d'éteindre deux deux dettes en même temps. La délégation peut apparaître comme un paiement simplifié, mais elle est surtout un paiement très efficace (schéma 4.8).

¹ Art. 1336 c. civ. : « La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur.

« Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire. »



En tant que *paiement simplifié*, la délégation supposera une révision mutuellement convenue, car le délégataire (a priori créancier final) doit accepter que le délégué (nouveau débiteur) réalisera la prestation que lui doit son propre débiteur (délégant). Il faut identifier les obligations qui seront éteintes par un unique paiement et que chacun accepte la modification du vecteur de l'obligation.

En tant que *paiement efficace*, la délégation se distingue radicalement de la cession de dette par le recours à l'inopposabilité des exceptions. Selon l'article 1336 al. 2 c. civ., « Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire. » L'inopposabilité des exceptions signifie que le délégué s'engage à payer le délégataire, même s'il ne doit rien au délégant au moment où le paiement est effectué. Ce mécanisme très efficace sert de base technique au droit cambiaire¹ (droit dérivé de la délégation régie par le régime général des obligations).

¹ Le droit cambiaire régit le chèque, le virement, lettre de change, billet à ordre etc... : toutes ces techniques recourent à l'inopposabilité de toutes les exceptions tirées du rapport de base (établi en droit des obligations) ou de la plupart d'entre elles.

Le mécanisme de délégation permet donc d'effectuer un paiement simplifié et efficace. La formation de la délégation (1) prévoit que le paiement sera assuré par un tiers (le délégué) ; la délégation produira alors des effets (différenciés) (2).

1/ La formation de la délégation

376. La **formation de la délégation** requiert le consentement des trois protagonistes à cette opération triangulaire, qui a pour objet de réaliser un paiement au profit du créancier (délégataire).

Le *consentement des trois protagonistes* est requis en raison de la modification majeure du vecteur des deux obligations initiales : la prestation sera exécutée par un tiers (délégué). Le délégant ne recevra pas le paiement (qui lui était dû) et le délégataire le recevra d'un tiers.

L'*objet de la délégation* conduira à identifier la prestation à exécuter. Le plus souvent, il s'agit d'une obligation de verser une somme d'argent : la société-mère, emprunteuse (délégante), demandera à sa filiale (déléguée) d'affecter ses profits ou ses revenus (redevances, loyers ...) au remboursement du prêt dû à la banque (délégataire). Mais l'obligation déléguée peut aussi être un service réalisé par un sous-traitant au profit du client (délégataire).

La formation de la délégation suppose la réunion des deux conditions classiques que sont le consentement (a), ici des trois protagonistes, qui s'entendent sur un objet (b), l'exécution d'une prestation.

a/ Les consentements à la délégation : les acceptations du délégué et du délégataire

377. Les **consentements à la délégation** doivent émaner des trois protagonistes à cette opération triangulaire que forme la délégation. Chacun des consentements sera exprimé clairement¹ (dans des actes éventuellement distincts), mais aucune condition de forme (analogue à l'écrit exigé dans la cession de dette) n'est exigée. Le plus souvent, l'initiative (et donc l'offre) émane du délégant, et il lui faudra obtenir les acceptations du délégué et du délégataire.

L'*offre du délégant* s'explique par un intérêt varié, ce qui explique la formulation évasive de l'article 1336 al. 1^{er} c. civ. : le délégant « obtient d'une autre [personne], le délégué, qu'elle s'oblige [...] ». Le délégant « obtient » l'accord du délégué parce qu'il exerce sur lui une relation de pouvoir ou d'influence. Le délégant est une société-mère qui propose la délégation à sa filiale, afin de sécuriser le remboursement d'un emprunt dont il est tenu envers une banque. Le délégant est le client d'une

¹ Art. 1330 c. civ. : « La novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte. »

banque (déléguée) qui effectuera un virement au profit du vendeur : le délégant propose de modifier l'obligation (contractuelle) initiale (prévoyant un paiement de l'acquéreur au vendeur) ; le paiement sera effectué par un tiers.

L'acceptation du *délégataire* (a priori le créancier final) sera acquise quand il accepte le délégué comme nouveau débiteur. Si la prestation est impersonnelle (payer une somme d'argent), le délégataire acceptera dès lors qu'est identifiée la dette que lui doit le délégant ; si le délégué devient son seul débiteur (en remplacement du délégant), il faudra contrôler sa solvabilité. En présence d'une prestation plus personnelle (réaliser des travaux, un service), le délégataire devra estimer que le délégué est suffisamment fiable.

L'acceptation du *délégué* suppose qu'il veuille rendre service au délégant, en versant la prestation à un tiers (le délégataire). Or, cette volonté du délégué n'est pas évidente à admettre de prime abord, puisqu'il renonce à invoquer les exceptions (infra). En droit cambiaire, la banque (tirée, qui tient le compte du délégant) acceptera néanmoins de payer le chèque, sans opposer d'autre exception que celle issue du droit cambiaire (l'une d'entre elles étant de ne payer que dans la limite de la provision). L'acceptation du délégué peut également résulter de sa volonté de rendre service : le délégué (dirigeant de sarl) expose son patrimoine personnel pour garantir la dette professionnelle du délégant (sarl), lorsque la banque (délégataire) veut un remboursement sans chicane.

Parmi les trois consentements exigés à la modification du vecteur, l'acceptation du délégué sera fréquemment la plus difficile à obtenir ; celle du délégataire sera obtenue plus facilement, puisque le nouveau débiteur qui lui est adjoint renonce à invoquer les exceptions.

378. Le consentement à la délégation ne résulte pas d'un simple accord, et encore moins d'une simple information. Comme le rappelle l'article 1340 c. civ.¹, « La simple indication faite par le débiteur d'une personne désignée pour payer à sa place n'emporte ni novation, ni délégation. Il en est de même de la simple indication faite, par le créancier, d'une personne désignée pour recevoir le paiement pour lui. » La délégation est un changement majeur du vecteur de l'obligation ; ce n'est pas un changement mineur, comme celui résultant d'un changement d'adresse d'un des protagonistes.

b/ L'objet de la délégation : la prestation sans les exceptions

379. L'objet de la délégation consiste à transformer deux obligations initiales en une seule, à la fois nouvelle et différente puisque la prestation sera exécutée par un tiers (le délégué) qui renonce à

¹ Art. 1340 c. civ. : « La simple indication faite par le débiteur d'une personne désignée pour payer à sa place n'emporte ni novation, ni délégation. Il en est de même de la simple indication faite, par le créancier, d'une personne désignée pour recevoir le paiement pour lui. »

invoquer les exceptions des obligations initiales. C'est ce qu'affirme l'article 1336 al. 2 c. civ.¹ : « Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire. »² Les obligations anciennes (dette que devait le délégant au délégataire, dette que devait éventuellement le délégué au délégant) n'expliquent pas la nouvelle obligation du délégué : c'est le sens de l'inopposabilité des exceptions (liées aux anciennes dettes).

*L'obligation qui existait entre le délégant (débiteur originaire) et le délégataire (créancier) ne sert pas officiellement de justification à la délégation. En réalité, cette dette explique le recours à la délégation, mais elle sera occultée au profit de la nouvelle obligation pesant sur le délégué. Peu importe que le montant de la dette due par le délégant au délégué soit en réalité inférieur au montant que le délégué lui versera. Plus généralement, peu importe l'exception (personnelle ou inhérente à la dette) que le délégant aurait pu opposer au délégataire*³.

Pareillement, *l'obligation qui existait entre le délégué (débiteur) et le délégant (créancier originaire) ne sert pas non plus officiellement de justification à la délégation. D'ailleurs, l'existence d'une dette du délégué envers le délégant n'est pas exigée : le délégué (dirigeant de sarl) peut s'engager à titre gratuit, parce qu'il veut garantir le délégant (sarl). Quand le délégué devait une dette au délégant, le délégué renonce à invoquer les exceptions (inhérentes à la dette ou personnelles) dont il disposait en droit des obligations*⁴ : le locataire (délégué) paiera entièrement son loyer, même si le local est ultérieurement détruit, même si le bailleur (délégant) ne justifie pas les charges.

*Le domaine de l'inopposabilité des exceptions est donc cantonné : il est exclu de prendre en considération les deux anciennes obligations (celle du délégant envers le délégataire, celle du délégué envers le délégant), désormais transformées en une seule obligation nouvelle. Cette nouvelle obligation qui les remplace est soumise au droit commun*⁵. Le délégué peut opposer au

¹ Art. 1336 c. civ. : « La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur.

« Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire. »

² Civ. 3^e, 7 juin 2018, n°17-15.981, Bull. ; D. 2018, p. 1624, note Jean-Denis Pellier : (abstrat) « En matière de délégation de paiement, le délégué ne peut opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre le délégant et le délégataire. »

³ Civ. 1^{ère}, 17 mars 1992, D. 1992.418, note L. Aynès ; JCP G 1992.II.21922, note M. Billiau (inopposabilité des exceptions, sauf convention contraire, que peut invoquer le délégué à raison des relations délégant-délégué) ; Com., 25 fév. 1992, JCP G 1992.II.21922, note M. Billiau : sauf clause contraire, le délégué ne peut opposer d'exception au délégataire.

⁴ Com., 21 juin 1994, n° 91-19.281 ; Bull. n°25 ; D. 1995.som., p. 91, obs. Laurent Aynès ; JCP G 1994.I.3803, n°10, obs. Marc Billiau ; RTDCiv. 1995, p.113, obs. Jacques Mestre : « [...] il importe peu que le délégué ait été ou non débiteur à l'égard du délégant [...] ».

⁵ La nouvelle obligation pesant sur le délégué respecte donc l'article 1302 c. civ. : « Tout paiement suppose une dette ».

délégataire des exceptions inhérentes à la dette ou purement personnelles pour s'opposer au paiement : si le délégataire tarde trop à réclamer paiement, la dette sera prescrite ; si le délégué est protégé par le droit de la faillite, le délégataire sera confronté au gel des paiements. Sauf exception opposée par le délégué au délégataire, le délégué devra donc payer.

379-1. La **liberté contractuelle** dont disposent les parties (à savoir le délégant et le délégataire) peut les conduire à préciser le domaine de l'inopposabilité des exceptions. Le régime général des obligations sert de base technique au droit cambiaire (droit dérivé).

À titre supplétif de volonté, le délégué renonce à invoquer toute exception tirée des anciennes obligations (délégant-délégataire, délégué-délégant). Une clause (ou disposition légale) contraire peut néanmoins prévoir une condition au paiement du délégué. La banque ne paiera le chèque que dans la limite de la provision (exception tirée de la relation entre le délégué et le délégant).

En droit cambiaire, l'inopposabilité des exceptions est un mécanisme couramment utilisé, afin d'assurer à un titre une valeur importante (et donc lui permettre de circuler aisément). Le titre à ordre (lettre de change, billet à ordre, chèque) peut faire l'objet d'un endossement : le créancier appose au dos du titre sa signature, et il donne l'ordre au débiteur de payer le cessionnaire auquel le titre est remis. L'endossement joue alors la fonction d'une délégation de paiement : si le cessionnaire endosse également le titre (en devenant cédant), il donne ordre à son propre débiteur (cédant, devenant cédé) de payer le (nouveau) cessionnaire. La technique de l'acceptation, par endossement successifs, garantit alors à un éventuel créancier que chaque endosseur sera personnellement tenu : si la signature des endosseurs est rassurante, le titre sera accepté comme moyen de paiement.

2/ Les effets de la délégation : un nouveau débiteur ou un autre débiteur

380. Les **effets de la délégation** (art. 1337 à 1339 c. civ.) sont à la fois génériques et spécifiques. L'effet *générique* de la délégation impose au délégué de payer le délégataire, en vertu de la force obligatoire de la nouvelle obligation (qui remplace l'obligation du délégant envers le délégataire) : c'est un paiement simplifié.

Les autres effets sont *spécifiques* : il faudra préciser si la nouvelle obligation pesant sur le délégué supprime ou non également l'obligation du délégant envers le délégataire.

- Lorsque l'obligation du délégué remplace et supprime purement et simplement les deux obligations précédentes, la délégation sera *parfaite* : c'est une modalité particulière de novation. Le délégataire donne décharge au délégant ; le délégué est déchargé envers le délégant.

- Lorsque l'obligation du délégué coexiste avec celle du délégant envers le délégataire, il y aura délégation imparfaite. Le délégataire ne donne pas décharge au délégant ; le délégataire obtient un nouveau débiteur, le délégué. La délégation *imparfaite* joue le rôle d'une garantie de paiement : si le délégué ne paie pas, le délégant paiera (ou inversement).

Les effets spécifiques de la délégation, parfaite (a) ou imparfaite (b), doivent donc être distingués, comme dans la cession de dette (avec ou sans décharge du débiteur originaire).

380-1. En présence d'une délégation parfaite, les parties peuvent convenir de la **garantie** donnée par le délégant. Entre la décharge complète du délégant (délégation parfaite) et son absence de décharge (délégation imparfaite), la liberté contractuelle des parties (délégant et délégataire) peut les conduire à prévoir des modalités intermédiaires de décharge. C'est l'objet de l'article 1337 al. 2 c. civ. : « Toutefois, le délégant demeure tenu s'il s'est expressément engagé à garantir la solvabilité future du délégué ou si ce dernier se trouve soumis à une procédure d'apurement de ses dettes lors de la délégation. »

La garantie sur la *solvabilité future du délégué* signifie uniquement qu'une voie d'exécution forcée correctement exécutée sera en mesure de remplir le créancier (délégataire) de ses droits. Le délégant devient une caution simple : il paiera la fraction manquante de la dette, quand le délégué est insolvable. La garantie sur la solvabilité présente du délégué est différente : elle signifie uniquement que le délégué est actuellement solvable, ce qui ne préjuge en rien de sa capacité à honorer la dette à terme échu.

Le délégant peut également garantir que le délégué n'est pas en faillite : on sait que le délégué peut opposer à son nouveau créancier (délégataire) les exceptions purement personnelles, notamment celles résultant de la protection assurée au débiteur par le droit du surendettement ou par le droit des procédures collectives.

La liberté contractuelle peut donc prévoir différentes garanties : le délégant cherche à rassurer le délégataire sur la fiabilité du nouveau débiteur. Et si le délégant n'est pas convaincant, la délégation sera imparfaite.

a/ La délégation parfaite : la décharge du délégant

381. La **délégation parfaite** (novatoire), dont le régime est fixé à l'article 1337 c. civ.¹, signifie que l'obligation du délégué envers le délégataire remplace et supprime les deux obligations initiales. Cette nouvelle obligation pesant sur le délégué conduira à distinguer trois périodes (latence, échéance et effets du paiement) :

Lorsque l'obligation (du délégué) est pendante, la délégation deviendra *opposable aux tiers*. Comme les deux obligations initiales sont supprimées, il va de soi que les créanciers du délégant n'ont plus aucune raison de pouvoir réclamer quoi que ce soit au délégué, et, pareillement, les créanciers du

¹ Art. 1337 c. civ. : « Lorsque le délégant est débiteur du délégataire et que la volonté du délégataire de décharger le délégant résulte expressément de l'acte, la délégation opère novation.

« Toutefois, le délégant demeure tenu s'il s'est expressément engagé à garantir la solvabilité future du délégué ou si ce dernier se trouve soumis à une procédure d'apurement de ses dettes lors de la délégation.

délégataire ne peuvent plus rien exiger du délégant dans le cadre de l'action oblique (art. 1341-1 c. civ.¹, infra n°470). En revanche, les créanciers du déléataire pourront réclamer paiement au délégué (toujours dans le cadre de l'action oblique), quand son obligation arrivera à échéance.

Lorsque l'obligation (unique) de délégué arrive à échéance, son *paiement* éteindra non seulement son obligation envers le déléataire (effet majeur), mais également les deux obligations initiales (délégant-déléataire et délégué-délégant). Il faudra tenir compte du montant des différentes obligations initiales ; si ces montants sont différents, il faudra prévoir le régime applicable au solde d'une des obligations initiales.

Après le paiement effectué par le délégué (au déléataire), il faudra tenir compte des effets spécifiques de l'inopposabilité des exceptions. Si le délégué ne devait rien au délégant, il aura droit à *remboursement* de sa part. On retrouve alors le principe, occulté par la délégation, selon lequel « tout paiement suppose une dette » (art. 1302 c. civ.²).

382. Les conséquences de l'**opposabilité de la délégation** aux tiers et par les tiers (évoquée à l'article 1339 al. 3 c. civ.³) impose de respecter la force obligatoire de la délégation.

Premièrement, les obligations initiales ont disparu : le créancier impayé du délégant ne peut plus saisir la créance dont disposait le délégant sur le délégué. Même la saisie administrative à tiers détenteur est bloquée. Dès que le déléataire agrée le délégué (et décharge le délégant), le déléataire échappe au risque de procédure collective du délégant⁴ : le locataire (délégué) paiera son loyer au banquier (déléataire), qui sera alors remboursé des échéances du prêt que doit le délégant⁵.

¹ Art. 1341-1 c. civ. : « Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne. » Ainsi, le créancier d'un bailleur a intérêt à ce que le locataire verse son loyer : les rentrées d'argent que le bailleur est en droit d'exiger lui permettront de payer son propre créancier. »

² Art. 1302 c. civ. : « Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution. »
« La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »

³ Art. 1339 c. civ. : « Lorsque le délégant est créancier du délégué, sa créance ne s'éteint que par l'exécution de l'obligation du délégué envers le déléataire et à due concurrence.

« Jusque-là, le délégant ne peut en exiger ou en recevoir le paiement que pour la part qui excéderait l'engagement du délégué. Il ne recouvre ses droits qu'en exécutant sa propre obligation envers le déléataire.

« La cession ou la saisie de la créance du délégant ne produisent effet que sous les mêmes limitations. (...) »

⁴ Com., 4 oct. 2005, n°04-14722

⁵ Art. R. 431-63 du code de la construction et de l'habitation : « Les organismes d'HLM peuvent recourir au contrat de délégation visé à l'article 1337 du code civil en vue de déléguer un remboursement de prêt, à la condition que l'établissement prêteur déclare expressément et sans réserve qu'il entend décharger l'organisme d'habitation à loyer modéré qui a fait la délégation de l'obligation de rembourser ce prêt et qu'ainsi ledit contrat opère novation ».

Deuxièmement, l'obligation nouvelle du délégué envers le délégataire est désormais la seule qui existe. Selon Com., 14 juin 2006¹, dès qu'elle est régulièrement conclue, la délégation impose au délégué de payer le délégataire et lui seul².

383. Le **paiement** effectué par le délégué au profit du délégataire produit des effets spécifiques, car il éteint l'obligation nouvelle, ainsi que les deux obligations initiales : c'est l'effet du paiement simplifié, qui recourt à la technique du paiement par compensation (art. 1339 c. civ.³).

Lorsque le délégué paye le délégataire, les deux obligations initiales sont éteintes à hauteur du paiement. Si A (délégué) devait 50 à B (délégant), et si B (délégant) devait 60 à C (délégataire), le paiement effectué par le délégué réduit la dette du délégant par compensation : le délégant ne devra que le solde (10) au délégataire. À l'inverse, si la dette du délégué envers le délégant était d'un montant supérieur à celui réglé au délégataire (A doit 60 à B, B doit 50 à C), le délégué versera le solde au délégant.

Lorsque le délégataire accorde une *remise de dette* au délégant (après la conclusion de la délégation, mais avant le paiement), le délégué en bénéficie également, selon l'article 1339 al. 4 c. civ.⁴. Les deux obligations initiales fonctionnent ensemble : lorsque le délégataire (créancier) renonce à une partie de sa créance, il réduit objectivement l'obligation nouvelle du délégué. Si C affirme que B ne lui doit que 30, il n'a aucune raison de recevoir 50 de A : il y aurait indu.

384. Le **recours en remboursement**, exercé après le paiement effectué par le délégué au délégataire, sera exercé quand une des obligations initiales n'était pas due (totalemment ou partiellement). Le mécanisme de l'inopposabilité des exceptions impose de payer, quitte à rembourser.

¹ Com., 14 fév. 2006, n°03-17.457, Bull. n° 37 ; D. 2006. AJ 650 à 651, obs. X. Delpech ; D. 2006. Pan. 2655, obs. P. Crocq ; RTD civ. 2006. 319, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2006. II. 10145, note M. Roussille ; JCP E 2006. 1819, note C. Lachière ; Defrénois 2007. 553, obs. I. Théry ; Dr. et pr. 2006. 228, note E. Putman ; Dr. et patr. juill.-août 2006, p. 95, obs. P. Crocq ; Banque et Dr. 5-6/2006. 74, obs. N. Rontchevsky : « si la créance du délégant sur le délégué s'éteint seulement par le fait de l'exécution de la délégation, ni le délégant ni ses créanciers ne peuvent, avant la défaillance du délégué envers le délégataire, exiger le paiement ; [...] il en résulte que la saisie-attribution effectuée entre les mains du délégué [sous-débiteur] par le créancier du délégant [du débiteur] ne peut avoir pour effet de priver le délégataire [le créancier du débiteur principal], dès son acceptation, de son droit exclusif à un paiement immédiat par le délégué [sous-débiteur], sans concours avec le créancier saisissant ».

² Com., 29 avril 2002, Bull. n°72 ; D. 2002.2673, note D. Houtcieff ; Defrénois 2002, p.1239, obs. Rémy Libchaber.

³ Art. 1339 c. civ. : « Lorsque le délégant est créancier du délégué, sa créance ne s'éteint que par l'exécution de l'obligation du délégué envers le délégataire et à due concurrence.

« Jusque-là, le délégant ne peut en exiger ou en recevoir le paiement que pour la part qui excéderait l'engagement du délégué. Il ne recouvre ses droits qu'en exécutant sa propre obligation envers le délégataire.

« La cession ou la saisie de la créance du délégant ne produisent effet que sous les mêmes limitations.

« Toutefois, si le délégataire a libéré le délégant, le délégué est lui-même libéré à l'égard du délégant, à concurrence du montant de son engagement envers le délégataire. »

⁴ Art. 1339 al. 4 c. civ. « Toutefois, si le délégataire a libéré le délégant, le délégué est lui-même libéré à l'égard du délégant, à concurrence du montant de son engagement envers le délégataire. »

Le *délegué* exercera une action en remboursement quand la somme versée au délégataire excède le montant dû au délégant. Le régime exact de ce recours en remboursement donne lieu à hésitation : doit-il agir contre le délégant ou le délégataire ?

- Si le locataire A (délégué) ne devait que 30 au délégant (bailleur ne justifiant pas les charges), alors qu'il a payé 50 au délégataire (prêteur) : le bailleur devra-t-il rembourser (quand le bailleur devait 50 à sa banque) ?
- Si le locataire A (délégué) a versé 50 au délégataire (banquier), alors que le délégant ne lui devait que 30, on peut également admettre que le délégataire doive rembourser, en tant qu'enrichi final. On peut également imposer au délégant de rembourser 20 au délégué, et au délégant d'obtenir remboursement de la même somme de la part du délégataire.

En principe, l'action en remboursement exercée par le délégant doit normalement être exercée contre l'enrichi direct (délégant) ; mais on peut admettre qu'elle soit exercée contre l'enrichi final (délégataire), dans le cadre d'une action directe (infra).

Le *délégant* réclamera remboursement au délégataire, lorsque la somme versée par le délégué excède celle que le délégant devait : si A (délégué) devait 50 à B (délégant) et a payé 50 à C (délégataire), alors que B (délégant) ne devait que 30 à C (délégataire), le délégataire doit restituer 20 au délégant.

b/ La délégation imparfaite : la garantie de paiement du délégant

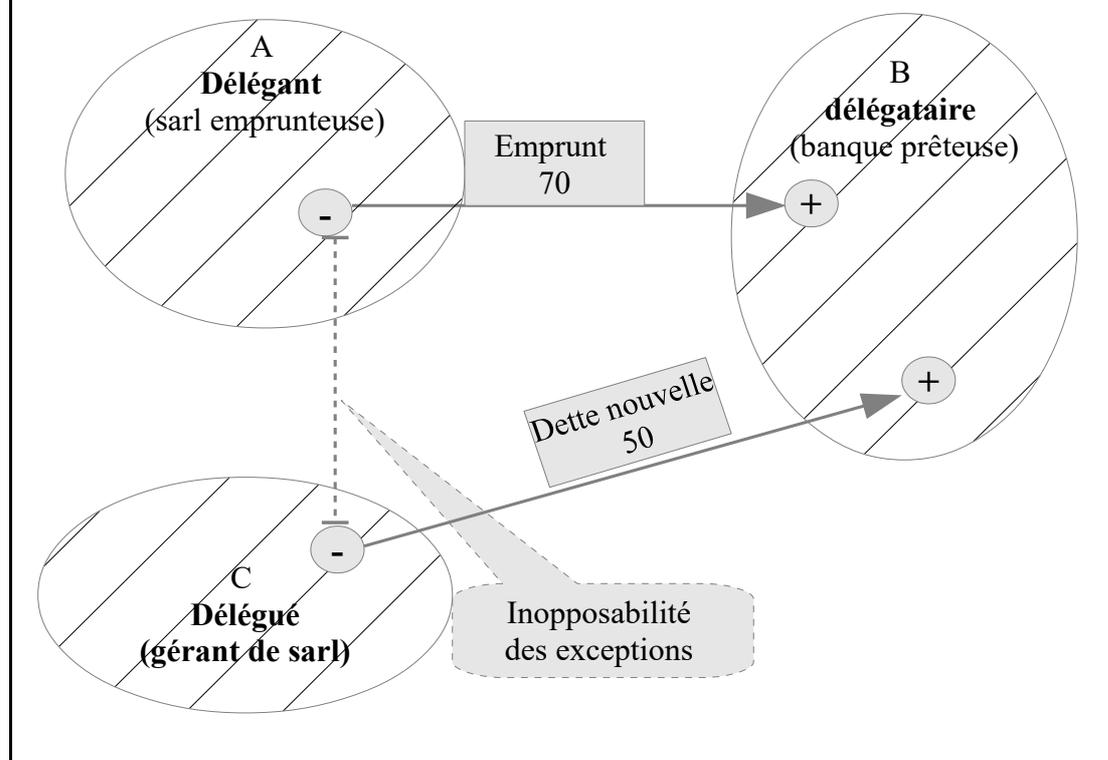
385. La **délégation imparfaite** (prévues à l'article 1338 c. civ.¹) signifie que le délégataire accepte l'engagement du délégué, sans pour autant décharger le délégant. Il disposera donc désormais de deux débiteurs (schéma 4.9). Le créancier (délégataire) bénéficie donc d'une garantie de paiement.

¹ Art. 1338 c. civ. : « Lorsque le délégant est débiteur du délégataire mais que celui-ci ne l'a pas déchargé de sa dette, la délégation donne au délégataire un second débiteur.

« Le paiement fait par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence. »

Schéma
4.9

Mécanisme de la délégation imparfaite



Le délégataire peut réclamer paiement au délégant. La banque (délégataire) a prêté au délégant (sarl), et elle attend que le prêt soit remboursé à échéance. Le bailleur (délégataire) obtient paiement du loyer à échéance de la part du locataire (délégant).

Le délégataire peut réclamer paiement au délégué, lequel devra payer sans opposer d'exception.

- Le délégué (dirigeant de sarl, tenu sur son patrimoine personnel) sera actionné si la banque craint l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du délégant. La banque cherche alors à solder la situation au plus vite. Le délégué devra donc payer, même si l'échéance du prêt due par le délégant n'est pas encore exigible. C'est la conséquence de la renonciation du délégué à opposer les exceptions (tirées de la relation entre le délégant et le délégataire). Dès que le créancier (délégataire) éprouve une crainte, il agira contre le délégué.
- Le bailleur (délégataire) aurait pu réclamer à son locataire (délégant) de verser un dépôt de garantie ; au lieu de cela, le délégué s'engage à verser au délégataire, dès qu'il le demande, une somme correspondante, sans que le délégataire ait à justifier de dégradations

commises dans le local par le locataire. Concrètement, le délégataire réclamera un chèque, signé et comportant le montant de la somme due en lettres et en chiffres, mais non daté : dès qu'il voudra l'encaisser, il apposera la date.

Avec la délégation imparfaite, le délégataire bénéficie donc d'une garantie de paiement plus efficace que la cession de dette (sans décharge du débiteur originaire), grâce au mécanisme de l'inopposabilité des exceptions. Le créancier pourra obtenir un paiement préventif, déclenché avant la défaillance proprement dite du débiteur. La délégation imparfaite sert de base technique à des sûretés personnelles complexes, utilisant l'inopposabilité des exceptions afin de garantir un paiement.

386. Les **effets de la délégation imparfaite** sont différents, dans une certaine mesure, de ceux de la délégation parfaite. L'obligation du délégué se surajoute à celle du délégant envers le délégataire ; elle ne remplace pas les obligations initiales. Il en résulte deux conséquences.

Premièrement, les créanciers du délégant peuvent continuer à exercer leurs prérogatives envers le délégué : le trésor public exercera sa saisie administrative à tiers-détenteur, même quand le délégué (client de l'entreprise, débitrice de la tva) s'engage à payer le délégataire. Les actions en exécution forcée exercées par les créanciers impayés (du délégant) ne sont pas bloquées.

Deuxièmement, le délégataire sera payé indifféremment par l'un (délégant) ou l'autre (délégué). Mais le délégataire n'a *pas le droit d'obtenir deux paiements cumulés*. Selon l'article 1338 al. 2 c. civ. « Le paiement fait par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence. » Si le délégataire est créancier de 70 envers le délégant et de 50 envers le délégué, le délégataire n'obtiendra en tout que 70.

- Si le délégué paye (50) au délégataire, ce dernier ne pourra réclamer au délégant que 20, c-à-d. le solde créditeur. Si le délégant paye (70) au délégataire, ce dernier ne pourra rien réclamer au délégué.
- Si le délégué (gérant de sarl) n'était pas débiteur du délégant (sarl), une action en remboursement sera exercée : soit contre le délégataire quand il a obtenu un paiement injustifié (grâce à l'inopposabilité des exceptions), soit contre le délégant (quand il tire profit du paiement).

Les effets de la délégation imparfaite conduisent donc simplement à permettre au délégataire (créancier) d'obtenir un engagement efficace du délégué, grâce à l'inopposabilité des exceptions. Cet

engagement se surajoute aux anciennes obligations, qui demeurent, mais sans permettre au délégataire d'obtenir le beurre et l'argent du beurre.

Conclusion §2^{ème}/ Le changement majeur de l'obligation : le créancier face au patrimoine débiteur

395. Les **opérations sur obligations prévues en régime général des obligations** préservent systématiquement les intérêts du créancier.

Le *remplacement du débiteur originaire par un tiers* suppose toujours que le créancier accepte que la prestation soit réalisée par un tiers. Cette acceptation donne lieu à deux régimes juridiques distincts, le consentement pur et simple et l'accord.

– Le consentement du créancier signifie qu'il accepte purement et simplement le *remplacement* du débiteur originaire qui sera désormais déchargé, tandis que le tiers, nouveau débiteur, devient le seul débiteur. La prestation à effectuer est inchangée : en présence d'une cession de dette, le tiers bénéficie de l'opposabilité des exceptions ; il y renonce en présence d'une délégation.

– L'accord du créancier à l'exécution de la prestation par un tiers signifie que le débiteur originaire reste tenu avec le nouveau débiteur (cession de dette ; délégation imparfaite). Ce régime préserve systématiquement les intérêts du créancier : il bénéficie de l'*adjonction* d'un nouveau débiteur ; il se borne à prendre acte d'un changement (en autorisant l'exécution par un tiers).

Le régime des opérations sur obligations traduit donc des choix conformes aux intérêts du créancier. La différence entre consentement (au remplacement) et accord (à l'adjonction) s'explique par l'importance du changement. Dans un cas, la fiabilité du nouveau débiteur doit être contrôlée par le créancier ; dans le second, la fiabilité du nouveau débiteur reste garantie par le débiteur originaire, de sorte que le changement est moins intense.

conclusion de la section 1^{ère}

La transmission de l'obligation à un tiers

396. La **transmission de l'obligation à un tiers** affecte le vecteur de l'obligation, c-à-d. la relation (personnelle) entre le créancier et son débiteur. En régime général des obligations, l'intervention du tiers est perçue de manière différente, au regard du risque lié à sa fiabilité.

L'ayant cause à titre particulier est le nouveau propriétaire d'un bien, et sa fiabilité (incluant sa solvabilité) est considérée comme acquise.

- Dans la cession de créance, le cessionnaire remplace le cédant : ce changement est réputé mineur pour le débiteur, et il suffira d'informer le débiteur de l'identité de son nouveau créancier. Le caractère du cessionnaire est considéré comme secondaire : si le débiteur estime que cet aspect est primordial, il faudra qu'il impose une clause d'incessibilité.
- En présence d'une obligation réelle, les accessoires du bien (qui peut être une créance) sont transmis de plein droit à l'ayant cause à titre particulier. Ce dernier devra s'informer sur l'environnement juridique du bien : il bénéficie des services et assume les charges grevant le bien, quel qu'en soit le montant. Le caractère accessoire de l'obligation réelle conduit à penser (ce qui n'est pas toujours exact) que la solidité financière de l'ayant cause à titre particulier n'est pas contestable.

Lorsqu'un tiers prétend devenir le *nouveau débiteur*, le créancier est confronté à un changement majeur : il doit accepter que la prestation (personnalisée) soit réalisée par un tiers. Le changement de débiteur sera toutefois plus ou moins radical : le créancier peut consentir au remplacement de son débiteur originaire (désormais déchargé) par le nouveau débiteur ; ou bien, le créancier peut donner son accord à l'adjonction d'un nouveau débiteur, le débiteur originaire demeurant solidairement tenu. Pour le créancier, la question essentielle est la fiabilité du nouveau débiteur.

La transmission de l'obligation à un tiers conduit ainsi à distinguer entre changement majeur (soumis à révision mutuellement consentie) et changement mineur (reposant sur l'information). Un tiers peut parfois devenir partie à l'obligation, c-à-d. être soumis à sa force obligatoire. Parfois, le tiers veut rester tiers, et invoque le respect (c-à-d. l'effet relatif) de l'obligation.

Section 2^{ème}

Les prérogatives des tiers envers les parties

Résumé

Les **prérogatives des tiers envers les parties** permettent à des tiers de protéger leur intérêt face à la formation d'une obligation ou à l'exécution d'une prestation. Cet intérêt légitime des tiers dérive de l'effet relatif de l'obligation. Il est consacré par quelques solutions ponctuelles établies en régime général des obligations.

L'*effet relatif de l'obligation* désigne ce que sera l'obligation pour les tiers. Connue par la publicité ou par une information délivrée à un tiers connu et intéressé, l'obligation apparaît aux tiers à la fois comme un acte et comme un fait juridique.

- En tant qu'acte juridique, l'obligation exprime la décision des parties. Elle sera soit opposable aux tiers parce que cette décision est respectable, soit inopposable aux tiers, lorsqu'elle n'est pas respectable. Dans ce dernier cas, les tiers n'ont pas à en tenir compte, totalement ou partiellement.
- En tant que fait juridique, l'exécution de la prestation sera une réalité objective pour les tiers, qui en subiront l'impact. Si le débiteur exécute une prestation défectueuse (mauvaise réparation d'un ascenseur), il devra indemniser les tiers, victimes d'un accident, en fonction de l'intérêt reconnu aux tiers.

L'effet relatif de l'obligation permet ainsi aux tiers de protéger leur intérêt, face à une obligation non respectable qui leur sera inopposable ou face à l'exécution incorrecte d'une prestation.

Les *actions ouvertes au créancier* désignent les prérogatives dont un tiers dispose pour protéger ses intérêts face à la formation d'une obligation ou face à l'exécution d'une prestation que doit le débiteur à l'obligation.

- L'action *paulienne* permet à un tiers, créancier menacé par un débiteur frauduleux qui organise son insolvabilité grâce à un contrat conclu avec un complice, d'invoquer l'inopposabilité de l'acte : le créancier agissant récupère seul un actif. Le complice assumera le risque d'insolvabilité, à hauteur du montant de la fraude.
- L'action *oblique* permet à des tiers, créanciers confrontés à leur débiteur négligent, de reconstituer son actif. Ils peuvent réclamer au tiers, sous-débiteur, l'exécution de la prestation qu'il doit au débiteur intermédiaire, en représentant légalement ce dernier. L'actif récupéré profite de manière égalitaire à tous les créanciers impayés.
- L'action *directe* permet à un créancier final d'obtenir le versement d'une prestation qui ne transitera pas par le patrimoine de son débiteur direct (et intermédiaire). En régime général des obligations, cette technique permet d'effectuer un paiement simplifié et rapide ; elle permet également d'obtenir un paiement intégral face à un débiteur probablement insolvable.

Les actions du créancier sont des prérogatives spéciales permettant à un créancier de préserver ses chances de paiement : la liberté de gestion du débiteur est contrôlée quand il risque de ne pas être en mesure de payer ses dettes.

400. Les **prérogatives des tiers envers les parties** permettent à des tiers de protéger leur intérêt face à la formation d'une obligation ou à l'exécution d'une prestation. Cet intérêt dérive de l'effet relatif de l'obligation (habituellement étudié en droit du contrat, sous le terme effet relatif du contrat : art. 1199 et 1200 c. civ.) ; il conduira certains tiers (en l'occurrence, des créanciers) à se voir reconnaître, en régime général des obligations, certaines prérogatives, lorsque leur débiteur risque de ne pas être en mesure d'exécuter ce qu'il leur doit.

L'*effet relatif de l'obligation* désigne ce que sera l'obligation pour les tiers. L'obligation est pour eux une réalité objective (une prestation qui sera exécutée, bien ou mal), mais aussi une décision prise par les parties.

– Dans un contrat de vente, les parties décident que le vendeur perdra la propriété d'un bien et obtiendra, en contrepartie, celle d'une somme d'argent. Le tiers, créancier du vendeur, ne pourra plus saisir l'immeuble (qui figure désormais dans le patrimoine de l'acquéreur), mais il pourra saisir le prix (qui sera versé par le vendeur dont l'acquéreur deviendra propriétaire). La décision des parties est en cause : l'obligation est perçue comme un acte juridique ;

– Le tiers est dans l'ascenseur qui a été mal réparé par le réparateur (débiteur de la prestation) : la prestation mal exécutée explique le dommage qu'il subira. L'exécution de la prestation est en cause : l'obligation est alors comme un fait juridique.

L'effet relatif de l'obligation traite donc de l'impact que l'obligation aura pour les tiers, qu'il s'agisse de la décision prise par les parties à l'obligation (décision de vendre un bien) ou des conséquences d'une exécution incorrecte d'une prestation (dommage subi par le tiers).

En régime général des obligations, certains tiers se voient reconnaître un intérêt face à l'obligation (à laquelle ils ne sont évidemment pas partie). Les *actions ouvertes au créancier* (art. 1341 à -3 c. civ.¹) permettent à certains tiers (en l'occurrence, des créanciers) de préserver leurs chances de paiement, quand ils sont confrontés à un débiteur qui menace de ne pas être en mesure de payer ses dettes. Toute la question consistera à savoir si le tiers dispose d'un intérêt suffisant pour s'ingérer dans les affaires de son débiteur (ou plus généralement d'une partie à l'obligation).

– Si le bailleur est payé par son locataire, le premier sera en mesure de rembourser son emprunt auprès de la banque. La banque peut-elle imposer au locataire de payer son loyer ?

¹ Art. 1341 c. civ. : « Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi. »

- Si la banque estime que l'emprunteur (dans un crédit à la consommation : acquisition d'un véhicule) aurait pu vendre à meilleur prix son logement, la banque peut-elle contester la vente ?

Les prérogatives du tiers envers les parties à l'obligation ne seront donc reconnues que si le droit (en l'espèce, le régime général de l'obligation) admet que le tiers dispose d'un « intérêt légitime juridiquement protégé » (notion couramment utilisée en droit de la responsabilité civile). La question reçoit un début de réponse avec l'effet relatif de l'obligation (§1^{er}) ; les actions ouvertes au créancier (§2^{ème}) préciseront le régime de quelques prérogatives reconnues au créancier d'une partie à l'obligation.

(401- à 404. : réservés)

§1^{er}/ L'effet relatif de l'obligation à l'égard des tiers :

le respect de l'obligation par les tiers

405. L'effet relatif de l'obligation à l'égard des tiers consiste à déterminer les effets ou l'impact que l'obligation peut ou pourra avoir (ou non) sur les tiers.

- Lorsque les parties décident de vendre une entreprise, le cédant et le cessionnaire se mettront d'accord pour savoir qui prendra en charge le passif de l'entreprise : la décision aura un impact sur les tiers, et les tiers n'auront pas toujours intérêt à se voir imposer la décision des parties. Le client qui est créancier du cédant ne pourra pas se voir imposer le remplacement de son débiteur (par le cessionnaire).

- Lorsque le tiers est confronté à l'exécution défectueuse d'un contrat (ascenseur mal réparé), le tiers n'a pas le choix : il tient compte de la réalité de ce fait juridique, et cherchera à en imputer la réalisation au contractant (débiteur de la prestation de réparer).

Le respect de l'obligation par les tiers est donc une expression ambivalente qui consiste aussi bien à tenir compte (ou non) de certaines décisions, et à prendre en compte la réalité (d'une prestation bien ou mal exécutée) sans pouvoir l'occulter.

La *décision prise par les parties* à l'obligation (le plus souvent dans le cadre d'un contrat) est analysée en droit du contrat (art. 1200 c. civ.¹). « Les tiers doivent respecter la situation juridique

¹ Art. 1200 c. civ. : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. « Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. »

créée par le contrat. » Pour que les tiers puissent respecter cette décision, il faudra qu'ils soient informés de sa teneur : l'obligation est perçue comme un acte juridique, à savoir une décision de modifier la réalité juridique (la décision relevant donc de ce qui doit être). Bien que traitée en droit du contrat, la question relève du régime général des obligations :

- Une hypothèque contractuelle ou légale sera connue des tiers de la même manière (par l'inscription) ; la vente immobilière sera pareillement publiée au fichier immobilier ;
- Lorsque la décision prise par les parties à l'obligation est respectable (solution la plus courante), les tiers en tiendront compte. Désormais le vendeur de la maison n'en est plus propriétaire ; en revanche, il a obtenu ou obtiendra le prix.

L'exécution de la prestation, conformément à la décision prise par les parties, apparaît comme un fait juridique (lequel relève, pour sa part, de la réalité matérielle, à savoir, ce qui est). Si le créancier du vendeur veut saisir le prix, il faudra que l'acquéreur le verse. Le fait juridique de l'exécution, bonne ou mauvaise, de la prestation est traité en droit du contrat, à l'article 1199 c. civ.¹. Ce texte affirme en substance que seul le débiteur (contractant) est tenu d'exécuter : les tiers, non soumis à la force obligatoire de l'obligation (ni du contrat), ne sont pas tenus d'exécuter les obligations prévues dans le contrat. L'exécution du contrat est l'affaire des parties (des contractants) : c'est l'affirmation de base de l'article 1199 c. civ. Les conséquences sur les tiers de l'exécution, bonne ou mauvaise, des obligations ne sont pas précisées : la jurisprudence interprétera ce vide juridique.

L'effet relatif de l'obligation conduira donc les tiers à tenir compte de l'obligation, en réalité selon deux modalités différentes : soit ils sont confrontés à la décision des parties à l'obligation, laquelle sera donc perçue comme un acte juridique (I) ; soit ils seront confrontés à l'exécution de la prestation, laquelle sera alors pour eux un fait juridique (II).

I/ L'obligation en tant qu'acte juridique : les tiers confrontés à la décision des parties

406. L'obligation en tant qu'acte juridique ne pourra être respectée par les tiers que lorsqu'ils seront confrontés à la décision prise par les parties. Logiquement, il faudra qu'ils en soient informés, dans un premier temps ; dans un second temps, se posera la question du caractère respectable de cette décision.

La *connaissance du contrat par les tiers* sera acquise par des techniques d'information communes à toutes les obligations (contractuelle comme légale). L'objectif est de savoir et de faire savoir que le

¹ Art. 1199 c. civ. : « 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. »

contrat existe et qu'il aura vocation à modifier l'environnement juridique : désormais tel immeuble est vendu ou saisi, telle personne est mariée ou divorcée, ou elle dispose de tel ou tel revenu (contrat de travail). Il n'est ici question que de l'environnement juridique : seuls les actes juridiques sont concernés, non les faits juridiques.

– L'acte juridique relève de ce qui doit être : l'environnement juridique est volontairement modifié par l'obligation, même en présence d'une obligation légale. Le trésor public a pris la décision d'obtenir le versement de la taxe foncière : il n'affirme pas uniquement que les conditions d'existence de l'obligation sont remplies ; il affirme, en tant que créancier, que l'obligation légale existe.

– Le fait juridique, pour sa part, survient¹. La question n'est pas de savoir si ces faits sont bons ou mauvais : ils existent. On constate que l'un a versé à l'autre un prix, au même titre que la Terre tourne sur elle-même. La réalité de ce fait s'impose à tous, et personne n'en sera informé.

La différence entre acte et fait juridique explique pourquoi seul l'acte juridique donnera lieu à information.

Le *caractère respectable* de la décision prise par les parties à l'obligation ne va pas de soi. Pour les tiers. Leurs intérêts et leurs décisions (créatrices ou modificatrices d'obligations) ne seront pas nécessairement compatibles avec la décision prise par les parties. Dès lors que les uns n'ont pas à obéir aux autres, la décision des parties ne sera pas toujours opposable aux tiers.

L'obligation, en tant qu'acte juridique, expose donc les tiers à la décision prise par les parties : ils en seront informés, grâce à des techniques d'information (1) ; la question de la respectabilité de l'obligation (2) se posera ensuite.

1/ Les techniques d'information

407. Les **techniques d'information** ont pour fonction de permettre à des tiers d'être informés de l'adoption d'un acte juridique (conclusion d'un contrat ; dissolution d'une société commerciale ; prise d'une hypothèque sur un immeuble) ainsi que de son contenu. Mais la multiplicité des actes juridiques adoptés interdira en pratique une connaissance effective, sauf quand elle est nécessaire. En droit, il faudra donc distinguer parmi les tiers.

¹ Le droit tirera une conséquence de la survenance d'un fait, deviendra alors un fait juridique, en y attachant une obligation : de réparer quand le fait est un accident ; de verser des aliments quand le fait est une filiation ...

La *publicité* sera destinée à des tiers inconnus. Ils devront s'informer par eux-mêmes de l'environnement juridique d'un bien qu'ils veulent acquérir ou du contractant avec lequel ils traitent. Ainsi,

- les tiers sauront en consultant le fichier immobilier (par l'intermédiaire de leur notaire) que telle personne est désormais propriétaire d'une parcelle (qui lui a été vendue).
- le registre de l'état civil mentionnera que telle personne s'est mariée ...

L'*information individuelle* sera destinée à des tiers identifiés, qui devront être spécialement informés d'un acte qui les concerne directement. Si, désormais, le locataire doit verser son loyer non plus à son bailleur, mais à la banque de ce dernier, il faudra que le locataire soit informé personnellement : il ne pourra pas deviner qu'une cession de créance a eu lieu (en consultant un registre qui, en l'occurrence, n'existe pas).

Deux techniques d'information sont employées, à destination de deux catégories de tiers : la publicité (a) est destinée à des tiers inconnus ; l'information individuelle (b) est adressée à un tiers connu, spécialement intéressé.

a/ La publicité de l'obligation : des tiers réputés informés

408. La **publicité de l'obligation** impose à des tiers (inconnus des parties) de se tenir informés de l'environnement juridique de tel bien (qu'ils voudraient acquérir : ayant cause à titre particulier) ou du régime juridique applicable à tel contractant (en lui demandant de lui fournir un extrait de naissance ou de mariage). Ils seront, en effet, réputés informés de l'existence et du contenu de certains actes juridiques (légalement prévus). Mais d'autres contrats seront réputés connus (par les tiers) du simple fait de leur conclusion.

Le domaine d'application de la *publicité* connaîtra probablement un bouleversement important avec le développement d'internet : il est désormais possible de rendre publique une information quelconque (donc n'importe quel acte juridique) concernant une personne, dès lors que son identité est connue. Actuellement, la publicité sur registre est une technique utilisée pour certains actes juridiques ayant pour effet de modifier substantiellement la consistance du patrimoine d'une personne. Sont visés :

- certains contrats (soumis à publicité obligatoire) : vente immobilière, inscription d'une hypothèque¹, régime matrimonial, bail à long terme, gage sans dépossession², ... ;

¹ Art. 2421 al. 1^{er} c. civ. : « Sont inscrites au service chargé de la publicité foncière de la situation des biens les hypothèques légales, judiciaires ou conventionnelles, sous réserve de l'exception prévue au deuxième alinéa de l'article 2418.

² Art. 2337 al. 1^{er} c. civ. : « Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite. »

- certaines opérations (soumises à publication) : création d'une société¹, déclaration d'activité effectuée par un entrepreneur individuel, mariage ... ;
- certaines décisions judiciaires : ouverture d'une procédure collective d'un débiteur professionnel, tutelle d'une personne physique, saisie immobilière, déclaration d'absence², divorce ...

Effectuée sur un registre spécial (ou dans des journaux d'annonces légales), elle produit un effet *erga omnes*. La publicité établit une fiction de connaissance (au même titre que la loi, réputée connue dès sa promulgation). Dès la date à laquelle la publicité est effectuée, à la diligence des parties, sur le registre approprié³ les tiers sont réputés connaître légalement le contrat (ou sa rupture : divorce, scission de société) et plus généralement l'obligation. Tout tiers (inconnu) est réputé savoir que :

- son cocontractant est marié sous tel régime matrimonial, en consultant le registre tenu à l'état civil⁴ ;
- telle personne fait désormais l'objet d'une curatelle (Civ. 1^{ère}, 9 nov. 2011⁵) ;
- tout acquéreur d'immeuble est réputé savoir que l'immeuble est hypothéqué dès lors que l'hypothèque est inscrite au registre tenu par le service chargé de la publicité foncière (art. 1198 al. 2 c. civ.⁶) ;

¹ Art. L 123-1 c. com. : « I.-Il est tenu un registre du commerce et des sociétés auquel sont immatriculés, sur leur déclaration :
1° Les personnes physiques ayant la qualité de commerçant, même si elles sont tenues à immatriculation au répertoire des métiers ;
2° Les sociétés et groupements d'intérêt économique ayant leur siège dans un département français et jouissant de la personnalité morale conformément à l'article 1842 du code civil ou à l'article L. 251-4 ;
3° Les sociétés commerciales dont le siège est situé hors d'un département français et qui ont un établissement dans l'un de ces départements ; (...) ».

² Art. 123 c. civ. : « Des extraits de la requête aux fins de déclaration d'absence, après avoir été visés par le ministère public, sont publiés dans deux journaux diffusés dans le département ou, le cas échéant, dans le pays du domicile ou de la dernière résidence de la personne demeurée sans donner de nouvelles.

« Le tribunal, saisi de la requête, peut en outre ordonner toute autre mesure de publicité dans tout lieu où il le juge utile.

« Ces mesures de publicité sont assurées par la partie qui présente la requête. »

³ Par l'inscription sur un registre tenu dans différentes administrations – registre de l'état civil, en mairie, pour les mariages, naissances, divorce ... ; registre tenu au greffe du tribunal de commerce dans lequel le débiteur a son principal établissement pour les sûretés réelles... -, l'annonce dans les journaux d'annonces légales

⁴ Art. 166 c. civ. : « La publication ordonnée à l'article 63 sera faite à la mairie du lieu du mariage et à celle du lieu où chacun des futurs époux a son domicile ou, à défaut de domicile, sa résidence. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 9 nov. 2011, n° 10-14.375, Bull. n° 198 ; Gaz. Pal., n° 1-5, 1er-5 janvier 2012, p. 7 à 10, note Ghislain Poissonnier ; RLDC 2012, n° 4507, note Elodie Pouliquen ; RLDA 2011, n° 3781, note Chloé Mathonnière : la banque, légalement informée de la mise sous curatelle de son client par le jugement, doit en tenir compte dans l'exécution du contrat de crédit.

⁶ Art. 1198 c. civ. : « 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. »

- à la date d’inscription du gage sans dépossession sur un registre spécial, tout tiers est réputé savoir que les meubles du débiteur sont prioritairement affectés au paiement du créancier gagiste.

La publicité est le *seul mode de connaissance légalement admis* envers les tiers (quelconques). Légalement, tout acte (soumis à publicité obligatoire) ce qui n'est pas correctement publié n'existe pas. Ainsi :

- En présence d’un contrat obligatoirement soumis à publicité, si le fichier immobilier n’indique pas que le bien immobilier à vendre est hypothéqué, c’est donc que l’immeuble ne l’est légalement pas (même si le tiers sait qu’un contrat d’hypothèque a été conclu entre le vendeur et l'un de ses créanciers¹).
- Si l'extrait de mariage ne mentionne pas de contrat de mariage, c’est donc que ce contractant potentiel est marié sous la communauté légale².

409. L'information des tiers est également réputée acquise dès l'adoption de certains actes juridiques, alors même qu'**aucune mesure de publicité** n'est organisée. La fiction légale de connaissance devient un mensonge pur :

Les tiers autres que le débiteur cédé sont réputés informés *dès la conclusion* de la cession de créance (art. 1323 c. civ.³). Il en va de même du contrat de nantissement (art. 2361 c. civ.⁴), tout comme de la vente avec clause de réserve de propriété.

Les tiers seront également réputés informés de la conclusion d'un contrat de gage avec dépossession dès que le bien meuble change de main, c-à-d. *dès la dépossession* (art. 2337 al. 2 c. civ.⁵).

Tous ces contrats sont réputés connus dès leur conclusion, malgré l'absence de mesure de publicité. Les tiers (et notamment les créanciers du débiteur insolvable) apprendront lors d'un défaut de paiement que les ressources du débiteur font désormais l'objet d'un prélèvement à la source par le

¹ Civ. 3^e, 17 juillet 1986, n°85-11627 ; Bull. n°118, p. 93 ; JCP 1987.II.20737, note Dagot : « La circonstance que [l'acquéreur] ait eu une connaissance personnelle des prêts consentis au vendeur par son créancier et des sûretés les ayant garantis ne pouvait suppléer à l'inscription, seul mode légal de publicité. »

² Art. 1387 c. civ. : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent. »

³ Art. 1323 c. civ. : « Entre les parties, le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte.

« Il est opposable aux tiers dès ce moment. En cas de contestation, la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout moyen.

« Toutefois, le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers. »

⁴ Art. 2361 c. civ. : « Le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte. »

⁵ Art. 2337 c. civ. : « 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. »

trésor public (saisie administrative à tiers détenteur) ou par une banque (cession ou nantissement de créances).

b/ L'information individuelle des tiers spécialement intéressés

410. L'information individuelle des tiers spécialement intéressés est destinée à certains tiers connus qui seront individuellement avertis de la conclusion et du contenu d'un acte juridique. Contrairement au régime de la publicité (qui impose aux tiers de se tenir informés de l'environnement juridique), ce sera aux parties de veiller à ce qu'un tiers soit spécialement informé (lequel ne sera donc pas réputé informé par la publicité sur registre). Ainsi :

- En présence d'une cession de créance (d'un nantissement de créance¹ ou d'une saisie de créance), le débiteur (cédé : art. 1324 al. 1^{er} c. civ.²) devra être spécialement informé par le cédant ou le nouveau créancier (cessionnaire) ;
- En présence d'un bail d'habitation, le locataire sera spécialement informé de l'identité de son nouveau bailleur ; le bailleur sera spécialement informé par le locataire de son mariage (ce qui conduira son conjoint à bénéficier de la cotitularité du bail³).

Le tiers spécialement intéressé est donc une personne connue qui a traité avec l'un des protagonistes (bailleur qui décide de vendre le local loué, créancier ultérieurement cédant). Quand l'un des protagonistes convient avec un tiers (contractant) d'un changement, il faudra informer le tiers de la modification « de la situation juridique créée par le contrat » (art. 1200 al. 1^{er} c. civ.⁴).

411. La connaissance légale de l'obligation issue d'un acte juridique est donc acquise selon deux modalités :

- un tiers quelconque doit se tenir informé de l'environnement juridique quand il cherche à effectuer des actes sur un bien (contracter, à effectuer une saisie ...) ou quand il traite avec telle personne (mariée, en tutelle ...). Certains actes (publiés sur registre) lui seront opposables ;

¹ Art. 2262 c. civ. : « Pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte./ A défaut, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance. »

² Art. 1324 c. civ. : « La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. » (mod. anc. art. 1690 c. civ. 1804).

³ Civ. 3^e, 29 oct. 2013, n° 12-23.138, Bull.; Rev. de jurispr. de droit des aff., janvier 2014, décision n° 11, p. 12-13 (abstrat) : « [Si] un locataire ne justifie pas avoir porté, par une démarche positive, à la connaissance de la bailleuse le fait qu'il était marié (...), la procédure d'expulsion engagée à l'encontre de ce locataire est opposable à l'épouse de celui-ci. »

⁴ Art. 1200 c. civ. : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. « Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. »

- certains tiers spécialement intéressés seront spécialement informés par les parties, quand elles cherchent à effectuer un changement. L'information rend l'opération opposable à un tiers, afin qu'il en tienne compte.

2/ La respectabilité de l'acte juridique : l'opposabilité ou l'inopposabilité

412. La **respectabilité de l'acte juridique** signifie que les tiers, informés de l'existence d'une obligation, ont des intérêts à défendre face à la décision prise par les parties. La décision des parties (créant l'obligation entre A et B) n'est pas nécessairement compatible avec telle autre décision (créant l'obligation entre A et C ou entre C et D).

- En présence d'une vente conclue entre A (vendeur) et B (acquéreur), dans laquelle le vendeur est débiteur d'une condition suspensive (destinée à permettre à l'acquéreur de trouver un financement bancaire), la vente est gelée (pendant deux mois).
- Pendant ce délai de deux mois, la saisie immobilière exercée par C sur l'immeuble vendu par A produira son effet : l'immeuble saisi quitte le patrimoine de A (supra n°219). L'obligation existant entre A et B n'est pas opposable à C (sauf clause imposant la rétroactivité : art. 1304-6 al. 2 c. civ.¹).

La respectabilité d'une obligation peut donc conduire les parties à tenter d'imposer leur décision aux tiers : ces derniers ne sont évidemment pas tenus d'exécuter la prestation ; mais ils peuvent être gênés par l'existence ou le contenu de cette décision. La question est de savoir si les tiers doivent obéir ou s'ils peuvent invoquer leur intérêt (légitime) pour ne pas tenir compte d'une décision qui les gêne.

- En l'occurrence, les tiers ne cherchent pas à faire annuler l'obligation (qui n'est pas viciée), mais simplement à éviter une nuisance : pour le reste, les parties feront ce que bon leur semble (au regard de la force obligatoire de leur obligation).
- L'intérêt légitime des tiers peut se borner à éviter une nuisance ponctuelle. Le client de l'entrepreneur n'est gêné que par la clause du contrat de cession prévoyant que le cédant ne garantit plus le passif né avant la cession : le client veut conserver son ancien débiteur, mais le reste de la cession d'entreprise ne le gêne pas.

¹ Art. 1304-6 c. civ. : « 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.

« En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé. »

En droit du contrat, la question de l'intérêt (légitime ou non) du tiers face à l'obligation (décidée entre les parties), c-à-d. la question de la respectabilité d'une obligation, donne lieu à deux solutions inverses, selon que la décision des parties est respectable ou non :

- En présence d'une décision respectable, l'obligation est opposable (b) ;
- En présence d'une décision non respectable, l'obligation est inopposable (a).

412-1. Pour apprécier l'**intérêt légitime du tiers face à l'obligation**, la jurisprudence peut connaître des divergences. Il en va ainsi avec les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité qui ont pu être convenues entre les contractants : le tiers peut-il se voir opposer la clause, lorsqu'il subit un dommage du fait de l'inexécution du contrat ?

La chambre commerciale (Com., 3 juillet 2024¹) a affirmé que la clause limitative de responsabilité (conclue entre les contractants) est opposable aux tiers. En conséquence, le réparateur de l'ascenseur pourra convenir avec son client que l'inexécution du contrat, le retard à exécuter voire même l'atteinte aux biens ou à la personne qui en résulte fera l'objet d'un forfait de réparation. Le tiers, victime, invoquera la responsabilité délictuelle du fait de l'inexécution du contrat : mais il se verra opposer la clause limitative de responsabilité.

La jurisprudence majoritaire est en sens inverse. La clause limitative de responsabilité sera inopposable aux tiers, lesquels obtiendront donc une réparation intégrale de leur dommage. Si l'avion mal entretenu chute sur une maison, la clause limitative de responsabilité sera inopposable à la victime.

L'intérêt légitime du tiers face à l'obligation (et à son exécution) possède des enjeux financiers qui expliquent la divergence de jurisprudence².

a/ L'inopposabilité : l'ignorance légale de l'obligation

413. L'**inopposabilité** est une ignorance légale d'un acte juridique par les tiers. Ils ne tiendront pas compte de l'existence de l'obligation. Comme en présence d'une nullité, qui détruit totalement ou partiellement le contrat (vicié) conclu entre les parties, l'inopposabilité invoquée par un tiers portera soit sur l'intégralité de l'obligation, soit sur une des clauses d'un contrat (ou un aspect de l'obligation).

414. L'**inopposabilité intégrale** de l'obligation signifie qu'un tiers ne tiendra pas compte de l'existence et du contenu d'une obligation. Il en ira ainsi, lorsque l'information portant sur l'existence de l'obligation n'a pas été effectuée correctement ou en présence d'une obligation non respectable.

¹ Com., 3 juillet 2024, n°21-14.947, Bull. ; D. 2024 p.1279 : « 13. Pour ne pas déjouer les prévisions du débiteur, qui s'est engagé en considération de l'économie générale du contrat et ne pas conférer au tiers qui invoque le contrat une position plus avantageuse que celle dont peut se prévaloir le créancier lui-même, le tiers à un contrat qui invoque, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel qui lui a causé un dommage peut se voir opposer les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants. »

² *Droit de la responsabilité civile*, n°280-1.

Lorsque l'information des tiers (par publicité, publication dans un journal d'annonces légales, information individuelle) n'est pas correctement effectuée, les tiers doivent ignorer intégralement l'acte. La publicité est la seule modalité de connaissance valable : à défaut de publicité, les actes soumis à publicité obligatoire (vente immobilière¹, etc²) seront purement et simplement réputés inconnus (et donc inopposables). Il en va ainsi, même si les tiers connaissent l'obligation :

- la dissolution de la société reste inopposable aux tiers tant que la publicité légale n'est pas effectuée³ ;
- l'acquéreur de l'immeuble sait que le crédit du vendeur est garanti par une hypothèque légale (hypothèque légale du prêteur de deniers) et que le crédit n'est pas complètement remboursé. Dès lors que l'hypothèque légale n'est plus inscrite (inscription périmée), l'immeuble n'est plus hypothéqué (Civ. 3^e, 17 juillet 1986⁴) ;
- En présence d'une contre-lettre, l'obligation effective est inopposable aux tiers (art. 1201 c. civ.⁵).

L'inopposabilité s'applique également au contrat *substantiellement non respectable*, en raison de la fraude commise par un contractant.

- Un propriétaire d'immeuble vend son immeuble à un complice, souvent afin d'organiser son insolvabilité.
- Ou bien, il effectue une déclaration d'insaisissabilité, quand il est entrepreneur, afin que le fisc ne puisse pas recouvrer ses impôts (art. L 526-1 al. 3 c. com.⁶).

¹ Civ. 1^{ère}, 11 septembre 2013, n°12-23.357, Bull. ; D. 2013, p. 2507 à 2511, note Julien Dubarry ; RLDC 2013, n° 5271, note Gaëlle Le Nestour Dreton : (abstrat) « L'acte portant échange de parcelles entre leurs propriétaires respectifs n'ayant pas été publié est inopposable aux tiers. »

² Com., 13 septembre 2017, n° 16-10.206, Bull. ; JCP E 2017.II.1561, note Adeline Cerati-Gauthier ; D. 2017, somm., p. 1759, note Alain Lienhard ; RLDC 2017, n° 6346, p. 13 (inopposabilité au créancier de la déclaration d'insaisissabilité de la résidence de l'entrepreneur avant la loi n° 2015-990 du 6 août 2015).

³ Com., 20 sept. 2011, n°10-15.068, Bull. : « La disparition de la personnalité juridique d'une société n'est rendue opposable aux tiers que par la publication au registre du commerce et des sociétés des actes ou événements l'ayant entraînée, même si ceux-ci ont fait l'objet d'une autre publicité légale » ; Com., 11 septembre 2012, n° 11-11.141, Bull. ; D. 2012, p. 2167 : (abstrat) « La disparition de la personnalité juridique d'une société n'est rendue opposable aux tiers que par la publication au registre du commerce et des sociétés des actes ou événements l'ayant entraînée, peu important que le tiers en cause ait eu personnellement connaissance de ces actes ou événements avant l'accomplissement de cette formalité. »

⁴ Civ. 3^e, 17 juillet 1986, n°85-11627 ; Bull. n°118 ; JCP G 1987.II.20737, note Dagot : (abstrat) « La Cour d'appel qui constate qu'à la date de publication de la vente d'un immeuble à la conservation des hypothèques, les privilèges initialement inscrits sur cet immeuble par un créancier du vendeur étaient périmés, en déduit exactement que la nouvelle inscription de ses sûretés faite par ce créancier postérieurement à la publication de la vente, n'est pas opposable au tiers acquéreur. La circonstance que ce dernier ait eu une connaissance personnelle des prêts consentis au vendeur par son créancier et des sûretés les ayant garantis ne pouvait suppléer à l'inscription, seul mode légal de publicité. »

⁵ Art. 1201 c. civ. : « 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. »

⁶ Art. L 526-1 al. 2 et 3 c. com. : (...) « Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur tout bien foncier, bâti ou non bâti, qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel. Cette déclaration, publiée au fichier immobilier (...) n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, après sa publication, à

Le tiers risquant d'être victime d'un contrat frauduleux pourra « faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits (...) » (art. 1341-2 c. civ.¹). Inopposable au tiers, le contrat frauduleux sera ignoré : le tiers (créancier impayé du vendeur) fera saisir le bien prétendument vendu² ou insaisissable.

L'acte intégralement inopposable est le plus souvent un acte que les parties à l'obligation ne pourront *pas exécuter correctement*.

– Le créancier du vendeur continue à pouvoir saisir l'immeuble vendu (sans publication ou de manière frauduleuse) : l'acquéreur ne pourra donc pas bénéficier des effets de la vente (transmission de la propriété et de la possession du bien) ; un tiers-acquéreur pourra devenir le propriétaire de l'immeuble³ (et bénéficiera d'une protection publique, puisque sa propriété sera opposable aux tiers, y compris à l'acquéreur évincé).

– L'acquéreur du brevet ne peut pas réclamer une indemnisation au tiers, auteur d'une contrefaçon, puisque cette action est réservée au propriétaire (inscrit sur registre)⁴.

Les parties à l'obligation inopposable aux tiers sont alors dans une situation précaire⁵ : elles sont menacées par les prérogatives de tiers qui ne tiendront aucun compte de leur obligation⁶.

À moins que les tiers n'en tiennent compte que partiellement, ce qui n'est pas forcément plus avantageux pour les parties ...

l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant.

« L'insaisissabilité mentionnée aux deux premiers alinéas du présent article n'est pas opposable à l'administration fiscale lorsque celle-ci relève, à l'encontre de la personne, soit des manœuvres frauduleuses, soit l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, au sens de l'article 1729 du code général des impôts. »

¹ Art. 1341-2 c. civ. : « Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude. »

² Civ. 1^{ère}, 17 octobre 2012, n° 11-10.786, Bull. ; RLDC 2012, n° 4885, p. 11-12, note Elodie Pouliquen et n° 4911, p. 51, note Alexandre Paulin : « L'action paulienne ayant pour seul objet d'autoriser le créancier poursuivant, par décision de justice et dans la limite de sa créance, à échapper aux effets d'une aliénation opérée en fraude de ses droits, afin d'en faire éventuellement saisir l'objet entre les mains du tiers ». Même formulation avec Civ. 1^{ère}, 15 janvier 2015, n° 13-21.174, Bull. ; JCP G 2015, 306, spéc. N° 11, note Anne-Sophie Barthez : (abstrat) « l'inopposabilité paulienne autorisait le créancier poursuivant, par décision de justice et dans la limite de sa créance, à échapper aux effets d'une aliénation opérée en fraude de ses droits (...) ».

³ Civ. 3^e, 20 mai 2015, n°14-13.188, Bull. ; D. 2015, p.1157 ; JCP N 2015. 1113, note F. Collard (la clause contractuelle limitant la durée de l'offre est inopposable à la safer qui dispose d'un délai de deux mois pour exercer son droit de préemption).

⁴ Com., 24 avril 2024, n°22-22.999 ; Bull. ; D. 2024 p.821 : « Il résulte de l'article L. 613-9, premier alinéa, du code de la propriété intellectuelle que tant que le transfert n'a pas été inscrit au registre national des brevets, l'ayant cause [à titre particulier] ne peut se prévaloir des droits découlant de l'acte lui ayant transmis la propriété du brevet. Il n'est donc pas recevable à agir en contrefaçon. »

⁵ Civ. 3^e, 7 déc. 2011, n°10-30.695 : (abstrat) « Une sous-location irrégulièrement consentie est inopposable au propriétaire mais produit tous ses effets entre le locataire principal et le sous-locataire, qui ne peut donc, tant qu'il n'est pas troublé dans sa jouissance paisible, obtenir la résiliation de la sous-location pour défaut d'agrément du bailleur. »

⁶ Le bailleur ne tient pas compte du mariage de son locataire : Civ. 3^e, 29 oct. 2013, n° 12-23.138, Bull. ; Rev. de jurispr. de droit des aff., janvier 2014, décision n° 11, p. 12-13 (abstrat) : « [Si] un locataire ne justifie pas avoir porté, par une démarche positive, à la connaissance de la bailleuse le fait qu'il était marié (...), la procédure d'expulsion engagée à l'encontre de ce locataire est opposable à l'épouse de celui-ci. »

415. L'inopposabilité partielle permet à des tiers de ne pas tenir compte d'un aspect d'une obligation (caractère solidaire de l'obligation¹), d'une clause d'un contrat ou d'un aspect d'une déclaration. Cette mesure frappe plutôt une obligation non respectable, excessive sans être pour autant frauduleuse.

L'inopposabilité partielle peut conduire à *réduire la durée excessive d'une obligation*. Les baux d'une durée supérieure à douze ans doivent être publiés, en raison de l'atteinte portée à la valeur de l'immeuble².

– Si, après la conclusion d'un tel bail (non publié), le bailleur consent une hypothèque sur son bien, le bail d'une durée supérieure à douze ans sera inopposable au créancier hypothécaire.

– Il en ira de même si un tel bail (d'une durée supérieure à douze ans) est consenti après la conclusion de l'hypothèque.

Dans les deux cas, le créancier hypothécaire ne pourra invoquer qu'une inopposabilité partielle : la durée qui excède douze ans est inopposable aux tiers, et spécialement au créancier hypothécaire³.

En présence d'un *contrat incompatible* avec un autre⁴, l'inopposabilité partielle permet à un tiers (qui serait lésé par la clause inopportune) d'invoquer par ailleurs l'opposabilité (d'autres clauses du même contrat) et de bénéficier d'une obligation solidaire.

– Lorsqu'un cédant prétend se décharger envers le cessionnaire de ses obligations envers ses clients (Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009⁵), le client invoquera l'inopposabilité de cette clause. Le cédant reste tenu envers le client.

– Le locataire qui a connaissance de la vente de l'immeuble paiera son loyer à l'acquéreur ; si, au titre des loyers dus avant la vente, le locataire avait trop payé, il

¹ Civ. 1^{ère}, 17 juin 2015, n°14-17.906, Bull. ; D. 2015, p. 1756, note Marie Nicolle : (abstrat) (une convention conclue entre le bailleur et l'époux décharge ce dernier du paiement des loyers soumis à solidarité ménagère ; ce contrat est inopposable à l'épouse qui peut imposer à son conjoint d'être solidairement tenu).

² Pour les baux constitués et publiés antérieurement à l'inscription de l'hypothèque : art. 28 du décret n° 55-22 du 4 janv. 1955 : « Sont obligatoirement publiés au bureau des hypothèques de la situation des immeubles : 1°/ Tous actes (...) portant ou constatant entre vifs (...) : b/ bail pour une durée de plus de douze années, et même, pour un bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus ; (...) »

³ Civ. 3^e, 3 février 2010, n° 09-11.389, Bull. : « L'absence de publication d'un bail à long terme le rend inopposable aux tiers pour la période excédant douze ans. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 25 septembre 2013, n° 12-25.160, Bull. n° 193 (validité du legs accepté en violation du contrat de travail) ; JCP G 2013, n° 1167, p. 2060 à 2062, avis de l'avocat général et n° 1168, p. 2063 à 2065, note Anne-Marie Leroyer ; JCP G 2013, n° 1039, p. 1833, note Sylvain Thouret ; JCP N 2013, n° 962 ; JCP Soc 2013, n° 1431, note Daniel Boulmier ; revue Droit de la famille, 2013, commentaire n° 154, note Ingrid Maria ; Revue juridique personnes et famille, n° 11, novembre 2013, p. 38-39, note François Sauvage.

⁵ Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, n° 08-11.093, Bull. n° 82 ; Defrénois 2009, p. 1289 à 1294, note Rémy Libchaber ; JCP G 2009, n° 73, note Jean-Jacques Ansault ; RLDC 2009, Actualités, n° 3490, note Véronique Maugeri.

demandera restitution au vendeur (sans avoir à tenir compte des clauses du contrat convenu entre le vendeur et l'acquéreur de l'immeuble) (Civ. 3^e, 16 mai 2024¹).

L'inopposabilité partielle peut également permettre à des tiers d'invoquer une *situation normale*.

- Le tiers qui traite avec un gérant de sarl ne tient pas compte des limites apportées par les statuts (même régulièrement publiés) de la société aux pouvoirs du gérant² : les tiers n'ont pas à se renseigner sur les pouvoirs d'un gérant de sarl, réputé disposer de pouvoirs normaux³.
- De même, la victime d'un accident de la circulation invoquera l'inopposabilité partielle des clauses du contrat d'assurance prévoyant une exclusion de garantie de l'assureur, lorsque l'assuré est l'auteur d'une fausse déclaration intentionnelle⁴ : la victime pourra donc considérer que l'auteur de l'accident est « normalement » assuré.

L'inopposabilité partielle permet donc à un tiers de sauvegarder un intérêt précis face à une obligation qui présente pour lui un aspect excessif : la durée d'un bail trop long sera réduite, des limitations statutaires de pouvoirs seront normales. De ce point de vue, l'inopposabilité partielle présente des rapports avec la nullité partielle : il s'agit de modifier une obligation non respectable.

416. L'inopposabilité, intégrale ou partielle, permet ainsi à un tiers intéressé de protéger ses intérêts, en ne tenant pas compte d'une obligation (inconnue ou non respectable). À la différence de la nullité, l'obligation ne sera pas détruite ; mais son exécution sera menacée par les tiers, de sorte que les parties à l'obligation seront dans une situation précaire.

Techniquement, l'inopposabilité partielle ne produit pas nécessairement des effets moindres que l'inopposabilité intégrale : le client de l'entrepreneur cédant bénéficie d'une meilleure protection, avec l'inopposabilité partielle (et son obligation désormais solidaire) que celle qu'il aurait obtenue avec l'inopposabilité intégrale du contrat (le privant de la garantie du cessionnaire). L'inopposabilité

¹ Civ. 3^e, 16 mai 2024, n°22-19.922 (n° 245 FS-B), Bull. : « (...) le locataire peut agir à l'encontre de son bailleur originaire en restitution de paiements indus effectués au titre de loyers et charges échus antérieurement à la vente, sans que celui-ci, qui reste tenu à son égard de ses obligations personnelles antérieures à la vente, ne puisse lui opposer une clause contenue dans l'acte de vente subrogeant l'acquéreur dans les droits et obligations du vendeur. »

² Art. 223-18 c. com. : « (...) La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

« Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers. »

³ Art. 223-18 c. com. : « (...) Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société (...). »

⁴ Cjue, 20 juillet 2017, *Fidelidade* : « [est in]opposable aux tiers victimes, (...) la nullité d'un contrat d'assurance de responsabilité civile automobile résultant de fausses déclarations initiales du preneur d'assurance en ce qui concerne l'identité du propriétaire et du conducteur habituel du véhicule concerné ou de la circonstance que la personne pour laquelle ou au nom de laquelle ce contrat d'assurance est conclu n'avait pas d'intérêt économique à la conclusion dudit contrat ».

partielle permet de combiner subtilement les clauses, dont certaines sont inopposables, d'autres opposables.

b/ L'opposabilité : l'obligation respectable

417. L'**opposabilité**, à l'inverse, rend l'obligation respectable envers les tiers. Les tiers respecteront, en tenant compte, de l'existence de l'obligation et de son contenu. Conséquence de la connaissance suffisante (réputée ou effective) qu'en ont les tiers, l'obligation devient une réalité officielle et respectable, destinée à produire son effet (relatif) envers les tiers. Techniquement, l'opposabilité sera à la fois une charge pesant sur les tiers et un profit invoqué par le tiers.

L'opposabilité permet aux parties d'*imposer aux tiers* de tenir compte de l'obligation, de son contenu et de ses effets.

- L'immeuble est vendu, donc les créanciers du vendeur ne peuvent plus saisir l'immeuble dont l'aliénation est publiée ;
- Le créancier d'un époux doit respecter le régime matrimonial ;
- Tel bailleur avertit son locataire que l'immeuble est vendu et que les loyers seront désormais à verser à l'acquéreur.

L'opposabilité aux tiers est le complément nécessaire de la force obligatoire du contrat¹, et plus généralement de l'obligation. Les parties pourront exécuter correctement le contrat qu'elles ont conclu (sans aucune menace des tiers).

L'opposabilité *invoquée par les tiers* signifie qu'un tiers se prévaut de formation de l'obligation (ou de la conclusion du contrat) ou d'un de ses aspects (clause contractuelle).

- Le contractant potentiel pourra identifier le patrimoine de son cocontractant (c-à-d. juger de sa solvabilité), dont la consistance sera différente selon qu'il est marié sous un régime communautaire (tous les biens communs sont saisissables) ou sous un régime séparatiste (seuls les biens acquis par leur débiteur lui appartiennent).
- Le client d'un entrepreneur pourra invoquer la cession d'entreprise, et spécialement la clause de garantie de passif par laquelle le cessionnaire (acquéreur) s'engage envers le cédant à payer le passif échu et à échoir (Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, préc.).

L'opposabilité du contrat (et plus généralement de l'obligation) signifie donc que la décision prise dans un acte juridique doit être respectée par les tiers. À ce stade, l'opposabilité est une charge

¹ J. Ghestin et M. Billiau, *Les obligations. Les effets du contrat*, LGDJ, 1992, n° 594, p.580

pesant sur les tiers : c'est un devoir (art. 1200 al. 1^{er} c. civ.² : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. ») autant qu'un profit (al. 2 : « Ils peuvent s'en prévaloir (...) »).

(418- à 423. : réservés)

Conclusion I/ L'obligation en tant qu'acte juridique : les tiers confrontés à la décision des parties

424. L'**obligation en tant qu'acte juridique** apparaît aux tiers comme une décision prise par les parties à l'obligation. Parmi les tiers, il convient d'en distinguer deux catégories :

Les *tiers quelconques* sont ceux dont les intérêts ne sont pas directement affectés par la décision des parties.

- Ils doivent se tenir informés de la décision prise par les parties en présence de certains actes juridiques (ayant pour trait commun de porter sur une fraction importante du patrimoine : divorce, achat immobilier ...);
- Ils doivent tenir compte des conséquences de cette décision, en considérant que le patrimoine d'une personne a été modifié. Les tiers doivent s'abstenir de tout comportement de nature à entraver l'exécution de sa prestation par une partie (débiteur, en l'occurrence).

Ponctuellement, les intérêts de certains tiers seront spécialement protégés, ce qui se traduira par une inversion des règles applicables. Pour devenir respectable, la décision des parties est subordonnée à des conditions :

- Les parties doivent avertir individuellement un tiers quand la décision prise par les parties modifie la situation juridique du tiers. Le débiteur cédé sera informé spécialement du changement d'identité de son créancier ;
- Le tiers ne tiendra aucun compte de la décision des parties quand cette décision n'est pas respectable. Dans ce cas, le tiers pourra entraver l'exécution de sa prestation par une partie.

Le respect de la décision prise par les parties à un acte juridique répond à des intérêts précis.

- Lorsque les tiers n'ont aucun intérêt spécifique à protéger, les tiers seront tenus de respecter cette décision (en s'informant à son sujet et en s'abstenant d'en entraver l'exécution).

² Art. 1200 c. civ. : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. »
« Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. »

– Lorsque l'intérêt des tiers est spécialement en cause, ce qui n'est le cas que pour certains tiers, la décision des parties ne devient respectable qu'à certaines conditions.

Lorsque la décision des parties devient respectable, une charge pèse sur les tiers. Mais ce devoir possède une contre-partie, qui apparaîtra lors de l'exécution de la prestation.

II/ L'obligation en tant que fait juridique : les tiers confrontés à l'exécution de la prestation

425. L'**obligation en tant que fait juridique** sera prise en compte par les tiers quand ils sont confrontés à l'exécution (bonne ou mauvaise) de la prestation. Selon l'article 1199 al. 2 c. civ.¹, « Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat [en tant que créanciers] ni se voir contraints de l'exécuter [en tant que débiteurs] ». C'est l'effet relatif du contrat et de l'obligation : la question est ici centrée sur l'exécution de la prestation. Les tiers n'en sont pas les destinataires : mais ils ont des intérêts à défendre.

Les tiers constateront l'exécution de la prestation qui sera pour eux un fait juridique (éventuellement fautif). Un tiers constatera que le prix est versé par l'acquéreur au vendeur (bonne exécution de la prestation) ou qu'il ne l'est pas, ou avec retard (mauvaise exécution de la prestation). Éventuellement le tiers constatera que l'exécution négligente de la prestation explique pourquoi il subit une atteinte (dommage délictuel).

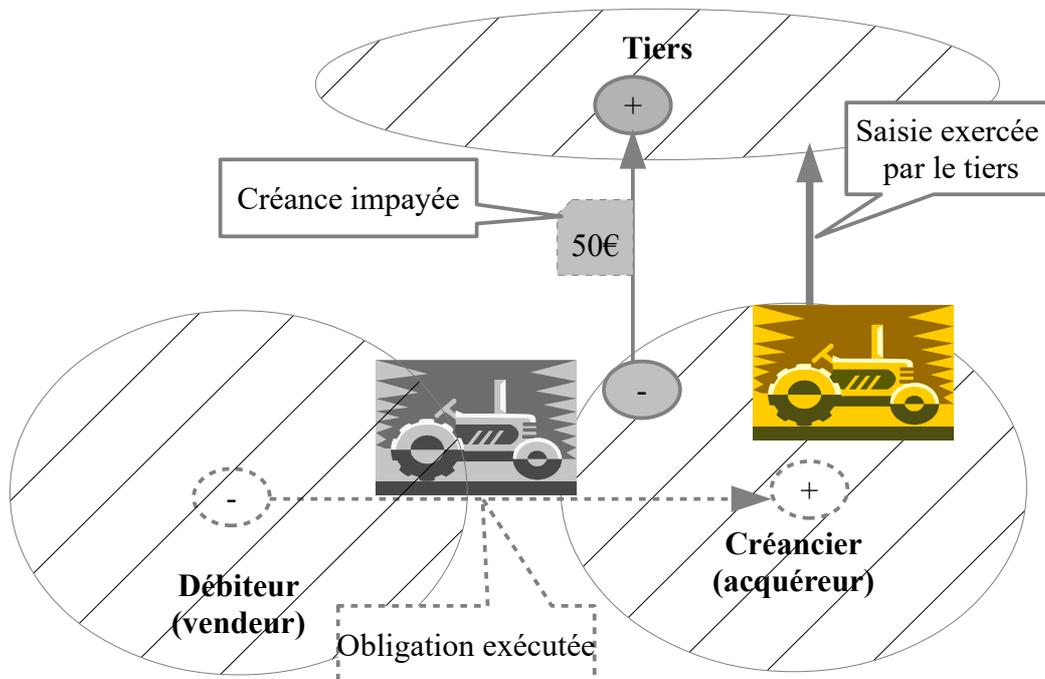
426. Un tiers (banque ayant prêté au vendeur) invoquera la **bonne exécution de sa prestation** par l'acquéreur (débitéur du prix) pour saisir le prix, qui apparaît désormais dans le patrimoine du vendeur (schéma 5.1). Le tiers invoque une conséquence (profitable) qu'il tire du constat de l'exécution de la prestation par le débiteur. La bonne exécution de la prestation est pour le tiers un « fait bénéfique ».

¹ Art. 1199 c. civ. : « 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. »

Schéma
5.1

Impact de l'exécution de la prestation à l'égard des tiers



- Si un tiers a connaissance d'un contrat apparent, publié au fichier immobilier, selon lequel l'immeuble a été vendu, le tiers (trésor public pour le paiement de la taxe foncière) pourra « se prévaloir » de la vente pour réclamer paiement à l'acquéreur ;
- Si un tiers a connaissance d'un contrat occulte (contre-lettre), affirmant que le pseudo-vendeur reste, en réalité, le véritable propriétaire des titres de la sarl (et donc que l'acquéreur apparent est un homme de paille), le trésor public pourra réclamer paiement de la fraude à la tva au dirigeant effectif. « Le contrat occulte (...) n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir. » (art. 1201 c. civ.).

427. Un tiers invoquera la **mauvaise exécution d'une prestation** quand il subit un dommage (atteinte à sa personne ou à ses biens) causée par une prestation défectueuse.

- Le réparateur de l'ascenseur exécute mal sa prestation, en ne vérifiant pas les câbles : la rupture des câbles causera un dommage au tiers présent dans l'ascenseur. Selon la jurisprudence française, la négligence du contractant (obligation contractuelle de sécurité) est rattachée à l'exécution (défectueuse) du contrat : le tiers invoquera l'effet relatif de l'exécution pour obtenir une indemnisation (responsabilité délictuelle du fait de l'inexécution du contrat).
- À l'inverse, lorsque le fabricant de l'ascenseur livre un ascenseur atteint d'un vice de fabrication (portant sur les câbles), le vice de fabrication n'est pas rattaché au contrat : les victimes (contractante ou tiers) présentes dans l'ascenseur invoqueront la responsabilité du fabricant du fait des produits défectueux (art. 1245 et suiv. c. civ.). Le contrat est hors de cause : son effet relatif également.

En droit de la responsabilité civile, l'effet relatif de l'exécution d'une prestation défectueuse sur les tiers n'est admis que dans le système jurisprudentiel (recourant à l'obligation contractuelle de sécurité et à la responsabilité délictuelle du fait de l'inexécution du contrat). Selon la jurisprudence, la violation de l'obligation contractuelle de sécurité commise par le contractant (débiteur) vaut faute envers les tiers¹. Ainsi,

- si la clinique n'a pas surveillé correctement les patients (obligation de moyens) qui lui ont été confiés, de sorte que l'un d'eux s'est suicidé, la famille de la victime subira un dommage moral dont elle sera indemnisée (Civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000²) ;
- si le prêteur d'une chose dangereuse (garage munie d'une porte fragile) n'a pas réparé la porte du garage (obligation de résultat), l'emprunteur (contractant) n'aurait pas été tué par la chute de la porte, et la famille (tiers) n'aurait pas subi de dommage par ricochet (Civ. 2^e, 23 oct. 2003³).

428. En présence d'une **prestation réalisée avec retard**, les conséquences dommageables du retard causées envers les tiers donnent lieu à un droit jurisprudentiel différent de celui prévu par le code civil.

¹ *Droit de la responsabilité civile*, n°475 et suiv.

² Civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, n° 99-12135, Bull. n° 221 : « Les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autres preuves. Dès lors qu'une clinique a commis une faute contractuelle vis-à-vis de son patient, les parents de celui-ci peuvent invoquer cette même faute à l'appui de leur action délictuelle tendant à la réparation de leur préjudice par ricochet. » ;

³ Civ. 2^e, 23 oct. 2003, n°01-15391, Bull. n° 330 : « la victime par ricochet d'un accident relevant de la responsabilité contractuelle dispose d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir réparation de son préjudice »

Selon le code civil, la prestation livrée en retard cause un dommage contractuel qui doit être direct (art. 1231-4 c. civ.¹). Le dommage subi par le tiers n'est pas réparable.

Mais la jurisprudence française a adopté une position différente, en interprétant l'effet relatif des conventions. Elle affirme que le manquement à une obligation purement contractuelle (imputable au débiteur) permet à un tiers d'obtenir une indemnisation (schéma 5.2). Ainsi :

- si le bailleur avait correctement entretenu les locaux loués (c-à-d. exécuté correctement ses obligations), le sous-locataire n'aurait pas dû fermer sa boutique et il aurait pu éviter une perte d'exploitation (A.P., 6 oct. 2006, *Boot shop*²) ;
- si le distributeur d'électricité avait livré l'électricité à son contractant, le sous-traitant n'aurait pas subi une perte d'exploitation (A. P., 13 janvier 2020³). L'arrêt mentionne explicitement que le distributeur d'électricité a subi une panne, mais n'a commis aucune faute. Légalement, son manquement lui était imputable (art. 1231-1 c. civ., puisqu'aucune force majeure n'était en cause).

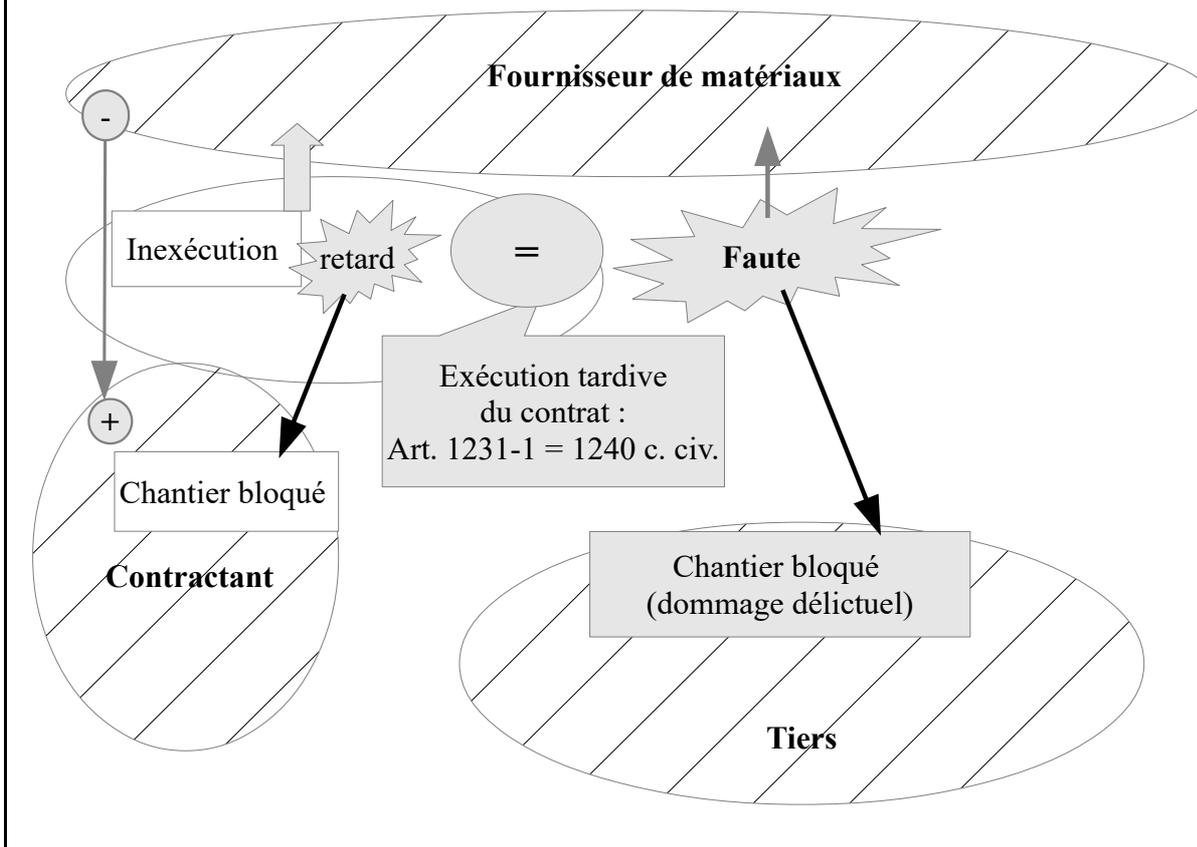
¹ Art. 1231-4 c. civ. : « Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution. »

² A. P., 6 oct. 2006, *Boot shop* ou *Myr'ho* n° 05-13.255, Bull. n°9 ; D. 2006. 2825, note G. Viney, 2007. 2897, obs. P. Jourdain, et 2966, obs. B. Fauvarque-Cosson

³ A. P., 13 janvier 2020, n°17-19.963, Bull. ; D. 2020, p. 78 ; D. 2020, p.394, Mireille Bacache ; D. 2020, p.416, note Jean-Sébastien Borghetti : « Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage. En conséquence, le tiers à un contrat d'alimentation en énergie, qui, en raison de l'interruption de la fourniture en énergie endurée pendant plusieurs semaines par la société avec laquelle il était en relation, a subi un préjudice d'exploitation, peut invoquer le manquement contractuel imputable au fournisseur d'énergie pour obtenir réparation. »

Schéma
5.2

La responsabilité du fait de l'inexécution du contrat selon la jurisprudence



429. Le fait juridique de l'**exécution de la prestation** est donc analysé, en droit français, comme une conséquence de l'exécution d'une prestation (dangereuse, absente ou effectuée avec retard). L'impact envers les tiers est perçu dans le cadre de l'effet relatif.

Selon la jurisprudence française, l'effet relatif de l'obligation (et du contrat), tel qu'il est interprété par les juges français, permet au tiers d'invoquer sans restrictions son intérêt face à l'exécution correcte, incorrecte, tardive ou défectueuse de toute obligation. Cette solution jurisprudentielle applique de manière extensive certaines des solutions spéciales prévues avec les « actions du créancier », en régime général des obligations.

429-1. L'impact du fait (l'exécution de la prestation) est indépendant de l'opposabilité de l'acte juridique. Un tiers pourra considérer qu'un acte lui est inopposable, tout en tirant la conséquence du fait de son exécution. Le bailleur invoquera à la fois l'inopposabilité de la sous-location illicite et tirera la conséquence de son exécution (pour percevoir les sous-loyers perçus) (Civ. 3^e, 12 septembre 2019¹).

Le principe posé à l'article 1199 c. civ.² est qu'un tiers ne peut pas réclamer à un débiteur d'exécuter sa prestation au profit du créancier. Selon l'article 1199 al. 2 c. civ., « Les tiers ne peuvent (...) demander l'exécution du contrat (...), sous réserve des dispositions de la présente section [porte-fort et stipulation pour autrui] et de celles du chapitre III du titre IV [actions du créancier]. » Mais, selon les juges, un tiers bénéficie d'un intérêt légitime juridiquement protégé pour réclamer une exécution sans retard.

Les créanciers d'un créancier ne sont donc pas les seuls à pouvoir réclamer l'*exécution de sa prestation* par un sous-débiteur.

(430- à 448. : réservés)

449. L'**effet relatif de l'obligation** impose donc aux tiers à la fois de prendre en compte la conclusion et le contenu d'une obligation et d'invoquer l'exécution de sa prestation par le débiteur.

La *connaissance et le contenu de l'obligation* conduira les tiers à prendre en compte spécifiquement l'acte juridique qui établit l'obligation. Les tiers ont des intérêts à défendre face à des actes juridiques non respectables, parce que non correctement publiés ou parce que leur contenu porte atteinte à leur intérêt. Un tiers (client) peut à la fois invoquer le profit d'une cession d'entreprise (envers le cessionnaire) et invoquer l'inopposabilité d'une clause (portant atteinte à la force obligatoire du contrat conclu entre le client et le cédant) (art. 1327-2 c. civ.³).

L'*exécution de sa prestation* par le débiteur conduira les tiers à observer le fait juridique de l'exécution de la prestation pour en tirer une conséquence quand leur intérêt est en cause.

- Un tiers invoquera la bonne exécution de la prestation par le débiteur contractant pour saisir un bien. Le débiteur paye son créancier, et il sera en mesure de payer son propre créancier.

¹ Civ. 3^e, 12 septembre 2019, n° 18-20.727 (n° 745 FS-P+B+R+I), D. 2019, p.2025 : (abstrat) « Sauf lorsque la sous-location a été autorisée par le bailleur, les sous-loyers perçus par le preneur constituent des fruits civils qui appartiennent par accession au propriétaire. Ayant relevé que les locataires avaient sous-loué l'appartement pendant plusieurs années sans l'accord du bailleur, une cour d'appel en a déduit, à bon droit, nonobstant l'inopposabilité de la sous-location au bailleur, que les sommes perçues à ce titre devaient lui être remboursées. »

² Art. 1199 c. civ. : « 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 [porte-fort et stipulation pour autrui] et de celles du chapitre III du titre IV [actions du créancier]. »

³ Art. 1327-2 c. civ. : « Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette. »

- Un tiers invoquera la mauvaise exécution de sa prestation par le débiteur pour chercher à être indemnisé de l'exécution absente, tardive ou défectueuse de la prestation. Selon la jurisprudence, ces mauvaises exécutions sont rattachées au contrat : les tiers peuvent donc invoquer l'effet relatif.

Techniquement, l'effet relatif de l'obligation peut donc conduire à un tiers à réclamer l'inopposabilité d'un acte frauduleux, et à se prévaloir de l'exécution d'une prestation. Ce mécanisme est appliqué en régime général des obligations, avec les actions ouvertes au créancier.

§2^{ème}/ Les actions ouvertes au créancier

450. Les **actions ouvertes au créancier**, qui figurent désormais en régime général des obligations, permettent à un créancier de défendre son intérêt, lorsque son débiteur menace de ne pas être en mesure de payer ses dettes. C'est la raison pour laquelle les actions ouvertes aux créanciers débutent par un article introductif, l'article 1341 c. civ.¹ selon lequel « Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi. » L'article 1341 c. civ. commence par rappeler que le créancier impayé a droit au paiement, volontaire ou à défaut forcé. Le créancier dispose ainsi d'un intérêt personnel légalement protégé, qu'il pourra défendre, avec trois types d'actions.

Avec l'*action paulienne*, un créancier réclame l'inopposabilité d'un acte frauduleux. Si le créancier est menacé par un débiteur qui cherche à organiser son insolvabilité, en contractant avec un complice, la vente à vil prix de l'immeuble faite au complice lui sera inopposable.

Avec l'*action oblique*, un créancier réclame la bonne exécution d'une prestation par un débiteur. Si le créancier de l'obligation (bailleur, par ailleurs emprunteur) obtient le versement du loyer par son débiteur (locataire), il sera en mesure de rembourser son emprunt (envers le banquier, créancier du créancier). La négligence à percevoir un actif permettra au créancier de reconstituer l'actif du débiteur intermédiaire, lorsque ce dernier menace de ne pas être en mesure de payer ses dettes.

Avec l'*action directe*, un créancier obtient le profit de l'exécution correcte d'une prestation par le débiteur final. Si le créancier (alimentaire) n'est pas payé par le débiteur d'aliments (par ailleurs salarié), le premier pourra réclamer directement paiement à l'employeur de son débiteur. La prestation due par le débiteur final ne transite pas par le patrimoine intermédiaire du débiteur.

¹ Art. 1341 c. civ. : « Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi. »

En régime général des obligations, les actions ouvertes au créancier ont donc pour but de protéger le créancier, quand son débiteur réalise des actes qui menacent de conduire à un impayé : l'action paulienne (I) affecte l'acte juridique (inopposable), tandis que l'action oblique (II) et l'action directe (III) portent sur le fait de l'exécution de la prestation.

(451- à 454. : réservés)

I/ L'action paulienne : l'inopposabilité de l'acte frauduleux

455. L'action paulienne (art. 1341-2 c. civ.¹) permet à un créancier, qui risque d'être lésé par l'exécution d'un contrat frauduleux, de se prévaloir de l'inopposabilité, lorsqu'une partie (débiteur intermédiaire) organise son insolvabilité. Selon l'article 1341-2 c. civ. : « Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude. »

Les conditions de l'action paulienne (1) ont pour objet d'établir la fraude commise par le débiteur qui cherche à organiser son insolvabilité. L'effet de l'action paulienne conduira à établir une inopposabilité (2) grâce à laquelle le complice du débiteur risque d'assumer le risque d'insolvabilité du débiteur.

1/ Les conditions de l'action paulienne : l'organisation d'une insolvabilité

456. Les trois conditions de l'action paulienne ont pour fonction de protéger le créancier lésé par un acte frauduleux commis par le débiteur (a) ; le créancier doit également démontrer une fraude commise par le débiteur (b) et la complicité de son cocontractant (c).

a/ L'intérêt à agir du créancier : un créancier menacé par l'insolvabilité de son débiteur

457. L'intérêt à agir du créancier, conformément au droit commun de l'action en justice, sera établi quand il dispose d'une créance certaine², proche de l'exigibilité, envers un débiteur menaçant d'être insolvable.

¹ Art. 1341-2 c. civ. : « Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude. » Anc. art. 1167c. civ. (1804) : « Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. »

² Civ. 1^{ère}, 16 mai 2013, n°12-13.637 (exigence d'une créance certaine).

Le *principe de la créance* (formulation jurisprudentielle) doit être acquis avant que l'acte contesté ne soit commis. Tel sera le cas avec la caution, dont le principe de la dette est acquis (sans avoir à attendre la défaillance du débiteur) : si la caution s'appauvrit alors, afin de ne pas être en mesure de payer le créancier, ce dernier pourra attaquer les actes de la caution¹. La créance est acquise dans son principe, même si elle est, en l'état actuel des choses, purement éventuelle.

Il faut également que le débiteur *risque d'être insolvable* : si, à l'évidence, le débiteur est solvable, tout en réalisant une gestion déficitaire, les intérêts de ses créanciers ne sont pas menacés. Le débiteur, pour contester l'action paulienne, établira « qu'il dispose de biens suffisants pour répondre de son engagement » (Civ. 1^{ère}, 5 juill. 2005²). La jurisprudence n'exige pas une insolvabilité prouvée, mais une simple menace de difficulté de paiements³.

L'intérêt à agir du créancier est une condition préalable de l'action paulienne. Elle sera établie quand le débiteur menace d'être insolvable.

b/ La fraude commise par le débiteur : l'intention d'organiser son insolvabilité

458. La **fraude commise par le débiteur** sera établie quand le créancier prouve que son débiteur a l'intention d'organiser son insolvabilité, afin de ne pas payer un de ses créanciers. Cette fraude suppose la réunion d'un élément matériel (permettant d'identifier un comportement objectif du débiteur) et d'un élément intentionnel (montrant que le débiteur cherche à échapper au paiement de ses dettes).

459. L'**élément matériel** de la fraude paulienne sera établi quand le débiteur modifie la consistance de son patrimoine, afin d'empêcher ses créanciers d'appréhender un actif saisissable. La gestion du débiteur sera donc anormale. Toute la difficulté consistera donc à distinguer une gestion normale et déficitaire (qui n'est pas sujette à reproche : les actifs du débiteur disparaissent progressivement, parce qu'il sombre dans l'insolvabilité) et la gestion anormale et frauduleuse (sujette à reproche).

La *gestion anormale* sera établie en présence de contrats déséquilibrés ou de cession d'actifs qui permettront de dissimuler la contrepartie (à savoir le prix).

¹ Civ. 3^e, 8 décembre 2021, n°20-18.432, Bull. (la caution effectue une donation de la nue-propiété de son immeuble d'habitation au profit de ses enfants) ; Com., 12 juillet 1994, Bull. n°260 ; Civ. 1^{ère}, 13 avril 1988, Bull. n°91 ;

² Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2005, n° 02-18722, Bull.

³ Civ. 3^e, 6 oct. 2004, n° 03-15392, D. 2004, p. 3098 à 3101, note G. Kessler : « l'action paulienne est recevable, même si le débiteur n'est pas insolvable ».

- L'appauvrissement direct du débiteur résulte d'un contrat déséquilibré (vente effectuée à vil prix, donation-partage de la nue-propiété d'un immeuble ...). Il s'agit d'enrichir un tiers, souvent un prête-nom : l'immeuble sera vendu à l'épouse (séparée de biens) ou la donation-partage effectuée à l'un des enfants ; le partage allouera une part réduite au débiteur et une part accrue à son complice (art. 882 c. civ.¹) ; le loyer consenti à prix modique conduira le locataire à un « renvoi d'ascenseur » (en présence notamment d'une contre-lettre majorant le loyer, payable en espèces), lorsque le temps de la procédure collective viendra pour le débiteur.
- La distribution de dividendes, alors même que la société est déficitaire et fera l'objet d'une liquidation judiciaire (en raison de insolvabilité), relève d'une gestion frauduleuse parce que le patrimoine de la société sera amputé d'un actif, au profit des actionnaires (Com., 8 mars 2023²).
- La cession d'actifs effectuée à prix normal relèvera également d'une gestion anormale quand elle a pour but de rendre un actif (nécessaire à l'activité du débiteur) liquide ou difficile à saisir³. Une somme d'argent sera plus aisée à dissimuler qu'un fonds de commerce. Selon Com., 1^{er} mars 1994⁴, « le créancier dispose de l'action paulienne lorsque la cession, bien que consentie au prix normal, a pour effet de faire échapper un bien à ses poursuites, en le remplaçant par des fonds plus aisés à dissimuler et en tout cas plus difficiles à appréhender ». Par la modification de son patrimoine, le débiteur réduit les chances de paiement du créancier. En réalité, la jurisprudence retient un élément préparatoire dans le chemin de la fraude (iter criminis, en droit pénal) : c'est une mesure de prévention.

¹ Art. 882 c. civ. : « Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence : ils ont le droit d'y intervenir à leurs frais ; mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée. »

² Com, 8 mars 2023, n°21-18.829, Bull. ; D. 2023 p.500 (distribution de dividendes ayant pour effet de priver le débiteur d'une somme d'argent, destinée à payer l'ensemble des créanciers) : « Le liquidateur, qui représente l'intérêt collectif des créanciers (...) a qualité pour exercer l'action paulienne contre un acte frauduleux ayant eu pour effet de soustraire un bien du patrimoine du débiteur soumis à la liquidation judiciaire et de réduire ainsi le gage commun des créanciers, y compris lorsque la répartition des dividendes profite exclusivement à certains d'entre eux. »

³ Civ. 3^e, 12 octobre 2005, n°03-12396, Bull. n°189 : (abstrat) « L'action paulienne peut être exercée par le créancier hypothécaire en dehors même de l'insolvabilité du débiteur dès lors que par l'acte frauduleux attaqué, ce dernier a réduit la valeur des biens grevés et par suite réduit l'efficacité de l'exercice de la sûreté. Tel est le cas de l'acte par lequel le débiteur fait apport à un tiers d'un immeuble grevé d'un privilège de prêteur de deniers et d'une hypothèque conventionnelle en se réservant un droit viager d'usage et d'habitation. »

⁴ Com., 1^{er} mars 1994, n°92-15.425, Bull. n°81 (demande du trésorier principal de Montrouge tendant à ce que lui soit déclarée inopposable comme faite en fraude de ses droits la cession consentie par le gérant de la société Hôtel café des sports à son épouse) : « le créancier dispose de l'action paulienne lorsque la cession, bien que consentie au prix normal, a pour effet de faire échapper un bien à ses poursuites en le remplaçant par des fonds plus aisés à dissimuler et, en tout cas, plus difficiles à appréhender ; qu'en énonçant d'abord que la société dont M. X... était le gérant avait favorisé sciemment l'évasion du seul élément d'actif garantissant la créance fiscale en y substituant une somme d'argent facile à dissimuler, puis que Mme X... ne pouvait avoir ignoré la fraude commise par son mari, ayant été nécessairement consciente de l'opération et des fins poursuivies ».

En revanche, lorsque la gestion du débiteur reste *normale*, l'élément matériel de l'action paulienne ne sera pas établi.

- Le débiteur cède un actif et l'affecte au paiement de certains de ses créanciers.
- Le débiteur effectue des paiements par des procédés anormaux (par dation en paiement¹, échange) : en droit des procédures collectives, les paiements effectués pendant la période dite suspecte, seront éventuellement annulés, mais ces paiements ne sont pas frauduleux.

La *gestion objectivement anormale* du débiteur permettra d'établir l'élément matériel de l'action paulienne, parce que ce débiteur, menacé par la faillite, se met à conclure un contrat déséquilibré ou à chercher à liquider un patrimoine professionnel sans raison apparente.

460. L'élément intentionnel a spécifiquement pour but d'établir la fraude commise par le débiteur, qui cherche à organiser son insolvabilité. Ce cadre civil déborde largement le délit pénal (limité à l'organisation de son insolvabilité à la suite d'une condamnation judiciaire devenue définitive²). En régime général des obligations, l'élément intentionnel³ sera suffisamment établi quand un débiteur cherche à céder le seul actif saisissable de son patrimoine, alors que le trésor public intente des poursuites (suite à un redressement fiscal).

En droit civil, la fraude correspond classiquement à une faute intentionnelle commise au détriment du créancier. Le plus souvent, il s'agit de préserver une ressource. Le débiteur menacé par la faillite cherche à préserver ses conditions futures d'existence, en réalisant un acte qui a pour effet de porter préjudice au créancier (en cachant une somme d'argent qu'un tiers reversera discrètement). La jurisprudence adopte ainsi de l'intention du débiteur une conception extensive : il suffit d'avoir *conscience de porter préjudice au créancier* (faute volontaire), sans exiger une intention de nuire (Civ. 1^{ère}, 14 fév. 1995⁴). L'acte est préjudiciable à son créancier.

L'élément intentionnel suppose donc de viser un acte juridique, c-à-d. une décision du débiteur par laquelle son patrimoine s'en trouve substantiellement modifié.

¹ Civ. 1^{ère}, 19 janvier 1977, Bull. n° 34

² Par ex. : Crim., 17 février 2016, n°14-86.969, Bull. ; Gaz. Pal. 2016, n°16, p. 63, note Stéphane Detraz : « Le délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité n'est caractérisé que lorsque l'intéressé a commis les faits dans le but de se soustraire à l'exécution d'une condamnation patrimoniale définitive, même postérieure aux agissements incriminés. »

³ Civ. 3^e, 12 nov. 2020, n°19-17.156, D. 2020. 2287 (dissimulation de l'adresse par le débiteur afin que les créanciers n'aient pas connaissance de la publication de la cession des actions).

⁴ Civ. 1^{ère}, 14 fév. 1995, Bull. n°79. Adde : Civ. 1^{ère}, 13 janv. 1993, Bull. n°5 ; Defrénois 1993, art. 35663, n°130, obs. J.-L. Aubert.

461. La fraude commise par le débiteur sera donc établie en présence d'une gestion anormale effectuée par un débiteur menacé de faillite ou par les poursuites d'un créancier. L'élément intentionnel explique le comportement objectif (élément matériel), mais il faudra être en présence d'un acte juridique.

c/ La complicité du cocontractant

462. La complicité du cocontractant est la troisième condition posée par l'article 1341-2 c. civ.¹ : « à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude. » Cette complicité du cocontractant sera spécifiquement sanctionnée (infra : il assumera le risque d'insolvabilité du contractant frauduleux).

La complicité du tiers est exigée dans les actes « faits à titre onéreux »². Dans les actes faits *à titre gratuit*, peu importe que le tiers ait ou non connaissance du mobile illicite du donateur : le but illicite d'une donation rend l'acte précaire, et le bénéficiaire doit le savoir³.

Dans les actes à titre onéreux, la complicité du tiers signifie qu'il doit avoir *connaissance de la fraude*. Le tiers sait que son cocontractant cherche à faire disparaître un actif de son patrimoine, afin d'éviter une saisie ou de cacher une ressource. Techniquement, il existe une différence entre l'annulation du contrat pour but illicite (art. 1162 c. civ.⁴), même inconnu du cocontractant⁵, et l'action paulienne, qui exige la preuve spécifique de la connaissance du tiers. Cette solution surprend au premier abord : pourquoi l'exercice de l'action paulienne, conduisant à une sanction (apparemment) moindre (l'inopposabilité), est-il soumis à des conditions plus restrictives que le but illicite (permettant l'annulation du contrat) ? En réalité, l'analyse de la sanction montre qu'il ne s'agit pas d'une malfaçon.

463. Par ses conditions, l'action paulienne apparaît comme un délit civil. Elle est recevable quand le créancier risque d'être confronté à un débiteur insolvable. Il pourra alors contester l'acte par

¹ Art. 1341-2 c. civ. : « Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude. »

² Art. 1107 c. civ. : « Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure.

« Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie. »

³ Civ. 1^{ère}, 23 avril 1981, Bull. n° 81.

⁴ Art. 1162 c. civ. : « 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. »

⁵ La cause (illicite) n'a plus à être connue du cocontractant depuis Civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, n° 96-14359, Bull. n° 285 ; D. 1998, p.563, conc. Sainte-Rose ; D. 1999, p.237, note Olivier Tournafond ; Gaz. Pal., 6 avril 2000, n° 97, p. 26, note François Chabas : « un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale même lorsque l'autre partie n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat »

lequel son débiteur s'appauvrit ou rend son patrimoine liquide, en présence d'une gestion anormale, laquelle permet d'établir l'élément intentionnel. En outre, la complicité du tiers est requise (en présence d'un contrat conclu à titre onéreux). Le délit civil produira alors son effet.

2/ L'effet de l'action paulienne : l'inopposabilité combinée à l'opposabilité

464. L'effet de l'action paulienne est l'inopposabilité de l'acte envers le créancier agissant. Envers les autres créanciers impayés, l'acte demeure opposable. La combinaison entre ces deux techniques produit un effet indirect : le tiers complice devra assumer le risque d'insolvabilité de son cocontractant. Les effets de l'action paulienne seront alors nettement plus intenses que ceux de l'annulation.

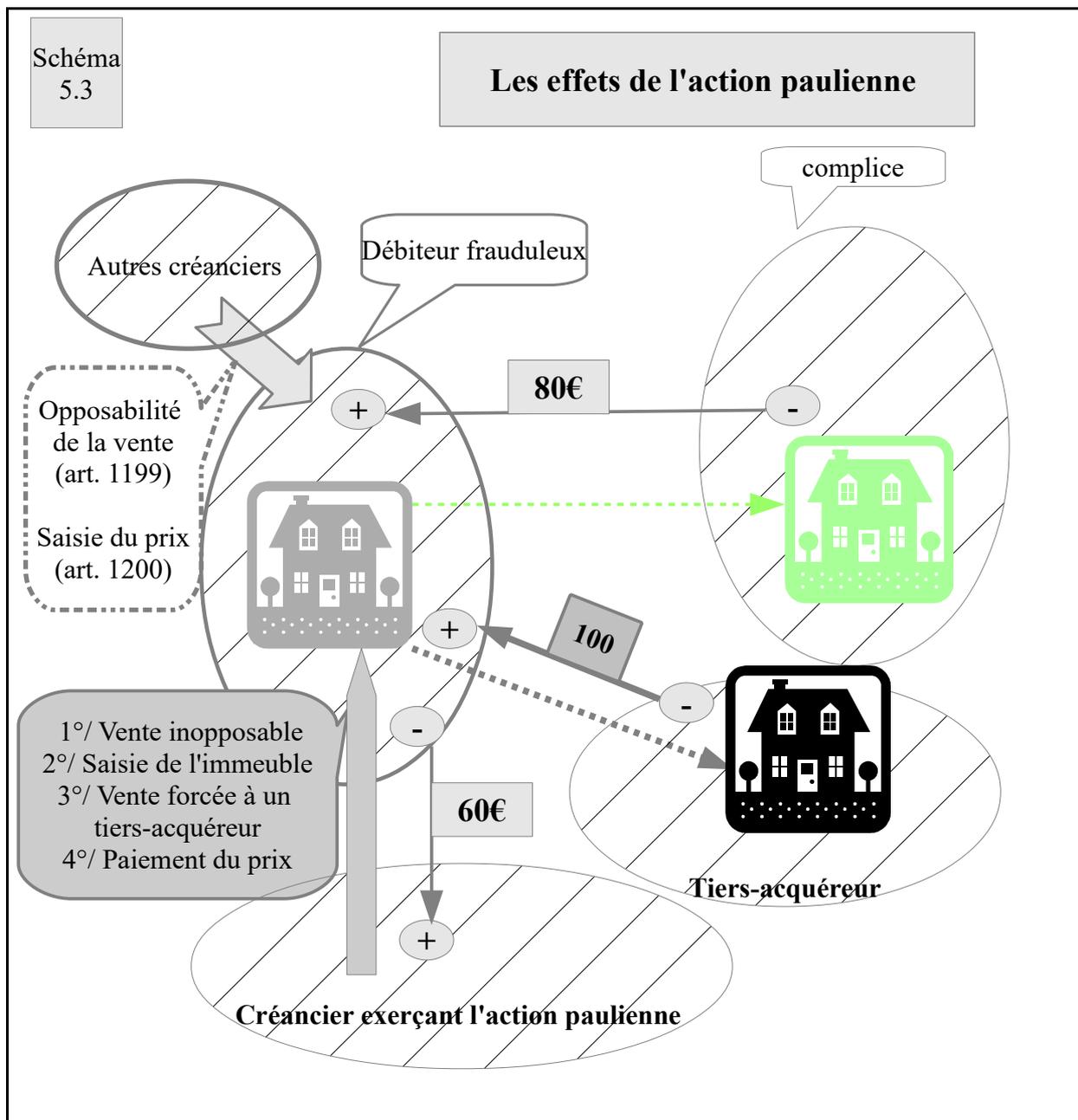
Envers le *créancier exerçant l'action paulienne*, l'inopposabilité signifie que la vente (acte substantiellement non respectable) conclue par le contractant frauduleux avec son complice ne produit aucun effet.

- Aux yeux du créancier, l'immeuble prétendument vendu (80) est demeuré la propriété de son débiteur. Il pourra donc le saisir¹. L'acquéreur complice est évincé : il perd la propriété de l'immeuble.
- L'immeuble (saisi) sera vendu aux enchères. Un tiers-acquéreur en deviendra officiellement seul et unique propriétaire². Il devra verser le prix d'acquisition (100) au débiteur frauduleux : le prix sera consigné (schéma 5.3).
- Le créancier (impayé) exerçant l'action paulienne fera alors saisir le montant qui lui est dû (60€) : le solde (40€) sera versé au débiteur.

L'inopposabilité de la vente frauduleuse produit ainsi un effet direct : le créancier sera le seul à pouvoir se faire payer sur la vente forcée de l'immeuble (sans avoir à partager avec les autres créanciers impayés du débiteur, lesquels n'ont pas exercé l'action paulienne).

¹ Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2005, n° 02-18298, Bull., : « le prononcé de l'inopposabilité des droits consentis par fraude sur un bien permet au créancier de poursuivre la vente forcée du bien de celui-ci libre de ces droits ». Le créancier agissant n'est pas soumis à la suspension des poursuites lorsque le débiteur professionnel fait l'objet d'une procédure collective (Com., 2 nov. 2005, n°04-16232).

² Civ. 3^e, 20 mars 1996, n°94-14665 ; Bull. n° 71 (le créancier exerçant l'action paulienne fait vendre l'immeuble de son débiteur : le bail à long terme conclu par son débiteur lui est inopposable ; il l'est également envers le tiers-acquéreur de l'immeuble).



Envers les autres créanciers impayés du débiteur frauduleux, l'acte frauduleux leur demeure opposable. À leurs yeux, leur débiteur (vendeur) a véritablement vendu. Ils pourront donc saisir le prix de vente (80) versé ou à verser par l'acquéreur complice.

Le résultat final est donc le suivant :

- Le créancier exerçant l'action paulienne sera payé sur la valeur de l'immeuble, réputé non vendu¹. Le prix versé ou à verser par le tiers-acquéreur (seul propriétaire officiel de l'immeuble) sera consigné et attribué au créancier exerçant l'action paulienne.
- Les autres créanciers (y compris le créancier exerçant l'action paulienne ?) se partageront l'actif du débiteur frauduleux, en y incluant le prix versé ou à verser par l'acquéreur complice.
- Le contractant complice (évincé de l'immeuble vendu) cherchera à récupérer le prix qu'il a versé ou doit verser. Il devra agir, sur le fondement de l'enrichissement injustifié, contre le débiteur frauduleux. Tant que ce dernier ne l'aura pas remboursé, le complice évincé restera associé à la fraude commise.

L'effet relatif de l'inopposabilité (de la vente immobilière) combiné à l'effet relatif produit par l'exécution de la prestation (paiement du prix par le complice) profite à l'ensemble des créanciers du débiteur frauduleux. Ce résultat s'explique : le tiers complice est devenu garant de la solvabilité du débiteur frauduleux.

(465- à 468. : réservés)

469. L'inopposabilité est donc une **sanction intense**, grâce à la géométrie variable de l'effet relatif. Le contractant complice sera associé à l'insolvabilité que le débiteur cherchait à organiser, à hauteur du montant de la fraude.

Ce résultat est nettement plus favorable aux créanciers du débiteur frauduleux que celui produit, en droit des procédures collectives, la nullité du paiement effectué pendant la période suspecte. Ce dernier n'est pas une punition : c'est uniquement un paiement invalide. Le créancier qui croyait être payé en acceptant une dation en paiement rend la chose : il redevient créancier d'un débiteur probablement insolvable. Mais il n'est pas associé à l'insolvabilité de ce débiteur envers les autres créanciers.

Bien employée, l'inopposabilité est une technique grâce à laquelle le cocontractant complice est contraint d'assumer, pour le montant de la fraude, le risque d'insolvabilité du débiteur frauduleux.

¹ Civ. 3^e, 9 mars 1994, Bull. n°43 ; JCP 1994.I.3781, n°9 et 10, obs. C. Jamin : vente d'immeuble, avec inscription du privilège [devenu hypothèque légale en 2021] de prêteur de deniers.

II/ L'action oblique : la négligence à récupérer un actif dormant

470. L'**action oblique** (art. 1341-1 c. civ.¹) permet au créancier de reconstituer l'actif de son débiteur, lorsque ce dernier omet de réclamer paiement d'une créance détenue sur un tiers. Selon l'article 1341-1 c. civ. : « Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne. » Si le tiers est tenu d'exécuter sa prestation au profit de son créancier, ce dernier sera alors lui-même en mesure de payer ses dettes à ses propres créanciers.

Les *conditions* posées à l'exercice de l'action oblique ont essentiellement pour but d'établir l'intérêt légitime du créancier. Il risque d'être confronté à un débiteur insolvable (« *la carence ... compromet les droits de son créancier* »). Des créances dormantes existent : le débiteur omet de réclamer paiement de ce que les autres lui doivent.

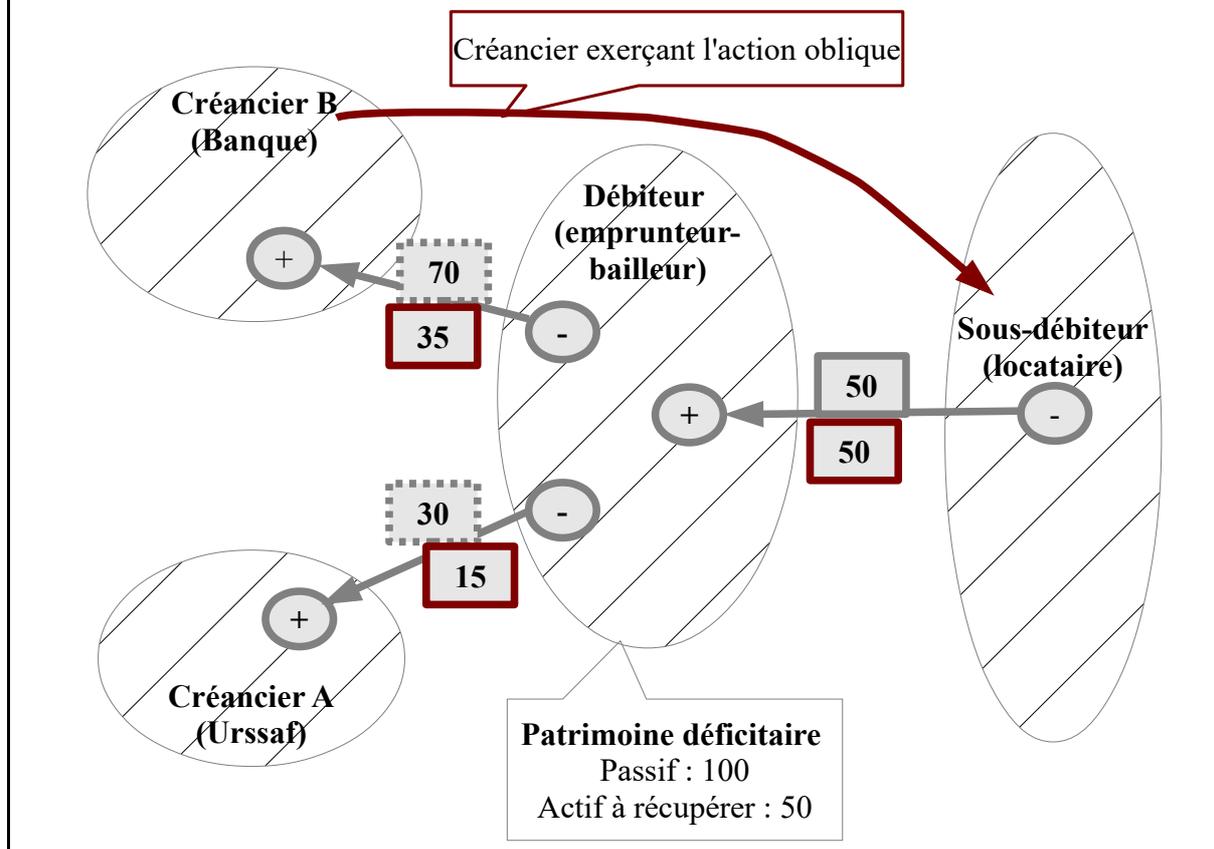
Les *effets* de l'action oblique conduisent à autoriser le créancier à s'occuper des affaires de son débiteur. Agissant aux lieu et place de la partie négligente² (« exercer pour le compte de son débiteur »), le créancier récupère au nom et pour le compte de son débiteur (représentation légale) un actif dont le produit permettra de payer tous les créanciers impayés³ (principe de l'égalité entre les créanciers).

L'action oblique permet à un créancier de s'ingérer dans les affaires de son débiteur quand ce dernier risque de ne pas être en mesure de payer ses dettes, alors qu'il dispose d'un actif dormant (schéma 5.5). L'intérêt du créancier est de sauvegarder son droit d'être payé (techniquement : son droit de gage général). Les conditions posées (1) encadrent cette ingérence ; les effets de l'action (2) sont proches de la représentation légale du débiteur.

¹ Art. 1341-1 c. civ. : « Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne. »

² Le Trésor public réclame des impôts à un bailleur, lequel ne perçoit pas les loyers de son locataire. Le Trésor public va donc imposer au locataire de payer ce qu'il doit au bailleur, lequel, enrichi, va donc pouvoir s'acquitter de ses impôts.

³ Solution que prévoit explicitement le droit des successions : selon l'art.779 (issu de la loi du 23 juin 2006 ; anc. art. 788 c. civ.), l'héritier renonçant à une succession ne peut pas nuire à ses propres créanciers, lesquels peuvent donc « se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place ». L'alinéa second précise : « L'acceptation n'a lieu qu'en faveur de ces créanciers, et jusqu'à concurrence de leurs créances. Elle ne produit pas d'autre effet à l'égard de l'héritier. »



1/ Les conditions d'exercice de l'action oblique

471. Les conditions d'exercice de l'action oblique sont ont pour objet de limiter l'intrusion du créancier à ce qui est nécessaire. En présence d'un débiteur (bailleur qui omet de récupérer un loyer, alors qu'il ne rembourse pas son emprunt), un de ses créanciers (banque à qui l'emprunt doit être remboursé) pourra s'ingérer dans les affaires de son débiteur en respectant trois conditions cumulatives : le débiteur dispose d'une valeur patrimoniale devrait figurer dans son patrimoine ; le débiteur omet de la récupérer ; le créancier voit ses droits compromis par cette carence.

La première condition imposera au créancier d'établir son *intérêt à agir*, en l'occurrence à s'immiscer dans les affaires de son débiteur. Le créancier est confronté à un débiteur dont le patrimoine est déficitaire : il risque de ne pas être en mesure de payer sa dette à échéance. Selon l'article 1341-1 c. civ., « (...) la carence du débiteur (...) compromet les droits de son créancier

(...) ». Le créancier doit disposer d'une créance certaine, liquide et exigible (au moins dans un avenir proche).

La deuxième condition impose d'établir que le débiteur dispose d'une *valeur patrimoniale* qui devrait figurer dans son patrimoine du débiteur. L'article 1341-1 impose une restriction : seuls les « droits et action à caractère patrimonial », par opposition à « ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne », entrent dans le cadre de l'action oblique.

- La notion de « droits et actions à caractère patrimonial » est large et englobe à la fois les créances détenues sur les tiers (ce qui permet au débiteur de s'enrichir), ainsi que les actions permettant au débiteur de ne pas s'appauvrir :
- premièrement, les actions permettant au débiteur de s'accroître son actif englobent les créances (action en réparation d'un dommage matériel ; contrepartie dans un contrat synallagmatique), ainsi que l'arrêt du cours des prescriptions extinctives. Le créancier exerçant l'action oblique pourra également contester des renonciations du débiteur à un usufruit (art. 622 c. civ.¹) ou à une succession bénéficiaire (art. 779 c. civ.²). Le créancier pourra invoquer la prescription acquisitive (art. 2253 c. civ.³), afin que le débiteur devienne propriétaire d'un bien.
- deuxièmement, les actions permettant au débiteur de réduire son passif englobent la prescription extinctive opposée par le créancier à une action en paiement dirigée par un autre créancier contre le débiteur (art. 2253 c. civ.⁴). Si le débiteur doit un loyer vieux de plus de cinq ans à son bailleur (lui-même créancier potentiel), le créancier du débiteur a intérêt à réduire son passif.
- Les *droits et action à caractère personnel sont exclus* de l'action oblique. L'article 1341-1 c. civ.⁵ parle de droits et actions « qui sont exclusivement rattachés à sa personne », même quand l'action possède une répercussion patrimoniale : action en divorce (qui

¹ Art. 622 c. civ. : « Les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice. »

² Art. 779 c. civ. : « Les créanciers personnels de celui qui s'abstient d'accepter une succession ou qui renonce à une succession au préjudice de leurs droits peuvent être autorisés en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place. « L'acceptation n'a lieu qu'en faveur de ces créanciers et jusqu'à concurrence de leurs créances. Elle ne produit pas d'autre effet à l'égard de l'héritier. »

³ Art. 2253 c. civ. : « Les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer ou l'invoquer lors même que le débiteur y renonce. »

⁴ Art. 2253 c. civ. : « Les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce ».

⁵ Art. 1341-1 c. civ. : « Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne. »

permettrait l'octroi d'une prestation compensatoire au conjoint du débiteur¹), action en réparation d'un dommage corporel ou moral². La notion d'obligation personnelle est différente de l'obligation strictement personnelle (intransmissible aux héritiers) : les droits et actions personnels (avec leurs effets patrimoniaux) sont transmis aux héritiers, mais les créanciers ne peuvent pas l'intenter à la place du débiteur.

La troisième condition impose d'établir que le débiteur est *négligent* dans la gestion de son patrimoine.

- Cette négligence sera établie de manière informelle : il n'est pas nécessaire de mettre le débiteur en demeure de réagir pour récupérer un actif³. Sa négligence sera établie quand un tiers occupe un immeuble et risque d'usucaper : le créancier exercera alors l'action en revendication au nom du débiteur et pour son compte.
- En revanche, si le débiteur réclame paiement, il reprend la main et cesse d'être négligent⁴. L'action oblique ne peut alors plus être exercée.

Les conditions de l'action oblique seront donc respectées quand le créancier cherche donc à récupérer une valeur patrimoniale ou à extraire une charge du patrimoine de son débiteur négligent, afin de limiter son insolvabilité probable.

(472- à 474. : réservés)

2/ Les effets de l'action oblique : une représentation légale

475. Les effets de l'action oblique reposent sur l'idée de représentation légale. Le créancier qui exerce l'action oblique n'agit pas en son nom personnel, mais au nom de son débiteur (« pour le compte »). Cette représentation produit deux grandes conséquences.

Premièrement, le débiteur représenté est censé exercer l'action en tant que demandeur. Le défendeur à l'action (sous-débiteur, c-à-d. le débiteur final) doit considérer qu'il est actionné par son propre

¹ Com., 16 janvier 2019, n° 17-16.334, Bull. ; JCP G 2019, chron. 215, spéc. n° 5, note Hubert Bosse-Platière ; JCP N 2019, Act., 233, note Stéphane Piédelièvre : (abstrat) l'action en divorce est une « action attachée à la personne, qui inclut la fixation de la prestation compensatoire mise à sa charge ». Le créancier peut faire tierce opposition, quand il « entend rendre inopposable [...] l'abandon en pleine propriété d'un bien propre appartenant au débiteur décidé par le juge du divorce à titre de prestation compensatoire ».

² Com., 17 avril 2019, n° 17-18.688, Bull. ; Rev. sociétés 2019, p. 422, note Laurence Caroline Henry ; RLDaff. 2019, n° 6731, p. 12 : (abstrat) « L'action en réparation de préjudices corporels résultant du déficit fonctionnel temporaire, des souffrances endurées, du déficit fonctionnel permanent et du préjudice d'agrément d'un débiteur en liquidation judiciaire est une action attachée à sa personne, que lui seul peut exercer. »

³ Req., 8 juillet 1901, D. 1901.1.408 ; S. 1902.1.113 note Lyon-Caen.

⁴ Civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, n°02-21.011, D. 2005.IR.1176 : dès lors que le débiteur effectue des diligences pour réclamer son dû, son créancier ne peut exercer l'action oblique.

créancier : toute *exception, personnelle ou inhérente à la dette*, peut être opposée par le sous-débiteur.

Deuxièmement, l'action oblique donne lieu à un *paiement collectif*.

- Le créancier qui a exercé l'action oblique et a exposé des frais pour son action pourra en obtenir remboursement grâce à un privilège (frais de justice¹). Les frais seront imputés sur le produit récolté grâce à l'action oblique.
- Le créancier exerçant l'action oblique demeure soumis à l'égalité entre les créanciers, ce qui signifie que le profit de l'action oblique (déduction faite des frais : supra) sera partagé entre tous les créanciers. L'assiette de leur droit de gage général sera collectivement restaurée.

(476- à 478. : réservés)

479. L'**action oblique** permet ainsi à un créancier de préserver son droit de gage général, afin d'accroître ses chances de paiement, quand il est confronté à un débiteur négligent et probablement insolvable.

L'intérêt du créancier est doublement établi : il s'agit aussi bien de reconstituer l'actif de son débiteur (en lui permettant de s'enrichir : en évitant une prescription extinctive), que de réduire son passif (afin qu'il ne s'appauvrisse pas davantage : une prescription extinctive sera invoquée).

Cette action produit un effet collectif, pour l'ensemble des créanciers : la représentation (du débiteur) s'explique par l'égalité entre les créanciers, qui ont vocation à se partager l'actif du débiteur insolvable.

III/ L'action directe en paiement

480. L'**action directe en paiement** prévue à l'article 1341-3 c. civ.² permet à un créancier de réclamer directement une prestation, sans qu'elle ne transite par le patrimoine du débiteur intermédiaire, contre lequel le créancier devrait normalement agir. Selon l'article 1341-3 c. civ. : « Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur. » Normalement, le sous-traitant est payé par l'entrepreneur avec lequel il a contracté : il disposera d'une action directe quand il peut réclamer paiement au maître de

¹ *Droit des sûretés*, n°534 et 534-1

² Art. 1341-3 c. civ. : « Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur. »

l'ouvrage (client). À la différence de l'action oblique, la somme due par le tiers ne transite pas par le patrimoine du débiteur intermédiaire : le sous-créancier échappe alors au risque d'impayé du débiteur intermédiaire.

Avec l'action directe, le créancier exerce l'action en paiement en son nom personnel et pour son seul profit. Telle qu'elle est réglementée par l'article 1341-3 c. civ., l'action directe est spéciale : un texte doit servir de support à ces « cas déterminés par la loi ». En effet, l'action directe peut avoir pour effet d'octroyer au créancier un droit prioritaire au paiement (permettant au créancier d'échapper au risque d'insolvabilité de son débiteur). Cette solution est contraire à la logique qui prévaut en régime général des obligations : il n'est normalement question que du droit (commun) du paiement, c-à-d. d'une prérogative reconnue à tout créancier. Le caractère spécial des actions directes est donc problématique.

Intégrée au régime général des obligations en 2016, l'action directe ne produit toutefois pas nécessairement une rupture à l'égalité entre les créanciers : l'action directe peut simplement avoir pour fonction d'octroyer au créancier un paiement rapide. Mais, effectivement, lorsque le débiteur est insolvable, l'évitement de son patrimoine garantit surtout au créancier un paiement intégral.

L'action directe est ainsi spéciale (« Dans les cas déterminés par la loi » : art. 1341-3 c. civ.) (1) et produit son effet (2) quand le paiement ne transite pas par le patrimoine intermédiaire.

480-1. Selon le rapport remis au président de la République, « L'atteinte portée par les actions directes en paiement contre le débiteur de son débiteur, à l'effet relatif des conventions et au principe d'égalité des créanciers, par dérogation au droit commun, justifie qu'elles ne puissent résulter que d'une disposition légale. Ce texte n'est toutefois relatif qu'aux actions directes en paiement et ne concerne pas les actions directes en responsabilité ou en garantie, de sorte que les solutions jurisprudentielles actuelles, notamment sur les chaînes translatives de propriété, ne sont pas affectées par ce texte. » Contrairement à ce que suggère le rapport, l'action directe en responsabilité sera exercée afin d'obtenir une indemnisation, donc un paiement ; l'action directe ne porte pas nécessairement atteinte à l'égalité entre les créanciers.

1/ Les cas légalement prévus : la double fonction du paiement direct

481. Les **cas légalement prévus** d'action directe permettent d'identifier deux types de bénéficiaires, à savoir des créanciers qui peuvent réclamer paiement à un autre que leur débiteur normal.

- Soit le créancier réclamera paiement à un tiers qui est le véritable débiteur final.

- Soit le créancier exerce l'action directe contre un tiers qui n'est pas son véritable débiteur : ce tiers jouera un rôle de garant en cas d'impayé du véritable débiteur.

La première catégorie d'action directe permet au créancier d'agir directement *contre le véritable débiteur*. Le client agit directement contre le sous-traitant, responsable du vice de construction de l'immeuble ou contre le fabricant de la pièce incorporée. Normalement, la victime agit contre son cocontractant, constructeur de l'immeuble ou fabricant du produit final (assemblé) mis sur le marché ; normalement, une action récursoire est ensuite exercée contre le véritable responsable, c-à-d. le véritable débiteur. Normalement, la prestation (ici, créance de réparation) transite par le patrimoine intermédiaire (entrepreneur, fabricant du produit fini), avant d'aboutir au créancier final. Le créancier qui exerce l'action directe veut obtenir un paiement rapide et simple, directement effectué par le débiteur final.

La seconde catégorie d'action directe permet au créancier de *réclamer paiement à un tiers, sous-débiteur*, lorsqu'il existe des obligations en chaînes. Le créancier alimentaire agit directement contre l'employeur du débiteur d'aliments. Normalement, l'employeur (sous-débiteur) doit payer le salaire à son salarié, lequel versera ensuite la pension alimentaire à l'enfant (créancier alimentaire). Le véritable débiteur est le débiteur d'aliments. L'action directe exercée contre l'employeur imposera à ce dernier de payer la pension alimentaire à l'enfant (créancier alimentaire), et versera le solde du salaire à son salarié. Cette action directe n'est pas une action oblique : la fraction du salaire destinée à payer la pension alimentaire ne transite pas par le patrimoine du débiteur.

Les actions directes légalement prévues remplissent donc différentes fonctions : soit il s'agit d'éviter une cascade de recours, en imposant le paiement du véritable débiteur final au créancier final (le débiteur intermédiaire n'est pas défaillant) ; soit il s'agit de prélever directement une ressource à la source (souvent parce que le débiteur véritable est défaillant).

a/ L'action directe contre le véritable débiteur final : un paiement simplifié

482. L'action directe contre le véritable débiteur final a pour fonction de réaliser un paiement simplifié, afin d'éviter une cascade de recours. Ici, la défaillance du débiteur intermédiaire n'est pas exigée ; l'action directe se développe dans un cadre collectif (fréquemment en présence de contrats interdépendants ou d'une chaîne de contrats). Au lieu que A réclame paiement à B, et que B réclame un remboursement de C, A est payé directement par C.

Contrairement à ce que suggère l'article 1341-3 c. civ.¹ (« Dans les cas déterminés par la loi (...) »), les actions directes ayant pour fonction de réclamer paiement au débiteur final n'ont pas toutes à être légalement prévues. La jurisprudence en adopte d'ailleurs une vision large.

- L'action en paiement du loyer exercée par le bailleur contre le sous-locataire (art. 1753 c. civ.²) suppose que ni le loyer, ni le sous-loyer n'ont été payés. Il s'agit pour le bailleur d'obtenir directement la prestation : si le loyer est de 100, le sous-loyer de 70, le bailleur réclamera 70 au sous-locataire.
- L'action directe du mandant contre son sous-mandataire (qui s'est substitué au mandataire pour l'exécution du mandat) est explicitement prévue par l'article 1994 al. 2 c. civ.³. Le mandant ne sera pas victime d'une représentation forcée par un mandataire opaque : pour obtenir une indemnisation en cas d'inexécution ou pour donner des instructions, le représenté, mandant, exercera son pouvoir contre le sous-mandataire. Réciproquement, la jurisprudence admet une action en remboursement de ses frais par le sous-mandataire contre le mandant⁴.
- L'action directe du tiers-acquéreur (propriétaire actuel de la maison affectée d'un vice de construction) contre le constructeur suit le mécanisme de l'obligation réelle (art. 1601-4 c. civ.⁵) (supra n°337).

¹ Art. 1341-3 c. civ. : « Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur. »

² Art. 1753 c. civ. : « Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation.

« Les paiements faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation. »

³ Art. 1994 c. civ. : « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1 ° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2 ° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable.

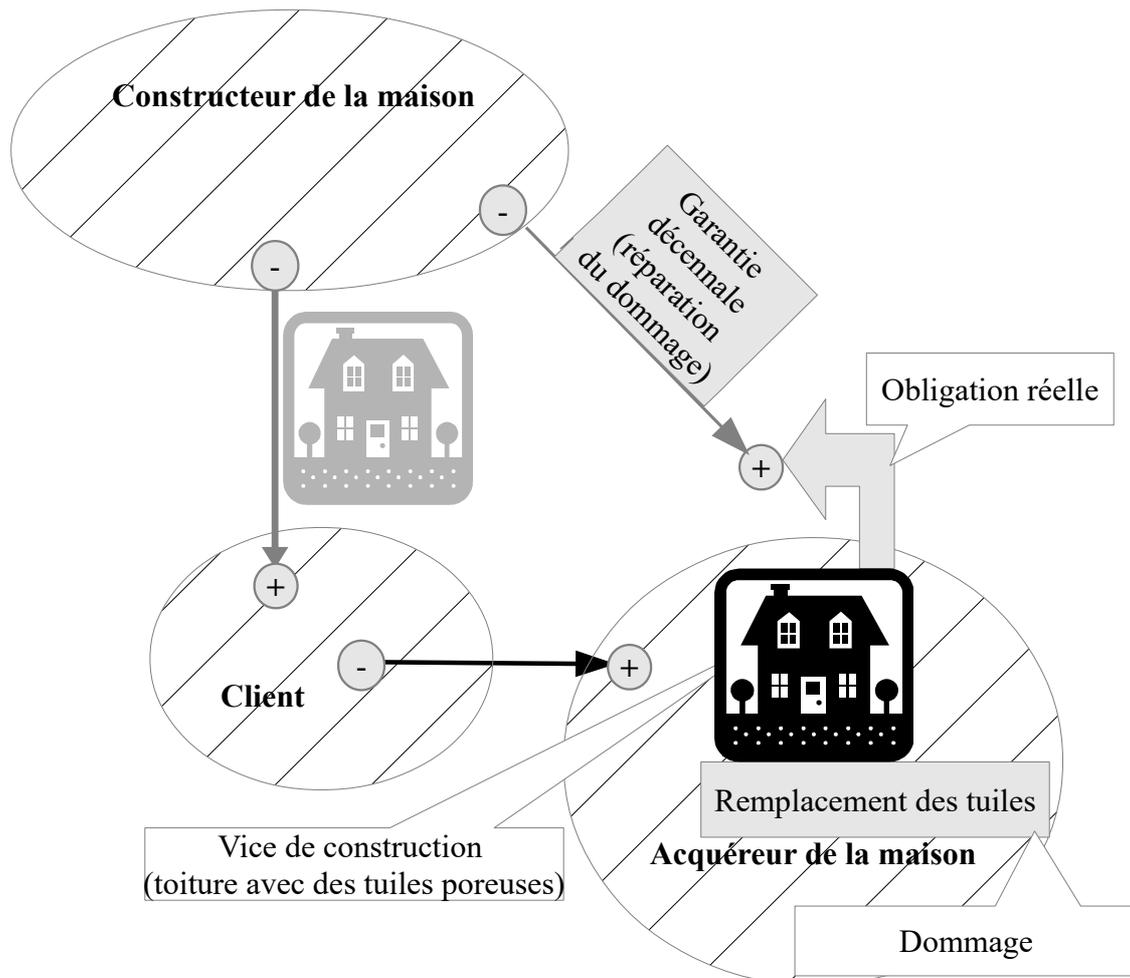
« Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 27 déc. 1960, RTD civ. 1961. 700 obs. Gérard Cornu.

⁵ Art. 1601-4 al. 1^{er} c. civ. : « La cession par l'acquéreur des droits qu'il tient d'une vente d'immeuble à construire substitue de plein droit le cessionnaire dans les obligations de l'acquéreur envers le vendeur. » Également, en présence d'un contrat de promotion immobilière : art. 1831-3 c. civ., « Si, avant l'achèvement du programme, le maître de l'ouvrage cède les droits qu'il a sur celui-ci, le cessionnaire lui est substitué de plein droit, activement et passivement, dans l'ensemble du contrat. »

Schéma
5.6

Action directe de l'acquéreur contre le constructeur :
obligation réelle



- L'action directe en remboursement est également prévue en présence d'un *indu à trois*, dans le cadre du paiement de l'indu (art. 1302-2 c. civ.¹). L'appauvri exerce une action transversale, directement contre l'enrichi final, sans passer par le patrimoine intermédiaire. L'assuré social reçoit un remboursement effectivement dû, mais d'un montant erroné, de la part de la sécurité sociale (qui rembourse 100 au lieu de 30), alors

¹ Art. 1302-2 c. civ. : « Celui qui par erreur ou sous la contrainte a acquitté la dette d'autrui peut agir en restitution contre le créancier. Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier, par suite du paiement, a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance.

« La restitution peut aussi être demandée à celui dont la dette a été acquittée par erreur. »

que la mutuelle devait rembourser 70. Au lieu d'obtenir une rétrocession de la part de l'assuré social, la sécurité sociale exercer une action directe contre la mutuelle (tenue à hauteur de 70 envers l'assuré). L'action directe est dirigée contre la mutuelle, débiteur final (supra, schéma 3.6). Cet indu à trois est légalement consacré dans certains cas de figure :

- si le créancier détruit son titre (en croyant ne plus en avoir besoin¹), le pseudo-débiteur pourra agir directement contre le véritable débiteur (enrichi final par le paiement de sa dette) : « Le remboursement peut aussi être demandé à celui dont la dette a été acquittée par erreur. » (art. 1302-2 al. 2 c. civ.), c-à-d. à l'enrichi final.
- Ce mécanisme s'applique également dans l'enrichissement injustifié (arrêt précurseur : Req., 15 juin 1892², affaire dite du "*marchand d'engrais*"). Selon Civ. 1^{ère}, 4 avril 2001³, l'assureur, appauvri par erreur⁴, a pu agir directement contre l'enrichi final (véritable débiteur), à savoir le constructeur, auteur d'une malfaçon. Le client, débiteur et créancier intermédiaire a ainsi pu conserver les sommes versées par erreur par l'assureur, et que le constructeur aurait dû payer.

En dehors du code civil, l'action directe est également spécialement prévue en *droit des assurances*⁵. La victime d'un dommage causé par un responsable assuré dispose d'une action directe contre l'assureur du responsable (art. 124-3 c. assu.⁶). La victime invoque l'exécution correcte, à son profit, du contrat d'assurance-responsabilité, par lequel l'assureur reconnaît devoir

¹ Désormais dépourvu de titre contre son véritable débiteur, le créancier risque d'échouer à obtenir paiement (faute de preuve), et ce risque sera supporté par l'appauvri qui a commis une négligence.

² Req. 15 juin 1892, affaire dite « du marchand d'engrais », DP 1892. 1. 596 ; S. 1893. 1. 281, note Labbé. Arrêt confirmé par : Civ. 12 mai 1914, DP 1918. 1. 41, note Naquet ; Civ., 2 mars 1915, DP 1920. 1. 102.

³ Civ. 1^{ère}, 4 avril 2001, n° 98-13285, Bull. n° 105 ; Defrénois 2001, art. 37365, p. 721, obs. Jean-Luc Aubert ; D. 2001, p.1824, obs. Marc Billiau : « Attendu qu'en application du principe général du droit selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, celui qui, par erreur, a payé la dette d'autrui de ses propres deniers a, bien que non subrogé aux droits du créancier, un recours, contre le débiteur ».

⁴ L'assureur avait indemnisé le client, maître de l'ouvrage ayant fait bâtir sa maison, en croyant que les fissures étaient causées par la sécheresse. Après enquête, il est apparu que l'immeuble était affecté de malfaçons, imputables au constructeur. Ce dernier refusait toute action transversale de l'assureur, en invoquant la subsidiarité : l'assureur pouvait effectivement obtenir une restitution de la part du client, et le client exercer une action en responsabilité contre le constructeur. L'argument du constructeur était purement dilatoire : il cherchait à contraindre le consommateur à introduire une autre action, afin d'obtenir le remboursement par le constructeur.

⁵ Le domaine de l'action directe contre l'assureur est vaste, depuis que le législateur impose l'assurance obligatoire lors de l'exercice de certaines activités risquées : aux conducteurs d'automobile, à raison des accidents dans lesquels ils sont impliqués ; aux entrepreneurs, à raison des dommages liés à l'inexécution de leurs prestations ; aux constructeurs d'immeubles (art. L 241-1 et -2, art. L. 243-1-1 c. ass.), incluant depuis la réforme du 8 juin 2005 les sous-traitants ...

⁶ Art. L. 124-3, al. 1^{er} c. ass. : « le tiers lésé dispose d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable ». L'action directe de la victime contre l'assureur est reconnue depuis longtemps. Voir : Civ. 14 juin 1926, D. 1927. 1. 57, rapp. Colin et note Josserand : « la victime de l'accident trouve, dans le droit propre qui lui est ainsi conféré par la loi, une action directe ».

assumer la charge finale de l'indemnisation (effet relatif de l'obligation). À défaut d'action directe, la victime devrait agir contre le responsable, et ce dernier disposerait d'un recours en remboursement contre son assureur.

Dans tous ces cas (action du mandant contre le sous-mandataire ; remboursement dans le quasi-contrat ; assurance ...), l'action directe est exercée par un créancier contre le débiteur final, afin d'*obtenir un paiement rapide*. La question n'est pas de savoir si le débiteur intermédiaire, normalement tenu de payer et d'exercer lui-même un recours en remboursement, est solvable ou non.

482-1. En **droit de la responsabilité civile**, l'action directe (au sens technique) existe, mais il faut la distinguer des cas dans lesquels la victime agit contre l'auteur de l'accident. Il n'y a aucune action directe, mais une application pure et simple du droit commun :

- lorsque le consommateur dont la télévision ne fonctionne pas exerce une action contre son cocontractant (le vendeur qui doit la garantie des vices cachés) ;
- lorsque le consommateur (dont la télévision explose et cause un dommage) exerce une action contre le fabricant, pour obtenir indemnisation du dommage subi.
- lorsque la victime d'un accident peut agir contre des codébiteurs solidairement tenus (fabricant du produit fini et fabricant de la pièce défectueuse : art. 1245-7 c. civ.¹ ; commettant et préposé en fonction, auteur d'une faute intentionnelle ...)

Dans ces trois cas, il s'agit uniquement d'identifier les auteurs de l'inexécution et de l'accident dommageable.

L'action directe, au sens technique du terme, suppose qu'un créancier doive normalement agir contre son débiteur intermédiaire et qu'il puisse spécialement et directement agir contre un débiteur final. Le prélèvement de l'impôt sur le revenu (prévu par la loi de finance pour 2017, instaurant la retenue à la source pour les revenus perçus à partir du 1^{er} janvier 2018², date reportée à 2019) est donc une action directe : le véritable débiteur est le salarié.

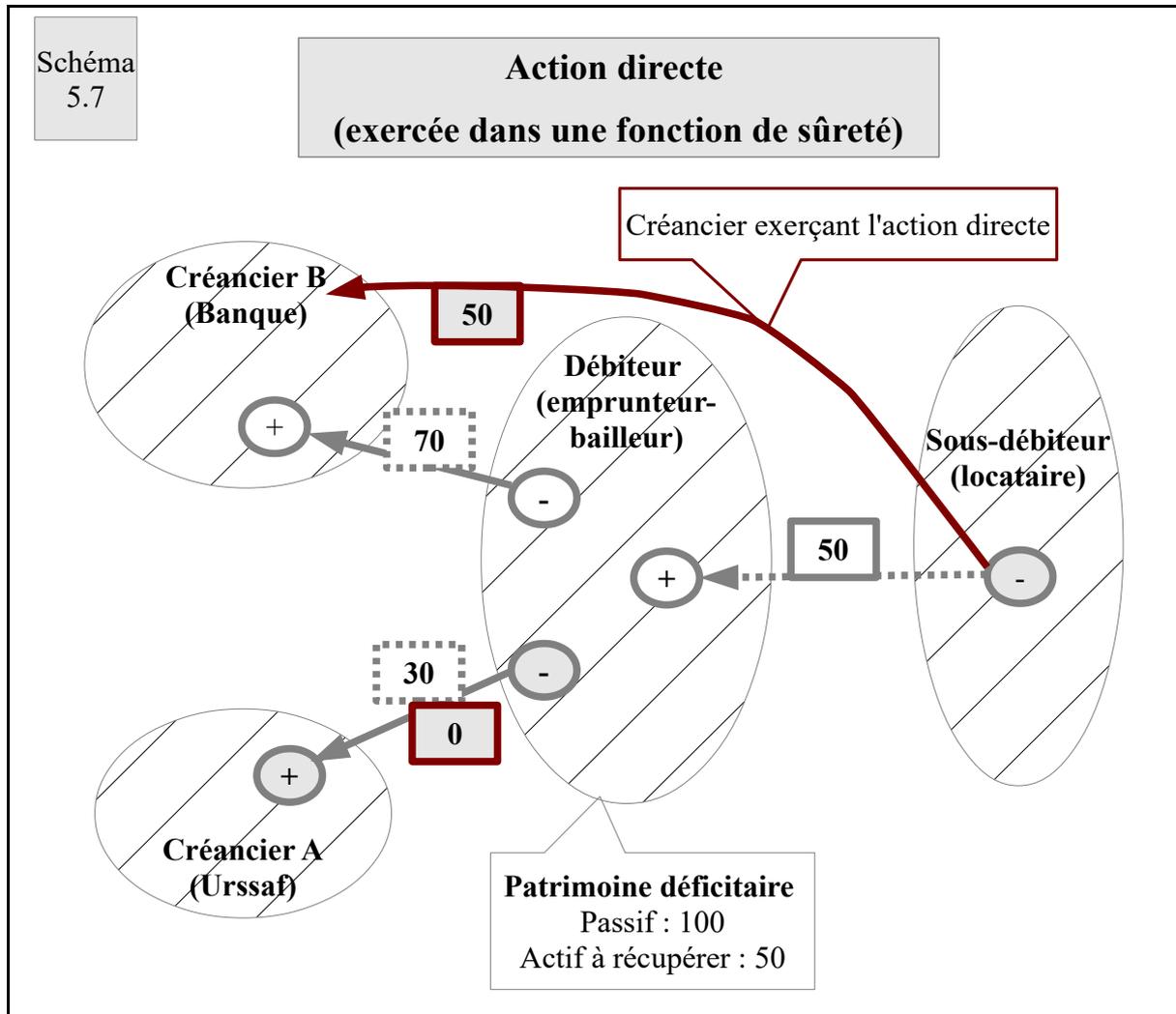
b/ L'action directe, prélèvement à la source : une garantie de paiement

483. L'action directe exercée **contre un sous-débiteur** permet également au créancier de prélever à la source une ressource, implicitement parce que son débiteur normal et intermédiaire est défaillant. Ce prélèvement à la source garantira alors au créancier un paiement intégral (schéma 5.7). Comme dans une cession de créance, la somme due par le sous-débiteur ne transitera pas par le patrimoine du débiteur défaillant (et probablement insolvable). Ces actions directes doivent être

¹ Art. 1245-7 c. civ. : « En cas de dommage causé par le défaut d'un produit incorporé dans un autre, le producteur de la partie composante et celui qui a réalisé l'incorporation sont solidairement responsables ».

² Loi n°2016-1917 du 29 déc. 2016 de finances pour 2017, art. 60-I G.

expressément prévues par la loi, car elles organisent un droit au paiement (tandis que celles de premier type réalisent uniquement un paiement simplifié).



L'action directe est reconnue au profit du travailleur (impayé par son employeur : contractant direct) contre le client final.

- Selon l'article 1798 c. civ.¹, l'ouvrier d'un entrepreneur peut exercer une action directe contre le maître d'ouvrage (client), pour le paiement du salaire que l'entrepreneur (défaillant) ne lui a pas versé.

¹ Art. 1798 c. civ. : « Les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée. »

- Selon l'article 2332 4° c. civ.¹, le salarié du travailleur à domicile dispose d'une action directe à l'encontre du donneur d'ordre (client final). Au lieu de payer son cocontractant direct (le travailleur à domicile), le client paiera le salarié de ce dernier.
- Dans la *sous-traitance*, la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 (art. 12²) établit également une action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage, à raison des sommes dues par l'entrepreneur principal au sous-traitant³.

Le vendeur impayé dispose parfois également d'une action directe contre le sous-acquéreur, lorsque l'*intermédiaire est en faillite*.

- Lorsque la marchandise vendue par le vendeur initial (vente classique, vente avec clause de réserve de propriété ou fiducie) est revendue à un tiers-acquéreur, ce dernier devra, s'il n'a pas déjà payé l'intermédiaire, payer directement le vendeur initial⁴ (art. L 624-18 c. com.⁵).
- Dans la vente avec propriété réservée, le vendeur réservataire impayé pourra pareillement réclamer paiement au sous-acquéreur (art. 2372 c. civ.⁶)⁷, à l'assureur (art. L 121-13 c. assu.⁸), lorsque la marchandise assurée est détruite (par incendie ...)⁹.

¹ Art. 2332 c. civ. : « Outre celles prévues par des lois spéciales, les créances privilégiées sur certains meubles sont :
4° Les créances nées du contrat de travail de l'auxiliaire salarié d'un travailleur à domicile répondant à la définition de l'article L. 7412-1 du code du travail, sur les sommes dues à ce travailleur par les donneurs d'ouvrage. »

² Art. 12 de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 : « Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage.

« Toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite.

« Cette action directe subsiste même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.

« Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1799-1 du code civil sont applicables au sous-traitant qui remplit les conditions édictées au présent article. »

³ Civ. 3^e, 15 sept. 2016, n° 15-22.592, Bull. : Le sous-traitant n'a d'action directe contre le maître de l'ouvrage que si l'entrepreneur ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure ».

⁴ Com., 6 oct. 2009, n° 08-15.048 : « L'action en paiement exercée par le vendeur initial à l'encontre d'un sous-acquéreur de biens vendus avec clause de réserve de propriété s'analyse en une action personnelle et non en une action réelle ».

⁵ Art. L 624-18 c. com. : « Peut être revendiqué le prix ou la partie du prix des biens visés à l'article 624-16 qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure [de sauvegarde] ». Voir : Com., 3 nov. 2015, n° 13-26.811, Bull. ; RLDC 2016/133, n° 6086.

⁶ Art. 2372 c. civ. : « Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien. »

⁷ En outre, lorsque les marchandises ont fait l'objet d'une vente forcée (à la suite d'une erreur, le liquidateur croyant le débiteur professionnel propriétaire), le vendeur réservataire exerce l'action en distraction. Le tiers-acquéreur verse le prix au vendeur réservataire. Voir : Civ. 2^e, 8 avril 2004, n° 02-16842, Bull. n° 188 : « Le tiers reconnu propriétaire d'un bien vendu à la suite d'une saisie-vente est, en vertu de l'article 129, alinéa 2, du décret du 31 juillet 1992, recevable à demander au juge de l'exécution, tant que la distribution du produit de la vente n'a pas été réalisée, d'en distraire le prix ».

⁸ Art. 121-13 al. 4 c. ass. : « En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assureur ne peut payer à un autre que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits, tout ou partie de la somme due, tant que lesdits propriétaire, voisin ou tiers subrogé n'ont pas été désintéressés des conséquences du sinistre, jusqu'à concurrence de ladite somme. »

⁹ Com., 1^{er} oct. 1985, D. 1986.246, note Michel Cabrillac.

L'action directe est également une technique de paiement forcé, parfois expéditive¹⁰.

– En droit des *procédures d'exécution*, la saisie-attribution (art. 211-1 c. proc. civ. d'ex.²), mesure prévue en droit commun de l'exécution forcée (imposant une signification par huissier au tiers saisi), permet au créancier impayé d'obtenir directement paiement par le sous-débiteur : l'attribution immédiate de la créance (art. 211-2 al. 1^{er} c. proc. civ. d'ex.³) signifie que le sous-débiteur doit désormais (à compter de la notification de la saisie) considérer que son seul créancier est désormais le créancier saisissant. La saisie-attribution suit le régime de la cession de créance.

– Une procédure expéditive est également instaurée en présence d'une dette alimentaire par la loi n° 73-5 du 2 janvier 1973⁴ : le trésor public notifiera au sous-débiteur (employeur) l'obligation de lui verser directement le montant de la pension alimentaire (saisie administrative à tiers détenteur), le trésor public se chargeant de la reverser au créancier alimentaire. Par cette procédure de *paiement direct des pensions alimentaires*, le créancier (alimentaire) peut imposer au sous-débiteur d'exécuter à son profit en cas d'impayé. Selon Civ. 2^e, 24 fév. 2005: « La demande de paiement direct est recevable dès qu'une échéance d'une pension alimentaire, fixée par une décision judiciaire devenue exécutoire, n'aura pas été payée à son terme »⁵. Le créancier n'a pas besoin d'envoyer une sommation de payer avant d'engager la procédure de paiement direct : il s'adresse directement au trésor public. L'effet de la procédure de paiement direct est commun à toute action directe : le salaire du débiteur est saisi entre les mains du sous-débiteur.

484. L'action directe est également conçue comme une **garantie personnelle** : le client est tenu de garantir à un sous-contractant le paiement de ses prestations. Il ne s'agit pas ici d'une action directe en paiement, subordonnée à une défaillance effective de l'intermédiaire ; c'est une précaution prise en faveur du sous-

¹⁰ Voir aussi, art. 699 c. proc. civ. : « Les avocats peuvent, dans les matières où leur ministère est obligatoire, demander que la condamnation aux dépens soit assortie à leur profit du droit de recouvrer directement contre la partie condamnée ceux des dépens dont ils ont fait l'avance sans avoir reçu provision.

« La partie contre laquelle le recouvrement est poursuivi peut toutefois déduire, par compensation légale, le montant de sa créance de dépens. »

² Chapitre Ier : La saisie-attribution, art. L 211-1 c. proc. civ. d'ex. : « Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut, pour en obtenir le paiement, saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur une somme d'argent, sous réserve des dispositions particulières à la saisie des rémunérations prévue par le code du travail. »

³ Art. L 211-2 c. proc. civ. d'ex. : « L'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie, disponible entre les mains du tiers ainsi que de tous ses accessoires. Il rend le tiers personnellement débiteur des causes de la saisie dans la limite de son obligation.

« La notification ultérieure d'autres saisies ou de toute autre mesure de prélèvement, même émanant de créanciers privilégiés, ainsi que la survenance d'un jugement portant ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ne remettent pas en cause cette attribution. (...) ».

⁴ Loi n° 73-5 du 2 janvier 1973 contre les débiteurs du débiteur.

⁵ Civ. 2^e, 24 fév. 2005, n° 02-18173

contractant, ce qui obligera le client final à se tenir informé des paiements réalisés par l'intermédiaire. La technique ne relève pas du régime général des obligations, mais du droit des sûretés personnelles.

L'article 1799-1 al. 2 c. civ.¹ prévoit ainsi, lorsque le maître de l'ouvrage recourt à un crédit spécifique pour financer les travaux de construction, que l'établissement de crédit doit procéder à l'immobilisation de la somme due au profit des architectes et entrepreneurs d'ouvrages. Cette action directe du sous-crédancier contre le client final risque alors de se confondre avec l'action « directe » du créancier exercée contre un codébiteur solidaire.

La *solidarité passive* crée une action directe du créancier contre un patrimoine qui n'a pas toujours profité personnellement de la dette (infra, la solidarité). Le fait qu'une prestation ne transite pas par le patrimoine du véritable débiteur final ne suffit pas pour affirmer l'existence d'une action directe. En droit du transport², le sous-voiturier dispose d'une action « directe » en paiement envers le destinataire³ (sauf lorsque l'expéditeur avait interdit toute substitution). Ainsi, le *voiturier* (transporteur) dispose d'une action directe contre le destinataire d'une marchandise (art. L 132-8 c. com.⁴), même quand ce dernier a payé la livraison à l'expéditeur. Cette action directe impose la solidarité passive entre expéditeur et destinataire envers le transporteur⁵ : lorsque le voiturier n'a pas été payé par l'expéditeur, sa garantie de paiement fonctionne, alors même que le transport s'effectue « franco de port ». Le destinataire assume l'action en répétition de l'indu et supporte le risque d'insolvabilité de son cocontractant, celui de l'expéditeur en l'occurrence.

Techniquement, cette garantie de paiement est une solidarité⁶ : on peut considérer qu'elle n'est qualifiée d'action directe que par abus de langage. Il s'agit d'imposer au client final de vérifier que son intermédiaire a correctement payé : le client final garantit alors le créancier qu'il sera payé.

485. La **fonction de l'action directe** est donc, conformément à l'article 1341-3 c. civ., d'octroyer une action en paiement à un créancier final, dans deux grands cas de figure.

Soit le créancier agit directement contre le débiteur final, alors que le droit commun prévoit une action contre le débiteur intermédiaire, avec action en remboursement de ce dernier contre le véritable débiteur : l'action directe est un paiement simplifié et rapide.

¹ Art. 1799-1 al. 2 c. civ. : « Le maître de l'ouvrage qui conclut un marché de travaux privé visé au 3^o de l'article 1779 doit garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues lorsque celles-ci dépassent un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat.

« Lorsque le maître de l'ouvrage recourt à un crédit spécifique pour financer les travaux, l'établissement de crédit ne peut verser le montant du prêt à une personne autre que celles mentionnées au 3^o de l'article 1779 tant que celles-ci n'ont pas reçu le paiement de l'intégralité de la créance née du marché correspondant au prêt. Les versements se font sur l'ordre écrit et sous la responsabilité exclusive du maître de l'ouvrage entre les mains de la personne ou d'un mandataire désigné à cet effet. »

² Loi n° 66-420 du 18 juin 1966, qui accorde au frèteur une action directe en paiement du fret contre le sous-affrèteur.

³ Com. 28 janv. 2004, n° 02-13.912, Bull. n° 19 ; D. 2004. 944, note Tosi ; JCP G 2004.II.10077, note Paulin ; JCP E 2004. 650, note Delebecque

⁴ Art. L 132-8 c. com. (issu de la loi n° 98-69 du 6 février 1998) : (...) « le voiturier a ainsi une action directe en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire, lesquels sont garants du paiement du prix du transport ».

⁵ Art. L 132-8 c. com. : (...) « la lettre de voiture forme un contrat [...] entre l'expéditeur, le destinataire, le commissionnaire et le voiturier ». Voir Philippe Delebecque, *Loi du 6 février 1998 : amélioration des conditions d'exercice de la profession de transporteur routier*, D. Affaires 1998. 871 : « Comment peut-on parler d'action directe entre parties à un même contrat ? [...] Cette confusion est, pour le moins, gênante » ; Bernard Hafel, *Quelques précisions sur la mystérieuse « action directe » du transporteur*, D. 2009. Chron. 475

⁶ Com., 15 mars 2005, n° 03-19295 : « Le destinataire est garant du paiement du prix du transport envers le voiturier ».

Soit le créancier n'agit pas contre son véritable débiteur, parce qu'il est défaillant : il cherche à accéder à la ressource que d'autres lui doivent, en prélevant à la source. La somme restante que doit l'intermédiaire (véritable débiteur) donnera lieu à une action directe en paiement : le créancier échappe alors au risque d'insolvabilité de l'intermédiaire.

Selon le législateur, toutes ces actions directes doivent être légalement prévues. En réalité, leur caractère limitatif s'explique par un effet (secondaire) que produit parfois l'action directe.

2/ Les effets de l'action directe : l'absence de transit par le patrimoine du débiteur

486. Les effets de l'action directe consistent à permettre au créancier d'obtenir directement la prestation, sans qu'elle ne transite par le patrimoine intermédiaire, alors qu'elle devrait normalement le faire. C'est ce qui différencie l'action directe de l'action oblique : le créancier final récupère seul et intégralement le produit de son action. Deux effets se produisent alors : l'un est générique, l'autre propre à l'action directe, prélèvement à la source.

Le sous-débiteur peut opposer au créancier les exceptions dont il dispose envers le débiteur intermédiaire (ainsi, la clause limitative de responsabilité¹).

– L'*opposabilité des exceptions* signifie que le sous-débiteur ne doit rien de plus au créancier que ce qu'il doit au débiteur intermédiaire. La créance ne change pas de nature avec l'action directe².

– Le produit de l'action directe s'exerce dans la double limite des deux obligations. Si $AB = 40$; si $BC = 10$; alors $AC = 10$. Si le bailleur peut réclamer 40 à son locataire ; que ce celui-ci peut réclamer 10 à son sous-locataire ; alors le bailleur peut réclamer 10 au sous-locataire.

L'*opposabilité des exceptions* joue aussi bien pour les exceptions inhérentes à la dette que pour les exceptions purement personnelles que le sous-débiteur pourrait opposer à son créancier direct.

L'action directe produit également un effet secondaire spécifique, lorsque l'action directe remplit une fonction de *prélèvement à la source*. Cette action directe permet en effet à un créancier de contourner les effets de la défaillance de son véritable débiteur final.

¹ Action directe en cas de responsabilité contractuelle : Civ. 3^e, 26 mai 1992, n° 90-17.703 , Bull. n° 175 ; Gaz. Pal. 1993. 2. 247, note Mazeaud ; JCP G 1992. I. 3625, n° 13, obs. Viney. ; Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, n° 93-13.898 , Bull. n° 249 ; D. 1996. 395, note Mazeaud.

² Art. L 211-3 c. proc. civ. d'ex. : « Le tiers saisi est tenu de déclarer au créancier l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter et, s'il y a lieu, les cessions de créances, délégations ou saisies antérieures. »

- Dans le cadre de l'action oblique, l'insolvabilité du débiteur soumet ses créanciers à un régime égalitaire (conduisant à ne payer chacun que partiellement : infra). Le créancier exerçant l'action oblique qui doit partager obtient 35/70 ;
- Le prélèvement à la source exercé par un créancier impayé (grâce à son action directe) lui permet d'échapper à cette discipline collective, et à pouvoir obtenir un *paiement intégral* sur l'assiette de sa sûreté. Il obtient 50/70. En réalité, cette action directe (prélèvement à la source) est une sûreté réelle¹ : le créancier dispose d'un droit au paiement, qui n'est pas accessible aux créanciers communs (soumis au droit du paiement). Cette fonction spécifique de l'action directe explique pourquoi elle ne figurait pas au régime général des obligations, droit qui fixe précisément le droit commun du paiement.

L'action directe n'est ainsi admise que dans les cas légalement prévus². Pourtant, les actions directes consistant uniquement à effectuer un paiement simplifié n'ont pas cet effet secondaire : il est alors parfaitement logique de faire figurer l'action directe au régime général des obligations. Ce paiement, rapide et simplifié, ne procure aucune rupture à l'égalité entre les créanciers. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence admet aisément ce dernier type d'action directe : il n'y a aucune raison de se montrer alors restrictif.

486-1. En régime général des obligations, l'opposabilité des exceptions vaut normalement pour toute exception, aussi bien inhérente à la dette que purement personnelle. Mais cette solution est écartée en présence de certaines actions directes : l'action directe de la victime d'accident contre l'assureur du responsable devient alors « **autonome** » (Civ. 2^e, 3 mai 2018³). La solution permet à la victime de ne pas être soumise au régime de l'action en garantie (que l'assuré réclame de son assureur).

487. En résumé, l'action directe remplit deux fonctions distinctes.

Elle est une technique de paiement simplifié : l'action est dirigée contre le véritable débiteur final. C'est à ce titre qu'elle apparaît en régime général des obligations : ce droit est accordé à tout créancier, et son exercice ne nuit à personne.

¹ Cabrillac, Mouly et Pétel, *Droit des sûretés*, 8e éd., 2007, LexisNexis-Litec, n° 577 et suiv. parlent de « sûretés par voie détournée » ; Delebecque et Simler, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 5e éd., 2009, Dalloz n° 18.

² Une autre manière de dire la même chose est d'affirmer que les sûretés réelles sont légalement prévues : le droit prioritaire au paiement est légalement établi, car il s'agit d'identifier les catégories de population qui y accèdent. Voir : Maurice Cozian, *L'action directe*, 1969, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome préf. d'André Ponsard, n° 101, p.65

³ Civ. 2^e, 3 mai 2018, n° 16-24.099, Bull. ; Gaz. Pal. 2018, n° 19, p. 50, note Frédéric Bibal : (abstrat) « L'action directe de la victime est une action autonome qui procède du droit propre dont elle dispose contre l'assureur de responsabilité. Il en résulte que l'irrecevabilité de l'action en garantie exercée par l'assuré contre l'assureur n'a pas, en soi, pour effet d'entraîner l'irrecevabilité de l'action directe exercée par voie de conclusions dans la même instance ».

L'action directe est aussi une technique de prélèvement à la source : un créancier confronté à son débiteur défaillant (débiteur normal) cherche à être payé par un tiers. Incidemment, cette technique permet de contourner la charge de la défaillance du débiteur. Le créancier qui bénéficie de l'action directe obtient alors un droit au paiement : en obtenant un paiement intégral, il transfère la charge de l'insolvabilité sur les autres créanciers. Cet effet est produit par une sûreté réelle.

Dans tous ces cas, l'action directe produit un effet commun : le sous-débiteur ne doit verser au tiers exerçant l'action directe que la prestation qu'il doit à son propre créancier (opposabilité des exceptions).

(488- à 496. : réservés)

497. En résumé, les articles 1341-1 à -3 c. civ., les **actions ouvertes aux créanciers** permettent de réclamer l'exécution d'une obligation (action oblique, action directe) ou l'inopposabilité d'un acte frauduleux (action paulienne). L'objectif est de récupérer un actif auprès d'un sous-débiteur.

Le cadre collectif de l'action oblique suppose que le débiteur risque de s'avérer insolvable : le principe égalitaire imposera alors de partager le produit de cette action, qui suppose d'être en présence d'un débiteur négligent.

L'action paulienne, qui suppose la malveillance du débiteur et la complicité de son cocontractant, permet également de lutter contre le risque d'insolvabilité d'un débiteur qui cherche à organiser son insolvabilité. L'inopposabilité envers le créancier agissant et l'opposabilité invoquée par les autres créanciers conduira à faire transférer sur le cocontractant complice le risque d'insolvabilité du débiteur, à hauteur du montant du contrat. Malgré les apparences, il n'y a pas rupture à l'égalité entre les créanciers du débiteur malveillant.

L'action directe s'explique également par le risque d'insolvabilité du débiteur intermédiaire, mais uniquement quand elle réalise un prélèvement à la source. Dans ce cas, il existe effectivement une rupture à l'égalité entre les créanciers du débiteur : le paiement intégral d'un seul, obtenu par le versement dû par un sous-débiteur, lui permet de ne pas partager.

Ces « actions du créancier » signalent que ces tiers peuvent invoquer un intérêt intense face à la formation de l'obligation et à l'exécution de la prestation.

Conclusion de la section 2^{ème}
Les prérogatives du tiers envers les
parties à l'obligation

498. Les **prérogatives du tiers envers les parties à l'obligation** résultent de l'effet relatif des obligations dont la perception jurisprudentielle conduit à ne pas véritablement soumettre les actions ouvertes au créancier à un régime spécifique.

En présence d'un acte inopposable, l'acte juridique (décision créant une obligation) sera considéré comme inexistant.

- L'effet relatif des conventions (art. 1200 al. 1^{er} c. civ.¹) permet à un tiers de ne pas respecter une décision inconnue (non publiée selon les prescriptions légales) ou substantiellement non respectable. L'inopposabilité peut être invoquée par tout tiers.
- En régime général de l'obligation, l'inopposabilité sera invoquée quand un créancier est victime d'un acte frauduleux commis par son débiteur (art. 1341-2 c. civ.²). L'acte paulien permet spécifiquement de transférer sur le tiers complice la charge de l'insolvabilité du débiteur.

En présence d'une exécution de la prestation, le fait juridique sera pris en compte par le tiers.

- L'effet relatif des conventions permet au tiers de prendre en compte l'exécution correcte de sa prestation par le débiteur, pour saisir un bien (ou une somme d'argent). L'effet relatif des conventions, tel qu'il est perçu par la jurisprudence, permet également à tout tiers d'invoquer la responsabilité du débiteur qui n'exécute pas correctement sa prestation. Peu importe que cette prestation soit dangereuse ou absente (ou réalisée avec retard).
- En régime général de l'obligation, le créancier invoquera la bonne exécution d'une prestation pour imposer au sous-débiteur de payer ce qu'il doit à son créancier (action oblique). La solution est une dérogation à l'article 1199 c. civ.³ : normalement, seul le

¹ Art. 1200 c. civ. : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. « Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. »

² Art. 1341-2 c. civ. : « Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude. » Anc. art. 1167c. civ. (1804) : « Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. »

³ Art. 1199 c. civ. : « 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. »

créancier peut réclamer son dû à son débiteur (art. 1199 al. 1^{er} c. civ.). L'exception visée à l'article 1199 al. 2 c. civ. autorise un tiers (créancier) à imposer au sous-débiteur de payer sa dette (action oblique : art. 1341-1 c. civ.¹) et même parfois de lui verser directement ce qu'il doit normalement à son créancier (action directe : art. 1341-3 c. civ.²).

Les actions du créancier montrent donc l'intérêt dont dispose les tiers ou certains tiers face à l'obligation (nouée entre le débiteur et son créancier). En droit contemporain, les tiers ont des intérêts relativement proches des parties : ils subissent un dommage du fait de la mauvaise exécution d'une prestation ; ils peuvent parfois réclamer la bonne exécution de cette prestation (actions oblique et directe).

¹ Art. 1341-1 c. civ. : « Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne. »

² Art. 1341-3 c. civ. : « Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur. »

2^{ème} partie

**L'extinction de
l'obligation**

500. L'**extinction de l'obligation** survient par l'exécution de la prestation ou par la survenance d'un autre événement posé par la loi comme équivalent. Toute obligation valablement formée est soumise à la force obligatoire, ce qu'affirme en substance l'article 1341 c. civ. : « Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi. » Deux modalités d'extinction sont visées : l'exécution volontaire et l'exécution forcée.

L'*exécution volontaire*, voie principale d'extinction d'une obligation, est un événement (décrit par la loi) qui survient de manière spontanée (sans que le créancier ait à faire appel à la force publique). Ce « fait purement volontaire »¹ survient par exemple lorsque le débiteur verse la prestation due à son créancier : en droit, c'est un paiement. L'obligation disparaît alors parce qu'elle a rempli sa fonction (la prestation est effectuée par le débiteur au profit du créancier). L'événement décrit par la loi peut être autre que le paiement : avec la prescription extinctive (si le débiteur n'exécute pas et si le créancier reste inactif pendant un certain temps), l'exécution volontaire est réputée accomplie : le créancier aura perdu son titre sans obtenir la prestation promise. En droit, il faudra donc préciser ce qu'on entend, en droit, par « exécution volontaire ».

L'*exécution forcée*, voie subsidiaire d'extinction d'une obligation, a lieu à défaut d'exécution volontaire. Le créancier est confronté à un débiteur défaillant, qu'il faudra mettre en demeure d'exécuter. Le créancier impayé devra requérir la force publique, afin de faire saisir et vendre les biens de son débiteur et que leur prix de vente permette d'apurer la dette impayée. En régime général des obligations, cette prérogative est nommée droit de gage général. Elle est accessible à tout créancier impayé.

Il existe donc deux grandes modalités d'extinction de l'obligation.

- La modalité principale, qui correspond à l'exécution volontaire (chapitre 1^{er}) désigne la survenance d'un événement spontané qui fera disparaître le titre.
- La modalité subsidiaire, qui correspond à l'exécution forcée (chapitre 2^{ème}), sera exercée par un créancier impayé qui invoquera son droit de gage général.

500-1. En philosophie politique, l'**intérêt du débiteur à exécuter** a été analysé par Spinoza, dans le *Traité théologico-politique*. Il dit : « Les hommes ont beau promettre et s'engager à tenir parole avec des marques assurées de sincérité, personne cependant ne peut se fier en toute certitude à autrui si rien d'autre n'ajoute à la promesse, puisque chacun, par droit de nature, peut agir par tromperie, et n'est tenu de respecter les pactes que

¹ Voir : art. 1300 al. 1^{er} c. civ. : « Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui. »

par espoir d'un plus grand bien ou par crainte d'un plus grand mal »¹. Il termine : « Nous en concluons qu'un pacte ne peut avoir de force qu'eu égard à son utilité ; celle-ci ôtée, le pacte est du même coup supprimé ».

Selon Spinoza, qui utilise la figure du contrat, mais par un raisonnement que l'on peut généraliser à l'exécution future de toute obligation, il faut s'assurer de l'intérêt du débiteur à exécuter, c-à-d. à perdre, éventuellement unilatéralement, une valeur au profit du créancier. Si la charge de l'exécution s'accompagne de « l'espoir d'un plus grand bien », par exemple de la poursuite du crédit par une banque, l'emprunteur estime que le remboursement du premier prêt correspond à son intérêt bien compris. La « crainte d'un plus grand mal » peut également inciter un débiteur à s'exécuter : si le créancier impayé peut faire appel à la puissance publique pour condamner le débiteur à la pauvreté (en faisant saisir tous les biens du débiteur), mieux vaut payer. Selon Spinoza, payer ses dettes ne résulte pas d'un devoir moral, mais d'une perception de son propre intérêt par le débiteur (en mesure de s'acquitter de son passif).

La conclusion à laquelle parvient Spinoza est donc qu'un débiteur n'est fiable que par intérêt, et non par morale. Si l'utilité est « ôtée, le pacte est du même coup supprimé ». Si le créancier ne peut pas contraindre le débiteur (absence de force publique² ou privée), et si le débiteur n'escompte aucun profit ultérieur de son exécution, il y a fort à parier que la dette restera un vœu pieux. Le débiteur cherchera alors à répudier sa dette : ce sera un morceau de papier sans valeur, et le créancier n'accédera pas à la ressource qu'il escomptait. C'est également la conclusion à laquelle aboutit Hobbes³ : une relation personnelle violente conduira le dominant à imposer sa volonté au dominé, tant que persiste le rapport de force. Pour ces auteurs du droit naturel, l'espérance d'exécution d'une obligation ne résulte pas de la seule morale.

L'enseignement de la philosophie politique moderne⁴ (de Spinoza comme de Hobbes) conduit donc à poser la question de l'exécution de l'obligation sous un angle autonome : la force obligatoire d'une obligation n'est pas acquise par une vertu qui serait partagée par tous les débiteurs, elle dépend à la fois d'une utilité (préserver une bonne relation) et d'un rapport de force (éviter des représailles). Selon Spinoza ou Hobbes, le *contexte* est déterminant pour évaluer les chances d'exécution et les risques d'inexécution : un créancier prudent s'assurera que le débiteur conservera son intérêt à exécuter⁵.

¹ Baruch Spinoza, *Traité théologico-politique*, XVI, trad. de Pierre-François Moreau et Jacqueline Lagrée, Puf, coll. « Épiméthée », 1999.

² Pourquoi payer son loyer pendant les mois d'hiver, puisque le recours à la force publique est exclu ? Voir : art. L 412-6 c. construc. et hab. : « Nonobstant toute décision d'expulsion passée en force de chose jugée et malgré l'expiration des délais accordés en vertu de l'article L. 412-3, il est sursis à toute mesure d'expulsion non exécutée à la date du 1er novembre de chaque année jusqu'au 15 mars de l'année suivante, à moins que le relogement des intéressés soit assuré dans des conditions suffisantes respectant l'unité et les besoins de la famille.

« Les dispositions du premier alinéa ne sont toutefois pas applicables lorsque les personnes dont l'expulsion a été ordonnée sont entrées dans les locaux par voie de fait ou lorsque ceux-ci sont situés dans un immeuble ayant fait l'objet d'un arrêté de péril. »

³ Thomas Hobbes (1588-1679), *Léviathan*, (1651), trad. Tricaud, Sirey, 1990, p.212

⁴ En philosophie politique, la théorie du droit naturel est dite « moderne » car ses auteurs décrivent les relations sociales selon une logique d'intérêt, et non plus en faisant appel à la transcendance divine (ce qui devenait compliqué, à une époque marquée par les guerres de religion).

⁵ Voir : Frédéric Lordon, *La malfaçon. Monnaie européenne et souveraineté démocratique*, 2014, Babel, coll. « Les liens qui libèrent », p.166. Selon l'auteur, le pacte de stabilité conclu entre les états-membres de la zone euro n'a plus été respecté par la France et l'Allemagne en 2003 parce que ces deux parties n'en éprouvaient plus une utilité nette, « et s'en affranchissaient aussitôt ».

chapitre 1^{er}

**L'exécution volontaire de
l'obligation : *la modalité
principale d'extinction***

501. L'**exécution volontaire de l'obligation** désigne la survenance d'un événement qui survient spontanément et qui, du seul fait de sa survenance, éteint définitivement l'obligation. Normalement, le débiteur exécute la prestation au profit de son créancier (paiement). Mais d'autres modalités d'extinction volontaire sont prévues : le titre (pourtant valablement formé) peut perdre sa valeur, de sorte que la prestation ne sera jamais exécutée ; en présence d'une prestation exécutée sans titre, il faudra rembourser.

Normalement, l'extinction de l'obligation résulte du paiement (ainsi que les événements qui lui sont assimilés). Le créancier obtiendra une *satisfaction effective* : il sera enrichi par la prestation, exécutée par le débiteur dans le respect de la force obligatoire des obligations (art. 1341 c. civ.¹).

Une fois la prestation exécutée, l'obligation aura rempli sa fonction : le titre peut alors disparaître.

L'extinction de l'obligation *sans satisfaction effective* du créancier signifie que le transfert de valeur n'aura jamais lieu. Le débiteur, pourtant tenu d'une dette valable, n'exécutera jamais : le créancier qui subit la prescription extinctive, parce qu'il a attendu plus de cinq ans avant de réclamer le loyer, ne sera jamais payé. Il sera réputé avoir obtenu l'exécution volontaire. Son titre de créance ne vaut plus rien.

Une situation intermédiaire peut également avoir lieu, en présence d'une *opération assimilée au paiement*. Quand l'un est enrichi par une prestation que l'autre ne lui devait pas, il faudra effectuer un remboursement, qui éteindra l'obligation de restituer.

L'extinction volontaire de l'obligation résulte donc normalement du paiement (section 1^{ère}), ou d'une opération assimilée au paiement (section 2^{ème}). Lorsque la loi prévoit une extinction de l'obligation sans exécution (section 3^{ème}), le créancier ne sera jamais payé. Toutes ces modalités sont juridiquement équivalentes : chaque événement éteint définitivement et spontanément l'obligation.

(502- à 504. : réservés)

¹ Art. 1341 c. civ. : « Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi. »

section 1^{ère}

Le paiement

Résumé

Le **paiement** désigne le processus par lequel s'opère le débiteur exécute sa prestation au profit du créancier, ce qui conduira à l'extinction de l'obligation. En droit, le paiement est à la fois un acte juridique (annulable, si ses conditions de validité ne sont pas respectées) et un fait juridique (correspondant à l'exécution de la prestation par le débiteur).

Le paiement doit résulter d'un *acte valide*.

- Le créancier doit être capable de recevoir, tout comme le débiteur doit être capable de payer : le paiement invalide expose à devoir payer à nouveau.
- En présence d'un litige portant sur le caractère correct de la prestation, la mise en demeure permettra de réclamer solennellement à l'autre de respecter ses obligations : elle produit des effets génériques (dommage moratoire, transfert des risques) et parfois spécifiques. Ainsi, le débiteur d'un service, victime de l'obstruction de son créancier, sera définitivement libéré après deux mois.

La dette ne s'éteindra définitivement que lorsque le véritable débiteur aura fini par payer sa dette. Si elle l'a été par un tiers, il disposera d'un recours en remboursement contre le débiteur : cela correspond à la distinction entre le passif provisoire et le passif définitif. Le recours en remboursement, garanti à tout tiers intermédiaire, est personnel : le tiers est exposé à un risque d'impayé, lorsque le véritable débiteur est insolvable. Pour échapper à ce risque, le tiers devra exercer un recours subrogatoire : le créancier originaire lui transmet alors le titre, avec les sûretés.

L'*objet du paiement* conduira à préciser les modalités d'exécution de la prestation : le paiement correspond alors à un fait juridique.

- En présence d'une obligation quelconque, le paiement est en principe indivisible : le créancier n'a pas à recevoir un paiement partiel (sauf exceptions). Les règles supplétives de volonté précisent que l'obligation est en principe quérable : c'est au créancier (acquéreur) de venir prendre livraison du bien vendu.
- Les obligations de somme d'argent obéissent à des règles particulières. Seul le montant du nominal doit être payé, sauf clause d'indexation. Le montant de la somme d'argent doit être payé en euro : cette monnaie a cours légal. Elle seule doit être utilisée comme monnaie de paiement. Quand le débiteur est tenu de plusieurs dettes exigibles, il indiquera au créancier, par une décision unilatérale, laquelle il entend payer : c'est l'imputation des paiements.

Le transfert de valeur a eu lieu. Le titre a rempli sa fonction normale et il pourra définitivement s'éteindre. Le créancier est devenu propriétaire de la prestation.

505. Le **paiement** consiste, pour le débiteur, à verser la prestation qu'il doit à son créancier. En droit, payer correspond au versement d'une somme d'argent, à la livraison d'un bien ou à la réalisation d'un service. Le paiement, décrit à l'article 1342 c. civ.¹, est la première variété d'exécution volontaire (al. 1^{er}) ; il est réalisé par une exécution correcte (al. 2) et il produit l'extinction de l'obligation (al. 3).

Selon l'alinéa 1^{er}, « Le paiement est l'*exécution volontaire* de la prestation due. » L'exécution volontaire signifie que le débiteur s'acquiesce spontanément (de bon gré) de sa dette : ce paiement volontaire présente un caractère hybride, car c'est à la fois un fait juridique (il suffit de constater objectivement l'exécution de la prestation²) et un acte juridique (qui peut être annulé).

Selon l'alinéa 2, « Il [le paiement] doit être fait sitôt que la dette devient *exigible*. » L'alinéa 2 illustre, avec la date d'exigibilité, ce que doit être l'*exécution correcte*, en comparant l'obligation à l'exécution effectuée par le débiteur. L'exécution de la prestation sera incorrecte quand il existe une différence au détriment du créancier³. En cas de divergence d'appréciation sur le caractère correct ou non de l'exécution proposée par le débiteur, une procédure est prévue (avec la mise en demeure). Le paiement produit une conséquence, décrite à l'alinéa 3: « Il [...] *éteint* la dette [...] ». Il fait disparaître entièrement l'obligation. Lorsque l'obligation translatrice de propriété (livraison d'un bien, versement d'une somme d'argent) est exécutée, le paiement est le moment où le créancier perd sa qualité pour devenir propriétaire (schéma 6.1).

Le paiement décrit à l'article 1342 c. civ. apparaît ainsi à la fois comme un acte (spontané) et un fait d'exécution (correcte), qui ont pour effet d'éteindre définitivement l'obligation.

- Le paiement est acte juridique, décidé par le débiteur et par le créancier : un paiement invalide peut être annulé, comme tout acte juridique (§1^{er}).
- Le paiement est un fait juridique : l'exécution de la prestation fournie par le débiteur doit correspondre à ce que doit le débiteur. Le paiement est considéré comme un fait juridique (§2^e).

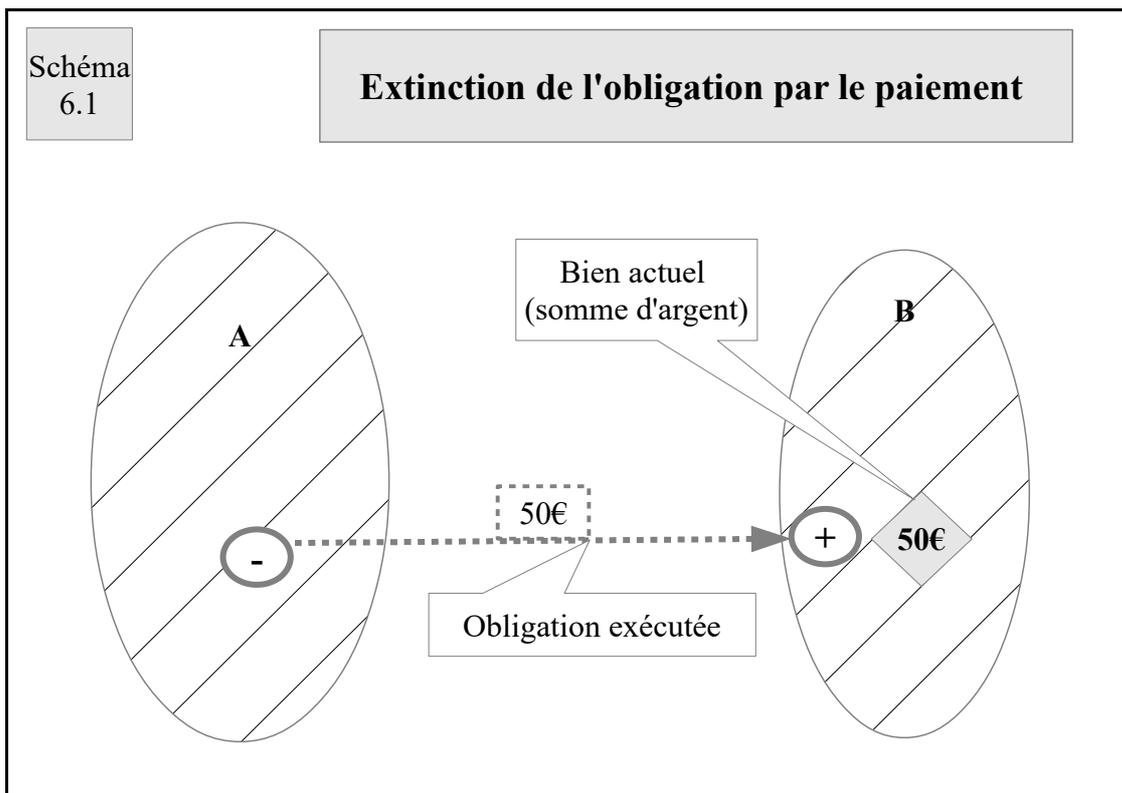
¹ Art. 1342 c. civ. : « Le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due.

« Il doit être fait sitôt que la dette devient exigible.

« Il 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. »

² Art. 1342-8 c. civ. : « Le paiement se prouve par tout moyen » ; art. 1353 c. civ. : « 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. »

³ On sait que l'inexécution est présumée imputable au débiteur (art. 1231-1 c. civ.) : le débiteur engage sa responsabilité pour inexécution de l'obligation (appelée responsabilité contractuelle). Voir : *Droit de la responsabilité civile*, n°306-1.



505-1. Le **paiement** possède un caractère ambivalent¹ : c'est à la fois un fait juridique (objectivement constatable) et un acte juridique (éventuellement annulable).

En tant que *fait juridique*, le paiement se prouve par tout moyen² (art. 1342-8 c. civ.³). Il suffit de constater que la prestation a été réalisée, par le débiteur et au profit du créancier (art. 1342-2 al. 2 et 3 c. civ.⁴). Le versement de la prestation (objet de l'obligation) conduit ici à identifier le patrimoine enrichi (devenu propriétaire) et le patrimoine appauvri.

En tant qu'*acte juridique*, le paiement est annulable : effectué par un débiteur incapable de payer (parce que le juge-commissaire n'a pas autorisé le versement du salaire par l'employeur en procédure collective ; parce que le paiement a été effectué par un moyen inhabituel pendant la période de cessation des paiements : art. L 632-2 c. com.⁵), le paiement reçu par le créancier devra être restitué (infra) : il s'agit de ne pas porter atteinte aux droits

¹ Sur la controverse : voir Stéphane Benils, « Paiement – Règles particulières aux paiements de sommes d'argent », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, décembre 2019, et les références citées, spéc. n° 2 ; G. Loiseau, *Réflexion sur la nature juridique du paiement*, JCP G 2006.I.171.

² Quittance ou ticket de caisse remis par le créancier, vidéo-surveillance, témoignage ...

³ Art. 1342-8 c. civ. : « Le paiement se prouve par tout moyen. »

⁴ Art. 1342-2 c. civ. : « Le paiement doit être fait au créancier ou à la personne désignée pour le recevoir.

« Le paiement fait à une personne qui n'avait pas qualité pour le recevoir est néanmoins valable si le créancier le ratifie ou s'il en a profité.

« Le paiement fait à un créancier dans l'incapacité de contracter n'est pas valable, s'il n'en a tiré profit. »

⁵ Art. 632-2 c. com. : « Les paiements pour dettes échues effectués à compter de la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements.

« Toute saisie administrative, toute saisie attribution ou toute opposition peut également être annulée lorsqu'elle a été délivrée ou pratiquée par un créancier à compter de la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci. »

des autres créanciers impayés. Ou bien, il s'agira de protéger un conjoint : lors de la vente d'un immeuble commun, les deux doivent recevoir paiement (art. 1424 al. 1^{er} in fine c. civ.¹). L'annulation du paiement peut donc résulter soit de l'incapacité de verser la prestation, soit de celle de la recevoir.

Le caractère hybride du paiement s'explique par la conjonction de deux règles : le versement de la prestation conduit à observer le transfert de valeur (fait juridique) ; les règles de capacité et de pouvoir relèvent de la gestion du patrimoine (acte juridique).

(506. : réservé)

§1^{er}/ L'acte de paiement : une opération de gestion

507. L'acte de paiement est une opération de gestion du patrimoine. Chacun, le créancier comme le débiteur, devra contrôler que le paiement doit résulter d'un acte juridique valide ; ce paiement éteindra définitivement l'obligation à une date précise, lorsque le débiteur aura fini par payer (ou par rembourser).

Le *paiement valide* conduira à vérifier l'identité des protagonistes, leur capacité et leur pouvoir (de payer et de recevoir). La validité des opérations de paiement peut être remise en cause, parce que le débiteur (tombé en faillite) est devenu incapable de payer ou le créancier de recevoir². Pour éviter de subir l'application de l'adage « qui paye mal, paye deux fois », le débiteur et le créancier veilleront chacun à la validité de l'acte juridique réalisant le paiement.

Juridiquement, l'obligation ne s'éteindra *définitivement* que lorsque le débiteur aura fini par payer sa dette. Si, par exemple, un tiers a payé à sa place, le débiteur devra rembourser (passif définitif). La distinction entre passif provisoire et passif définitif permet de contrôler la polarité du transfert de valeur.

Les opérations de paiement conduiront ainsi à s'assurer que le paiement est valide (I), et qu'il est définitif (II), point qui ne sera acquis que lorsque le véritable débiteur aura payé ou remboursé la prestation.

¹ Art. 1424 al. 1^{er} c. civ. : « Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations. »

² Ainsi, le débiteur qui verse le prix d'acquisition d'un immeuble à un seul des époux mariés en communauté ne se libère pas valablement de sa dette, car il doit payer les deux conjoints (cogestion).

I/ Le paiement valide : la légalité du transfert de valeur

508. Le **paiement valide** résulte d'un acte juridique valable effectué par le débiteur (quand il verse sa prestation) et par le créancier (quand il la reçoit). Les opérations de paiement donnent lieu à deux types de contrôle.

Premièrement, les règles de capacité (et de pouvoir) s'appliquent aux *gérants* des deux patrimoines.

L'un et l'autre ont intérêt à s'assurer de la validité du paiement, au moment où il est effectué :

- un débiteur placé ultérieurement en faillite devient incapable de payer (ce qui obligera le créancier à subir les délais de paiement imposés en droit de la faillite) ;
- un créancier qui ne reçoit pas valablement le paiement devra être payé à nouveau par le débiteur (qui ne sera donc pas libéré).

Si le paiement n'est pas valide, il faudra restituer (*infra*). L'obligation ne pourra s'éteindre correctement.

Deuxièmement, l'exécution correcte de la prestation peut donner lieu à *litige*. Le débiteur estime qu'il s'acquitte correctement et intégralement de sa dette, mais pas le créancier. La mise en demeure sera une procédure destinée à faire apparaître les désaccords ou réserves entourant l'exécution de la prestation. En réalité, il s'agira de prendre date, dans l'éventualité d'un futur litige.

Le contrôle des opérations de paiement conduira donc à s'assurer de la capacité et du pouvoir (1) de chacun pour effectuer le paiement ; les mises en demeure (2) sont des actes juridiques destinés à faire apparaître les désaccords ayant pour objet l'exécution correcte de la prestation.

1/ La capacité et le pouvoir de payer

509. Les règles fixant la **capacité et le pouvoir** sont sanctionnées par la nullité de l'acte : le débiteur incapable de payer devra obtenir restitution des sommes versées ; le créancier incapable de recevoir devra être payé à nouveau.

Le *débiteur incapable de payer* devra obtenir restitution de la prestation qu'il a versée (à tort).

- En droit des procédures collectives, le paiement anticipé d'une prestation (art. L 632-1 3° c. com.¹) ou réalisé par des moyens anormaux est illicite (art. 632-1 4° c. com.), lorsque le débiteur est en cessation des paiements : le créancier payé est exposé à l'annulation

¹ Art. L 632-1 c. com. : « I. # Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : [...]

3° Tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ;

4° Tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ; [...]

(facultative¹) du paiement effectué en période dite suspecte² (sauf en présence d'une obligation cambiaire³).

– Pendant toute la durée de la procédure collective, la plupart des paiements doivent être autorisés par le juge-commissaire : le créancier (salarié) qui obtient un paiement irrégulier devra restituer les sommes perçues⁴.

– Lors des opérations de liquidation, l'erreur sur la somme que doit recevoir un créancier (notamment lorsque le débiteur est insolvable) imposera à ce dernier de restituer⁵. Il en va de même quand le paiement n'est pas autorisé⁶.

Pour un créancier, recevoir un paiement irrégulier est problématique : au lieu d'obtenir un paiement intégral (qu'il doit désormais restituer : infra ; sans pouvoir opposer la compensation : infra), il n'obtiendra probablement qu'un paiement partiel⁷, en raison de l'insolvabilité de son débiteur.

Le *créancier incapable de recevoir* le paiement devra être payé à nouveau, en application de l'adage « qui paye mal paye deux fois ». Le débiteur doit donc se renseigner sur l'identité exacte de son créancier : le locataire du local commercial doit payer son cocontractant, le gérant, et non le propriétaire du fonds de commerce⁸. Pour échapper à l'obligation de payer une seconde fois, le débiteur dispose de deux moyens :

¹ Art. L 632-2 c. com. : « Les paiements pour dettes échues effectués à compter de la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements. [...] »

² Voir : Com., 10 juillet 2019, n° 18-17.820, Bull. : « Est nul de droit le paiement reçu par préférence sur le prix de l'immeuble grevé en vertu d'une hypothèque elle-même nulle de droit pour avoir été consentie au cours de la période suspecte pour dettes antérieurement contractées. »

³ Art. L 632-3 c. com. : « Les dispositions des articles L. 632-1 et L. 632-2 ne portent pas atteinte à la validité du paiement d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque.

« Toutefois, l'administrateur ou le mandataire judiciaire peut exercer une action en rapport contre le tireur de la lettre de change ou, dans le cas de tirage pour compte, contre le donneur d'ordre, ainsi que contre le bénéficiaire d'un chèque et le premier endosseur d'un billet à ordre, s'il est établi qu'ils avaient connaissance de la cessation des paiements. »

⁴ Com., 3 mai 2016, n° 14-24855, Bull. n° 376 ; D. 2016, p. 997 ; JCP E 2016.II.1387, note Delphine Ronet-Yague ; Bull. Joly entreprises en difficulté 2016, p. 262, note Laurent Le Mesle : (abstrat) « si l'article L. 625-8, alinéa 1er, du code de commerce prévoit le paiement, sur les fonds disponibles ou les premières rentrées de fonds, de certaines créances salariales dans les dix jours du prononcé du jugement d'ouverture de la procédure collective, un versement provisionnel immédiat d'un mois de salaire étant même prévu par l'alinéa 2 du texte avant tout établissement du montant des créances visées à l'alinéa 1er, ces différents paiements n'interviennent que sur décision du juge-commissaire ».

⁵ Art. L 643-7-1 c. com. : « Le créancier qui a reçu un paiement en violation de la règle de l'égalité des créanciers chirographaires ou par suite d'une erreur sur l'ordre des privilèges doit restituer les sommes ainsi versées. »

⁶ Com., 30 novembre 2022, n°21-17.614, Bull. ; D. 2022 p.2156 : le payeur n'a pas consenti au montant du paiement. En conséquence, la banque ayant payé sans autorisation valable devra rembourser le client (payeur) dont le compte a été débité.

⁷ Nullité de certains paiements effectués en période suspecte. Voir, Com., 10 juillet 2019, n° 18-17.820, Bull. : « Est nul de droit le paiement reçu par préférence sur le prix de l'immeuble grevé en vertu d'une hypothèque elle-même nulle de droit pour avoir été consentie au cours de la période suspecte pour dettes antérieurement contractées. »

⁸ Civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, n° 87-19.045, Bull. n° 134 : le locataire règle ses loyers au propriétaire du fonds de commerce, alors que le bail a été conclu avec le locataire gérant.

- soit il invoque la théorie de l'apparence, mais il faut des circonstances particulières (de nature à provoquer la confusion sur l'identité du véritable créancier¹). Le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valide (art. 1342-3 c. civ.²) : cela veut dire que le créancier apparent (mais faux) devra restituer au véritable créancier. Si le débiteur s'est montré imprudent, en ne vérifiant pas les pouvoirs du pseudo-créancier, le paiement sera invalide³.
- soit le débiteur invoque le profit de la prestation (ou la ratification du créancier) (art. 1342-2 al. 2 et 3 c. civ.⁴). Certes, le conjoint ne pouvait pas recevoir seul paiement de la vente de l'immeuble commun, mais les fonds ont profité aux deux conjoints⁵.

Les règles de capacité, pour effectuer le paiement et pour le recevoir, sont sanctionnées par la nullité du paiement, qui devra être effectué à nouveau. L'annulation expose à un risque d'impayé (débiteur désormais en faillite, opposition du créancier à recevoir le paiement), lorsque la situation juridique de l'autre s'est modifiée.

510. La validité des opérations de paiement imposent également au débiteur et au créancier d'effectuer des **vérifications sur les pouvoirs de l'autre**. Ces dernières portent sur la qualité de celui qui effectue et reçoit le paiement, et sur la persistance de cette qualité :

- Selon l'article 1342-2 al. 1^{er} c. civ., « Le paiement doit être fait au créancier ou à la personne désignée pour le recevoir. » Si le créancier est représenté lors du paiement, le débiteur vérifiera la procuration dont dispose le mandataire.
- Il faudra également vérifier la persistance de la qualité de l'autre : on sait que la cession de créance, régulièrement notifiée au cédé, impose à ce dernier de payer le cessionnaire (nouveau créancier) et non pas le cédant (créancier originaire). Dès lors que l'acte modificatif lui est notifié, le débiteur paiera le nouveau créancier (cessionnaire, subrogé,

¹ Un escroc se fait passer pour le propriétaire d'un logement qu'il met en location ou se fait passer pour le dirigeant de la sarl.

² Art. 1342-3 c. civ. : « Le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable. »

³ Com., 5 oct. 1993, n° 91-17.109, Bull. n° 319 (le débiteur doit vérifier les pouvoirs de celui qui reçoit paiement, sauf circonstances particulières).

⁴ Art. 1342-2 c. civ. : « Le paiement doit être fait au créancier ou à la personne désignée pour le recevoir.

« Le paiement fait à une personne qui n'avait pas qualité pour le recevoir est néanmoins valable si le créancier le ratifie ou s'il en a profité.

« Le paiement fait à un créancier dans l'incapacité de contracter n'est pas valable, s'il n'en a tiré profit. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2006, n° 03-20.589, Bull. n° 445 ; AJ fam. 2006. 466, obs. P. Hilt ; RTD com. 2007. 182, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; JCP 2007. I. 142, n° 23, obs. P. Simler ; JCP N 2007. 1158, obs. J.-G. Mahinga ; RJPF 2007-1/17, note F. Vauvillé.

déléataire) ou le créancier saisissant (dans le cadre d'une saisie-attribution⁶ ou d'une saisie administrative à tiers détenteur).

Le paiement effectué à une personne qui n'a pas le pouvoir pour le recevoir imposera au débiteur d'exercer une action en restitution (contre le faux créancier) et de payer à nouveau (le véritable créancier).

510-1. La validité du paiement peut également être contestée parce que la ressource employée pour payer n'est pas détenue légalement. Il s'agira de savoir si le paiement effectué avec une **ressource volée ou détenue de manière illicite** (de l'argent sale) sera valide ou non : un paiement invalide oblige le créancier à restituer, un paiement valide lui permet de conserver sa ressource. En droit, il convient de distinguer entre corps certain et chose fongible.

Le créancier qui acquiert la propriété et la possession d'un *corps certain volé* (meuble corporel) devra restituer (en nature, en principe ou en valeur si elle est détruite : art. 1352 et suiv. c. civ.¹). Le véritable propriétaire dispose de trois ans pour revendiquer (art. 2276 al. 2 c. civ.²) : après ce délai, le créancier, possesseur de bonne foi, devient légalement propriétaire, de sorte que le paiement est validé. Pendant les trois ans, le créancier (possesseur de bonne foi) est exposé à l'action en revendication du véritable propriétaire : le paiement est donc irrégulier. Concrètement, il s'agit de savoir par qui il doit être remboursé. Le créancier qui a acquis de bonne foi sans pouvoir se douter de la détention illicite du tiers (chose acquise dans un magasin) sera remboursé du prix d'achat par le propriétaire véritable (art. 2277 c. civ.³). Si la chose a été acquise dans des conditions plus douteuses, le créancier sera remboursé par son propre débiteur (art. 2276 al. 2 c. civ. : « sauf à celui-ci [acqureur de bonne foi, créancier] son recours contre celui duquel il la tient ») : le véritable propriétaire reprend, sans rembourser. En résumé, le paiement effectué par le transfert d'un corps certain volé est validé après trois ans. Pendant les trois ans, le propriétaire véritable rembourse le prix d'achat au créancier qui a acquis de bonne foi.

En présence d'une chose fongible, et spécialement de la monnaie (somme d'argent volée, argent sale en cours de blanchiment⁴), l'acte juridique par lequel le paiement est réalisé sera probablement remis en cause. En

⁶ Art. L. 211-2 code des procédures civiles d'exécution : « l'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie disponible entre les mains du tiers ainsi que de tous ses accessoires. Il rend le tiers personnellement débiteur des causes de la saisie dans la limite de son obligation ».

¹ Art. 1352 c. civ. : « La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution. ».

² Art. 2276 c. civ. : « 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. »

³ Art. 2277 c. civ. : « Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté.

« Le bailleur qui revendique, en vertu de l'article 2332, les meubles déplacés sans son consentement et qui ont été achetés dans les mêmes conditions doit également rembourser à l'acheteur le prix qu'ils lui ont coûté. »

⁴ Art. 324-1 c. pén. : « Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect.

« Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit.

« Le blanchiment est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. »

régime général des obligations, aucune disposition n'aborde toutefois la question. En droit du contrat, l'annulation du contrat (et donc du paiement) est admise, même quand le but illicite de l'un (blanchir de l'argent sale ou volé) est inconnu de l'autre (art. 1162 c. civ.¹).

511. La **régularité des opérations de paiement** est donc destinée à s'assurer que le versement de la prestation a lieu au profit du véritable créancier, et que le débiteur et le créancier sont tous deux capables. Un paiement procuré à un non-créancier expose le pseudo-débiteur à devoir exercer une action en restitution (contre un tiers éventuellement déloyal ou devenu insolvable). Un paiement effectué ou reçu par un incapable devra être effectué à nouveau (même si la situation juridique de l'autre s'est modifiée).

(512- à 514. : réservés)

2/ Les mises en demeure : les incidents du paiement volontaire

515. Les **mises en demeure**, adressées par le créancier à son débiteur ou par le débiteur à son créancier, sont des actes qui signalent l'existence d'un litige centré sur l'exécution de la prestation. Le créancier estime que le débiteur fournit une prestation insuffisante ou incorrecte. En attendant que le litige soit, si besoin est, tranché par le juge, la mise en demeure permettra à l'un ou à l'autre de prendre date.

La mise en demeure est réalisée par l'envoi d'une sommation, acte effectué par un huissier (officier public), ou d'un courrier avec accusé-réception (rédigé en des termes « portant interpellation suffisante »). L'envoi d'une mise en demeure ne permet pas de présumer que la prétention de l'un serait justifiée et que l'autre serait l'auteur d'une inexécution. Lorsque le locataire déduit du montant du loyer les charges que le bailleur n'a pas correctement justifiées et lorsque le bailleur refuse de recevoir le paiement partiel d'un loyer, il faudra une décision judiciaire pour savoir qui de l'un ou de l'autre avait raison. La mise en demeure est le préalable aux poursuites à venir.

L'*objet de la mise en demeure* consiste à exiger solennellement de l'autre l'exécution d'un fait, sous un délai qui est précisé, faute de quoi la défaillance (absence d'exécution volontaire) sera acquise. L'auteur de la mise en demeure cherche à prendre date : il prouve qu'à tel moment, il a exigé. L'objectif du créancier sera d'affirmer que le débiteur en retard lui cause un dommage (moratoire) ;

¹ Art. 1162 c. civ. : « 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. »

celui du débiteur sera d'obtenir l'extinction de l'obligation (en prouvant qu'il a cherché, en temps utile, à exécuter sa prestation¹).

Deux types de mises en demeure seront donc distinguées :

- celle adressée par le créancier au débiteur (a) signifie que le créancier réclame à l'échéance l'exécution correcte de la prestation ;
- celle adressée par le débiteur au créancier (b) signifie que le débiteur veut se libérer, en versant à échéance une prestation qu'il estime correcte.

a/ La mise en demeure adressée par le créancier au débiteur : l'exigence de la prestation

516. La **mise en demeure adressée par le créancier au débiteur** signifie que le créancier réclame sans retard l'exécution correcte de la prestation. Selon l'article 1344 c. civ.², la mise en demeure est en principe exigée, sauf exceptions.

Le *principe* d'une exigence d'une mise en demeure s'applique en général, en présence d'une obligation contractuelle ou légale. Les frais d'envoi de la mise en demeure sont à la charge du créancier (sauf si une clause contractuelle prévoit que les frais de recouvrement seront mis à la charge du débiteur³). Le débiteur défaillant doit être « interpellé », c-à-d., en droit des obligations, solennellement averti.

La première *exception*, figurant à l'article 1344 c. civ., résulte d'une clause contractuelle. Le contrat prévoit que la mise en demeure est réputée acquise « par la seule exigibilité de l'obligation. » Les contractants ont convenu du caractère impératif du paiement à échéance : le moindre retard de paiement est considéré comme une défaillance formelle, et le créancier n'aura même pas à envoyer un accusé-réception. Ce caractère expéditif de la mise en demeure, accompli par la seule échéance du terme, est fréquent en matière commerciale. Il en va de même avec la clause de déchéance du

¹ Civ. 3^e, 15 déc. 2010, n°09-67.232 ; Gaz. Pal., n° 49-50, 18-19 février 2011, p. 36-37, note Marine Parmentier ; Revue de droit immobilier, urbanisme, construction, n° 3, mars 2011, p. 159-160, note Olivier Tournafond (« La consignation du solde du prix vaut paiement »).

² Art. 1344 c. civ. : « 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. »

³ Com., 4 mai 2017, n°15-19.141, Bull. ; D. 2017 p.972 ; RD bancaire et financier 2017, comm. 111, note Dominique Legeais, et 133, note Caroline Houin-Bressand ; revue Droit et procédures, juin 2017, p. 107, note Olivier Salati ; JCP E 2017.II.1405, note Jérôme Lasserre Capdeville : « (...) si, pour parvenir au recouvrement de sa créance, le prêteur a recours à un mandataire de justice ou exerce des poursuites ou produit à un ordre, l'emprunteur s'oblige à payer, outre les dépens mis à sa charge, une indemnité forfaitaire de 7 % calculée sur le montant des sommes exigibles avec un montant minimum de 2 000 €. Ayant retenu que cette indemnité était stipulée à la fois comme un moyen de contraindre l'emprunteur à l'exécution spontanée, moins coûteuse pour lui, et comme l'évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice futur subi par le prêteur du fait de l'obligation d'engager une procédure, la cour d'appel en a exactement déduit que la clause prévoyant cette indemnité devait être qualifiée de clause pénale. »

terme, qui sera acquise sans mise en demeure préalable entre commerçants (solution écartée en présence d'un débiteur non commerçant¹).

La mise en demeure est également écartée quand elle est *inutile*. Cette seconde exception, prévue à l'article 1231 c. civ.², donc en droit du contrat, vaut plus généralement pour toute obligation : il est inutile d'exiger lorsque le retard a produit une conséquence irrémédiable.

- Si le contractant, auteur de l'inexécution, n'a pas livré une marchandise destinée à être exposée dans une foire, aucune mise en demeure ne lui sera adressée : après la foire, la livraison est inutile, et l'inexécution a produit une conséquence irrémédiable.
- De même, si le voyageur est déjà blessé lors du transport, il est inutile d'exiger le respect des conditions de sécurité par l'envoi d'un accusé-réception. En revanche, le créancier, contractant victime de l'inexécution, mettra en demeure le débiteur (transporteur) de verser l'indemnisation.

L'exigence d'une mise en demeure consiste donc à avertir le débiteur que le créancier exige l'accomplissement de l'obligation dans une période précise, faute de quoi des poursuites auront lieu.

517. Les **effets** de cette mise en demeure sont de deux ordres. La mise en demeure entraîne transfert des risques, en présence d'une prestation portant sur un corps certain ; elle signale également que le créancier subira un dommage moratoire.

La mise en demeure possède un premier effet (spécifique), borné aux prestations opérant transfert de propriété. Elle opère *transfert des risques*. En cas de force majeure, la perte du corps certain sera alors subie par le débiteur (art. 1344-2 c. civ.³).

- Le constructeur d'une maison n'en transfère la propriété et les risques qu'au moment de la livraison (art. 1788 c. civ.⁴). Si, avant la livraison, la maison est détruite par force

¹ Civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n°14-15.655, Bull. ; RLDC, n° 5891, note Mélanie Jaoul ; Dalloz 2015, p. 1677, note Ghislain Poissonnier : (abstrat) « Si le contrat de prêt d'une somme d'argent peut prévoir que la défaillance de l'emprunteur non commerçant entraînera la déchéance du terme, celle-ci ne peut, sauf disposition expresse et non équivoque, être déclarée acquise au créancier sans la délivrance d'une mise en demeure restée sans effet, précisant le délai dont dispose le débiteur pour y faire obstacle. »

² Sous-section 5 *La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat*, art. 1231 c. civ. : « A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable. »

³ Art. 1344-2 c. civ. : « La mise en demeure de délivrer une chose met les risques à la charge du débiteur, s'ils n'y sont déjà. »

⁴ Art. 1788 c. civ. : « 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. »

majeure, la perte est subie par le constructeur⁵. Il n'en va autrement que si le constructeur a mis en demeure le client de réceptionner la maison.

- En cas de vente d'un corps certain, les risques sont à la charge de l'acquéreur (sauf clause contraire) dès la conclusion de la vente. La mise en demeure, effectuée par le vendeur, de venir prendre livraison de la chose, ne change rien. La chose était déjà aux risques de l'acquéreur.

Le second effet (générique) de la mise en demeure est de générer le *dommage moratoire* (perte causée par le retard). Ce dommage sera évalué conformément au droit commun, lorsque le créancier devait recevoir une prestation autre que de somme d'argent : commerçant de profession, il pensait revendre un bien, et il perd alors le profit escompté (perte subie). En présence d'une obligation quelconque, le créancier doit prouver son dommage.

518. En présence d'une somme d'argent, le dommage moratoire correspond au taux légal. Selon les articles 1344-1 c. civ.¹ (régime général des obligations) et 1231-6 c. civ.² (responsabilité contractuelle), les deux articles faisant doublon, le débiteur d'une somme d'argent qui tarde à s'acquitter de sa dette subit l'application d'une double présomption, de causalité et d'évaluation du dommage :

- La première présomption affirme le montant du dommage moratoire est normal : ce sera le taux légal (soit environ 5%) (art. 1231-6 al. 1^{er} c. civ.³ et 1344-1 c. civ.⁴). Peu importe de savoir si le créancier aurait effectué un meilleur placement, s'il avait été payé à temps ; ou s'il n'aurait effectué aucun placement ou un placement ruineux. Une solution moyenne est imposée par la loi, laquelle fixe donc un *forfait* de responsabilité : on lui accorde un rendement moyen (le taux légal).

⁵ En cas de vente d'une maison à construire, le transfert de la propriété et des risques a lieu à compter de la livraison. En conséquence, selon Civ. 3e, 25 mai 2022, n°21-15.883, Bull. : « Avant la réception de l'ouvrage, un orage de grêle avait provoqué la destruction d'une partie de la toiture et l'effondrement des plafonds[.] La cour d'appel en a exactement déduit,(..) que le constructeur devait supporter le coût des travaux de réparation de la maison qu'il devait livrer. »

¹ Art. 1344-1 c. civ. : « La mise en demeure de payer une obligation de somme d'argent fait courir l'intérêt moratoire, au taux légal, sans que le créancier soit tenu de justifier d'un préjudice. »

² Art. 1231-6 c. civ. : « Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure.

« Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

« Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire. »

³ Art. 1231-6 al. 1^{er} c. civ. : « Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation au taux légal [...] »

⁴ Art. 1344-1 c. civ. (anc. 1153 al. 2) : « La mise en demeure de payer une obligation de somme d'argent fait courir l'intérêt moratoire, au taux légal, sans que le créancier soit tenu de justifier d'un préjudice. »

- La seconde présomption posée par l'aliéna second est une présomption de causalité : le législateur affirme qu'il existe un lien nécessaire et pertinent entre l'inexécution du débiteur et le dommage subi par le créancier. Selon avec l'article 1344-1 c. civ.¹, « Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte ». Le créancier n'a aucune preuve à rapporter : l'inexécution (accident prouvé) est cause de dommage.

Le *domaine d'application* de l'évaluation du retard dans le versement d'une somme d'argent s'applique (impérativement) à toute obligation de source légale (art. 1344-1 c. civ.²). En droit du contrat (art. 1231-6 c. civ.), en revanche, la règle est supplétive de volonté : les parties peuvent explicitement convenir d'évaluer différemment ce dommage, en s'entendant sur une clause pénale par exemple³.

519. La **mise en demeure adressée par le créancier** au débiteur signifie que le créancier exige solennellement l'exécution de l'obligation qui est échue. Cette mise en demeure produit un effet générique : elle enclenche le dommage moratoire. Elle possède un effet spécifique, en présence d'une obligation translative de propriété (en transférant les risques sur le débiteur : il subira les effets de la force majeure).

La mise en demeure adressée par le débiteur au créancier en sera l'image inverse.

b/ La mise en demeure adressée par le débiteur au créancier : l'obstruction du créancier

520. La **mise en demeure adressée par le débiteur au créancier** signifie que le débiteur veut se libérer, en versant à échéance une prestation qu'il estime correcte ; mais il est confronté à un refus (illicite) du créancier. Cette procédure (nouvelle⁴) est décrite à l'article 1345 al. 1^{er} c. civ.⁵ :

¹ Art. 1344-1 c. civ. (anc. 1153 al. 2) : « La mise en demeure de payer une obligation de somme d'argent fait courir l'intérêt moratoire, au taux légal, sans que le créancier soit tenu de justifier d'un préjudice. »

² Art. 1344-1 c. civ. : « La mise en demeure de payer une obligation de somme d'argent fait courir l'intérêt moratoire, au taux légal, sans que le créancier soit tenu de justifier d'un préjudice. »

³ L'article 1231-5 c. civ. étant supplétif de volonté, les parties peuvent écarter la présomption, sans pour autant s'entendre sur une clause pénale : le retard dans l'exécution d'une somme d'argent conduira simplement à retourner au droit commun, le créancier devant établir que le retard lui a causé un dommage, et ce quel que soit son montant.

⁴ La procédure de la mise en demeure effectuée par le débiteur, instaurée avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et imitée du droit allemand (BGB, § 293), remplace les offres réelles et les consignations. Voir : Stéphane Benilsi, *Répertoire de droit civil*, « Paiement – Règles particulières aux paiements de sommes d'argent », préc., n° 77 ; N. Fricero, *Une nouvelle réponse déjudiciarisée à l'obstruction au paiement du créancier*, JCP 2016. 807 ; C. Robin, *La mora creditoris*, RTD civ. 1998. 607.

⁵ Art. 1345 c. civ. : « Lorsque le créancier, à l'échéance et sans motif légitime, refuse de recevoir le paiement qui lui est dû ou l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution. « La mise en demeure du créancier arrête le cours des intérêts dus par le débiteur et met les risques de la chose à la charge du créancier, s'ils n'y sont déjà, sauf faute lourde ou dolosive du débiteur.

« Lorsque le créancier, à l'échéance et sans motif légitime, refuse de recevoir le paiement qui lui est dû ou l'empêche par son fait, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution. » La procédure débute par une mise en demeure, qui possède des effets à la fois généraux et propres à chaque type de prestation (effets qui ne se retrouvent pas dans la mise en demeure adressée par le créancier au débiteur : supra).

La mise en demeure est un incident de paiement causé par le *refus du créancier* de recevoir paiement¹, implicitement parce que le créancier estime que l'offre d'exécution du débiteur ne correspond pas à ce qui a été convenu ou à ce qui est dû (qualité insuffisante, quantité partielle). Par exemple, le client refuse de réceptionner l'ouvrage, parce qu'il estime que le bâtiment ne correspond pas à ce qui a été convenu (ou contient des malfaçons) ; le bailleur refuse de recevoir un paiement partiel, du seul loyer sans les charges. À l'inverse, le débiteur estime que sa prestation est correcte : il met en demeure son créancier d'accepter l'exécution, de recevoir le versement de la somme d'argent (à savoir le loyer, sans les charges quand elles n'ont pas été dûment justifiées), de prendre livraison de la marchandise (corps certain, même si elle a été transportée par un autre que le débiteur originaire) ou de réceptionner l'ouvrage bâti². Si la mise en demeure adressée par le débiteur est ultérieurement considérée comme justifiée, le créancier sera l'auteur d'une obstruction. Si la mise en demeure émanant du débiteur est considérée comme justifiée, elle produira des *effets génériques* (art. 1345 al. 2 c. civ.)³ :

- Elle arrête le cours des intérêts dus par le débiteur. Le débiteur propose un remboursement anticipé du prêt au banquier ; le banquier refuse de recevoir paiement (parce qu'il veut prélever des frais). À compter de la mise en demeure, les intérêts contractuels ne sont plus dus. Ou bien, le locataire offre de verser le loyer, déduction faite des charges que le bailleur n'a pas justifiées : le locataire ne sera pas tenu du dommage moratoire.
- La mise en demeure transfère les risques de perte de la chose par cas fortuit au créancier (art. 1345 al. 2 c. civ.), quand ces risques pesaient sur le débiteur (art. 1344-2 c. civ.).

« Elle n'interrompt pas la prescription. »

¹ Si le créancier ne reçoit pas paiement parce qu'il en est incapable (créancier absent ou en procédure collective), la mise en demeure effectuée par le débiteur est-elle possible ? Le débiteur peut avoir intérêt à se libérer, en présence d'une prestation portant sur des choses périssables, donnant lieu à des frais d'entrepôt ...

² Art. 1792-6 c. civ. : « La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement. » Voir : Civ. 3^e, 24 nov. 2016, n° 15-26.090, Bull. : « Viole l'article 1792-6 du code civil la cour d'appel qui refuse de prononcer la réception judiciaire, alors qu'elle constate que la maison était habitable. »

³ On notera un certain parallélisme des formes avec la mise en demeure, effectuée par le créancier et adressée au débiteur (art. 1231 c. civ.). Cette dernière possède l'effet inverse : elle fait naître le dommage moratoire.

Lorsque le contrat prévoit que les risques de perte ne sont assumés par l'acquéreur qu'à compter de la livraison, et que l'acquéreur tarde à venir prendre possession, la mise en demeure du vendeur a pour effet de transférer immédiatement les risques de perte sur l'acquéreur : la marchandise périssable, volée ou détruite par cas fortuit sera aux risques de l'acquéreur.

Dernière précision (apportée par l'article 1345 al. 3 c. civ.) : l'existence d'un litige entre le débiteur et le créancier ne conduit *pas à interrompre la prescription*. Conformément au droit commun (infra), il faudra que le créancier saisisse le juge : si le créancier persiste dans l'obstruction et reste inerte, le débiteur pourra obtenir sa libération sans exécution (avec la prescription extinctive : infra n°705 et suiv.). Le litige sur l'exécution peut donc conduire le débiteur à se contenter d'offrir sa prestation, sans avoir à exposer des frais (d'avocat). À ce moment, soit le créancier accepte l'exécution, soit il continue de refuser.

521. Pour sortir de l'impasse, en cas de refus persistant (pendant deux mois) du créancier, la mise en demeure produira des **effets spécifiques**, en fonction de l'objet de l'obligation.

En présence d'une *obligation translatrice de propriété* (portant donc sur un bien) (art. 1345-1 c. civ.¹), un tiers sera chargé de conserver la chose, afin de la transmettre au créancier. « Si l'obstruction n'a pas pris fin dans les deux mois de la mise en demeure, le débiteur peut, lorsque l'obligation porte sur une somme d'argent, la consigner à la Caisse des dépôts et consignations ou, lorsque l'obligation porte sur la livraison d'une chose, séquestrer celle-ci auprès d'un gardien professionnel. » En présence d'une autre obligation translatrice de propriété, un tiers sera désigné pour conserver la chose :

- Les frais de garde seront à la charge du créancier qui refuse fautivement de recevoir paiement (art. 1345-3 c. civ.²). L'effet de la consignation ou du séquestre est de libérer le débiteur : selon l'article 1345-1 al. 3 c. civ. « La consignation ou le séquestre libère le débiteur à compter de leur notification au créancier. ».
- Mais la chose peut être soumise à déperissement (produits frais, périssables), ou bien son séquestre donner lieu à des frais excessifs (produits à conserver à basse température ...) :

¹ Art. 1345-1 c. civ. : « Si l'obstruction n'a pas pris fin dans les deux mois de la mise en demeure, le débiteur peut, lorsque l'obligation porte sur une somme d'argent, la consigner à la Caisse des dépôts et consignations ou, lorsque l'obligation porte sur la livraison d'une chose, séquestrer celle-ci auprès d'un gardien professionnel.

« Si le séquestre de la chose est impossible ou trop onéreux, le juge peut en autoriser la vente amiable ou aux enchères publiques. Déduction faite des frais de la vente, le prix en est consigné à la Caisse des dépôts et consignations.

« La consignation ou le séquestre libère le débiteur à compter de leur notification au créancier. »

² Art. 1345-3 c. civ. : « Les frais de la mise en demeure et de la consignation ou du séquestre sont à la charge du créancier. »

la chose sera *transformée en monnaie* (art. 1345-1 al. 2 c. civ.¹), et la somme sera consignée (cas précédent). Précision : les frais de vente sont à la charge du créancier, auteur de l'obstruction fautive : ils se compenseront avec le montant de la somme issue de la vente (infra n°605 et suiv., la compensation).

En présence d'un *service à effectuer*, qui ne peut être ni consigné, ni séquestré, l'article 1345-2 c. civ. prévoit une solution plus radicale : « Lorsque l'obligation porte sur un autre objet, le débiteur est libéré si l'obstruction n'a pas cessé dans les deux mois de la mise en demeure. ». Le créancier dispose d'un délai de deux mois pour accepter le service, faute de quoi le service sera perdu (et le débiteur unilatéralement déchargé). Le débiteur propose son service, et si le créancier n'en veut pas, le service ne sera pas rendu.

Le débiteur, victime de l'obstruction de son créancier, sera donc libéré, différemment selon le type d'obligation dont il est tenu.

- Le service offert pendant deux mois n'a plus à être rendu : l'obligation est considérée comme payée, et elle disparaît objectivement.
- La chose séquestrée ou la somme d'argent consignée seront fournies au créancier par le séquestre ou par la Caisse des dépôts et consignation. L'obligation persiste (à charge du séquestre), mais le lien personnel entre le débiteur et son créancier a disparu : l'exécution de la prestation n'est plus l'affaire du débiteur.

521-1. La mise en demeure adressée au créancier coexiste avec les **droits spéciaux**, et spécialement avec l'article 1657 c. civ.², qui prévoit une résolution (de plein droit et sans sommation) de la vente (d'objets mobiliers et périssables)³, lorsque l'acquéreur ne prend pas livraison de la chose dans le temps convenu. Le vendeur peut avoir intérêt à préférer la mise en demeure, afin de conserver le profit de la vente ; la résolution, à l'inverse, impose de rembourser le prix.

(522. et 523. : réservés)

524. En somme, la **mise en demeure** est une procédure par laquelle l'un (créancier) ou l'autre (débiteur) exige solennellement l'exécution correcte à son profit ou au profit de l'autre.

¹ Art. 1345-1 al.2 c. civ. : « Si le séquestre de la chose est impossible ou trop onéreux, le juge peut en autoriser la vente amiable ou aux enchères publiques. Déduction faite des frais de la vente, le prix en est consigné à la Caisse des dépôts et consignations. »

² Art. 1657 c. civ. : « En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retraitement. »

³ Stéphane Benilsi, *Répertoire de droit civil*, « Paiement », préc. n° 79.

Quand cette mise en demeure est justifiée, elle produit des *effets génériques* que l'on retrouve dans la mise en demeure adressée au débiteur ou celle adressée au créancier : les risques à la charge de l'un sont transférés à l'autre ; le dommage moratoire, et spécialement l'intérêt de la somme d'argent, sera soit établi (mise en demeure adressée par le créancier au débiteur), soit rejeté (mise en demeure adressée par le débiteur au créancier).

La mise en demeure adressée par le débiteur au créancier possède des *effets spécifiques*, puisque l'exécution de la prestation n'aura plus lieu d'être (en présence d'un service) ou sera exécutée par un autre (en présence d'un corps certain ou d'une somme d'argent).

Pour savoir si la mise en demeure adressée par l'un à l'autre est justifiée (ou non), il faudra saisir le juge : c'est lui qui décidera (a posteriori) qui était dans son bon droit.

II/ Le paiement définitif : la distinction entre passif provisoire et passif définitif

525. Le **paiement** ne permettra l'extinction définitive de la dette que s'il est réalisé par le véritable débiteur, le seul qui tire profit du paiement (même en présence d'une obligation légale se traduisant uniquement par une charge : paiement d'un impôt, d'une dette alimentaire ...). Lorsque la caution paye le créancier, parce que le locataire n'a pas versé son loyer, la dette ne sera définitivement éteinte que lorsque le locataire (véritable débiteur) aura remboursé la caution : le passif provisoire pèse sur la caution, le passif définitif sur le véritable débiteur. Le paiement effectué par un autre que le véritable débiteur donnera lieu à deux types de recours, le recours personnel (qui est systématique) et le recours subrogatoire (qui est parfois accordé).

Le *recours personnel* bénéficie à toute personne qui a provisoirement assumé la dette dont la charge finale doit peser sur le véritable débiteur. La caution qui a payé le bailleur en raison de la défaillance du locataire ou le coobligé solidaire qui a payé intégralement la dette dont un autre coobligé a tiré (partiellement ou totalement) profit exercent un recours personnel fondé sur la répétition de l'indu (art. 1302 et suiv. c. civ.¹ : supra n°251) ou l'enrichissement injustifié (art. 1303 c. civ.²: supra n°270). Le tiers a remplacé le débiteur envers le créancier : le créancier est payé, mais la dette persistera tant que le véritable débiteur (enrichi par le paiement) n'aura pas remboursé (passif définitif).

Le *recours subrogatoire* permet au tiers qui paye la dette du débiteur de remplacer le créancier : le créancier transmet alors au tiers qui l'a payé le titre constatant la créance, avec les sûretés détenues

¹ Art. 1302 al. 1^{er} c. civ. : « Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution. »

² Art. 1303 c. civ., « En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement. »

sur le débiteur. Ce recours subrogatoire, qui octroie une meilleure chance de remboursement, n'est pas systématiquement accordé : la caution qui paye le créancier disposera du recours subrogatoire, mais pas le coobligé solidaire.

Lorsqu'un patrimoine tiers paye, la dette persiste, et le débiteur devra rembourser mais selon deux modalités différentes.

- Le recours personnel (1) est exercé par le tiers appauvri contre le véritable débiteur (enrichi par le paiement) : la créance est commune (chirographaire).
- Le recours subrogatoire (2), également exercé contre le débiteur, permet au tiers d'obtenir la transmission du titre avec les sûretés.

1/ Le recours personnel : un tiers qui remplace le débiteur

526. Le **recours personnel** est reconnu à tout tiers qui a payé la dette du véritable débiteur. Son action en remboursement sera soumise au droit commun du paiement ; elle présente un important risque d'impayé.

En droit français, une dette ne s'éteint que lorsque le véritable débiteur la paye (et non parce que le créancier est payé). Comme la *charge finale* de la dette pèse sur celui qui a profité de la dette, le patrimoine enrichi (par le paiement de la dette) devra rembourser le patrimoine (intermédiaire) appauvri par ce paiement. Le recours du tiers payeur sera ainsi partiel, quand le tiers, également tenu, a partiellement profité de la dette (ainsi, le colocataire, tenu solidairement), ou intégral quand le débiteur a seul tiré profit du paiement (comme dans le contrat de cautionnement). Le montant du recours en remboursement impose d'identifier l'identité du véritable débiteur¹.

L'effectivité du recours personnel dépend évidemment de la *solvabilité du débiteur final*. Or, lorsqu'un tiers a dû provisoirement assumer la charge du paiement envers le créancier, c'est souvent² parce que le véritable débiteur est défaillant et qu'il manque de ressources. La plupart du temps, le tiers sera spécifiquement confronté à un débiteur final dans l'incapacité de payer. L'action en remboursement, dans le cadre du recours personnel, est soumise au droit commun du paiement (relevant donc spécifiquement du régime général des obligations) : le tiers est un créancier commun (chirographaire).

¹ L'identité du véritable pourra d'ailleurs devenir connue, après un certain temps : c'est celui qui, à un titre ou à un autre, devait la dette, ou pouvait la devoir. Si un tiers verse le dépôt de garantie destiné à garantir le bailleur que le local loué ne sera pas dégradé, l'identité du véritable débiteur de la restitution ne sera connue qu'à l'expiration du bail : si le local loué n'a pas été dégradé, le bailleur devra rembourser ; si le dépôt de garantie est absorbé par la valeurs des dégradations commises, le locataire sera le véritable débiteur.

² Mais pas toujours : on sait que l'action directe (art. 1341-3 c. civ. : « Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur. », supra, n°475 et suiv.) permet parfois de réaliser un paiement simplifié (A doit 50 à B, B 50 à C : C réclamera directement 50 à A), sans que le débiteur intermédiaire soit défaillant.

527. Le **régime du recours personnel** en remboursement présente quelques singularités, bien que la créance soit chirographaire. Comme dans la répétition de l'indu (art. 1302 et suiv. c. civ.¹), il s'agit de faire en sorte que le patrimoine appauvri (par le paiement) soit rétabli dans sa consistance : il s'agira de payer le principal, ainsi que les intérêts.

Premièrement, on notera que le débiteur, personne physique, dont la dette a été payée par une caution, personne physique et plus généralement par un tiers (personne physique), ne pourra jamais bénéficier des mesures de rétablissement personnel (art. L 733-7 2° c. conso.²; art. L 741-3 c. conso.³). Le débiteur sera donc tenu d'un *passif à vie*. L'obligation de rembourser (recours personnel) sera effective pour le débiteur.

Deuxièmement, le *montant du recours personnel* correspond à la somme versée par l'appauvri. S'il veut obtenir les intérêts moratoires de cette somme, il doit mettre en demeure le débiteur de rembourser⁴. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, il n'est plus affirmé que ces intérêts moratoires courent de plein droit dès que le tiers, provisoirement tenu, a payé (sauf précision contraire, ainsi dans la gestion d'affaire⁵ et dans le cautionnement⁶). Il convient donc de mettre le véritable débiteur en demeure de rembourser : à ce moment, il est averti du paiement dont il profite, et sait que les intérêts courent.

Le recours personnel suppose qu'un tiers ait payé le créancier pour envisager, dans un second temps, un remboursement par le véritable débiteur. Normalement, ce tiers est légalement tenu de payer parce qu'il s'y est engagé par contrat (garantie personnelle) ou parce que la loi impose cette charge (commettant, tenu de garantir la victime d'un préposé en fonction auteur d'une faute intentionnelle : art. 1242 al. 5 c. civ.⁷).

¹ Art. 1302 c. civ. : « Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution. « La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »

² Art. L 733-7 c. conso. : « La commission peut recommander, par proposition spéciale et motivée, les mesures suivantes : (...) 2° L'effacement partiel des créances combiné avec les mesures mentionnées à l'article L. 733-1. Celles de ces créances dont le montant a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques, ne peuvent faire l'objet d'un effacement. Les dettes fiscales font l'objet de remises totales ou partielles dans les mêmes conditions que les autres dettes. »

³ Art. L 741-3 al. 1^{er} c. conso. : « Le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire rendu exécutoire par le juge du tribunal [judiciaire] entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, arrêtées à la date de l'ordonnance conférant force exécutoire à la recommandation, à l'exception des dettes visées à l'article L. 711-4, de celles mentionnées à l'article L. 711-5 et des dettes dont le montant a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques. »

⁴ Il existe néanmoins un doute : l'enrichi doit les intérêts

⁵ Art. 1301-2 c. civ. : « Celui dont l'affaire a été utilement gérée (...) / rembourse au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemnise des dommages qu'il a subis en raison de sa gestion.

« Les sommes avancées par le gérant portent intérêt du jour du paiement. »

⁶ Art. 2308 c. civ. : « La caution qui a payé tout ou partie de la dette a un recours personnel contre le débiteur tant pour les sommes qu'elle a payées que pour les intérêts et les frais.

« Les intérêts courent de plein droit du jour du paiement. (...) »

⁷ Art. 1242 c. civ. : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. (...) »

527-1. L'article 1342-1 c. civ.¹ vise également une autre hypothèse : « Le paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue ». Le **tiers non tenu**, implicitement par un titre juridique adéquat imposant le paiement, disposera également, comme dans tout quasi-contrat, d'un recours personnel en remboursement.

Le tiers non tenu de la dette n'est ni caution, ni codébiteur solidaire : mais il paye la dette d'un débiteur (qui éprouve implicitement une difficulté de paiement) par bonté d'âme, pour rendre service ou pour empêcher qu'un bien du débiteur ne soit saisi et aliéné. Par exemple un voisin, afin d'éviter une saisie immobilière qui pourrait conduire à vendre un terrain à un promoteur (d'où l'édification d'un complexe immobilier), paye la dette du véritable débiteur (et rembourse le crédit immobilier). Le tiers agit alors « *sans intérêt* ».

L'intervention du tiers est légale. « Sauf refus légitime du créancier » (supra, en présence d'une prestation purement personnelle que seul le débiteur est en mesure de réaliser : peindre un tableau), le paiement effectué par un tiers doit être accepté par le créancier. L'essentiel est que la prestation lui soit fournie. Il suffira que le tiers indique, sous une forme quelconque, qu'il acquitte la dette d'autrui². L'ordonnance du 10 février 2016 ne prévoit pas la possibilité que le *débiteur aurait de s'opposer* à ce paiement effectué par le tiers. L'article 1332 c. civ.³ (novation) prévoit que « La novation par changement de débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur. » L'article 1342-1 c. civ. induit l'idée que le débiteur ne dispose d'aucun intérêt (et donc d'aucune action) pour s'opposer au paiement du tiers : le changement de créancier s'effectuera légalement, sans respecter la révision mutuellement convenue quand elle est imposée (novation par changement de créancier : art. 1333 c. civ.⁴ ; dette stipulée incessible). Le débiteur ne possède aucun intérêt juridiquement protégé à refuser le transfert de la valeur. C'est du moins la solution adoptée par l'ordonnance du 10 février 2016.

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont estimé que l'hypothèse d'une opposition du débiteur au paiement par un tiers (non tenu) ne devrait pas apparaître, car elle ne correspondait à rien de concret. Or, le paiement de la dette par un tiers, personne physique, implique que le débiteur (personne physique) sera tenu désormais tenu d'un passif à vie, inapurable (art. L 741-3 c. conso.⁵, supra n°514).

Al. 5 : « Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ;

¹ Art. 1342-1 c. civ. : « Le paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier. » Anc. art. 1236 c. civ. (1804) : « Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution. / « L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. »

² L'anc. art. 1236 c. civ. (1804) prévoyait que le tiers devait signaler qu'il payait la dette d'autrui : « pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur ».

³ Art. 1332 c. civ. : « La novation par changement de débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur. »

⁴ Art. 1333 c. civ. : « La novation par changement de créancier requiert le consentement du débiteur. Celui-ci peut, par avance, accepter que le nouveau créancier soit désigné par le premier.

« La novation est opposable aux tiers à la date de l'acte. En cas de contestation de la date de la novation, la preuve en incombe au nouveau créancier, qui peut l'apporter par tout moyen. »

⁵ Art. L 741-3 al. 1^{er} c. conso. : « Le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire rendu exécutoire par le juge du tribunal [judiciaire] entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, (...), à l'exception (...) des dettes dont le montant a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques. »

528. Le **recours personnel en remboursement** est exercé par un tiers, le plus souvent tenu de payer la dette d'un autre, qui a assumé provisoirement la charge de la dette du véritable débiteur. Ce recours de droit commun est à disposition de tout tiers (caution, coobligé ...) ayant acquitté le passif à titre provisoire : il relève donc du régime général des obligations. Ici, ce tiers ne remplace pas le créancier, envers le débiteur, sauf à disposer également du recours subrogatoire.

(529. : réservé)

2/ Le recours subrogatoire : un tiers qui remplace le créancier

530. Le **recours subrogatoire**¹ est une action en remboursement exercée par un tiers qui détiendra désormais le titre de créance que le créancier originaire lui transmet. Ce titre comprend tous les accessoires, et spécialement les sûretés qui garantissent un remboursement effectif (en présence d'une obligation réelle). Le tiers qui paye le créancier cherche spécifiquement à le remplacer envers le débiteur, afin d'obtenir le titre : implicitement, ce recours n'est pas chirographaire (droit commun du paiement), mais bénéficie d'un droit (prioritaire) au paiement.

La réglementation de la subrogation a pour objectif de s'assurer que le paiement effectué par le tiers a *exclusivement pour objet de payer la dette avec son titre*, et non une dette quelconque du débiteur.

En effet, quand un titre octroie un droit au paiement (en raison de la présence d'une sûreté), le créancier transfère sur les autres créanciers impayés la charge de la pénurie. Le but de la réglementation est de s'assurer que seul celui qui paye la dette A obtiendra le titre (avec la sûreté).

Le droit prioritaire au paiement ne peut avoir pour assiette que ce que le collatéral garantit.

Lorsque la subrogation est admise (parce qu'elle est prévue par la loi ou le contrat), elle produira des effets analogues à ceux résultant d'une cession de créance (art. 1321 al. 3 c. civ.²). Le titre (avec sa sûreté) est transféré par le créancier originaire au nouveau créancier. L'impact de la subrogation ne portera ainsi atteinte ni aux autres créanciers, ni au débiteur, ni au créancier originaire ou à son remplaçant.

La subrogation obéit donc à une réglementation stricte, destinée à s'assurer que le titre correspond à la dette payée : ces cas de subrogation (a) produisent le même effet (b), à savoir un transfert du titre avec les sûretés, opposable aux tiers.

¹ Le terme subroger est un synonyme de remplacer, substituer.

² Art. 1321 al. 3 c. civ. : « Elle [la cession de créance] s'étend aux accessoires de la créance. »

530-1. La subrogation remplit ponctuellement d'autres fonctions (sûreté personnelle) ou possède un domaine d'application élargi (au profit du prêteur).

La subrogation remplit une *fonction de sûreté personnelle* afin de permettre au créancier de ne pas subir le risque d'impayé du véritable débiteur. Ce recours subrogatoire, prévu à l'article 1346 c. civ.¹ est fréquemment employé en droit de la responsabilité civile, lorsqu'un tiers assume (provisoirement) la charge de l'indemnisation de la victime². Ce tiers (fonds de garantie³, assureur) dispose alors d'un recours subrogatoire contre le véritable responsable (ou coresponsable), tenu à titre définitif. Mais l'exercice de ce recours subrogatoire ne doit pas porter préjudice à la victime (art. 1346-3 c. civ.⁴) :

- Lorsque la victime n'a été indemnisée par l'assureur qu'à raison de certains chefs de préjudice, l'assureur ne peut pas exercer de recours subrogatoire contre l'auteur de l'accident, tant que la victime n'est pas totalement indemnisée par le responsable (à raison des chefs de préjudice non pris en charge par l'assureur).
- L'article 1346-3 c. civ. établit un droit de préférence chirographaire au profit de la victime. Le droit de gage général (infra) de l'assureur sera infra-chirographaire : il ne prélève qu'à titre subsidiaire, après indemnisation intégrale de la victime. Cette solution valide la jurisprudence (Civ. 1^{ère}, 4 juin 2002⁵).

Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, le *prêteur* peut invoquer la subrogation pour obtenir les sûretés réelles dont disposent les créanciers économiquement utiles.

- Avant 2016, la jurisprudence avait, avec constance, rejeté les demandes de prêteurs invoquant la subrogation contractuelle⁶ : un prêteur ne pouvait pas prétendre que les fonds versés au vendeur (directement par l'emprunteur) fussent régis par la subrogation. Le prêteur ne pouvait obtenir qu'une cession de créance.

¹ Art. 1346 c. civ. : « La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette. » Le cas prévu reprend l'anc. art. 1251 3° c. civ. (1804) : « La subrogation a lieu de plein droit : (...) 3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ; (...) ».

² En cas de dommage corporel, la victime dispose d'un droit de préférence par rapport au tiers payeur investi d'un recours subrogatoire, qui serait consacré par l'article 1276 al. 2 c. civ. (projet du 13 mars 2017) : « Dans le cas où l'insolvabilité du responsable empêcherait l'indemnisation intégrale de la victime, celle-ci sera préférée au tiers payeur pour ce qui lui reste dû par le responsable. (...) ».

³ Civ. 2^e, 8 décembre 2016, n°15-27.748, Bull. ; Gaz. Pal. 2017, n° 6, p. 43, note Claudine Bernfeld : « Le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages qui, tenu de réparer les conséquences d'un accident, indemnise une victime de l'intégralité du dommage est subrogé dans les droits de celle-ci et peut exercer son action subrogatoire, (...) à l'encontre d'une clinique et de médecins ayant, selon lui, contribué au dommage postérieurement à l'accident en raison d'une infection nosocomiale. »

⁴ Art. 1346-3 c. civ. : « La subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 4 juin 2002, n°99-13.002 et 99613.685, Bull. n°157 : « dans le concours de l'assureur subrogé et de l'assuré subrogeant, ce dernier prime le premier jusqu'à concurrence de la réparation du préjudice garanti ».

⁶ Req., 19 avril 1831, S. 1831, 1, p. 432 ; Civ., 13 juin 1914, D. P. 1916, 1, p. 41 ; Req., 3 février 1936, S. 1936, 1, p. 128 ; Com., 28 juin 2011, n°10-20.420, Bull. n° 112.

- Depuis 2016, l'article 1346-2 al. 1^{er} c. civ.¹ permet désormais au débiteur de subroger le prêteur dans les droits du créancier sans qu'il soit nécessaire d'établir un acte notarié ou de recourir à la cession de créance. Dans le cadre de la subrogation conventionnelle (art. 1346-1 c. civ.²), le vendeur, payé directement et immédiatement, s'accorde avec le prêteur. Les banquiers, créanciers économiquement prévoyants, ont réussi à s'assimiler aux créanciers économiquement utiles.

a/ Les cas de subrogation personnelle : subrogation contractuelle ou légale

531. Les **cas de subrogation** ont pour objet de préciser la procédure à suivre (et les documents à produire) pour s'assurer que la transmission du titre (avec son collatéral : la sûreté) a lieu uniquement au profit de celui qui a effectivement payé la dette (garantie par le titre). La subrogation sera soit contractuelle, soit légale.

Avec la *subrogation contractuelle*, le créancier originaire s'accorde avec le nouveau créancier. La subrogation s'effectue « à l'initiative du créancier » (art. 1346-1 c. civ.³). Le créancier originaire cherche à se refinancer⁴ : il se montrera donc coopératif envers le créancier qui le remplace (et accepte de payer comptant une dette exigible à terme).

- La preuve de la subrogation contractuelle (réalisée à l'initiative du créancier : technique de refinancement) est soumise à la preuve légale. Deux conditions sont exigées : le paiement du tiers (1^{ère} condition) a lieu en même temps que l'acte de subrogation (2^{nde} condition). Le créancier originaire transmet ainsi le titre qu'il détient sur le débiteur (contrat original, avec les sûretés), avec la mention surajoutée que le créancier originaire a été payé par un tiers qui le remplace.

¹ Art. 1346-2 c. civ. : « La subrogation a lieu également lorsque le débiteur, empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier avec le concours de celui-ci. En ce cas, la subrogation doit être expresse et la quittance donnée par le créancier doit indiquer l'origine des fonds.

« La subrogation peut être consentie sans le concours du créancier, mais à la condition que la dette soit échue ou que le terme soit en faveur du débiteur. Il faut alors que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des sommes versées à cet effet par le nouveau créancier. »

² Art. 1346-1 c. civ. : « La subrogation conventionnelle s'opère à l'initiative du créancier lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur. / (...) / « Elle doit être consentie en même temps que le paiement, à moins que, dans un acte antérieur, le subrogeant n'ait manifesté la volonté que son cocontractant lui soit subrogé lors du paiement. La concomitance de la subrogation et du paiement peut être prouvée par tous moyens. »

³ Art. 1346-1 c. civ. : « La subrogation conventionnelle s'opère à l'initiative du créancier lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur.

« Cette subrogation doit être expresse.

« Elle doit être consentie en même temps que le paiement, à moins que, dans un acte antérieur, le subrogeant n'ait manifesté la volonté que son cocontractant lui soit subrogé lors du paiement. La concomitance de la subrogation et du paiement peut être prouvée par tous moyens. »

⁴ Ou bien, le créancier originaire sera payé par son assureur, lequel exercera un recours en remboursement contre l'auteur de l'accident (ou son propre assureur). Voir : Civ. 2^e, 26 novembre 2020, n° 19-23.023, Bull. ; D. 2020 p.2397 : (abstrat) « Par l'effet de la subrogation conventionnelle, l'assureur de la victime est investi de l'action directe contre l'assureur du responsable. »

- L'article 1346 al. 3 c. civ.¹ admet également une preuve simplifiée de subrogation : les parties (créancier originaire et débiteur) ont convenu dans un acte préalable que le paiement effectué par le tiers imposera au créancier de transmettre le titre.

Avec la *subrogation légale* (art. 1346 c. civ.²), il s'agit de maintenir en vie le titre, alors que le créancier originaire reçoit un paiement qui lui est dû. Le débiteur cherche par exemple à restructurer sa dette³ : le remboursement (anticipé) du créancier originaire ne devra pas conduire (comme cela devrait être normalement le cas) à faire disparaître le titre, et sa sûreté avec lui. La preuve de la subrogation légale sera rapportée

- soit à l'identique de la subrogation contractuelle expresse (art. 1346-2 al. 1^{er} c. civ.⁴), quand le créancier originaire se montre coopératif ;
- soit, lorsqu'il ne l'est pas, il faut un *remploi*, qui suppose l'intervention d'un notaire (art. 1346-2 al. 2 c. civ.⁵). Le notaire s'assure alors que le paiement effectué par le débiteur au créancier a pour fonction d'éteindre la dette ; le notaire atteste également que les fonds servant à payer ont été prêtés par un tiers, lequel veut remplacer le créancier.

531-1. Pour admettre la subrogation légale, une **disposition spéciale** de la loi est expressément exigée⁶. Le recours subrogatoire de la caution (art. 2309 c. civ.⁷) correspond à l'hypothèse dans laquelle un tiers est tenu de garantir le paiement d'une dette (art. 1346 c. civ.⁸). En dehors du cautionnement, le garant personnel ne dispose pas du recours subrogatoire légal, faute de disposition légale en ce sens.

¹ Art. 1346-1 al. 3 c. civ. : « Elle [la subrogation conventionnelle qui s'opère à l'initiative du créancier] doit être consentie en même temps que le paiement, à moins que, dans un acte antérieur, le subrogeant n'ait manifesté la volonté que son cocontractant lui soit subrogé lors du paiement. La concomitance de la subrogation et du paiement peut être prouvée par tous moyens. »

² Art. 1346 c. civ. : « La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette. »

³ L'emprunteur a besoin d'allonger la période de remboursement parce qu'il est confronté à un renversement de conjoncture (chômage, baisse du revenu disponible) ou cherche à bénéficier d'une baisse des taux d'intérêts. Il demandera à un tiers (souvent, une autre banque) de procéder au remboursement anticipé du prêt initial et de remplacer le créancier originaire.

⁴ Art. 1346-2 al. 1^{er} c. civ. : « La subrogation a lieu également lorsque le débiteur, empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier avec le concours de celui-ci. En ce cas, la subrogation doit être expresse et la quittance donnée par le créancier doit indiquer l'origine des fonds. »

⁵ Art. 1346-2 al. 2 c. civ. : « La subrogation peut être consentie sans le concours du créancier, mais à la condition que la dette soit échue ou que le terme soit en faveur du débiteur. Il faut alors que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des sommes versées à cet effet par le nouveau créancier. »

⁶ Com., 18 mars 2014, n°13-12.444, Bull. ; Revue Lamy droit civil, 2014, n°5421, note Gaëlle Marraud des Grottes : (abstrat) « Il résulte des dispositions combinées des articles 1251, 3°, et 2306 du code civil que le débiteur qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut prétendre bénéficier de la subrogation si, par son paiement, il a libéré, envers leur créancier commun, celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette. »

⁷ Art. 2309 c. civ. : « La caution qui a payé tout ou partie de la dette est subrogée dans les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. » Voir : *Droit des sûretés*, n°254 et suiv.

⁸ Art. 1346 c. civ. : « La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette. »

532. L'accomplissement de ces formalités rendra la subrogation **opposable aux tiers**. Classiquement, deux catégories de tiers sont à distinguer, les autres créanciers du débiteur et le débiteur lui-même.

- Envers les tiers (et notamment les autres créanciers impayés du débiteur), la subrogation dont bénéficie le tiers est opposable « *dès le paiement* » (art. 1346-5 al. 2 c. civ.¹).
- Envers le débiteur, l'opposabilité de la subrogation sera acquise dès que le débiteur en a connaissance (ou dès qu'il en a été correctement informé) (art. 1346-5 al. 1^{er} c. civ.²).

(533. et 534. : réservés)

b/ L'effet du recours subrogatoire : force obligatoire et effet relatif

535. L'**effet de la subrogation** consiste à transférer au nouveau créancier le titre détenu sur le débiteur, avec les sûretés. La valeur de la sûreté est essentielle, car elle permet d'obtenir un remboursement effectif.

L'article 1346-3 c. civ.³ précise qu'en présence d'un *paiement partiel*, le créancier originaire conserve la sûreté (réelle) puisqu'elle permet un paiement prioritaire ; le tiers n'en profitera que pour la fraction excédant le paiement effectif dont le créancier originaire a besoin. La sûreté réelle ne sera transmise qu'en présence d'un complet paiement.

Lorsque le créancier originaire a négligé le recours en remboursement du tiers qui le paye, il sera sanctionné par une *déchéance*, proportionnée au dommage subi par le nouveau créancier.

- Si l'assuré tarde à déclarer un sinistre à son assureur-dommages, privant ce dernier de son recours en remboursement contre le véritable responsable (le constructeur quand le sinistre trouve sa source dans une malfaçon, au titre de la garantie décennale⁴), l'assuré ne sera pas payé ou devra rembourser.

¹ Art. 1346-5 al. 2 c. civ. : « La subrogation est opposable aux tiers dès le paiement. »

² Art. 1346-5 al. 1^{er} c. civ., « Le débiteur peut invoquer la subrogation dès qu'il en a *connaissance* mais elle ne peut lui être opposée que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte. »

³ Art. 1346-3 c. civ. : « La subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. »

⁴ Civ. 3^e, 8 février 2018, n° 17-10.010, Bull. ; Gaz. Pal. 2018, n° 12, p. 25, note Isabelle Bonardi ; RGDA 2018, p. 201, note Jean-Pierre Karila : (abstrat) « [...] le retard apporté dans les déclarations de sinistre interdisait à l'assureur dommages-ouvrage d'exercer un recours à l'encontre des constructeurs et de leurs assureurs, toute action à leur encontre étant forclosée faute de dénonciation des désordres dans le délai décennal, une cour d'appel en déduit à bon droit que les demandes formées contre l'assureur dommages-ouvrage doivent être rejetées. »

- Si une sûreté réelle a été perdue alors qu'elle garantissait partiellement le recours en remboursement, le créancier originaire subira une déchéance partielle (art. 2314 c. civ.¹, en droit du cautionnement²).

536. Le recours subrogatoire a pour objet une **assiette** identique à celle dont disposait le créancier originaire : la dette ne change pas (art. 1346-4 c. civ.³). Le titre peut prévoir que les intérêts sont inclus dans la dette.

Comme la dette ne change pas, les exceptions éventuellement opposables par le débiteur conduisent à distinguer, classiquement (comme dans la cession de créance : art. 1324 al. 2 c. civ.⁴), entre les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions purement personnelles (art. 1346-5 al. 3 c. civ.⁵).

- Si la dette est nulle (exception inhérente à la dette), le créancier originaire n'a pas pu transmettre plus de droits qu'il n'en avait. L'exception est inhérente à la dette ;
- En présence d'une exception purement personnelle, le tiers subrogé ne pourra pas bénéficier du régime applicable au créancier originaire. Un salarié a le droit d'être payé immédiatement, quand son employeur est en faillite ; si un tiers (AGS) paye le salaire, le tiers (subrogé) ne bénéficiera pas du paiement immédiat (bénéfice strictement personnel au salarié, destiné à lui permettre de faire face à ses dépenses vitales).

Les *intérêts* de la dette sont désormais couverts par la subrogation. On sait que le recours personnel permet au tiers d'obtenir remboursement de l'intérêt moratoire, mais uniquement en tant que créancier commun (chirographaire).

¹ Art. 2314 c. civ. : « Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit.

« Toute clause contraire est réputée non écrite.

« La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté. »

² La privation du recours subrogatoire décharge la caution à hauteur du dommage qu'elle subit du fait de la négligence du créancier. Voir, *Droit des sûretés*, n°222 et suiv.

³ Art. 1346-4 c. civ. : « La subrogation transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires, à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne du créancier. (...) ».

⁴ Art. 1324 al. 2 c. civ. : « Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation des dettes connexes. Il peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le cédant avant que la cession lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes.

⁵ Art. 1346-5 al. 3 c. civ. : « Le débiteur peut opposer au créancier subrogé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il peut également lui opposer les exceptions nées de ses rapports avec le subrogeant avant que la subrogation lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes. »

- L'article 1346-4 al. 2 c. civ.¹ octroie un premier bénéfice au nouveau créancier. Il a désormais (depuis l'ordonnance du 10 février 2016) droit aux intérêts moratoires : « Ces intérêts sont garantis par les sûretés attachées à la créance ».
- Le nouveau créancier bénéficie d'un second avantage, dans la logique du premier : dès lors que le véritable débiteur est mis en demeure de rembourser, il doit soit le taux légal, soit l'*intérêt convenu* avec le créancier originaire.

Dans ces conditions, on comprend que tout tiers qui paye le créancier a intérêt à obtenir la subrogation : la transmission du titre avec les sûretés est ce qui garantit un remboursement effectif, notamment si le débiteur est insolvable. Mais la subrogation possède un domaine relativement restreint : sauf subrogation légale (remboursement anticipé d'un débiteur) ou contractuelle (cession de créance), il faudra une disposition légale pour octroyer la subrogation au tiers. La caution en bénéficie de plein droit (art. 2306 c. civ.²), mais pas un autre type garant personnel (comme le coobligé solidaire non intéressé à la dette), sauf à en convenir explicitement avec le créancier.

(537- à 548. : réservés)

549. Lorsqu'un tiers paye un créancier (le plus souvent parce qu'il doit le faire, en vertu d'une obligation légale ou contractuelle), la charge provisoire de cette dette donne lieu à **deux types d'action en remboursement**.

Si le tiers paye la dette du véritable débiteur, il exercera contre lui un *recours personnel* : ce recours est soumis au droit commun du paiement, et aucune sûreté n'en garantit l'exécution. Le tiers subit le risque d'insolvabilité du débiteur final.

Le *recours subrogatoire* (grâce auquel le tiers remplace le créancier originaire) permet la transmission du titre avec ses sûretés : il octroie un droit au paiement, de sorte que le remboursement sera effectif même si le débiteur véritable est insolvable. Désormais, même les intérêts moratoires sont garantis.

Les conditions strictes encadrant la subrogation (contractuelle comme légale) s'expliquent par l'impact de la subrogation sur les tiers, et spécialement envers les *autres créanciers impayés du débiteur*³. Le tiers qui détient désormais légitimement le titre (avec les sûretés garantissant un remboursement effectif) exerce une prérogative au détriment des autres créanciers. Ces derniers,

¹ Art. 1346-4 al. 2 c. civ. : « Toutefois, le subrogé n'a droit qu'à l'intérêt légal à compter d'une mise en demeure, s'il n'a convenu avec le débiteur d'un nouvel intérêt. Ces intérêts sont garantis par les sûretés attachées à la créance, dans les limites, lorsqu'elles ont été constituées par des tiers, de leurs engagements initiaux s'ils ne consentent à s'obliger au-delà. »

² Art. 2306 c. civ. : « La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. »

malgré le paiement du créancier originaire, continuent de subir le transfert du risque d'insolvabilité du débiteur. Les précautions du législateur ont ainsi pour but de s'assurer que le nouveau créancier se borne à remplacer effectivement le créancier originaire : le risque minoré d'impayé dont bénéficie le nouveau créancier ne porte donc pas atteinte aux autres créanciers (chirographaires).

L'idée générale qui explique l'action en remboursement est que le patrimoine intermédiaire (tenu de payer la dette, mais qui n'en profite pas) serait injustement appauvri, au détriment du véritable débiteur, enrichi par le paiement. C'est ce mécanisme qui est en œuvre avec le remboursement d'une prestation injustifiée.

§2^{ème}/ Le fait du paiement :

l'exécution correcte de la prestation

550. Le fait du paiement a pour objet de s'assurer de l'exécution correcte de la prestation. Elle sera acquise quand il n'existe aucune différence entre l'obligation et l'exécution : l'obligation sera payée à échéance, et en entier. De ce point de vue, le paiement apparaît comme un fait juridique.

On pourra distinguer entre les règles applicables à toutes les prestations (I) et celles applicables spécifiquement aux obligations de somme d'argent (II).

I/ Le paiement d'une prestation quelconque

551. Le paiement d'une prestation quelconque sera pur et simple quand l'exécution de chaque prestation correspond exactement à ce qui a été initialement convenu. Le paiement doit avoir lieu à échéance (art. 1342 al. 2 c. civ.¹), et le créancier ne peut recevoir autre chose que ce qui a été convenu (art. 1342-4 al. 2 c. civ.²).

Les *modalités du paiement* ont pour objet de fixer les règles supplétives de volonté que chaque opérateur est supposé maîtriser quand il s'engage. Le paiement est en principe indivisible et complet (art. 1342-4 c. civ.³) ; les clauses accessoires comme les frais de livraison sont supplétives de volonté (et réputées connues de tous).

³ La subrogation n'a aucune raison d'être si le tiers détient un titre quelconque (dépourvue de sûreté) sur tel ou tel débiteur : dans ce cas de figure, le recours personnel suffit amplement.

¹ Art. 1342 c. civ. : « Le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due.

« Il doit être fait sitôt que la dette devient exigible. (...) ».

² Art. 1342-4 al. 2 c. civ. : « Il [le créancier] peut accepter de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû. »

³ Art. 1342-4 c. civ. : « Le créancier peut refuser un paiement partiel même si la prestation est divisible. »

Une fois l'exécution procurée, les parties à l'obligation pourront se ménager une *preuve* : un acte juridique fera état du fait de l'exécution. Le créancier remettra par exemple le titre à son débiteur, en signe de paiement.

Le paiement a lieu selon des modalités principales (1), et la preuve du paiement (2) aura pour effet d'éteindre l'obligation.

1/ Les modalités du paiement : les détails d'exécution

552. Les **modalités du paiement** précisent les détails d'exécution que le débiteur doit respecter pour que l'exécution de sa prestation soit considérée comme correcte.

Ces précisions résultent le plus souvent de dispositions supplétives de volonté ou du simple bon sens :

- Si la date d'exécution de la prestation n'est pas précisée, l'exécution doit survenir dans un délai raisonnable¹.
- Le débiteur ne peut pas imposer au créancier de recevoir une autre prestation, même de valeur supérieure, que celle qui a été prévue (art. 1342-4 al. 2 c. civ.²), sauf révision mutuellement convenue (puisque la modification porte sur un aspect majeur de l'obligation).
- La prestation doit être effectuée dès que la dette devient exigible (art. 1242 al. 2 c. civ.³).

Parmi ces précisions, certaines possèdent une importance particulière : le paiement doit être complet, et il faudra préciser sur qui pèse les frais de livraison.

553. En principe, le paiement doit être **indivisible et complet**. Le créancier n'est pas tenu d'accepter un paiement partiel, et ce même lorsque la prestation est divisible (comme une somme d'argent ou une quantité de matière première). Cette règle, qui figure à l'article 1342-4 al. 1^{er} c. civ. (« Le créancier peut refuser un paiement partiel même si la prestation est divisible ») vaut à titre supplétif de volonté : les parties peuvent prévoir un paiement partiel.

Il existe des *exceptions* légalement prévues à cette indivisibilité, en régime général des obligations et en droit cambiaire :

¹ Civ. 3^e, 29 sept. 2016, n°15-18.238, Bull ; D. 2016, somm., p. 2002, et chron. p. 2239, note Valérie Georget : (abstrat) « Lorsque le devis ne mentionne aucun délai d'exécution, l'entrepreneur doit effectuer les travaux dans un délai raisonnable dont le point de départ est la date du devis. »

² Art. 1342-4 al. 2 c. civ. : « Il [le créancier] peut accepter de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû. »

³ Art. 1242 al. 2 c. civ. : «(le paiement] Il doit être fait sitôt que la dette devient exigible. »

- En régime général des obligations, le paiement partiel est prévu en présence d'une dette conjointe : en cas de décès du débiteur, la dette (conjointe) se divise entre les héritiers (art. 1309 c. civ.), sauf si l'obligation est indivisible.
- En présence de plusieurs dettes échues (de somme d'argent, le plus souvent), les règles d'imputation du paiement peuvent conduire à un paiement partiel (art. 1342-10 c. civ.). En présence d'une obligation de somme d'argent, le paiement partiel est imputé d'abord sur l'intérêt, ensuite sur le capital (art. 1343-1 c. civ.¹).
- De même, le juge qui accordera un délai de grâce (infra, difficultés d'exécution) pourra imposer au créancier de recevoir un paiement échelonné (donc partiel).
- En cas de compensation (infra), lorsque l'un et l'autre se doivent mutuellement la même chose, il y aura paiement partiel de la somme la plus forte, déduction faite de la somme la plus faible.
- En droit cambiaire, le débiteur (tiré) peut imposer un paiement partiel d'un chèque (art. 131-37 c. mon. et fin.²), d'une lettre de change (art. 511-27 al. 2 c. com.³) ou d'un billet à ordre (art. 512-3 c. com.⁴).

554. Le lieu du paiement permet d'identifier celui qui doit assumer les frais de transport.

Selon l'article 1342-6 c. civ.⁵, à défaut d'indication contraire⁶, le lieu du paiement est celui du domicile du débiteur : le vendeur (débiteur de la livraison) n'assume donc pas les frais de port, à charge de l'acquéreur. L'obligation est quérable.

¹ Art. 1343-1 al. 1^{er} c. civ. : « Lorsque l'obligation de somme d'argent porte intérêt, le débiteur se libère en versant le principal et les intérêts. Le paiement partiel s'impute d'abord sur les intérêts. »

² Art. L. 131-37 c. mon. et fin. : « Le tiré peut exiger, en payant le chèque, qu'il lui soit remis acquitté par le porteur. « Le porteur ne peut pas refuser un paiement partiel.

« Si la provision est inférieure au montant du chèque, le porteur a le droit d'exiger le paiement jusqu'à concurrence de la provision.

« En cas de paiement partiel, le tiré peut exiger que mention de ce paiement soit faite sur le chèque et qu'une quittance lui en soit donnée. [...] »

³ Art. L. 511-27 c. com. : « Le tiré peut exiger, en payant la lettre de change, qu'elle lui soit remise acquittée par le porteur.

« Le porteur ne peut refuser un paiement partiel.

« En cas de paiement partiel, le tiré peut exiger que mention de ce paiement soit faite sur la lettre et que quittance lui en soit donnée. [...] »

⁴ Art. L. 512-3 c. com. : « Sont applicables au billet à ordre, en tant qu'elles ne sont pas incompatibles avec la nature de ce titre, les dispositions des articles L. 511-2 à L. 511-5, L. 511-8 à L. 511-14, L. 511-18, L. 511-22 à L. 511-47, L. 511-49 à L. 511-55, L. 511-62 à L. 511-65, L. 511-67 à L. 511-71, L. 511-75 à L. 511-81, relatives à la lettre de change. »

⁵ Art. 1342-6 c. civ. : « A défaut d'une autre désignation par la loi, le contrat ou le juge, le paiement doit être fait au domicile du débiteur. »

⁶ Com. 18 avr. 1989, n° 86-16.378, Bull. n° 116 ; LPA 17 mai 1991, p. 17, note D. Ammar : le contrat prévoit que le paiement doit être effectué aux États-Unis ; le débiteur qui paye au Brésil, sans le consentement du créancier, n'est pas libéré.

Mais il existe une exception en présence d'une obligation de somme d'argent. Elle est portable (art. 1343-4 c. civ.⁷), ce qui implique que les « frais du paiement sont à la charge du débiteur » (art. 1342-7 c. civ.⁸). Le débiteur doit envoyer une lettre (et payer le timbre) ; les frais du virement sont à sa charge.

2/ La preuve du paiement

555. La **preuve du paiement** obéit au régime du fait juridique : selon l'article 1342-8 c. civ., « Le paiement se prouve par tout moyen ». Le risque probatoire pèse sur le débiteur : il devra prouver qu'il a exécuté, en produisant un ticket de caisse ou une quittance (ces deux documents étant délivrés par le créancier)³ ou toute autre preuve morale (convaincante pour le juge : enregistrement de vidéo-surveillance, témoins ...).

La solution prévue en régime général des obligations n'est qu'une application de celle qui est prévue en droit de la preuve. Selon l'article 1353 c. civ. : « 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. » L'existence de l'obligation est prouvée par le créancier (celui qui en réclame l'exécution à son profit). La charge de la preuve de l'exécution pèse sur le débiteur : si le débiteur ne prouve pas (de manière factuelle) qu'il a payé, son inexécution est présumée (et enclenche une présomption d'imputation). En conséquence, ce n'est pas à la banque de prouver qu'une échéance du prêt n'a pas été honorée (en raison du solde débiteur du compte) : c'est à l'emprunteur d'établir qu'il a payé l'échéance contestée⁴.

Lorsqu'il paye, le débiteur a donc intérêt à se préconstituer une preuve (quittance, ticket de caisse, remise d'un exemplaire signé du créancier par lequel il reconnaît avoir été informé sur tel ou tel aspect de l'obligation⁵). L'article 1342-9 c. civ. établit également une présomption, liée à la *remise du titre*. Selon l'article 1342-9 al. 1^{er} c. civ.⁶ : « La remise volontaire par le créancier au débiteur de l'original sous signature privée ou de la copie exécutoire du titre de sa créance vaut présomption simple de libération. » Au lieu de donner quittance, le créancier remet le titre, c-à-d. la preuve qui

⁷ Art. 1343-4 c. civ. : « A défaut d'une autre désignation par la loi, le contrat ou le juge, le lieu du paiement de l'obligation de somme d'argent est le domicile du créancier. »

⁸ Art. 1342-7 c. civ. : « Les frais du paiement sont à la charge du débiteur. »

³ Voir : L. Sigouirt, *La preuve du paiement des obligations monétaires*, préf. G. Loiseau, 2010, LGDJ.

⁴ Com. 26 oct. 1976, n°75-12.392, Bull. n° 272 ; D. 1977. 490, note M. Cabrillac ; JCP 1978. II. 18832, note C. Lucas de Leyssac : il appartient au débiteur, « qui se prétend libéré, de justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

⁵ La solution est identique en droit du contrat : art. 1112-1 al. 4 c. civ. : « Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. »

⁶ Art. 1342-9 c. civ. : « La remise volontaire par le créancier au débiteur de l'original sous signature privée ou de la copie exécutoire du titre de sa créance vaut présomption simple de libération.

« La même remise à l'un des codébiteurs solidaires produit le même effet à l'égard de tous. »

lui permet de réclamer paiement : le débiteur qui détient le titre est présumé l'avoir obtenu à la suite de son paiement.

Les dispositions centrées sur la preuve du paiement relèvent moins du régime général des obligations que du droit de la preuve.

(556- à 574. : réservés)

II/ L'obligation de somme d'argent (obligation à objet fongible)

575. L'**obligation de somme d'argent** donne lieu à des dispositions particulières (art. 1343 à -5 c. civ.), liées au caractère fongible de la monnaie : peu importe qu'un créancier soit payé avec un billet de cinquante euros ou cinq de 10. La monnaie est un bien fongible qui présente également certaines singularités, ce qui la distingue des autres obligations fongibles. Pour payer une somme d'argent, la monnaie de l'État doit être utilisée : la monnaie met en cause des intérêts publics, comme la maîtrise de l'inflation, qui apparaissent avec les clauses d'indexation.

L'obligation de somme d'argent est donc à la fois spécifique, car le paiement s'effectue en monnaie (1) et possède des communs à toutes les obligations fongibles, comme l'imputation des paiements (2).

1/ Le paiement (d'une somme d'argent) en monnaie

576. Le **paiement (d'une somme d'argent) en monnaie** possède un objet spécifique. La monnaie est un bien (fongible) particulier : sa valeur exprime l'autorité de l'État¹, ce qui en fait un enjeu de politique publique. Le paiement d'une somme d'argent conduira tout d'abord à en fixer le montant, puis à verser la monnaie.

La *monnaie de compte* permet de calculer le montant de la somme à verser. L'obligation de somme d'argent sera alors liquide : elle aura été calculée, éventuellement en utilisant un indice de référence. Par exemple, le prix que devra verser la raffinerie sera indexé sur le cours du baril de pétrole exprimé en dollar américain.

La *monnaie de paiement* correspond au versement de la somme : lorsque l'obligation devient exigible, il faudra verser des euros, au cours d'une opération qui sera contrôlée. Le payeur (a priori, le débiteur) doit pouvoir justifier de ses ressources monétaires : dans une opération de droit interne, la raffinerie paiera sa dette (calculée en dollar) en versant des euros.

¹ Voir : J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, n° 116.

Le paiement en monnaie conduira donc à rendre l'obligation liquide (a), en calculant le montant que doit le débiteur ; puis à effectuer le versement, lorsque l'obligation est exigible (b), en versant une quantité de monnaie ayant cours légal.

a/ Obligation liquide : le calcul du montant (en monnaie de compte)

577. Une **obligation est liquide** quand son montant peut être calculé, en prenant comme référence (de calcul) un dénominateur commun. Ainsi, pour calculer le capital à verser dans le cadre d'une assurance-vie (lorsque un placement a lieu en actions, en devise et/ou en titres obligataires), il faudra calculer la valeur des différentes composantes du patrimoine, en utilisant une monnaie de compte¹ (à savoir, un dénominateur commun à toutes les valeurs). La monnaie de compte sert à fixer le montant de la dette (obligation de somme d'argent). Il s'agit donc bien de liquider (calculer le montant) l'obligation de somme d'argent.

Le montant de l'obligation monétaire sera fixé selon deux grandes modalités (art. 1343 c. civ.²) : soit le montant nominal de l'obligation est déjà chiffré ; soit il faudra le calculer en recourant à un indice ou à une dette de valeur.

578. L'**obligation chiffrée** de somme d'argent est régie par le principe nominaliste. Selon l'article 1343 al. 1^{er} c. civ., « Le débiteur d'une obligation de somme d'argent se libère par le versement de son montant nominal. » Le nominalisme monétaire affirme qu'un euro de 2002 vaut autant qu'un euro de 2023, même si la matière composant la pièce est modifiée au cours du temps.

Le principe du nominalisme monétaire signifie premièrement que l'on ne prend pas en compte l'inflation qui a pu avoir lieu entre la date de naissance de la dette monétaire et la date à laquelle elle sera liquidée. Si un concubin a prêté la moitié du prix de l'immeuble acquis par l'autre il y a trente ans, le prêteur n'a droit qu'au nominal de la somme versée³ : le pouvoir d'achat du créancier ne sert pas de référence pour fixer le montant de l'obligation⁴. L'inflation monétaire qui a eu lieu n'est pas calculée. Une dette de 1.000€ (en réalité : 6.650 francs) il y a 20 ans vaut autant qu'une dette de 1.000€ d'aujourd'hui.

¹Dénommée « unité de compte » en droit des assurances.

² Art. 1343 c. civ. : « Le débiteur d'une obligation de somme d'argent se libère par le versement de son montant nominal. »
« Le montant de la somme due peut varier par le jeu de l'indexation.

« Le débiteur d'une dette de valeur se libère par le versement de la somme d'argent résultant de sa liquidation. »

³ Voir : Civ. 1^{ère}, 29 juin 1994, n°92-15.253, D. 1995. 88, note M. Grimaldi ; RTD civ. 1995. 161, obs. J. Patarin ; JCP 1995. I. 3876, no 5, obs. R. Le Guidec ; JCP N 1995. II. 1745, note J.-F. Pillebout (donation effectuée 27 ans plus tôt : seul le montant nominal est rapporté à la succession).

⁴ Selon Stéphane Benlisi, *Répertoire de droit civil*, préc., n° 121 : « Un franc de 1960 équivaut, en termes de pouvoir d'achat, à un euro et soixante-trois centimes de 2018 (<https://www.insee.fr/fr/information/2417794>). »

Le principe nominaliste signifie également qu'il faut uniquement prendre en compte la valeur faciale de la pièce de monnaie, même si la matière qui la compose a été modifiée au cours du temps. Lorsque un franc de 1400 comportait x grammes d'argent, et que le roi de France dévaluait (en abaissant le grammage d'argent), le débiteur se libérait en versant uniquement le nominal figurant sur la pièce.

Le nominalisme monétaire signifie donc que l'obligation chiffrée de somme d'argent n'est pas indexée.

579. Le montant de l'obligation de somme d'argent est **chiffable**, quand une valeur de référence doit être utilisée pour calculer le montant nominal de la somme d'argent. Ce sera soit un indice (cours du baril de Brent ; indice du coût de la construction, pour calculer le montant d'un loyer) soit encore, en présence d'une dette de valeur, la valeur d'un bien (immeuble payé à part égale par les conjoints ou partenaires).

Les parties à l'obligation peuvent choisir d'indexer l'obligation de somme d'argent sur un *indice*. Tel qu'il est rédigé, l'article 1343 al. 2 c. civ. semble laisser aux parties une grande liberté : « Le montant de la somme due peut varier par le jeu de l'indexation. » L'indice semble donc quelconque. Si l'indice choisi vient à disparaître, l'article 1167 c. civ.¹ prévoit (en droit du contrat) que l'indice sera remplacé par l'indice le plus proche. Mais le choix de l'indice est encadré par le code monétaire et financier, dans une fonction précise. Le créancier a intérêt à ne pas se tromper : en cas de clause illicite d'indexation², la nullité partielle est encourue. Seule la clause d'indexation est nulle³, ce qui signifie donc que l'on appliquera le principe nominaliste.

Le calcul du montant de l'obligation de somme d'argent peut être effectué selon une modalité proche de l'indice, avec la *dette de valeur*. Selon l'article 1343 al. 3 c. civ., « Le débiteur d'une dette de valeur se libère par le versement de la somme d'argent résultant de sa liquidation. » La dette de valeur signifie que l'on prend un bien comme valeur de référence. Il y a trente ans, l'un des partenaires pacsé a acquis seul et en son nom personnel un immeuble, financé pour moitié par l'autre : la dette de valeur signifie que le partenaire appauvri aura droit à la moitié de la valeur de

¹ Art. 1167 c. civ. : « Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus. »

² Qualifiant d'absolue la nullité de la clause : Com. 3 nov. 1988, Bull. civ. IV, no 287 ; D. 1989. 93, note P. Malaurie ; D. 1989. Somm. 234, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1989. 302, obs. J. Mestre.

³ L'art. 112-1 c. mon. et fin. répute non écrite la clause reposant sur un indice illicite. Sur la nullité de la seule clause d'indexation illicite : Com., 4 novembre 2014, n°13-18840, Bull. ; Civ. 3°, 25 févr. 2016, n°14-28.165, Bull. ; D. 2016, p.541. Contra : Civ. 3°, 5 févr. 1971, Bull. n° 84 ; D. 1973. 153 ; Com. 27 mars 1990, n° 88-15.092, Bull. n° 93 ; D. 1991. 289, note F.-X. Testu ; RTD civ. 1991. 112, obs. J. Mestre ; Defrénois 1991. 610, no 2, note J. Honorat.

l'immeuble¹, calculée au moment de la rupture. Le mécanisme de la dette de valeur est couramment pratiqué en droit des régimes matrimoniaux et du pacs (en cas d'acquisition ou d'amélioration d'un bien).

579-1. Sur le plan interne, les **clauses d'indexation** donnent lieu à une législation complexe. Les clauses d'indexation reposant sur des indices généraux (comme l'inflation selon l'insee² ou le smic³) sont interdites. L'interdiction d'indexer sur le niveau général des prix, indice qui est le plus à même de préserver le pouvoir d'achat du créancier, fait peser sur ce dernier le risque d'inflation⁴. Il n'existe qu'une seule exception : les dettes alimentaires⁵ (par ailleurs révisables⁶) peuvent être indexées sur un indice général (tenant compte de la dépréciation monétaire), parce que la dette alimentaire est destinée à assurer la survie du créancier.

L'objet de la clause d'indexation sera donc nécessairement *spécial*, en raison de la législation impérative résultant du code monétaire et financier. L'obligation monétaire ne peut être indexée que sur un indice qui dépend de l'activité d'une des parties (créancier ou débiteur) ou en relation directe avec l'objet de l'obligation (loyer : indice du coût de la construction⁷ ; pour un emprunt à taux variable : indice de la bce ...). En réalité, l'indice spécial ou réputé tel (indice du coût de la construction) possède une fonction orientée : l'indice du coût de la construction, employé pour indexer les loyers, augmente systématiquement moins vite que l'inflation ou le coût des loyers. Mais ce n'est pas toujours le cas.

Les crédits immobiliers libellés en francs suisses (prêts « Helvet Immo » proposés par une filiale de BNP Paribas) étaient indexés sur cette devise : la clause d'indexation étant valide, car en rapport direct avec l'activité de la banque⁸, les emprunteurs ont donc subi la réévaluation du franc suisse. Désormais, ces montages sont

¹ L'estimation de la valeur du bien est contractuelle (entre le débiteur et le créancier) ou, en cas de désaccord, judiciaire.

² Art L 112-1 c. mon. et fin. : « Sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article L. 112-2 et des articles L. 112-3, L. 112-3-1 et L. 112-4, l'indexation automatique des prix de biens ou de services est interdite. (...) ».

³ Art. L 112-2 c. mon. et fin. : « Dans les dispositions statutaires ou conventionnelles, est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties. (...) ».

⁴ Soc., 5 octobre 2017, n° 15-20.39, Bull. (refus de l'indexation du salaire sur l'inflation) : « Constitue une clause d'indexation automatique, prohibée par les dispositions combinées des articles L. 112-2 du code monétaire et financier et L. 3231-3 du code du travail, la stipulation conventionnelle prévoyant des augmentations générales résultant de l'évolution d'un point en corrélation avec la croissance moyenne de l'indice INSEE. »

⁵ Art. L 112-2 al. 3 et 4 c. mon. et fin. : « Les dispositions des précédents alinéas ne s'appliquent pas aux dispositions statutaires ou conventionnelles concernant des dettes d'aliments.

« Doivent être regardées comme dettes d'aliments les rentes viagères constituées entre particuliers, notamment en exécution des dispositions de l'article 759 du code civil. »

⁶ L'obligation alimentaire est en principe révisable, en présence d'un changement, modification des ressources de l'un ou l'autre, modification des besoins de l'un ou l'autre ...

⁷ Art. L 112-2 c. mon. et fin. : « (...) Est réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti toute clause prévoyant une indexation sur la variation de l'indice national du coût de la construction publié par l'Institut national des statistiques et des études économiques ou, pour des activités commerciales ou artisanales définies par décret, sur la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux publié dans des conditions fixées par ce même décret par l'Institut national de la statistique et des études économiques.

« Est également réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble toute clause prévoyant, pour les activités autres que celles visées au premier alinéa ainsi que pour les activités exercées par les professions libérales, une indexation sur la variation de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires publié par l'Institut national de la statistique et des études économiques dans des conditions fixées par décret. »

⁸ Civ. 1^{ère}, 29 mars 2017, n° 16-13.050 ; D. 2017. 1893, note C. Kleiner ; RTD com. 2017. 409, obs. D. Legeais ; JCP E 2017. 1267, note J. Lasserre-Capdeville ; D. 2017. 1859, chron. S. Canas, C. Barel, V. Le Gall, I. Kloda, S. Vitse, J. Mouty-Tardieu, R. Le Cotty,

interdits depuis la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (art. L. 313-64 c. conso.).

En revanche, l'indice sera illicite quand il n'est pas en rapport avec l'objet du contrat ou avec l'activité des parties.

580. Lorsque l'obligation de somme d'argent porte **intérêt**, le principe est que l'intérêt n'est dû qu'après un an : l'intérêt est « réputé annuel par défaut » (art. 1343-1 c. civ.¹).

La somme due, accrue des intérêts, portera également intérêt pour le tout, mais il faut une disposition expresse : c'est l'*anatocisme*, prévu par l'article 1343-2 c. civ.². Ainsi, en présence d'un intérêt de 10%, le capital dû doublera en sept ans (et non pas dix) ; il doublera en 14 ans, en présence d'un intérêt à 5%.

Capital à rembourser (€)	Intérêts échus de l'année (5%)	Anatocisme	Année
100.000	5.000	105.000	n+1
105.000	5.250	110.250	n+2
110.250	5.762	115.762	n+3
115.762,5	5.778	121.550	n+4
121.550	6.077	127.627	n+5
127.627	6.381	134.008	n+6
(...)			
162.887	8.144	171.031	n+10
(...)			
207.889	10.394		n+14

581. En régime général des obligations, la **liquidation de l'obligation de somme d'argent** consiste donc à utiliser une monnaie de compte, afin de fixer le montant d'une somme d'argent. En

C. Roth et S. Gargoullaud ; D. 2017. 2176, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; D. 2018. 583, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; AJDI 2017. 596, obs. J. Moreau ; AJ Contrat 2017. 278, obs. B. Brignon ; RTD civ. 2017. 383, obs. H. Barbier ; JCP 2017. 532, note Th. Bonneau ; Gaz. Pal. 13 juin 2017, p. 49, note M. Roussille. Jurisprudence constante : Civ. 1^{ère}, 15 juin 1983, Bull. n° 175 ; D. 1984. IR 268, obs. M. Vasseur ; RTD civ. 1984. 720, obs. J. Mestre ; JCP 1984.II.20123, note J.-P. Lévy.

¹ Art. 1343-1 c. civ. : « Lorsque l'obligation de somme d'argent porte intérêt, le débiteur se libère en versant le principal et les intérêts. Le paiement partiel s'impute d'abord sur les intérêts.

« L'intérêt est accordé par la loi ou stipulé dans le contrat. Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. Il est réputé annuel par défaut. »

² Art. 1343-2 c. civ. : « Les intérêts échus, dus au moins pour une année entière, produisent intérêt si le contrat l'a prévu ou si une décision de justice le précise. »

principe, le montant nominal d'une somme d'argent est pris en compte ; exceptionnellement, une valeur autre de référence servira à calculer le montant de l'obligation de somme d'argent.

b/ L'obligation exigible : le versement en monnaie de paiement

582. L'**obligation exigible de somme d'argent** impose au débiteur de verser des euros (monnaie ayant cours légal). En France, la monnaie de paiement (€) sert à apurer la dette. Le législateur français interdit donc aux particuliers de créer leur propre monnaie (comme le bitcoin) ou d'utiliser une devise pour régler leurs échanges. Il n'en va autrement qu'en présence d'un contrat international (lorsque l'une des parties a son siège situé à l'étranger).

La *monnaie de paiement* est, en France, l'euro : une dette monétaire ne sera valablement acquittée en France qu'avec cette monnaie. L'euro (€) a cours légal¹ : seule cette monnaie dispose d'un pouvoir libératoire. Le débiteur devra verser la quantité de monnaie en euro pour éteindre légalement son obligation de somme d'argent. La solution est prévue par l'article 1343-3 c. civ.². La monnaie possède ainsi une fonction publique : l'État impose l'usage de sa monnaie (pour des motifs fiscaux et de contrôle du marché sur un territoire donné³). Le créancier qui refuse de recevoir des espèces (pièces ou billets) en euros s'expose à des sanctions pénales (à savoir 150€ d'amende⁴).

Le cours légal d'une monnaie signifie que l'usage des euros est imposé, afin que l'État puisse contrôler les opérations de paiement (donnant lieu à ressources fiscales, et imposant à chacun de pouvoir justifier de ses ressources).

582-1. Le **cours légal de l'euro** donne lieu à des exceptions, en présence de monnaies locales, et à des doutes, en présence de cryptomonnaies. La liberté contractuelle pourrait conduire les opérateurs économiques à choisir leur propre monnaie : ce qui fut d'ailleurs le cas aux Etats-Unis, dans le courant du XIXe siècle.

¹ Art. L 141-5 c. mon. et fin. : « En application de l'article 106, paragraphe I, du traité instituant la Communauté européenne, accordant à la Banque centrale européenne le monopole d'autorisation d'émission de billets de banque dans la Communauté, la Banque de France est seule habilitée, sur le territoire de la France métropolitaine, des départements d'outre-mer et du Département de Mayotte ainsi que sur le territoire de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin, à émettre les billets ayant cours légal. »

² Art. 1343-3 c. civ. : « Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre devise si l'obligation ainsi libellée procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger. »

³ Rémi Pellet, *Droit financier public. Monnaies, Banques centrales, Dettes publiques*, 2014, Puf, coll. Thémis, p.66 et suiv., spéc. p.83 : une monnaie « décriée » perdait toute force libératoire. Voir Fernand Braudel, *L'identité de la France*, 1990, Flammarion, p1003 : « Au prince, il fallut conquérir la monnaie comme il a conquis les provinces qui ont agrandi son royaume ; il a surveillé les frappes, fixé la valeur, contrôlé la diffusion. La monnaie du roi a fait le roi. »

⁴ Art. R 162-2 c. mon. et fin. : « Le fait de refuser de recevoir des pièces de monnaie ou des billets de banque ayant cours légal en France selon la valeur pour laquelle ils ont cours est réprimé conformément à l'article R. 642-3 du code pénal. » Art. R 642-3 c. pén. : « Le fait de refuser de recevoir des pièces de monnaie ou des billets de banque ayant cours légal en France selon la valeur pour laquelle ils ont cours est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 2e classe. » Art. 131-13 c. pén. : « (...) Le montant de l'amende est le suivant : (...) 2° 150 euros au plus pour les contraventions de la 2e classe ; (...) ».

La loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (dite loi Hamon) autorise des monnaies locales complémentaires¹ (art. L 311-5 c. mon. et fin.²), si elles sont émises par des personnes privées (art. 1er de la loi préc.³).

Le développement de la « blockchain »⁴ permet le développement de « crypto-monnaies » comme le Bitcoin ou Ethereum. Selon certains⁵, ces crypto-monnaies ne sont toutefois pas des véritables monnaies, puisqu'elles n'ont pas cours légal ; pour d'autres⁶, ce critère n'est pas déterminant pour parler de monnaie. Dès lors qu'un créancier l'accepte pour solder un paiement, peu importe de savoir si l'obligation de fournir des Bitcoins est ou non une obligation de somme d'argent. Puisque la liberté contractuelle permet de conclure un contrat d'échange, il sera difficile d'interdire des monnaies parallèles : en définitive, seuls quelques acteurs (suffisamment puissants : fisc, sécurité sociale ...) seront en mesure de fixer leurs conditions (monnaie de paiement et modalités du paiement).

John Kenneth Galbraith, *L'argent*⁷, décrit la situation aux États-Unis dans les années 1830-1840, : « La couche sociale en plein essor qui vivait de la finance, du commerce et du crédit et qui régnait surtout sur l'Est mais étendait de plus en plus son influence vers l'Ouest et le Sud, disposait d'une monnaie métallique, d'or et d'argent. Elle disposait aussi de banques solides, placées sous le contrôle d'abord des états puis du gouvernement fédéral et qui acceptaient, à la demande, de racheter en monnaie métallique leurs billets et leurs titres de dépôts. Les uns et les autres avaient donc exactement le même pouvoir d'achat que l'or et l'argent.

« Dans les nouvelles régions ouvertes au peuplement, on pouvait librement fonder des banques et donc créer de la monnaie papier. Aucune banque centrale ne vérifiait la capacité de ces banques à racheter leurs billets ; là où il existait des règlements d'état fixant le montant de l'encaisse nécessaire pour garantir les billets et les dépôts, on les appliquait avec indulgence et bienveillance. Par conséquent, chaque fois que la civilisation, ou quelque chose qui y ressemblât, s'installait au croisement de deux routes de l'Indiana ou du Michigan aux environs de 1830 ou 1840, une banque faisait de même. Lorsqu'elle émettait des billets et prêtait à un fermier de quoi acheter de la terre, du bétail, des semences, du fourrage, de la nourriture ou un équipement rudimentaire, elle lui permettait de s'établir. Si ce fermier (et d'autres) faisait de bonnes affaires et remboursait son emprunt, la banque survivait. Sinon, la banque s'effondrait, et quelqu'un – soit un créancier de la région, soit un bailleur de

¹ Voir : N. Mathey, *La nature juridique des monnaies alternatives à l'épreuve du paiement*, RD Banc. Fin. 2016, Dossier 41.

² Art. L 311-5 c. mon. et fin. : « Les titres de monnaies locales complémentaires peuvent être émis et gérés par une des personnes mentionnées à l'article 1er de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire dont c'est l'unique objet social. »

³ Art. 1^{er} II de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (dite loi Hamon) : « (...) 1° Par les personnes morales de droit privé constituées sous la forme de coopératives, de mutuelles ou d'unions relevant du code de la mutualité ou de sociétés d'assurance mutuelles relevant du code des assurances, de fondations ou d'associations régies par la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association (...); 2° Par les sociétés commerciales qui, aux termes de leurs statuts, remplissent les conditions suivantes (...). »

⁴ Voir : G. Canivet, *Blockchain et régulation*, JCP E 2017. 1469 ; Y. Cohen-Hadria, *Blockchain : révolution ou évolution ?*, Dalloz IP/IT 2016. 537 ; S. Drillon, *La révolution Blockchain*, RTD com. 2016. 893 ; D. Legeais, *La blockchain*, RTD com. 2016. 830 ; M. Mekki, *Les mystères de la blockchain*, D. 2017. 2160.

⁵ H. de Vauplane, « L'analyse juridique du bitcoin », in *Rapport moral sur l'argent dans le monde*, Régulation, gouvernance, complexité dans la finance mondialisée, Association d'économie financière, 2014, p. 351 ; M. ROUSSILLE, *Le bitcoin : objet juridique non identifié*, Banque et Dr. 2015, no 159, p. 27 s.

⁶ G. Bourdeaux, *Propos sur les « crypto-monnaies*, RD Banc. fin. 2016, Dossier 39 ; N. Mathey, *La nature juridique des monnaies alternatives à l'épreuve du paiement*, RD Banc. Fin. 2016, Dossier 41.

⁷ John Kenneth Galbraith, (*Money, Whence it came, where it went*, 1975) *L'argent*, traduit de l'anglais par Daniel Blanchard, 1994, Gallimard, Folio histoire, p.132

fonds de l'Est – se retrouvait en possession de billets sans valeur. Mais certains débiteurs de cette banque étaient maintenant établis. Quelque part, quelqu'un en possession de ces billets avait apporté sa contribution à l'essor de l'Ouest. »

583. Les **modalités du versement de la monnaie (de paiement)**, en espèces (billets¹ et pièces) ou en monnaie scripturale (qui se réalise par un jeu d'écriture, de compte à compte : les chèques, effets de commerce, paiement par carte et virement) sont des opérations contrôlées. Le code monétaire et financier impose une réglementation stricte, le plus souvent à des fins fiscales : il s'agit de contrôler les mouvements financiers, et de les suivre.

En cas de *paiement en espèces* (pièces et billet), peu apprécié par les autorités fiscales, ou par monnaie électronique, le débiteur doit faire l'appoint² (art. L 112-5 c. mon. et fin.³) ; le créancier n'est donc pas tenu de rendre la monnaie⁴. Il n'est pas non plus tenu d'accepter plus de cinquante pièces pour le paiement⁵. Le versement d'espèces supérieur à 1.000€ est interdit⁶, sauf pour les résidents étrangers ; le Trésor public refuse les espèces au-delà de 300€⁷.

Le *paiement par chèque*⁸ peut être refusé par le créancier. La simple remise du chèque ne vaut pas paiement : la dette ne sera éteinte que par l'encaissement du chèque ; si le chèque n'est pas suffisamment provisionné, le créancier disposera (infra : paiement forcé) d'un recours personnel (fondé sur la dette) et d'un recours cambiaire (droit du chèque). Cet instrument de paiement n'est pas sûr en raison du défaut de provision.

Certaines opérations ne peuvent en outre n'être soldées que par *virement*. C'est le cas pour les ventes immobilières : le notaire ne peut recevoir paiement que par virement (art. L 112-6-1 c. mon. et fin.⁹), lorsque le

¹ Selon Stéphane Benlisi, *Répertoire de droit civil*, « Paiement – Règles particulières aux paiements de sommes d'argent », Dalloz, Février 2019 (actualisation : Décembre 2019), n° 113, le cours légal des billets de banque a été instauré par la loi du 12 août 1870.

² Selon Stéphane Benlisi, *Répertoire de droit civil*, « Paiement – Règles particulières aux paiements de sommes d'argent », Dalloz, Février 2019 (actualisation : Décembre 2019), n° 113, l'obligation de faire l'appoint tire son origine de l'art. 7 du décret du 22 avril 1790 concernant les dettes du clergé, les assignats et les revenus des domaines nationaux : « pour éviter toute discussion dans les paiements, le débiteur sera toujours obligé de faire l'appoint, et par conséquent de se procurer le numéraire d'argent nécessaire pour solder exactement la somme dont il sera redevable »

³ Art. L 112-5 c. mon. et fin. : « En cas de paiement en billets et pièces, il appartient au débiteur de faire l'appoint. »

⁴ Crim., 14 déc. 2005, n° 04-87.536, Bull. n° 334 ; D. 2006. AJ 498, obs. V. Avena-Robardet ; RTD com. 2006. 501, obs. B. Bouloc ; RSC 2006. 309, obs. G. Vermelle ; RSC 2006. 607, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire ; JCP E 2006. 993, note H. Kenfack et B. de Lamy (le responsable d'un magasin ne peut être condamné à une amende de 150 € pour ne pas avoir accepté le paiement d'une dette de 51 € au moyen d'un billet de 500 €). Voir Stéphane Benlisi, préc., n° 113.

⁵ Art. 11 du règlement CE n° 974/98 du 3 mai 1998 concernant l'introduction de l'euro, devenu Règl. UE 2169/2005 du 21 déc. 2005.

⁶ Art. L 112-6 c. mon. et fin. : « I. # Ne peut être effectué en espèces ou au moyen de monnaie électronique le paiement d'une dette supérieure à un montant fixé par décret, tenant compte du lieu du domicile fiscal du débiteur et de la finalité professionnelle ou non de l'opération. (...) ». Art. D112-3 c. mon. et fin. : « Le montant prévu à l'article L. 112-6 est fixé :

1° A 1 000 euros lorsque le débiteur a son domicile fiscal sur le territoire de la République française ou agit pour les besoins d'une activité professionnelle ;

2° A 15 000 euros lorsque le débiteur justifie qu'il n'a pas son domicile fiscal sur le territoire de la République française et n'agit pas pour les besoins d'une activité professionnelle »

⁷ Art. 1680 c. gén. impôts (mod. loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017, loi de finances rectificative pour 2017).

⁸ Art. L 131-2 c. mon. et fin. : « Le chèque contient : 1. La dénomination de chèque, insérée dans le texte même du titre et exprimée dans la langue employée pour la rédaction de ce titre ; 2. Le mandat pur et simple de payer une somme déterminée ; 3. Le nom de celui qui doit payer, nommé le tiré ; 4. L'indication du lieu où le paiement doit s'effectuer ; 5. L'indication de la date et du lieu où le chèque est créé ; 6. La signature de celui qui émet le chèque, nommé le tireur. »

⁹ Art. L 112-6-1 c. mon. et fin. : « Les paiements effectués ou reçus par un notaire pour le compte des parties à un acte reçu en la forme authentique et donnant lieu à publicité foncière doivent être assurés par virement. Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'exécution de ce virement ainsi que le seuil au-dessous duquel d'autres modalités de paiement demeurent autorisées. »

montant de la vente dépasse 3.000€ (art. R 112-5 c. mon. et fin.¹) (et il est rare qu'une vente immobilière soit inférieure à ce montant). Le paiement d'autres opérations² est également contrôlé en imposant le paiement par virement ou chèque. Le paiement du salaire donne lieu à une réglementation complexe : le salaire, sauf si le salarié ne dispose pas de compte bancaire³, doit être payé par chèque barré ou virement (art. 112-6 al. 2 c. mon. et fin.⁴), lorsque le montant de son salaire est supérieur à un certain montant (de 1.500€)⁵ (là encore, sous peine de sanctions pénales⁶).

Le versement de la monnaie est donc devenu une *opération contrôlée* : il s'agit de suivre les mouvements financiers à la trace, en cantonnant au maximum le paiement par espèces (puisque leur remise n'est pas traçable)⁷. Le droit des instruments de crédit impose donc au débiteur de pouvoir justifier de ses ressources, détenues légalement (refus du blanchiment d'argent sale) et dûment déclarées (avec un redressement fiscal), le tout sanctionné pénalement⁸ (par une amende dont le paiement oblige solidairement le débiteur et le créancier).

584. Le paiement d'une obligation de somme d'argent donne donc lieu à deux grands types de règles.

- Le montant de l'obligation est soit chiffré (nominalisme), soit calculable par référence à un indice : l'obligation de somme d'argent devient alors liquide.
- Le versement de la somme d'argent s'effectue en utilisant une monnaie ayant cours légal : l'obligation devient alors exigible.

¹ Art. R 112-5 c. mon. et fin. : « I. # Le seuil mentionné à l'article L. 112-6-1 est fixé à 3 000 euros. »

² Art. L 112-8 c. mon. et fin. : « Les livraisons de céréales par les producteurs aux coopératives sont réglées par chèque ou virement sur un établissement de crédit, sur un établissement de paiement ou sur un établissement de monnaie électronique dans le cadre de la fourniture de services de paiement. Les coopératives autorisent ces établissements à communiquer à l'inspection générale des finances et aux agents de l'établissement national des produits de l'agriculture et de la mer (FranceAgriMer) les pièces justificatives de leurs comptes. »

³ Art. L 112-6 III c. mon. et fin. : « III. # Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables :

a) Aux paiements réalisés par des personnes qui sont incapables de s'obliger par chèque ou par un autre moyen de paiement, ainsi que par celles qui n'ont pas de compte de dépôt ;

b) Aux paiements effectués entre personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels ; (...) »

⁴ Art. L 112-6 I al. 2 c. mon. et fin. : « Au-delà d'un montant mensuel fixé par décret, le paiement des traitements et salaires est soumis à l'interdiction mentionnée à l'alinéa précédent et doit être effectué par chèque barré ou par virement à un compte bancaire ou postal ou à un compte tenu par un établissement de paiement ou un établissement de monnaie électronique qui fournit des services de paiement. »

⁵ Art. L 3241-1 c. trav. : « Sous réserve des dispositions législatives imposant le paiement des salaires sous une forme déterminée, le salaire est payé en espèces ou par chèque barré ou par virement à un compte bancaire ou postal.

« Toute stipulation contraire est nulle.

« En dessous d'un montant mensuel déterminé par décret, le salaire est payé en espèces au salarié qui le demande.

« Au-delà d'un montant mensuel déterminé par décret [n° 85-1073 du 7 octobre 1985], le salaire est payé par chèque barré ou par virement à un compte bancaire ou postal. »

⁶ Art. R 3246-1 c. trav. : « Le fait de méconnaître les modalités de paiement du salaire prévues aux articles L. 3241-1, L. 3242-1, alinéa 3, L. 3242-3 et L. 3242-4, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la troisième classe [soit 450€]. »

⁷ J. Lasserre-Capdeville, *Vers un rétrécissement du droit de payer en espèces*, Banque et Dr. 3-4/2008. 6

⁸ Art. L112-7 c. mon. et fin. : « Les infractions aux dispositions des articles L. 112-6 et L. 112-6-1 sont constatées par des agents désignés par arrêté du ministre chargé du budget. Le débiteur ayant procédé à un paiement en violation des dispositions du même article est passible d'une amende dont le montant est fixé, compte tenu de la gravité des manquements, et ne peut excéder 5 % des sommes payées en violation des dispositions susmentionnées. Le débiteur et le créancier sont solidairement responsables du paiement de cette amende. »

La clause imposant au locataire de verser son loyer en dollars est donc doublement illicite¹. Premièrement, elle repose sur un indice illicite (le loyer est indexé sur le cours de cette monnaie). Deuxièmement, elle viole l'obligation de verser des euros, seule monnaie ayant cours légal.

2/ L'imputation des paiements

585. L'imputation des paiements (art. 1342-10 c. civ.²) permet d'identifier la dette payée par le débiteur, lorsqu'il est tenu de plusieurs dettes envers son créancier et qu'il ne mentionne pas celle qu'il paye. Implicitement, le paiement porte sur une obligation fongible (de somme d'argent, le plus souvent) : en présence d'un service ou d'un corps certain, la dette est toujours identifiable.

Le débiteur peut indiquer quelle dette (ou quelle fraction de dette) il paye : selon l'article 1342-10 al. 1^{er} c. civ., cette « indication » du débiteur est une décision unilatérale qui s'imposera au créancier. On sait que ce dernier ne peut pas se voir imposer une modification substantielle : implicitement, le débiteur est tenu de deux dettes échues, et il choisit de payer l'une plutôt que l'autre.

En l'absence d'indication, l'aliéna 2 établit un ordre d'imputation, en fonction de l'intérêt (probable) du débiteur ou de son créancier.

- Face à deux dettes, l'une échue l'autre à échoir, le paiement éteint la dette échue (solution qui profite au créancier).
- Si les deux dettes sont échues, il vaut mieux pour le débiteur que la plus coûteuse³ (intérêts moratoires) s'éteigne ;
- Si l'intérêt de chaque dette est identique, la dette la plus ancienne sera réputée payée (solution qui est dans l'intérêt du créancier, afin qu'il ne subisse pas la prescription extinctive : infra).
- Si aucun critère ne peut être trouvé, le paiement réduira partiellement toutes les dettes.

L'article 1342-10 c. civ. relatif à l'imputation des paiements permet donc d'identifier la dette éteinte par le paiement : la solution est dans l'ensemble favorable aux intérêts du débiteur (décision unilatérale, dette la plus coûteuse).

¹ Voir : Civ. 3^e, 2 oct. 2007, n° 06-14.725, Bull. ; CCC 2008. Comm. 35, obs. L. Leveneur

² Art. 1342-10 c. civ. : « Le débiteur de plusieurs dettes peut indiquer, lorsqu'il paie, celle qu'il entend acquitter. « A défaut d'indication par le débiteur, l'imputation a lieu comme suit : d'abord sur les dettes échues ; parmi celles-ci, sur les dettes que le débiteur avait le plus d'intérêt d'acquitter. A égalité d'intérêt, l'imputation se fait sur la plus ancienne ; toutes choses égales, elle se fait proportionnellement. »

³ Lors d'un emprunt, les sommes peuvent porter des intérêts différenciés. 50.000€ à taux zéro, 100.000€ à 1,5%. L'emprunteur remboursera donc d'abord la somme portant intérêt.

585-1. « Les dettes que le débiteur avait le plus d'intérêt d'acquitter » (art. 1342-10 c. civ.) est une notion. Le débiteur a intérêt à rembourser à sa banque l'emprunt (échu) dont le taux d'intérêt est le plus élevé¹. Mais l'intérêt du débiteur peut être plus complexe à saisir : si l'une des dettes est garantie par un cautionnement (consenti par le dirigeant de sarl sur son patrimoine personnel) et l'autre ne l'est pas, l'intérêt du créancier est d'obtenir le remboursement de la seconde ; celui du débiteur est probablement inverse. Que décider quand le taux d'intérêt de la première est inférieur à celui de la seconde ?

(586- à 598. : réservés)

¹ Civ. 1^{ère}, 10 déc. 1996, n° 95-12.890, Bull. n° 446 ; D. 1997. 178, obs. L. Aynès ; Defrénois 1997. 332, no 19, obs. D. Mazeaud

Conclusion de la section 1^{ère}
Le paiement

599. Le **paiement** est la voie principale d'extinction de l'obligation, grâce à laquelle le créancier obtient effectivement la prestation qui lui est dû. Le paiement suppose d'identifier les parties, qui forment les polarités du transfert de valeur, et son objet, à savoir la prestation à verser.

Le débiteur ne sera *définitivement* libéré que lorsqu'il aura payé sa dette, même si un tiers en a assumé provisoirement la charge. Ce tiers disposera d'un recours en remboursement, soit personnel, soit subrogatoire. Le premier est risqué, tandis que le second permet normalement d'échapper au risque d'insolvabilité du débiteur.

Le débiteur doit également payer *valablement*, en fournissant une prestation légale à son véritable créancier. Le paiement peut être remis en cause, éventuellement parce qu'il a lieu selon une modalité inhabituelle.

Le paiement pur et simple s'effectue conformément à ce qui a été convenu : la prestation est versée entièrement et à échéance.

- L'obligation de somme d'argent est payée en euro, avec éventuellement une clause d'indexation.
- Il est sous-entendu que la prestation est quérable, mais l'obligation de somme d'argent est portable.
- Lorsque tout se déroule correctement, le débiteur fait une offre d'exécution qui est acceptée par le créancier : quitus est donné au débiteur.

L'exécution volontaire est, à ce stade, effective : elle éteint l'obligation, qui a rempli sa fonction. Mais il existe une autre modalité d'extinction, sans versement de la prestation mais avec satisfaction du créancier. Ce sont les opérations assimilées au paiement.

Section 2^{ème}

Les opérations assimilées au paiement

Résumé

Les **opérations assimilées au paiement** produisent un résultat équivalent à l'exécution de la prestation : l'obligation s'éteint. Il en va ainsi lorsque l'exécution de l'obligation devient inutile ou en présence d'une restitution, lorsqu'une prestation a été versée sans obligation.

L'extinction de l'obligation sans exécution, mais avec satisfaction du créancier, signifie que l'exécution de la prestation est devenu sans objet, en raison d'une modification mineure de l'obligation.

- Lorsque l'un et l'autre se doivent mutuellement une même obligation de somme d'argent, l'extinction par compensation sera invoquée par l'une des parties à l'obligation : seul le solde sera versé.
- Lorsque le patrimoine de l'un est absorbé par l'autre, et que l'un était créancier envers l'autre ou réciproquement, l'obligation perd son vecteur : il devient inutile d'exécuter une prestation au profit de soi-même. Il y a confusion.

L'extinction de l'obligation par compensation ou confusion est réputée être une modification mineure de l'obligation, contrairement à l'extinction qui résulte de la novation (qui doit être mutuellement convenue) dans laquelle sera éteinte une obligation ancienne et remplacée par une nouvelle, entièrement distincte de la précédente.

Les *restitutions* consistent à imposer à celui qui a reçu une prestation sans titre de la rembourser. Le régime des restitutions fixera la valeur que l'enrichi doit rendre à l'appauvri.

- La restitution du capital a lieu en nature de la chose (corps certain) : le risque d'usure est supporté par l'appauvri, tandis que le risque de dégradation l'est par l'enrichi. Ces risques n'existent pas en présence d'une chose de genre : l'enrichi rend une chose pareille.
- Le temps de jouissance, gratuit ou payant, donne lieu à des dispositions contradictoires. Certaines prévoient que l'enrichi doit toujours à l'appauvri la valeur correspondant à la durée de la jouissance : ainsi, celui qui reçoit une somme d'argent doit les intérêts. D'autres dispositions prévoient à l'inverse que le temps de jouissance est gratuit pour l'enrichi de bonne foi, qui ignorait le caractère indu du paiement, tandis que seul l'enrichi de mauvaise foi doit le temps de jouissance.

Parallèlement aux restitutions, il faudra organiser le retour à la situation juridique de départ. C'est la fonction de la *rétroactivité* : l'acte annulé et ceux qui en dérivent sont réputés ne jamais avoir existé, afin de ne pas créer une situation irrémédiable. Néanmoins, le domaine d'application de cette fiction est cantonné, afin de régulariser des actes d'administration (ainsi, ceux accomplis par l'acquéreur durant le temps de latence de la condition résolutoire ultérieurement accomplie).

Les opérations assimilées au paiement permettent donc d'éteindre une obligation, par un mécanisme équivalent à un paiement pur et simple.

600. Les **opérations assimilées au paiement** ont pour fonction de donner satisfaction au créancier et d'éteindre l'obligation, mais selon une modalité qui n'avait pas été initialement prévue. L'exécution de la prestation est alors en cause : soit elle est devenue inutile (et n'aura pas lieu) ; soit il faudra la restituer, parce que l'obligation n'existe pas ou plus.

En présence d'une *prestation devenue inutile*, l'exécution de la prestation n'a plus lieu d'être.

- Les parties (agence de voyage et client) constatent que le billet d'avion Paris-Wuhan ne peut plus s'effectuer en raison de la situation sanitaire : la prestation initiale sera remplacée par une autre, entièrement différente (autre destination ou séjour d'une semaine dans un hôtel) (novation).
- Ou bien, l'héritier avait contracté une dette envers le (futur) défunt : le décès rend inutile de se verser une prestation à soi-même (confusion).

Dans ces deux cas, l'exécution de la prestation est devenue inutile, et elle n'aura donc pas lieu et l'obligation initiale disparaîtra, comme si un paiement avait eu lieu.

En présence d'une *prestation exécutée sans obligation*, celui qui s'est injustement enrichi au détriment de l'appauvri devra restituer la prestation exécutée. C'est la conséquence du quasi-contrat (art. 1300 c. civ.¹ ; supra, n° 250 et suiv.,). Le régime des restitutions conduira à préciser les modalités du remboursement à effectuer (en nature ou par équivalent, etc...).

Les opérations assimilées au paiement auront donc le même effet qu'un paiement effectif : l'obligation sera éteinte. Le créancier obtiendra satisfaction (comme avec le paiement), mais selon une modalité différente de celle qui avait été prévue initialement. L'obligation sera donc éteinte soit quand la prestation est devenue inutile (§1^{er}), soit à la suite d'une restitution (§2^{ème}).

(601- 603. : réservés)

§1^{er}/ La prestation devenue inutile

604. La **prestation devenue inutile** pourra s'éteindre sans exécution au sens strict du terme. L'absence d'exécution ne se traduira toutefois pas par un impayé pour le créancier : la consistance de son patrimoine sera similaire à celle qu'elle aurait été si un paiement avait eu lieu. Une modalité

¹ Art. 1300 c. civ. : « Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui.

« Les quasi-contrats régis par le présent sous-titre sont la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié. »

équivalente à l'exécution proprement dite de la prestation est prévue, soit par la loi, soit par les parties.

La *loi* prévoit que l'exécution de la prestation perd sa raison d'être lorsque survient un événement qui détruit la polarité de l'obligation (confusion) ou lorsque les parties à l'obligation se doivent mutuellement une même somme d'argent (compensation). En régime général des obligations, cette modification est considérée comme mineure : elle produira le même effet qu'un paiement (extinction de l'obligation), à ce détail près que, au sens strict du terme, l'exécution de la prestation n'aura pas eu lieu.

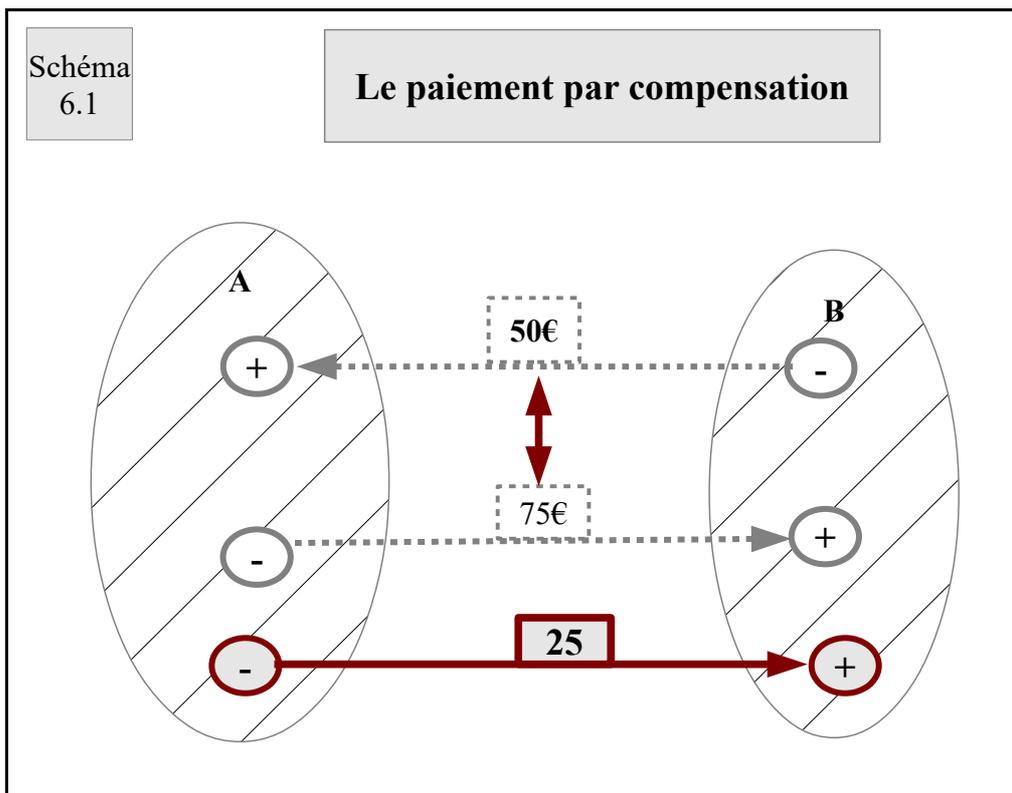
Les parties peuvent également *convenir* de remplacer une ancienne obligation par une nouvelle. La novation suppose un accord mutuel des parties, puisqu'il s'agit d'un changement majeur. À cette condition, l'obligation ancienne sera détruite et s'éteindra, comme à la suite d'un paiement ou d'une compensation ; l'obligation nouvelle sera quant à elle payée normalement (*supra*).

L'exécution de la prestation deviendra donc inutile dans trois cas : en présence d'une compensation (I), d'une confusion (II) et d'une novation (III).

I/ La compensation : un paiement partiel sans exécution

605. La **compensation** a lieu en présence d'obligations fongibles (le plus souvent de sommes d'argent) et translatives de propriété, lorsque l'un et l'autre se doivent mutuellement la même somme (ou chose fongible). Il sera inutile d'exécuter : après opération de soustraction, seul le solde sera à verser, lorsque les obligations sont d'un montant différent : A doit 50 à B, B lui doit 75 ; B ne versera que 25 (schéma 6.1). Chacun s'épargnera donc les frais du paiement. Selon l'article 1347 c. civ.¹, « La compensation est l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes. » Pour admettre la compensation, il faut postuler que les obligations réciproques sont similaires et peuvent donc donner lieu à une soustraction, c-à-d. à une perception comptable.

¹ Art. 1347 c. civ. : « La compensation est l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes. « Elle s'opère, sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies. »



Le caractère *similaire* des obligations réciproques ne sera admis que si la prestation à effectuer doit être perçue comme interchangeable. Échappera donc à la compensation toute prestation personnelle (effectuer un service : A coupe les cheveux de B et réciproquement), même réciproquement due. Il s'ensuit que le domaine de la compensation est typiquement celui des obligations (fongibles) de somme d'argent (ayant pour objet le transfert de propriété d'un bien).

L'effet de la compensation consiste à affirmer que l'exécution est *réputée avoir eu lieu*, en réalité parce qu'elle est remplacée par une opération comptable (de soustraction). L'un doit verser 50€ à l'autre, l'autre lui doit le même montant : la soustraction est mathématiquement possible.

Les conditions (1) et les effets (2) de la compensation reposent donc sur une vision comptable qui a pour but d'établir une stricte équivalence entre deux obligations qui seront considérées comme interchangeables (abstraction faite de la relation personnelle entre créancier et débiteur) et pouvant être réputées accomplies par une soustraction.

1/ Les conditions de la compensation : des obligations réciproques et interchangeables

606. Les **conditions de la compensation** sont de deux ordres. Premièrement, il faut être en présence d'obligations réciproques et interchangeables, afin de pouvoir effectuer une soustraction ;

deuxièmement, depuis 2016, il faudra que la compensation soit invoquée par l'une des parties.

L'exigence d'*obligations réciproques et interchangeable*s s'explique par l'opération de soustraction.

Le mécanisme repose sur une perception comptable du paiement : il faudra donc que les obligations soient suffisamment comparables, et que leurs vecteurs soient inverses (réciproques).

La seconde condition, exigée depuis la réforme de 2016, est celle de son *invocation*. Analogue à une condition de forme, cette invocation résultera soit d'un acte juridique unilatéral, en présence d'une compensation légale, soit des clauses d'un contrat, lorsque la compensation a été prévue, soit des dispositions du jugement, en présence d'une compensation judiciaire. La source de la compensation exercera donc une influence sur le régime de son invocation et de la date à laquelle la compensation produit ses effets.

En régime général des obligations¹, deux grandes conditions doivent ainsi être remplies pour que la soustraction ait lieu : il faut, premièrement, des obligations réciproques et interchangeable et, deuxièmement, l'invoquer.

607. Premièrement, l'exigence d'**obligations réciproques et interchangeable**s est destinée à permettre de rendre comparables les obligations. Perçues sous un jour comptable, les obligations pourront alors l'objet d'une opération de soustraction.

Les *obligations réciproques* (art. 1347 al. 1^{er} c. civ.² : « d'obligations réciproques entre deux personnes. ») signifient que les deux obligations ont les mêmes polarités, mais inverses. Les « deux personnes » (en réalité : les deux patrimoines) sont l'une et l'autre mutuellement créancières et débitrices. Si une créance a fait l'objet d'une cession (art. 1347-5 c. civ.³) ou d'une saisie, le cédant et le cédé ne sont plus mutuellement créanciers et débiteurs : la compensation n'a plus lieu d'être. La condition de réciprocité porte sur le vecteur.

Les *obligations interchangeable*s sont définies à l'article 1347-1 c. civ.⁴ comme des obligations « fongibles, certaines, liquides et exigibles ». Ces quatre caractères associés ont pour fonction de montrer que les deux obligations sont juridiquement équivalentes :

¹ Des conditions particulières peuvent être exigées en droit spécial : en droit de la faillite, les obligations doivent être connexes, en raison de l'impact que la compensation produit sur les autres créanciers (infra).

² Art. 1347 al. 1^{er} c. civ. : « La compensation est l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes.

³ Art. 1347-5 c. civ. : « Le débiteur qui a pris acte sans réserve de la cession de la créance ne peut opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu opposer au cédant. »

⁴ Art. 1347-1 c. civ. : « Sous réserve des dispositions prévues à la sous-section suivante, la compensation n'a lieu qu'entre deux obligations fongibles, certaines, liquides et exigibles.

« Sont fongibles les obligations de somme d'argent, même en différentes devises, pourvu qu'elles soient convertibles, ou celles qui ont pour objet une quantité de choses de même genre. »

- la *fongibilité* signifie que les obligations sont considérées comme juridiquement identiques. Un billet de cinquante euros est juridiquement identique à cinq billets de dix euros ; dans un supermarché, un kilogramme de farine de froment de tel type (panifiable ou non...) est considéré comme interchangeable avec un autre kilogramme de farine de même type. L'obligation compensable ne peut donc porter que sur un bien fongible¹ : sont exclues de la compensation les obligations ayant pour objet des prestations individualisées (transfert de biens individualisés ou service). La notion de fongibilité est précisée à l'article 1347-1 al. 2 c. civ.² : en présence de devises, la compensation peut avoir lieu puisque la monnaie de compte n'est pas la monnaie de paiement. Une obligation de somme d'argent, payable en euros, peut donc être comparée avec une autre devise.
- Le caractère *certain* d'une obligation signifie que la force obligatoire de chaque obligation n'est affectée par aucune condition ou aléa. Lorsque l'existence d'une obligation est subordonnée à une décision du notaire³ ou du juge, le débiteur de l'obligation certaine devra s'exécuter au profit de son créancier (quitte à ce que ce dernier doive exécuter lui-même en sens inverse, une fois que son obligation deviendra certaine).
- Le caractère *liquide* d'une obligation signifie que le montant de l'obligation doit être connu. En présence d'une obligation de somme d'argent, la liquidité sera acquise quand la somme fixée en devise sera transformée en euros : à la date à laquelle on applique le taux de change, la dette est « liquidée ». De même, en présence d'un dommage corporel, l'obligation sera liquidée lorsque le montant du dommage (consolidé) sera définitivement fixé.
- le caractère *exigible* d'une obligation signifie que sa date d'échéance est connue et échue. Une obligation payable à terme (90 jours) ne se compensera donc pas avec une obligation payable sans délai ou à un terme différent (30 jours). L'article 1347-3 c. civ.⁴ précise toutefois que le délai de grâce octroyé par le juge à l'un (débiteur qui traverse des

¹ Selon Rémy Libchaber, « Les biens », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Mai 2016 (actualisation : Décembre 2019), spéc. n° 51 : « la fongibilité est un simple rapport d'équivalence entre des choses différentes qui peuvent être données l'une pour l'autre, par exemple en paiement.

² Art. 1347-1 al. 2 c. civ. : « Sont fongibles les obligations de somme d'argent, même en différentes devises, pourvu qu'elles soient convertibles, ou celles qui ont pour objet une quantité de choses de même genre. »

³ Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2014, n°13-18.197, Bull. : « La compensation ne peut avoir lieu entre la somme due personnellement par un ancien époux au titre d'arriéré sur sa part contributive à l'entretien et l'éducation des enfants et la soulte éventuellement due à l'issue des opérations de liquidation de la communauté, cette dette n'étant pas certaine. »

⁴ Art. 1347-3 c. civ. : « Le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation. »

difficultés) ne peut être opposé à l'autre (débiteur inverse) : le moratoire imposé par le juge n'affecte pas l'exigibilité, mais les poursuites¹.

L'affirmation du caractère réciproque et interchangeable des obligations permet donc de rendre chaque obligation comparable, ce qui justifie l'opération de soustraction. Le caractère personnel de la relation entre le débiteur et son créancier est nié ; les prestations interchangeables sont perçues comme des valeurs financières ou comptables.

608. L'affirmation de l'équivalence entre l'obligation (comptable) de l'un avec celle (réciproque) de l'autre possède un **domaine d'application** relativement général, sous réserve d'exceptions, conduisant soit à cantonner la compensation, soit, à l'inverse, à l'admettre plus largement.

En principe, la *compensation légale* joue en présence d'obligations quelconques (réciproques et interchangeables) : dès lors que l'objet de la prestation porte sur un bien fongible, peu importe la fonction de l'obligation (alimentaire, d'échange en présence d'un contrat, ...). Dans la compensation légale, la connexité des obligations n'est pas exigée (en régime général des obligations) : le droit n'exige pas qu'il existe un certain rapport de proximité entre l'obligation (contractuelle) de l'un et l'obligation (légale : alimentaire, fiscale ...) de l'autre. Ainsi,

- un locataire (à raison de sa dette de loyer) peut opposer la compensation à son bailleur (à raison de l'indemnité due en présence d'un accident imputable).
- entre époux ou partenaires, lors de la rupture, les comptes sont soldés par compensation : la dette de l'un (à raison de sa trop faible contribution aux charges du ménage : dette alimentaire) se compensera avec la dette de l'autre (à raison d'un prêt qui lui a été consenti).

La fonction de l'obligation est indifférente, en principe.

Mais il existe un premier type d'*exceptions*, conduisant à cantonner la compensation. La fonction de l'obligation sera spécifiquement considérée afin que l'un puisse obtenir l'accès à une ressource (nécessaire), même quand l'autre est par ailleurs créancier d'une obligation (fongible et réciproque). En régime général des obligations (art. 1347-2 c. civ.²), l'exécution doit avoir lieu parce qu'elle correspond à une nécessité vitale (créance alimentaire) ou légale (ainsi, créance de restitution d'une chose prêtée ou volée). La fonction de l'obligation est considérée : l'exécution est nécessaire (pour l'un), même quand l'autre est titulaire d'une obligation réciproque. Le parent, créancier d'une

¹ Voir : Anne-Marie Toledo-Wolfsohn, « Compensation », *Répertoire de droit civil*, avril 2017 (actualisé en mai 2018), Dalloz, spéc. n°14.

² Art. 1347-2 c. civ. : « Les créances insaisissables et les obligations de restitution d'un dépôt, d'un prêt à usage ou d'une chose dont le propriétaire a été injustement privé ne sont compensables que si le créancier y consent. »

obligation alimentaire (insaisissable) obtiendra le versement des aliments, même si par ailleurs il doit une somme d'argent au débiteur d'aliment (au titre d'un contrat mal exécuté ...). Le créancier d'une obligation à exécution nécessaire peut renoncer à sa protection : les obligations réciproques (souvent de somme d'argent) seront alors soldées par compensation.

Une seconde série d'exceptions conduit à admettre la compensation dans des *conditions plus larges que la compensation légale*. Il s'agit d'éviter à l'un des titulaires d'avoir à effectuer une sortie de fonds qui serait pour lui problématique (ou injuste). La situation sera soldée, alors même que l'une des obligations n'est pas entièrement liquide ou exigible.

- La connexité, brièvement mentionnée à l'article 1348-1 al. 1^{er} c. civ.¹, permet de contourner l'exigence de liquidité et d'exigibilité, en présence d'une compensation judiciaire (art. 1348-1 c. civ.²). Lorsqu'un banquier réclame paiement à la caution (tenue d'une obligation certaine de somme d'argent : obligation fongible) d'une somme représentant le défaut de paiement du débiteur (obligation liquide : la fraction manquante de l'emprunt est d'un montant de 5.000€) et exigible immédiatement, la caution pourra bénéficier de la compensation quand le banquier doit l'indemniser à raison d'un manquement à l'obligation de mise en garde : le jugement fixera son montant (obligation liquide) et l'obligation deviendra exigible au jour où le jugement deviendra définitif. La compensation judiciaire est alors autorisée : la caution ne versera que le solde à sa banque.
- La compensation conventionnelle (art. 1348-2 c. civ.³) permet aux parties d'admettre en général la compensation, même en présence de créances futures (ni liquides, ni exigibles). Après l'achat d'un matériel qui ne fonctionne pas, le vendeur professionnel et le client conviennent que le client disposera d'un avoir : l'obligation de fournir tel matériel sera transformée en une obligation fongible. Lors de leurs relations d'affaires, le fournisseur et le distributeur conviennent que les livraisons payables à 90 jours

¹ Art. 1348-1 c. civ. : « Le juge ne peut refuser la compensation de dettes connexes au seul motif que l'une des obligations ne serait pas liquide ou exigible.

« Dans ce cas, la compensation est réputée s'être produite au jour de l'exigibilité de la première d'entre elles.

« Dans le même cas, l'acquisition de droits par un tiers sur l'une des obligations n'empêche pas son débiteur d'opposer la compensation. »

² Art. 1348-1 c. civ. : « Le juge ne peut refuser la compensation de dettes connexes au seul motif que l'une des obligations ne serait pas liquide ou exigible. »

« Dans ce cas, la compensation est réputée s'être produite au jour de l'exigibilité de la première d'entre elles.

« Dans le même cas, l'acquisition de droits par un tiers sur l'une des obligations n'empêche pas son débiteur d'opposer la compensation. »

³ Art. 1348-2 c. civ. « Les parties peuvent librement convenir d'éteindre toutes obligations réciproques, présentes ou futures, par une compensation ; celle-ci prend effet à la date de leur accord ou, s'il s'agit d'obligations futures, à celle de leur coexistence. »

(effectuées par le fournisseur) seront compensables avec les frais de location (dus par le fournisseur au titre de la mise en rayon). Les deux obligations ne sont pas éligibles à la compensation légale (puisque leurs dates d'exigibilité divergent) ; elles le seront au titre de la compensation conventionnelle.

Le jeu de la compensation s'applique donc en principe à toute obligation interchangeable.

- En principe, la fonction de chacune des obligations est indifférente : les obligations compensables n'ont aucun rapport entre elles (elles ne sont pas connexes).
- Ce principe est écarté dans deux cas opposés :
 - La compensation est refusée en présence d'une obligation dont l'exécution est nécessaire (nécessité vitale ou légale).
 - La compensation est admise, même en présence d'une obligation qui n'est pas encore liquidée ou exigible, afin d'éviter à l'un des titulaires une sortie de fonds.

La source (conventionnelle, judiciaire ou légale) de la compensation exerce ainsi une influence sur le domaine d'application de la compensation, ainsi d'ailleurs que sur la seconde condition.

608-1. À l'extérieur du code civil, le jeu de la compensation est parfois interdit (en droit public¹ ou en droit du travail²), ce qui expose l'un à un risque d'inexécution (sauf à invoquer l'exception d'inexécution³), notamment pour cause de faillite. En droit des procédures collectives (art. 622-7 c. com.⁴), le paiement par compensation de créances connexes joue un rôle ambivalent, car la connexité sert aussi bien à cantonner qu'à étendre le jeu de la compensation.

La compensation n'est admise qu'en présence d'obligations « connexes », c-à-d. présentant entre elles un certain rapport. Ainsi, la dette du bailleur envers le locataire (astreinte liquidée pour inexécution des travaux) sera connexe avec la dette de loyer du locataire envers le bailleur (Com., 27 sept. 2016⁵). La compensation est interdite quand une obligation n'a aucun rapport suffisant avec l'autre obligation (une créance de facture

¹ Civ. 1^{ère}, 10 décembre 2014, n°13-25.114, Bull. : « Selon les principes de la comptabilité publique, le débiteur d'une collectivité publique ne peut pas compenser sa dette avec les créances qu'il détient sur cette même collectivité. »

² Art. L 3251-1 c. trav. : « L'employeur ne peut opérer une retenue de salaire pour compenser des sommes qui lui seraient dues par un salarié pour fournitures diverses, quelle qu'en soit la nature. » Art. L3251-2 c. trav. : « Par dérogation aux dispositions de l'article L. 3251-1, une compensation entre le montant des salaires et les sommes qui seraient dues à l'employeur peut être opérée dans les cas de fournitures suivants : 1° Outils et instruments nécessaires au travail ; 2° Matières ou matériaux dont le salarié a la charge et l'usage ; 3° Sommes avancées pour l'acquisition de ces mêmes objets. »

³ *Droit du contrat*, n°905 et suiv.

⁴ Art. 622-7 I c. com. « Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes »

⁵ Com., 27 septembre 2016, n°15-10.393, Bull. : (abstrat) « La créance de liquidation d'astreinte née de l'inexécution de la décision de justice ayant condamné un bailleur à exécuter des travaux dans les lieux loués est connexe avec la créance de loyers détenue par ce bailleur, de sorte que le preneur est fondé à opposer la compensation. »

impayée et une créance d'indemnité délictuelle¹ ; une créance postérieure à la faillite et une autre antérieure²). La volonté de cantonner la compensation s'explique par sa fonction (dérivée) : elle porte atteinte aux intérêts de tiers, à savoir des autres créanciers.

Mais le paiement par compensation de dettes connexes est admis, même quand l'une des dettes n'est pas exigible³, comme dans la compensation judiciaire (art. 1348-1 al. 1^{er} c. civ. : « Le juge ne peut refuser la compensation de dettes connexes au seul motif que l'une des obligations ne serait pas liquide ou exigible. »).

609. Depuis l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016, il faut **invoquer** la compensation (art. 1347 al. 2 c. civ.⁴). La compensation (légale) n'est plus automatique. Les formes de cette invocation dépendent donc de la source de la compensation (légale, contractuelle ou judiciaire), ce qui exerce une influence sur la date à laquelle la compensation sera effectuée (et acquise).

En présence d'une compensation légale, la compensation sera invoquée de manière *unilatérale* par l'un des titulaires.

- La forme employée pour exprimer la volonté de se prévaloir de la compensation sera explicite (ainsi, un compte faisant apparaître le solde) ou tacite (lorsque l'un effectue un règlement partiel, à hauteur du reliquat). En présence d'un litige, l'exception de compensation sera invoquée par le défendeur (débiteur prétendument défaillant ou sa caution : art. 1347-6 c. civ.⁵).
- Celui qui peut invoquer une compensation peut pareillement y renoncer⁶ : cette renonciation suit le régime de toutes les renonciations, mais il faudra tenir compte de la présence d'une caution ou d'un coobligé (*infra*).

¹ Com., 18 décembre 2012, n° 11-17.872., Bull. ; D. 2013, Act. dr. aff., p. 78 : « Ne présentent aucune connexité autorisant leur compensation la créance d'une société au titre de factures impayées découlant d'un contrat d'approvisionnement exclusif et celle d'une autre société résultant de la faute quasi délictuelle de la première société. »

² Com., 3 avril 2019, n° 18-11.281, Bull. ; RJDA 2019, n° 448 : (abstrat) « Un gage-espèces consenti, après l'ouverture de son redressement judiciaire, par un débiteur, avec l'accord de l'administrateur, pour garantir le paiement des livraisons qu'un fournisseur s'engageait à poursuivre pendant la période d'observation, se trouve privé d'objet et dépourvu de contrepartie, après la mise en liquidation judiciaire du débiteur, en l'absence de toute créance du fournisseur née pendant la période d'observation. En conséquence, les sommes constituées en gage, qui ne peuvent garantir, au mépris de l'égalité des créanciers, une créance du fournisseur née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, ne peuvent se compenser avec une telle créance admise au passif et doivent être restituées au liquidateur. »

³ Civ. 3^e, 29 novembre 2018, n° 17-26670, inédit : « la dette d'indemnité d'éviction et celle de loyers et accessoires, nées d'un même contrat, sont connexes et que la compensation des dettes connexes, prévue même en cas de procédure collective de l'une des parties, n'est pas soumise aux conditions de liquidité et d'exigibilité ».

⁴ Art. 1347 al. 2 c. civ. : « Elle [la compensation] s'opère, sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies. »

⁵ Art. 1347-6 c. civ. : « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal. « Le codébiteur solidaire peut se prévaloir de la compensation de ce que le créancier doit à l'un de ses coobligés pour faire déduire la part divise de celui-ci du total de la dette. »

⁶ Com., 8 juillet 2008, n°07-16936, Bull. n°141 (le débiteur remet un chèque à son créancier, puis invoque l'exception de compensation) : « la cour d'appel a pu, par ces seuls motifs, en déduire la volonté non équivoque de la société Carrefour de renoncer à se prévaloir du bénéfice de la compensation attachée au caractère connexe des créances, peu important que le chèque n'ait pas été encaissé ».

En présence d'une compensation judiciaire, le juge prononcera la compensation, alors même que les obligations ne sont pas entièrement comparables (supra). La compensation sera acquise lorsque le *jugement deviendra définitif*.

En présence d'une compensation conventionnelle, la compensation sera acquise « à la date de leur accord ou, s'il s'agit d'obligations futures, à celle de leur coexistence » (art. 1348-2 c. civ.¹). Ainsi, une banque conviendra avec l'emprunteur que le prêt se compensera avec les sommes versées par les clients de ce dernier : une dette à échéance n+2 se compensera avec une dette à échéance n+1, dès que cette dernière est versée. A priori anodine, cette disposition contractuelle joue, en réalité, un rôle essentiel, car la compensation assurera une fonction (dérivée) de garantie de paiement.

609-1. L'invocation de la compensation en présence d'une obligation solidaire donne lieu à une disposition dérogatoire. Selon l'article 1347-6 (issu de la loi n°2018-287 du 20 avril 2018, ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016) c. civ.², la compensation peut être directement invoquée par un codébiteur solidaire, tiers à la compensation.

Selon l'ordonnance de 2016, modifiée sur ce point, un tiers ne pouvait (au titre de l'effet relatif de l'obligation) invoquer la compensation qu'une fois qu'elle était « intervenue », c-à-d. correctement invoquée par l'une des parties à la compensation. La caution (tiers au contrat principal) ou le coobligé (non partie à la compensation) devait donc payer entièrement la dette, tant que la compensation n'était pas invoquée par l'une des parties. Si la banque, créancier, pouvait réclamer 150€ à A et B, solidairement tenus, alors que A pouvait invoquer une compensation pour un montant de 30 :

- tant que A n'invoquait pas la compensation, la banque pouvait agir contre B (caution ou coobligé) et lui réclamer 150€ ;
- une fois que A invoquait la compensation, l'exception (inhérente à la dette) réduisait objectivement le montant que la banque pouvait réclamer : la banque ne pouvait réclamer que 120€, à A ou B.

Depuis la loi de ratification de 2018, un tiers peut invoquer la compensation au même titre que celui qui y est partie. La caution ou le coobligé B ne paiera que 120€, quand A (débiteur ou coobligé) aurait pu invoquer la compensation à hauteur de 30€. Le tiers à la compensation, au même titre qu'une partie (ou que le bénéficiaire acceptant dans une stipulation pour autrui), invoquera la force obligatoire de l'obligation. La solution permet, en présence de plusieurs cautions, de tenir d'une déchéance infligée au créancier envers une caution : si le créancier prive la caution A de son recours subrogatoire, la caution B pourra invoquer ce manquement (et invoquer la compensation).

¹ Art. 1348-2 c. civ. « Les parties peuvent librement convenir d'éteindre toutes obligations réciproques, présentes ou futures, par une compensation ; celle-ci prend effet à la date de leur accord ou, s'il s'agit d'obligations futures, à celle de leur coexistence. »

² Art. 1347-6 c. civ. (loi n°2018-287 du 20 avril 2018) : « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.

« Le codébiteur solidaire peut se prévaloir de la compensation de ce que le créancier doit à l'un de ses coobligés pour faire déduire la part divisée de celui-ci du total de la dette. »

610. Lorsque les deux blocs de conditions posées à la compensation sont remplies (obligations réciproques comparables et invocation de la compensation), la compensation produit son effet à la date à laquelle la dernière des conditions est remplie. L'opération de soustraction peut s'effectuer et livrer son résultat.

(611- à 614. : réservés)

2/ L'effet de la compensation : une exécution réputée acquise

615. L'effet de la compensation consiste à affirmer que le résultat de la soustraction est similaire à celui qu'une exécution mutuelle aurait procuré. Pour admettre ce résultat, il faut être en présence d'obligations portant sur le transfert d'un bien (fongible) : elles seules permettent un règlement en compte (question relative au domaine de la compensation : supra).

En régime général des obligations, le paiement par compensation apparaît comme simple opération comptable : le calcul du solde (après l'opération de soustraction) remplace l'exécution. La compensation est ainsi perçue comme un paiement simplifié. Mais la compensation peut également remplir une fonction dérivée (extérieure au régime général des obligations).

616. En régime général des obligations, la compensation apparaît comme un **mode simplifié de règlement**, qui évite des doubles mouvements de fonds, notamment en présence de dettes de somme d'argent¹. C'est sa fonction courante, principale. Lors de la résiliation du compte courant, seul le solde sera dû, en faveur du banquier (compte débiteur) ou en faveur du client (compte créditeur).

La *date* exacte à laquelle se produit l'extinction mutuelle des dettes est celle à laquelle les trois conditions sont réunies : le plus souvent, la compensation (légale) sera acquise dès qu'elle est invoquée. Le paiement est alors réputé effectué.

Le paiement par compensation présente deux traits spécifiques (qui joueront un rôle majeur en droit des sûretés) : il est précoce (c-à-d. légèrement antérieur à la date à laquelle le paiement effectif aurait dû avoir lieu) et moins coûteux (puisque l'extinction sans exécution évite à chacun de supporter les frais du paiement).

¹ Civ. 2^e 31 mai 2018, n°17-19.340, Bull. ; JCP 2018, éd. G, chron. 877, spéc. n° 7, note Grégoire Loiseau : « [...] les obligations réciproques de même nature s'éteignent par compensation, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, lorsqu'elles sont fongibles, certaines et liquides. » (compensation entre les sommes résultant des erreurs de facturation au détriment de l'établissement contrôlé [...] et celles que l'établissement doit à la caisse).

616-1. L'obligation d'invoquer la compensation produit un effet : faute d'invoquer la compensation en temps utile, le créancier le plus ancien risque désormais¹ de se voir opposer la prescription extinctive par le créancier le plus récent.

617. La **fonction dérivée** de la compensation joue quand l'un des débiteurs s'avère effectivement insolvable. La compensation possède alors des effets secondaires sur les tiers, et plus spécialement sur les autres créanciers impayés du débiteur insolvable : cet effet sera spécialement recherché en droit des sûretés.

La compensation permet de *contourner le paiement égalitaire* entre les créanciers confrontés à un débiteur défaillant. Celui qui compense obtient paiement avant les autres : la compensation garantit alors un paiement intégral. Si un débiteur doit 50 à son créancier, et que ce dernier obtient en paiement un bien de son débiteur d'une valeur de 75, la compensation imposera au dernier de ne verser que le solde (25). Économiquement neutre pour les deux parties (réciproquement créancières et débitrice)², la compensation ne l'est pas envers les autres créanciers impayés. Ces derniers ne se partageront pas de manière égalitaire que l'actif résiduel du débiteur.

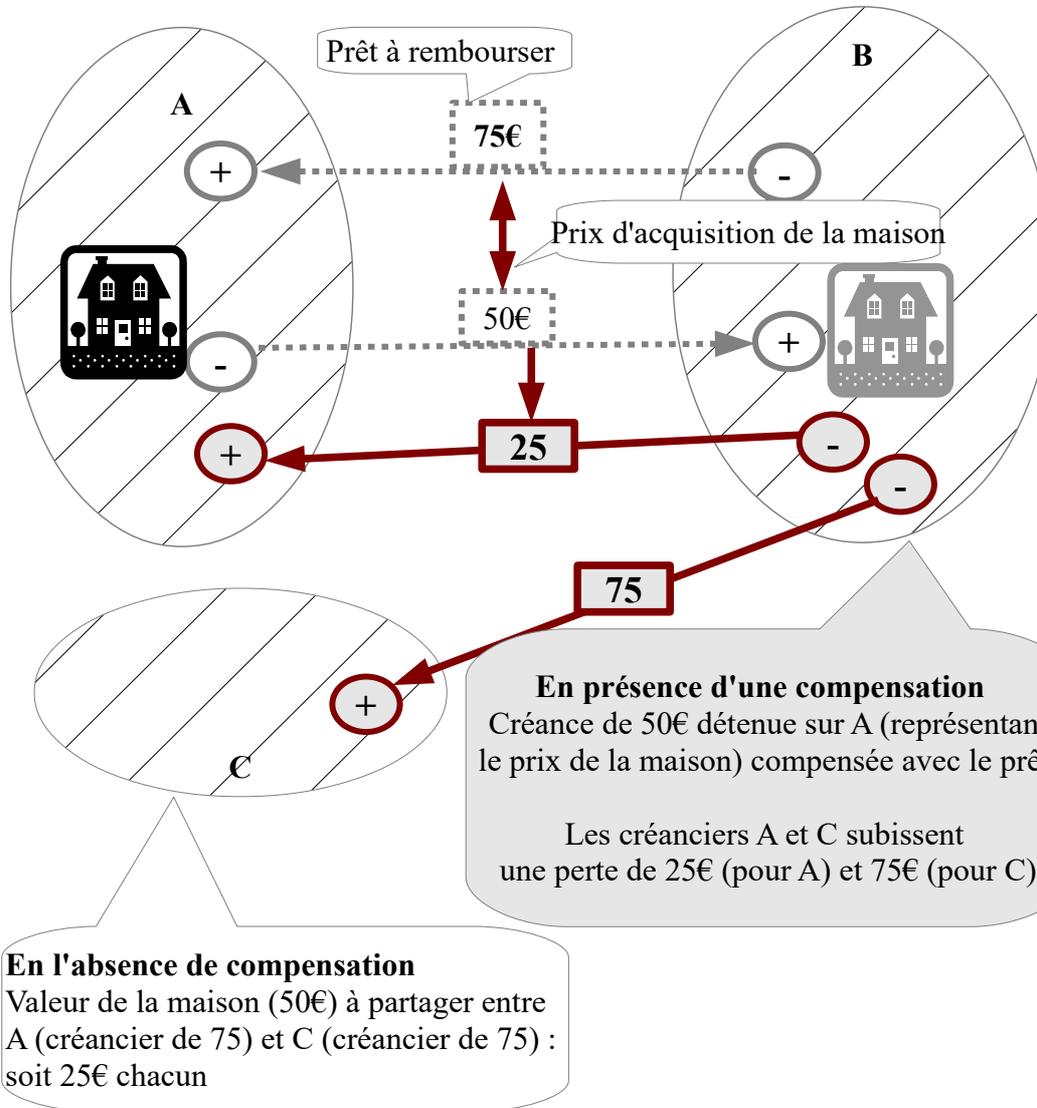
La fonction dérivée de la compensation permet donc à un créancier (titulaire d'une sûreté réelle) d'obtenir un paiement prioritaire, intégral et précoce, au détriment des autres créanciers communs du débiteur. La compensation permet d'échapper à la règle égalitaire du concours (schéma 6.2).

¹ Com., 30 mars 2005, n° 04-10.407, Bull. n°72 (compensation entre une obligation non encore prescrite à la date à laquelle naît l'autre obligation) : (abstrat) « La compensation légale s'opère de plein droit par la seule force de la loi même à l'insu du débiteur et son bénéficiaire peut être invoqué à tout moment. » ; Com. 9 oct. 2019, n° 18-15.793, inédit ; D. 2019. 2037 ; JCP 2019. 1187, note J.-D. Pellier ; Lionel Andreu, *La difficile articulation de la prescription et de la compensation*, D. 2019, p. 2450

² Il faut évidemment que les patrimoines tenus, activement et passivement, soient identiques : tel débiteur, personne physique, gère un patrimoine distinct de celui de la société unipersonnelle qu'il dirige. Voir : Com., 5 février 2013, n°12-12.808 et 12-14.571, Bull. ; D. 2013, Actualité / droit des affaires, p. 43 ; Revue des sociétés, n°3, mars 2013, Chronique de droit des entreprises en difficulté, p. 181, note Philippe Roussel Galle.

Schéma
6.2

La fonction dérivée du paiement par compensation



- En présence d'un débiteur devant 150€ à deux créanciers A et B, et disposant d'un actif de 50€, un paiement égalitaire de chacun des créanciers conduirait chacun à n'obtenir que 25€ (sur 75€ dus à chacun) ;
- En présence d'une compensation invoquée par l'un des créanciers, le créancier A restera impayé pour 25€ et le créancier C pour 75. La compensation permet d'obtenir un prélèvement à la source et de transférer la charge de la pénurie sur l'autre créancier.

(618- à 623. : réservés)

624. La **compensation** consiste donc à opérer une soustraction entre deux obligations interchangeables et translatives de propriété portant sur une prestation fongible et exigible que l'un et l'autre se doivent mutuellement. Invoquée par l'un ou l'autre, la compensation produira l'extinction simultanée des deux obligations.

Techniquement, l'*exception de compensation* est purement personnelle : seule l'une des parties à l'obligation solidaire peut l'invoquer envers le créancier commun ; mais la compensation produit un effet objectif. La fraction de la dette éteinte par compensation n'est plus due et chaque coobligé peut invoquer l'effet extinctif produit par la compensation (comme en présence d'un paiement).

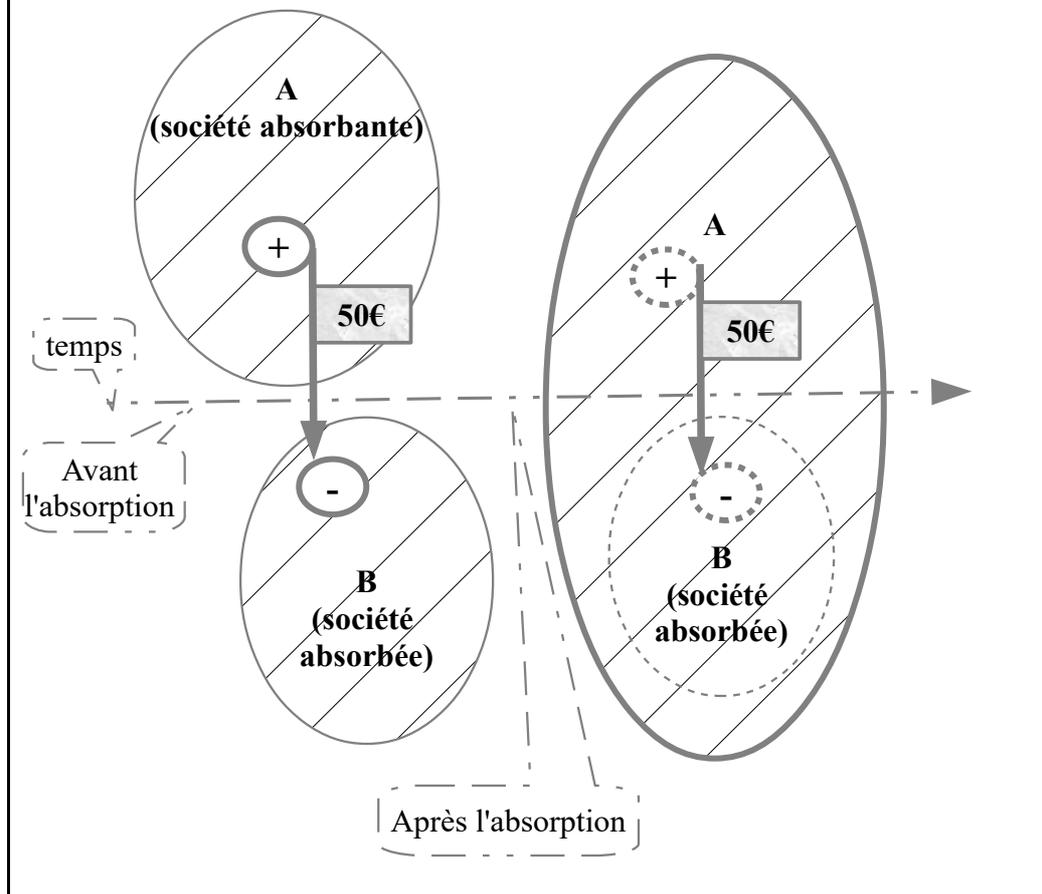
La compensation éteint alors deux obligations réciproques de manière précoce (avant exécution) et intégrale (à concurrence de la plus faible des obligations) : cet effet est parfois spécialement recherché, en présence d'un débiteur insolvable (droit des sûretés réelles).

II/ La confusion : l'inutilité de la prestation à soi-même

625. La **confusion** désigne la réunion, dans un même patrimoine, de la qualité de débiteur et de créancier, ce qui rend inutile l'exécution de la prestation. L'obligation a perdu sa polarité (en présence d'un héritage pour les personnes physiques ou d'une fusion-absorption pour les personnes morales). Selon l'article 1349 c. civ., « La confusion résulte de la réunion des qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation dans la même personne. Elle éteint la créance et ses accessoires, sous réserve des droits acquis par ou contre des tiers. » La présence ou l'absence de tiers conduit à distinguer deux situations de base : celle dans laquelle le débiteur est seul tenu envers le créancier, et celle dans laquelle l'obligation est solidaire (« à sujets multiples » : supra).

L'obligation due par *le seul débiteur au seul créancier* disparaîtra entièrement, avec ses accessoires (art. 1349 c. civ. : « [la confusion] « éteint la créance et ses accessoires »), en application de l'obligation réelle.

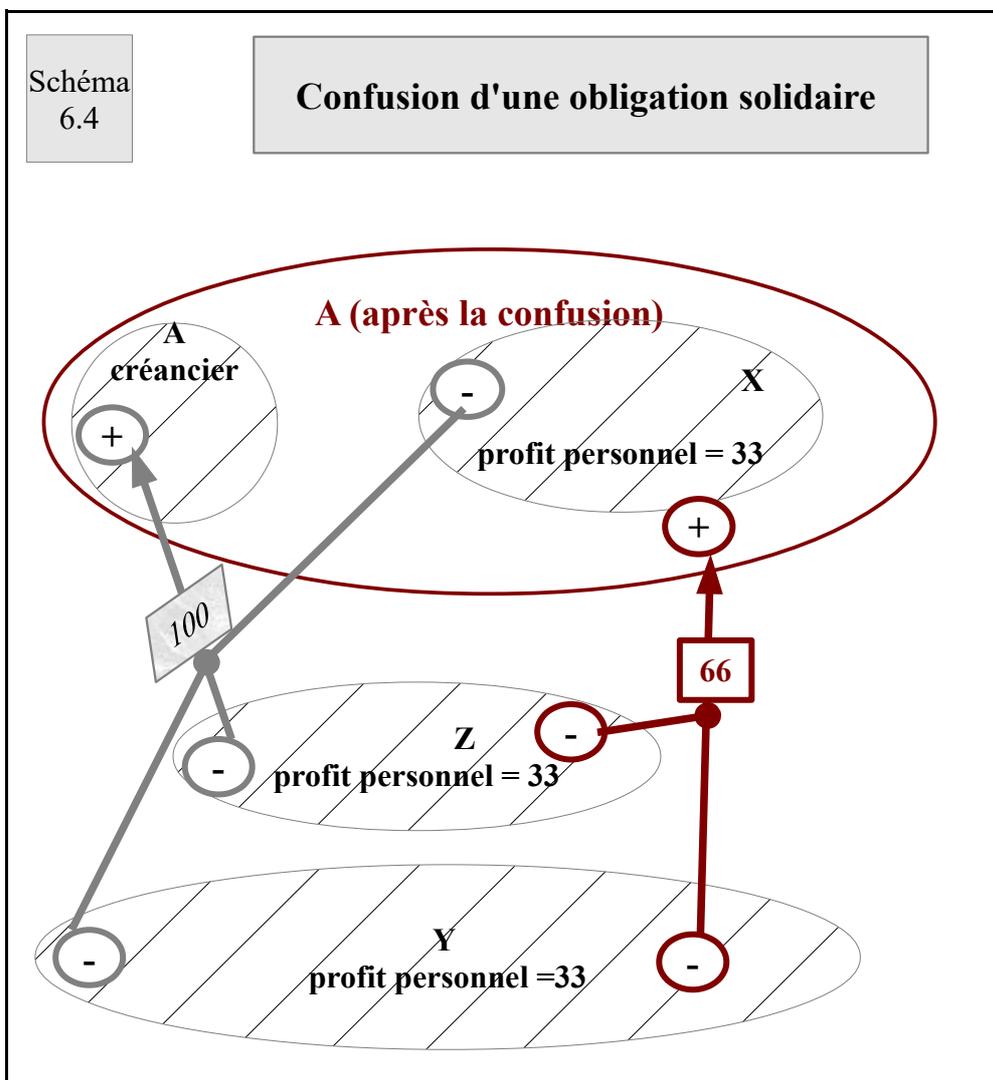
- La société absorbante était créancière (ou débitrice) envers la société absorbée : le titre disparaît (schéma 6.3).



- Si le titre était garanti par une sûreté réelle, la sûreté disparaît par voie accessoire : l'hypothèque dont bénéficiait la banque (créancière et devenue débitrice) perd sa fonction.
- Si le titre était garanti par une sûreté personnelle, le garant est libéré : l'article 1349-1 al. 2 c. civ. (« Lorsque la confusion concerne une obligation cautionnée, la caution, même solidaire, est libérée. ») est une redite.

En présence d'une *dette solidaire*, la confusion jouera de manière plus complexe. Le point essentiel consiste à identifier le véritable débiteur, celui sur qui pèse la charge définitive de la dette. L'article 1349-1 c. civ. prévoit deux cas de figure, la solidarité (avec un passif définitif partiel) et la garantie personnelle (qui donne lieu à recours intégral contre le véritable débiteur) :

- si l'obligation lie trois codébiteurs solidaires à un créancier, la confusion entre l'un des codébiteurs et le créancier entraînera une extinction objective de la dette (passif provisoire). Les deux autres codébiteurs restent tenus pour leur part dans la dette, en fonction du profit qu'ils tirent de la dette (passif définitif) : si le profit est égal, le créancier peut donc leur réclamer 2/3 du montant (au titre du recours personnel). Selon l'article 1349-1 al. 1^{er} c. civ., « Lorsqu'il y a solidarité entre plusieurs débiteurs ou entre plusieurs créanciers, et que la confusion ne concerne que l'un d'eux, l'extinction n'a lieu, à l'égard des autres, que pour sa part. »



- si la confusion a lieu entre le créancier et la caution, le contrat de cautionnement disparaît. Le débiteur demeure évidemment tenu.

- lorsque la dette est garantie par plusieurs cautions (solidaires), et que la confusion a lieu entre le créancier et l'une des cautions, une extinction partielle de la garantie aura lieu (comme dans l'hypothèse prévue à l'alinéa 1^{er}). Selon l'article 1349-1 al. 2 c. civ. : « Lorsque la confusion concerne l'obligation d'une des cautions, le débiteur principal n'est pas libéré. Les autres cautions solidaires sont libérées à concurrence de la part de cette caution. » Envers le créancier (partiellement cautionné par lui-même), on applique les règles gouvernant la répartition (proportionnelle¹) du passif définitif entre cautions.

L'extinction de l'obligation provoquée par la confusion sera donc soit totale (quand le créancier et le débiteur se confondent entièrement), soit partielle (quand le créancier se confond avec un codébiteur ou l'une des cautions). Il s'agit ici de prendre en compte l'impact de la présence des tiers (en application logique de l'effet relatif de l'obligation plurale).

626. L'effet proprement dit de la confusion consiste à éteindre l'obligation. En réalité, il faudra préciser, parmi les effets produits par l'extinction, entre ceux identiques au paiement et ceux résultant spécifiquement de la confusion.

- Les effets attachés à l'extinction de l'obligation, par confusion ou par paiement, sont le plus souvent mathématiquement identiques. Il en va ainsi avec les sûretés : elles disparaissent (par voie accessoire), qu'il y ait eu paiement ou confusion.
- Les effets spécifiques produits par la confusion résultent de l'absence d'exécution. Le paiement produit une extinction par exécution : quand l'exécution (et elle seule) donne lieu à perception de droits fiscaux, l'absence d'exécution (issue de la confusion) interdira la perception de ces droits². En conséquence, l'héritier (par ailleurs débiteur du défunt) ne paiera des droits de succession que sur la valeur nette de l'héritage qu'il perçoit (déduction faite du montant de l'obligation, éteinte par confusion).

La confusion apparaît comme une opération comptable qui consiste à éteindre une obligation due entre deux patrimoines qui ont ultérieurement fusionné. Le patrimoine est un ensemble composé d'un actif (biens et créances) et d'un passif (dettes) : l'obligation (créance-dette de soi à soi) éteinte par confusion (sans exécution) sort donc du bilan comptable.

¹ *Droit des sûretés*, n°291.

² Com., 4 décembre 2012, n° 11-25.958, Bull. : « La confusion des droits locatifs et de propriété ayant éteint le droit au bail sur le bien immobilier dont le preneur devient propriétaire, les travaux et améliorations réalisés par le preneur, qui devaient appartenir au bailleur en fin de bail commercial, ne peuvent entrer dans l'assiette des droits d'enregistrement, faute d'avoir transité par le patrimoine de celui-ci avant la vente et d'avoir ainsi constitué l'objet de la mutation. ».

627. En régime général des obligations, la confusion apparaît comme une application (logique) de la théorie du patrimoine. Elle remplit une **fonction** principale (et neutre) en droit des obligations ; elle peut également remplir une fonction secondaire (dérivée).

En droit des obligations, la *fonction principale* de la confusion est neutre. Si deux patrimoines fusionnent et n'en forment désormais plus qu'un seul, la polarité de l'obligation qui existait entre les deux patrimoines est perdue : on ne peut pas être créancier et débiteur de soi-même ; en droit de la responsabilité civile, on ne peut pas davantage s'indemniser à raison du dommage causé à soi-même.

La confusion remplit une fonction plus secondaire, quand elle permet à un créancier d'obtenir une *extension de son droit de gage général*.

- Lorsque des relations financières anormales existent entre une sarl et son dirigeant, les créanciers de la sarl pourront également saisir le patrimoine du dirigeant¹ ;
- En droit des régimes matrimoniaux, le créancier personnel d'un époux pourra saisir les biens personnels de son débiteur, ainsi que ceux de la famille, quand les biens (appartenant à des masses distinctes) n'ont pas été tenus séparés².

La confusion permet alors une extension de passifs : mais ce n'est pas techniquement une véritable confusion (puisque le patrimoine créancier ne fusionne pas avec le patrimoine débiteur).

627-1. L'acceptation pure et simple d'une succession opère une confusion des patrimoines du défunt et de l'héritier, sous réserve du **privilège de séparation des patrimoines**. Le concours entre les créanciers personnels de l'héritier et ceux du défunt conduit à l'instauration d'un privilège au profit des créanciers de la succession et des légataires de sommes d'argent (art. 878 al. 1^{er} c. civ.³ ; art. 815-17 al. 1^{er} c. civ.⁴). Ils seront

¹ Com., 16 juin 2015, n° 14-10.187, Bull. ; D. 2015, somm., p. 1366, note Alain Lienhard : (abstrat) « Pour caractériser des relations financières anormales constitutives d'une confusion de patrimoines, les juges n'ont pas à rechercher si celles-ci ont augmenté, au préjudice de ses créanciers, le passif du débiteur soumis à la procédure collective dont l'extension est demandée. » ; Com. 27 septembre 2016, n° 14-29.278, Bull. ; D. 2016 p.1996 (confusion entre un bailleur et son locataire).

² Ainsi, en droit des régimes matrimoniaux (communauté légale), si le mobilier propre de l'époux débiteur a été confondu dans le patrimoine commun au point qu'il est impossible de l'identifier, les créanciers peuvent saisir non seulement les propres du débiteur mais aussi tous les biens communs (art. 1411 al 2 c. civ.).

³ Art. 878 c. civ. : « Les créanciers du défunt et les légataires de sommes d'argent peuvent demander à être préférés sur l'actif successoral à tout créancier personnel de l'héritier.

« Réciproquement, les créanciers personnels de l'héritier peuvent demander à être préférés à tout créancier du défunt sur les biens de l'héritier non recueillis au titre de la succession.

« Le droit de préférence donne lieu au privilège sur les immeubles prévu au 6° de l'article 2374 et il est sujet à inscription conformément à l'article 2383. »

⁴ Art. 815-17 c. civ. : « Les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis, seront payés par prélèvement sur l'actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis.

« Les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, meubles ou immeubles.

payés sur l'actif successoral avant les créanciers personnels de l'héritier. Ces derniers peuvent pareillement invoquer ce privilège, quand ils s'estiment menacés par une succession déficitaire (art. 878 al. 2 c. civ.).

(628. : réservé)

629. En régime général des obligations, la **confusion** repose sur le constat qu'un seul et même patrimoine est désormais à la fois créancier et débiteur, ce qui rend inutile l'exécution de la prestation. L'obligation disparaît alors comme en présence d'un paiement.

III/ La novation : une nouvelle obligation remplaçant une ancienne

630. La **novation** (art. 1329 à 1333 c. civ.¹) consiste à supprimer une obligation ancienne et à la remplacer par une nouvelle, entièrement différente. Selon l'article 1329 al. 1^{er} civ., « La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée. » La novation ne consiste pas simplement à modifier une obligation initiale : elle consiste à détruire l'ancienne obligation, dont l'exécution est probablement devenue inutile au créancier, et à la remplacer par une nouvelle obligation, entièrement différente et sans aucun lien avec la précédente.

La novation est donc un changement important : il faudra une *révision mutuellement convenue* entre les anciens créancier et débiteur (art. 1330 c. civ.²). Elle sera opposable aux tiers selon le droit commun : selon l'article 1333 al. 2 c. civ., « La novation est opposable aux tiers à la date de l'acte. En cas de contestation de la date de la novation, la preuve en incombe au nouveau créancier, qui peut l'apporter par tout moyen. »

Son *effet* conduira à remplacer soit la prestation (le vecteur restant inchangé), soit à remplacer le créancier ou le débiteur : selon l'article 1329 al. 2 c. civ., « Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier. »

631. L'**objet de la novation** consiste le plus souvent à remplacer la *prestation* par une autre. Il en ira ainsi lorsque l'exécution de la prestation ne présente plus d'utilité pour lui : le créancier

« Ils ont toutefois la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur ou d'intervenir dans le partage provoqué par lui. Les coindivisaires peuvent arrêter le cours de l'action en partage en acquittant l'obligation au nom et en l'acquit du débiteur. Ceux qui exerceront cette faculté se rembourseront par prélèvement sur les biens indivis. »

¹ Art. 1329 c. civ. : « La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée.

« Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier. »

² Art. 1330 c. civ. : « La novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte. »

envisageait de louer un immeuble de vacances, mais il n'envisage plus de partir en vacances. L'agence de voyage lui proposera à la place une autre prestation. La novation peut également être demandée par le débiteur, confronté à une difficulté de paiement. Incapable de fournir de la monnaie, il propose de céder un bien à la place.

L'objet de la novation peut également *porter sur l'obligation elle-même*, à savoir le titre. Selon l'article 1331 c. civ. : « La novation n'a lieu que si l'obligation ancienne et l'obligation nouvelle sont l'une et l'autre valables, à moins qu'elle n'ait pour objet déclaré de substituer un engagement valable à un engagement entaché d'un vice. » Les parties décident de refaire un contrat vicié (implicitement affecté d'un vice, source de nullité absolue : la nullité relative permet au débiteur de ratifier unilatéralement¹). Les parties respecteront la forme légalement imposée, ou bien se référeront à un indice d'indexation licite. Il va de soi que l'ancien contrat sera purement et simplement détruit, et remplacé par le nouveau.

L'objet de la novation peut encore porter sur l'une des parties à l'obligation ancienne.

- La novation par *changement de créancier* (art. 1333 al. 1^{er} c. civ.²) exigera l'accord du débiteur (contrairement à ce qui est exigé en présence d'une cession de créance) en réalité parce que le contrat est conclu *intuitu personae* ou parce que l'obligation est stipulée *in cessibile*.
- La *novation par changement de débiteur* présente une singularité : évidemment le créancier doit consentir à la décharge de son ancien débiteur³ ; mais le consentement du débiteur originaire (désormais déchargé) n'est pas exigé puisque la novation conduit à la destruction pure et simple de l'obligation initiale. C'est la raison pour laquelle, selon l'article 1332 c. civ., « La novation par changement de débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur. » Le nouveau débiteur effectuera la prestation qui requiert une qualification spéciale, dont ne disposait pas l'ancien débiteur.

¹ Art. 1181 c. civ. : « La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger.

« Elle peut être couverte par la confirmation.

« Si l'action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir. »

² Art. 1333 al. 1^{er} c. civ. : « La novation par changement de créancier requiert le consentement du débiteur. Celui-ci peut, par avance, accepter que le nouveau créancier soit désigné par le premier. »

³ Com., 9 février 2016, n° 14-23.219, D. 2016, somm., p. 423, note Alain Lienhard; Gaz. Pal. 2016, n° 14, p. 72, note Emmanuelle Le Corre-Broly ; RJDA 2016, n° 379, le JCP 2016, éd. G, chron., 553, spéc. n° 12, note Philippe Simler, la RD bancaire et financier 2016, comm. 67, note Dominique Legeais, et comm. 88, note Caroline Houin-Bressand : « L'engagement pris par le cessionnaire de payer, après arrêté du plan de cession de l'emprunteur, les mensualités à échoir de ce prêt ne vaut pas, sauf accord exprès du prêteur, novation par substitution de débiteur, de sorte que la caution solidaire des engagements de l'emprunteur demeure tenue de garantir l'exécution de ce prêt. »

632. Les **effets de la novation** (art. 1334 et 1335 c. civ.) consistent à détruire l'ancienne obligation et à la remplacer par une nouvelle, entièrement distincte. Il s'agira d'identifier ce qui est attaché à l'obligation ancienne, au titre de l'obligation réelle, et ce qui est personnel, et disparaît avec l'obligation ancienne, sauf pour les parties à préciser le contraire.

L'obligation initiale disparaît, avec ses accessoires, quand il y a changement de prestation (art. 1334 al. 1^{er} c. civ.¹). Mais le contrat de novation peut prévoir le contraire : les sûretés réelles (hypothèque, gage ...) consenties par l'ancien débiteur pour garantir le remboursement de son prêt resteront affectées à la garantie du nouveau prêt consenti au nouveau débiteur. L'ancien débiteur rassure alors le créancier (banquier). Ou bien, les garants personnels de l'ancien débiteur (désormais libéré) acceptent de continuer à garantir le nouveau débiteur (emprunteur).

En présence d'une obligation solidaire, la novation signifie que l'ancienne obligation disparaît purement et simplement, comme à la suite d'un paiement (art. 1335 c. civ.²). La création d'une nouvelle obligation, avec un des codébiteurs originaires ou non, n'a aucun impact sur l'extinction de l'ancienne obligation : c'est une exception inhérente à la dette (que chaque codébiteur peut invoquer).

(634- à 639. : réservés)

§2^{ème} / Les restitutions : le remboursement d'une prestation indue

650. Les **restitutions** sont la conséquence du caractère injustifié du transfert de valeur qui a eu lieu entre deux patrimoines. Or, comme l'obligation est le seul vecteur justifiant le transfert de valeur entre deux patrimoines, celui qui est injustement enrichi par la prestation devra restituer à l'appauvri. Le retour à la situation de départ conduira alors à traiter deux aspects, l'un centré sur le fait juridique de l'enrichissement, l'autre sur l'acte juridique ayant pu l'avoir causé.

Face à l'enrichissement de l'un au détriment de l'autre, les restitutions seront centrées sur le transfert matériel de valeur, c-à-d. un *fait juridique* par lequel l'appauvrissement de l'un correspond à l'enrichissement objectif de l'autre. L'enrichi (accipiens) devra rendre à l'appauvri (solvens) le

¹ Art. 1334 c. civ. : « L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires.

« Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants. »

² Art. 1335 c. civ. : « La novation convenue entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires libère les autres.

« La novation convenue entre le créancier et une caution ne libère pas le débiteur principal. Elle libère les autres cautions à concurrence de la part contributive de celle dont l'obligation a fait l'objet de la novation.

bien (meuble ou immeuble), le service dont il a profité ou la somme d'argent (bien fongible). Cet aspect est traité en régime général des obligations au titre du régime des restitutions au sens strict.

Le caractère injustifié du transfert de valeur conduira à remettre en cause l'acte juridique ayant pu l'avoir causé. Parfois, aucun acte juridique n'a été établi (en cas de vol, et plus généralement d'appropriation de la ressource d'autrui). Si un *acte juridique* invalide a pu servir de justification au transfert de valeur, il conviendra spécifiquement de le détruire radicalement, ainsi que tous les actes qui en dérivent (si la vente d'immeuble est annulée, l'hypothèque consentie par l'acquéreur devra tomber). C'est ce à quoi correspond la fiction de la rétroactivité, ponctuellement appliquée en régime général des obligations (lorsque la condition résolutoire s'accomplit, notamment : la vente est résolue si un aéroport se construit).

Le retour à la situation initiale conduira donc à dissocier l'aspect matériel du transfert de valeur et la destruction des titres ayant pu causer un tel transfert. Le régime des restitutions (I) traite ce fait juridique, tandis que la fiction de la rétroactivité (II) traite des actes juridiques dérivant de la destruction du titre.

I/ Le régime des restitutions : *la conséquence du transfert matériel de valeur*

651. Le régime des restitutions (art. 1352 à 1352-9 c. civ.) traite uniquement de la valeur que l'enrichi doit à l'appauvri. L'enrichi (acquéreur d'une chose dans un contrat annulé) doit-il rendre le véhicule dans l'état (usagé) dans lequel il se trouve ? L'enrichi (vendeur ayant perçu le prix) doit-il les intérêts entre la date de perception de la somme d'argent et celle de la restitution ? Ces deux questions ont un objet différent : la première est centrée sur le capital, la seconde sur les intérêts.

La restitution de la valeur transférée de l'appauvri à l'enrichi est centrée sur le capital. Il s'agira de préciser les *modalités de la restitution*, différentes selon que l'on peut rendre une chose en nature ou que l'on ne peut la rendre que par équivalent, c-à-d. en valeur. Cette question concerne le principal : nominal d'une somme d'argent, chose éventuellement usagée ou dégradée, service rendu.

La seconde question concerne l'*évaluation du temps de jouissance*. Ici, aucun transfert de valeur n'a eu lieu : il s'agit de savoir si le temps écoulé entre la perception du principal et sa restitution doit ou non être compté à l'enrichi. Il s'agira donc de savoir si un équivalent du loyer sera perçu par l'appauvri quand l'enrichi a profité d'une chose (mobilier ou immobilier) ; en présence d'une somme d'argent, on parlera d'intérêt (c-à-d. du coût de location de l'argent).

Les modalités de rétrocession du principal (1) et l'évaluation du temps de jouissance (2) conduisent donc à savoir si l'enrichi doit rendre le capital (en l'état) avec ou sans les intérêts.

1/ Les modalités de la rétrocession du principal : restitution en nature ou en valeur

652. Les modalités de la rétrocession du principal consistent à savoir si la restitution aura lieu en nature (la chose étant alors éventuellement rendue usagée ou dégradée) ou en valeur (seule modalité concevable, lorsqu'un service a été rendu). L'article 1352 c. civ.¹ présente ce choix binaire, en présence d'une « chose autre que de somme d'argent » : ce sera soit une restitution en nature (de principe), soit une restitution en valeur (si la restitution en nature est impossible).

En régime général des obligations, les modalités de restitution dépendent du *type de prestation versée* (chose, somme d'argent ou service). Plus précisément, on distingue trois catégories de prestation, c-à-d. trois modalités de restitution :

- soit l'enrichi a reçu un corps certain (chose que l'on peut rendre en l'état) ;
- soit il a reçu une chose fongible (comme la monnaie, que l'on rend par équivalent) ;
- soit il a reçu un service (que l'on ne peut restituer qu'en valeur).

On assimilera restitution par équivalent ou en valeur, sous réserve d'une précision tenant à la charge des risques.

La distinction binaire entre restitution en nature ou en valeur possède un impact sur la charge des risques liés à l'usure ou à la dégradation de la prestation. Si l'enrichi reçoit du neuf et rend de l'usagé, le risque d'usure pèsera sur l'appauvri. Si l'enrichi reçoit 50 kg de charbon et rend la même quantité (chose de genre), l'appauvri échappe au *risque d'usure et de dégradation*.

Les deux modalités de restitution prévues, restitution en nature d'une chose de genre (a), restitution en valeur (b), conduiront donc à identifier celui sur qui pèsera les risques d'usure et de dégradation.

a/ La rétrocession en nature d'un corps certain : *risque d'usure et risque de dégradation*

653. La rétrocession du corps certain présente une singularité. Il peut être rendu en nature, donc dans un état usagé ou dégradé. Il faudra donc identifier celui qui supportera ces deux types de risque. Si l'enrichi reçoit du neuf, doit-il rendre du neuf (et subir les risques d'usure et de dégradation) ou de l'usagé (l'appauvri subissant alors ces risques) ? En régime général des

¹ Art. 1352 c. civ. : « La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution. »

obligations, on distinguera le risque d'usure, pesant sur l'appauvri (art. 1352 c. civ.¹), et le risque de dégradation, pesant sur l'enrichi (art. 1252-1 c. civ.²).

L'usage normal de la chose par l'enrichi le conduira à rendre un bien usagé. La solution est imposée par l'article 1352 c. civ. qui opte pour le principe de la restitution en nature. Cela vaut pour l'enrichi de bonne foi (qui ignore que la chose ne lui appartient pas : le contrat sera ultérieurement annulé) et pour l'enrichi de mauvaise foi (qui sait que la chose ne lui appartient pas). Le *risque d'usure*, qui correspond à l'usage normal d'un corps certain, sera assumé par l'appauvri. Cette solution consacre la jurisprudence : aucune indemnité d'usure³ ou d'usage⁴ n'est imposée à l'enrichi. Et pour le cas où l'enrichi aurait effectué une dépense pour éviter cette usure (réparation d'un meuble, charges de copropriété destinées à l'entretien de l'immeuble), l'appauvri doit la lui rembourser (art. 1352-5 c. civ.⁵).

En revanche, le *risque de dégradation* pèsera sur l'enrichi, solution confirmée par l'article 1352-1 c. civ. selon lequel : « Celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute. » La dégradation résulte d'un usage anormal (entreposer sans soin une chose fragile, en la laissant dehors ; causer un accident de la circulation avec le véhicule). Le risque de dégradation (liée à un usage anormal) pèse ainsi sur l'enrichi, sous une réserve. L'enrichi de bonne foi, qui n'est pas responsable de la dégradation (causée par un tiers, lequel cause l'accident au véhicule), échappe au risque de destruction de la chose, en réalité car elle était plus ou moins inévitable (et assimilée à une usure normale).

L'appauvri subit donc le risque d'usure, mais pas celui de la dégradation. Cette répartition des risques conduit à imposer à l'enrichi de ne pas dégrader le bien d'autrui, mais sans avoir à le réparer. Et si l'enrichi entretient ou améliore le bien, l'appauvri devra rembourser ce service.

¹ Art. 1352 c. civ. : « La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution. »

² Art. 1352-1 c. civ. : « Celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute. »

³ Com., 30 oct. 2007, n°05-17.882, Bull. n°231 (le vendeur ne peut demander une indemnisation à raison de l'utilisation du bien vendu, dès lors que le bien n'a pas été dégradé) ; Civ. 1^{ère}, 19 février 2014, n°12-15.520 (restitution du prix d'achat d'une voiture) : « après (...) résolution de la vente conclue entre les parties, (...) le vendeur était tenu de restituer le prix qu'il avait reçu, sans diminution liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure en résultant. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 21 mars 2006, n°03-16.075, Bull. n°171 ; D. 2006, p.1869 à 1872, note Cédric Montfort ; Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2008, n°07-16.876, Bull. n°216 (en présence d'une action rédhibitoire exercée par l'acquéreur en raison des vices cachés de la chose, présumés connus du vendeur) : « En matière de vices cachés, lorsque l'acheteur exerce l'action rédhibitoire, le vendeur, tenu de restituer le prix qu'il a reçu, n'est pas fondé à obtenir une indemnité liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure résultant de cette utilisation. »

⁵ Art. 1352-5 c. civ. : « Pour fixer le montant des restitutions, il est tenu compte à celui qui doit restituer des dépenses nécessaires à la conservation de la chose et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution. »

654. Implicitement, l'article 1352-1 c. civ. vise un corps certain, et plus précisément une chose mobilière soumise à un processus naturel d'usure. Or, la restitution en nature peut également porter sur une **chose fongible** : l'enrichi doit alors rendre une chose pareille, ou le nominal de la somme d'argent. Le risque d'usure comme de dégradation est alors assumé par l'enrichi (chose qui ne surprend pas : la chose fongible se consomme par l'usage).

La restitution d'une *somme d'argent* impose à l'enrichi de rendre le nominal de la somme. Selon l'article 1352-6 c. civ.¹ : « La restitution d'une somme d'argent inclut (...) les taxes acquittées entre les mains de celui qui l'a reçue. » Le prix payé par le client (enrichi) est donc rendu : ce sera à l'appauvri (vendeur, en cas d'annulation) de devoir éventuellement exercer une action récursoire pour obtenir du trésor public restitution des taxes versées (environ 8% de la valeur de l'immeuble pour les frais de la vente). La valeur de référence est donc le prix payé par l'enrichi.

En présence d'une *autre chose de genre* à restituer, l'article 1352-6 c. civ. pourrait s'appliquer par analogie : une chose pareille (de même quantité et qualité) sera restituée en nature. En droit des biens, on parle de quasi-usufruit, lorsque la chose se consomme par l'usage (pétrole, nourriture) : celui qui doit restituer en devient immédiatement propriétaire plénier, à charge pour lui de restituer une chose pareille (art. 587 c. civ.²). La restitution en nature d'une chose fongible est spécifique, dans la mesure où cette chose n'est soumise ni à usure, ni à dégradation, puisque l'enrichi restitue une chose pareille. L'appauvri retrouve alors exactement la même chose qui a quitté son patrimoine : l'enrichissement de l'un est égal à l'appauvrissement de l'autre.

655. La **modalité de restitution en nature** s'applique donc, en réalité, à deux (voire trois) catégories de choses bien différentes. L'article 1352-1 raisonne sur l'hypothèse d'un corps certain meuble, soumis à risque d'usure et de dégradation.

Ces risques n'existent pas en présence d'une chose fongible, incluant la monnaie, puisque l'enrichi doit rendre en nature une chose pareille.

Le cas de l'immeuble, parfois soumis à usure (habitation non entretenue), parfois non (terrain agricole), est singulier, mais on peut appliquer l'article 1352-1 c. civ. par analogie. L'immeuble ne

¹ Art. 1352-6 c. civ. : « La restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées entre les mains de celui qui l'a reçue. »

² Art. 587 c. civ. : « Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution. »

Art. 2369 c. civ. : « La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte. »

sera toutefois pas toujours restitué en nature : une habitation peut être détruite, et remplacée par une indemnité d'assurance. L'enrichi devra alors restituer l'équivalent.

b/ La restitution en valeur des autres prestations

656. La **restitution en valeur** est une modalité différente, prévue si la restitution en nature est impossible en fait ou en droit.

- La restitution est impossible en fait lorsque le service a été consommé.
- Elle est impossible en droit quand on pose que la vente de la chose (corps certain) interdit de revendiquer auprès du tiers-acquéreur (de bonne foi).

Les précisions apportées aux articles 1352-2 et suiv. traitent de ces divers cas particuliers : service rendu, corps certain aliéné.

657. Lorsque le corps certain a été vendu ou remplacé par son **équivalent monétaire** (l'indemnité d'assurance, en cas de destruction), la contrepartie monétaire correspond (sous réserve de précisions : infra) à sa valeur.

En cas de *vente de la chose*, il faudra parfois spécifiquement s'assurer que le prix de vente corresponde effectivement à la valeur dont l'autre s'est appauvri. L'adéquation entre cette valeur et le prix de vente sera présumée si l'enrichi est de bonne foi ; non si l'enrichi est de mauvaise foi.

- L'enrichi de bonne foi est présumé l'avoir vendue à un prix correct, et il ne restituera que le prix (qu'il ait ou non réalisé une mauvaise affaire : art. 1352-2 al. 1^{er} c. civ.¹). Il en va de même, lorsque la chose (détruite) est remplacée par l'indemnité d'assurance.
- L'enrichi de mauvaise foi est considéré avec suspicion. Selon l'article 1352-2 al. 2 c. civ. : « S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix. » Si l'enrichi de mauvaise foi vend à un prix insuffisant (en voulant se débarrasser d'une chose dont il sait ne pas être propriétaire), le risque de mévente sera pour lui, non pour l'appauvri. Techniquement, deux dates d'évaluation sont retenues, et l'enrichi devra rendre la plus forte de ces deux valeurs.
 - Soit l'enrichi de mauvaise foi a bien vendu (ou simplement vendu à un prix correct, correspondant à la valeur du bien usagé à la date de la vente) : le prix de la chose correspond à sa valeur à un moment où elle était peu usagée² (matériel de deux ans d'âge).

¹ Art. 1352-2 c. civ. : « Celui qui l'ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente. « S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix. »

– Soit l'enrichi a mal vendu : la loi retient comme la valeur de référence celle de la chose usagée à la date de la restitution, donc une date tardive, qui tient compte de l'usure normale de la chose (matériel à cinq ans d'âge). La valeur que l'enrichi de mauvaise foi doit rendre correspond au minimum à la valeur de la chose usagée à la date de restitution (vente à vil prix), et, si l'enrichi a vendu à prix correct (valeur d'une chose moins usagée), il rend le prix. Par cette disposition (complexe), le législateur signale encore que le risque d'usure normale de la chose est assumé par l'appauvri. Mais il n'assume pas le risque d'une mévente.

Du cas de la vente, il faut rapprocher celui du remplacement de la chose par sa valeur. La chose détruite et remplacée par une *indemnité d'assurance* (ou une indemnité d'expropriation ou de réquisition) imposera à l'enrichi de restituer l'indemnité, identique au prix. Si l'on présume que la valeur versée par l'assurance (ou l'administration) correspond à un prix correct et que l'on souhaite que l'enrichi ne doive restituer que cette valeur, il faudra qu'il soit systématiquement qualifié comme étant de bonne foi (art. 1352-2 al. 1^{er} c. civ.¹). À défaut, l'enrichi sera soumis au risque d'inflation, alors qu'il n'en a tiré aucun profit.

657-1. La logique interne de l'article 1352-2 c. civ. montre que le législateur raisonne sur une chose, à savoir un **meuble corporel soumis à usure et à une perte progressive de valeur**. Or, il n'en va pas toujours ainsi : l'immeuble (même soumis à dégradation progressive : une habitation non entretenue) peut bénéficier de l'inflation. Dans ce cas, la valeur à la date de restitution sera systématiquement supérieure à la valeur à la date de la vente : tel qu'il est rédigé, l'article 1352-2 al. 2 c. civ. (« S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix. ») ferait peser le risque d'inflation sur l'enrichi de mauvaise foi (solution inadaptée, si l'immeuble est détruit : supra).

658. La restitution en valeur aura lieu en présence d'un **service effectué**² (obligation de faire : jouissance d'un local³ ; obligation de ne pas faire : clause de non-concurrence). Au lieu de devoir un loyer, l'occupant du logement devra verser une indemnité d'occupation pour compenser le service

² Pour une chose (mobilière) sujette à usure, le prix est normalement supérieur à la valeur de cette chose à une date postérieure (à savoir au moment où la restitution est effectuée).

¹ Art. 1352-2 c. civ. : « Celui qui l'ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente. « S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix. »

² Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n°11-17.587, Bull. n°161 : (abstrat) « La nullité d'une clause d'adhésion à une association de commerçants ayant pour effet de remettre à cet égard les parties dans leur situation initiale, il en résulte que l'adhérent doit restituer en valeur les services dont il a bénéficié à ce titre ».

³ Civ. 3^e, 12 mars 2003, n°01-17207, Bull. n°63 ; D. 2003, p.2522 à 2256, note Y.-M. Serinet : (abstrat) « Viole l'article 1371 du Code civil la cour d'appel qui rejette la demande d'indemnité d'occupation formée par le vendeur au motif que la vente, qui portait sur un bien non conforme aux règles d'urbanisme et au règlement de copropriété, était entachée de nullité depuis l'origine, alors qu'elle a constaté que les acquéreurs avaient occupé les lieux. » (vendeur professionnel responsable de la nullité).

qui lui a été fourni : la solution est explicitement affirmée à l'article 1352-8 c. civ.¹ : « La restitution d'une prestation de service a lieu en valeur ».

La *date de référence pour apprécier la valeur* du service est celle à laquelle le service est effectué (date de la dépense). L'appauvri (prestataire) profite du risque de dépréciation du service, et subit le risque d'appréciation. Cette date de restitution du service s'explique. Fréquemment, un service rendu est également un service qui a été payé. Il convient alors que la somme versée par le client corresponde à la valeur du service à la date à laquelle il a été rendu (infra : contrat exécuté).

La date de référence de la valeur est donc celle à laquelle l'appauvrissement a eu lieu : on ne tient pas compte de la valeur résiduelle du service à la date de restitution.

658-1. La **restitution en valeur d'un service rendu**, à la suite d'une annulation ou d'une résolution, risque alors de mal se distinguer de la simple résiliation du contrat, opérant uniquement pour l'avenir. Souvent, le montant de l'indemnité d'occupation d'un logement s'avère proche du montant du loyer convenu (et du prix du marché), et le pseudo-locataire peut avoir l'impression que l'annulation produit des effets similaires au congé. En présence d'ensembles contractuels (contrats interdépendants), l'annulation du contrat de base entraîne la caducité du contrat dérivé². Techniquement la caducité signifie que le contrat dérivé (valablement formé) perd sa force obligatoire : le remboursement du prêt a valablement eu lieu dans le passé, et le prêt devient caduc pour l'avenir, comme en présence d'une résiliation (ou d'un remboursement anticipé). Plus généralement, en présence d'une exécution réciproque par les parties à un contrat synallagmatique ultérieurement annulé, la compensation des restitutions en valeur conduira à rendre peu perceptible la frontière entre annulation et résiliation, du moins sur la question des restitutions.

Pourtant, la différence entre résiliation et annulation apparaît quand le *passé est relu et corrigé*. L'annulation d'un mariage (et du régime matrimonial imposant le partage) ne produit pas le même résultat qu'une dissolution d'un régime matrimonial : la vocation à partager disparaît pour le passé, de sorte que le pseudo-conjoint commun en biens ne partagera pas à égalité, mais à proportion de la richesse qu'il a créée. Si l'un gagne deux fois plus que l'autre, l'un aura deux fois plus que l'autre.

659. Lorsqu'un **contrat synallagmatique a été annulé**, après exécution par les deux parties, le retour à la situation initiale conduit alors à combiner les dispositions propres à la prestation (chose ou service) et celles relative à la restitution de la somme d'argent, prix payé par le cocontractant.

¹ Art. 1352-8 c. civ. : « La restitution d'une prestation de service a lieu en valeur. Celle-ci est appréciée à la date à laquelle elle a été fournie. »

² Com., 5 juin 2007, n°04-20.380, Bull. n°156 : « Lorsque des contrats de vente, de location et de maintenance constituent un ensemble contractuel complexe et indivisible, la résiliation des contrats de location et de maintenance n'entraîne pas la résolution du contrat de vente mais sa caducité, l'acquéreur devant restituer le bien vendu et le vendeur son prix, sauf à diminuer celui-ci d'une indemnité correspondant à la dépréciation subie par la chose en raison de l'utilisation que l'acquéreur en a faite. »

Lorsque l'un et l'autre sont mutuellement à la fois appauvris et enrichis, les deux pseudo-contractants se rendront normalement une valeur équivalente (conforme à leur équation départ), sans tenir compte de la valeur du travail effectué par chacun¹.

- Le client rend la valeur du service à la date à laquelle il a été rendu ; il rend la chose acquise dans son état normal d'usure ; il rend une chose fongible pareille.
- Le contractant ayant réalisé la prestation caractéristique rend le prix (accru des taxes).

659-1. La restitution en valeur est également prévue en cas de **rescision pour cause de lésion**. L'article 1352-4 c. civ. prévoit que « Les restitutions dues à un mineur non émancipé ou à un majeur protégé sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte annulé. » Si le contrat synallagmatique conclu entre le majeur et le mineur était lésionnaire (la lésion simple étant ici admise), le contrat sera rééquilibré. L'article 1352-4 c. civ. affirme la même chose : si le mineur a acquis un bien consommable par l'usage (nourriture ...), et que le mineur l'a effectivement consommé, le majeur ne restitue que le prix excessif qu'il a pu percevoir. Le domaine de cet article est cantonné à la lésion. Si le mineur a vendu un immeuble, l'annulation de l'acte conduit à lui restituer l'immeuble et à lui imposer de restituer l'argent (droit commun).

Il arrivera fréquemment que l'annulation d'un contrat synallagmatique, avec restitution en valeur et compensation, produise un effet peu distinct de la résiliation. L'annulation d'un contrat de bail, lorsque le locataire avait payé son loyer conduit à restituer un service (jouissance du local : indemnité d'occupation) et au bailleur à restituer les loyers, dette de somme d'argent : les deux dettes de somme d'argent se compensent mutuellement.

(660- à 664. : réservés)

2/ Le temps de jouissance : gratuit ou payant ?

665. Le **temps de jouissance** consiste à prendre en compte le profit que l'utilisation de la prestation (chose, service) a pu procurer à l'enrichi. Lorsque l'annulation de la vente a lieu quelques années après la livraison du véhicule (rendu usagé) ou de l'immeuble, le pseudo-acquéreur doit-il verser au pseudo-vendeur une somme correspond à ce qu'une location aurait rapporté ? Le temps de jouissance sera payant, mais uniquement à compter du moment où l'enrichi est dit « de mauvaise foi ».

¹ Le contractant qui a réalisé un bénéfice le conserve : Civ. 1^{ère}, 10 décembre 2014, n°13-23.903, Bull. : (abstrat) « Seules doivent être prises en considération les prestations fournies par chacune [des parties] en exécution de ce contrat, sans avoir égard aux bénéfices tirés de celui-ci par l'intégrateur » (pour restituer le prix de vente des œufs, l'exploitant prétendait priver l'intégrateur des bénéfices réalisés).

La *jouissance d'une prestation* à restituer par l'enrichi est traitée de manière identique, que l'on soit en présence d'un bien (un immeuble ou un véhicule acquis), d'une somme d'argent ou de fruits perçus ou non. Selon l'article 1352-3 c. civ.¹, « La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée. »

– Lorsqu'un immeuble (dont la vente sera annulée) était loué, les loyers perçus par l'acquéreur apparent sont soumis au même régime que l'indemnisation d'occupation (que devra l'acquéreur apparent qui occupait effectivement le local). Selon la même logique, en droit de l'indivision (art. 815-9 al. 2 c. civ.²), le coïndivisaire qui occupe seul un logement indivis doit verser une indemnité d'occupation³.

– Lorsqu'un service a été rendu dans le cadre d'un contrat annulé (annulation d'un bail) ou lorsqu'un bien sujet à obsolescence a été livré (véhicule soumis à usure), le profit de la prestation est soumis aux mêmes règles d'évaluation du temps de jouissance.

– Lorsque le vendeur apparent a perçu le prix de vente ou lorsqu'un assuré social a perçu un trop payé, la jouissance de la somme d'argent correspond aux intérêts, et peu importe que la somme perçue ait été placée (et ait donc produit effectivement des intérêts) ou non.

Le temps de jouissance de la prestation à restituer correspondra donc systématiquement à la valeur d'une location d'un bien immobilier (indemnité d'occupation⁴), d'un véhicule ou d'une somme d'argent (intérêts⁵).

Le caractère gratuit ou payant du temps de jouissance dépend de la date à laquelle l'enrichi devient de mauvaise foi. L'enrichi devient *de mauvaise foi à compter du jour où il sait* qu'il bénéficie d'une

¹ Art. 1352-3 c. civ. : « La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée.

« La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce.

« Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation. »

² Art. 815-9 c. civ. : « Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination, dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires et avec l'effet des actes régulièrement passés au cours de l'indivision. A défaut d'accord entre les intéressés, l'exercice de ce droit est réglé, à titre provisoire, par le président du tribunal.

« L'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité. »

³ Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2019, n° 17-31.091, Bull. : (abstrat) « Selon l'article 815-9, alinéa 2, du code civil, l'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité. Ce texte n'exige pas, pour l'attribution de l'indemnité qu'il prévoit, qu'il soit établi que l'occupation du bien indivis ait causé une perte à l'indivision. »

⁴ Civ. 3^e, 12 mars 2003, n° 01-17207, Bull. n°63 ; D. 2003, p.2522 à 2256, note Y.-M. Serinet : (abstrat) « Viole l'article 1371 du Code civil la cour d'appel qui rejette la demande d'indemnité d'occupation formée par le vendeur au motif que la vente, qui portait sur un bien non conforme aux règles d'urbanisme et au règlement de copropriété, était entachée de nullité depuis l'origine, alors qu'elle a constaté que les acquéreurs avaient occupé les lieux. » (vendeur professionnel responsable de la nullité).

⁵ Voir : Sur la fonction de l'intérêt, Saint Thomas d'Aquin, *La Somme*, La Justice, Question n° 78, Art. 2, Solution I « Dans son contrat avec l'emprunteur, le prêteur peut, sans aucun péché, stipuler une indemnité à verser pour le préjudice qu'il subit en se privant de ce qui était en sa possession ; ce n'est pas là vendre l'usage de l'argent, mais recevoir un dédommagement » in Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, La Justice, Les péchés d'injustice, traduction française de S. Gillet, notes et appendices de J. T. Delos, Revue des jeunes, Desclée et Cie.

prestation induë. Plus précisément, selon l'article 1352-7 c. civ., « Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande. »¹ Le « jour de la demande » n'est pas le jour où une décision de justice (contestée par l'un) devient définitive ; c'est le jour où l'instance en justice est introduite (demande en justice),

– Le vendeur (enrichi par le paiement du prix, et qui conteste la demande en annulation) devient donc de mauvaise foi quand il est assigné. À compter de cette date, le prix qu'il a perçu produira des intérêts. Réciproquement, à compter de cette date, l'acquéreur (qui agit en annulation) sait qu'il bénéficie indûment de l'immeuble ou du véhicule acquis : il devra donc l'équivalent d'un loyer ou d'une location à compter de cette date.

– Avant l'introduction de la demande en justice, l'enrichi est présumé de bonne foi. La jouissance du véhicule, de l'immeuble² ou de la somme d'argent est gratuite : le loyer payé par le locataire, avant l'annulation de la vente de l'immeuble, reste donc acquis à l'acquéreur apparent (qui conteste la validité de la vente : Civ. 3^e, 3 mai 2018³) est de bonne foi⁴ et ne restitue que le nominal de la somme.

– Le critère de la réception de mauvaise foi est plus large que la demande en justice. L'enrichi est de mauvaise foi dès qu'il connaît (ou éprouve un doute sur) le caractère indu du paiement (c-à-d. de l'exécution d'une prestation à son profit). Il s'ensuit que l'auteur d'une déloyauté contractuelle (un dol, typiquement) devra fréquemment les intérêts du prix qu'il reçoit dès sa réception (Civ. 1^{ère}, 19 février 2014⁵), alors que la victime du dol (acquéreur) ne devra la location du véhicule qu'à compter de la découverte de son erreur.

Le temps de jouissance d'une prestation à restituer est donc gratuit tant que l'enrichi ignore qu'il bénéficie d'un profit indu, mais devient payant dès qu'il l'apprend.

¹ Civ. 3^e, 1^{er} oct. 2020, n° 19-20.737, D. 2020. 1952 : « selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation (Civ. 3e, 27 nov. 2002, n° 01-12.444, Bull. civ. III, n° 244 ; D. 2003. 40 ; RDI 2003. 171, obs. M. Bruschi), à compter de la demande en justice tendant à la résolution ou à l'annulation de la vente, le possesseur ne peut invoquer la bonne foi ».

² Art. 1352-7 c. civ. : « Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande. »

³ Civ. 3^e, 3 mai 2018, n° 17-11132 et 17-14090, Bull. : les vendeurs, auteurs d'une rëticence dolosive, « devaient être condamnés à rembourser les sommes versées par la SCI [montant de la taxe foncière, des cotisations d'assurances et des charges de copropriété] et qu'ils ne pouvaient obtenir la restitution des loyers perçus par celle-ci dès lors que son erreur était excusable et qu'elle n'était pas de mauvaise foi ».

⁴ Civ. 1^{ère}, 12 janv. 1988, n°86-12.218, Bull. n°7 : (abstrat) « Lorsque l'acheteur d'un immeuble, dont la régularité de l'acquisition est contestée, invoque la qualité de propriétaire apparent de son vendeur, les juges du fond doivent rechercher si en acquérant l'immeuble l'acheteur était de bonne foi, c'est-à-dire s'il avait acquis l'immeuble sous l'empire d'une erreur commune et légitime, dès lors que la cause de la nullité aurait été et devait être nécessairement ignorée de tous »

⁵ Civ. 1^{ère}, 19 février 2014, n° 12-15.520, Bull. n° 26 : en cas de résolution d'une vente (vice caché de l'automobile vendue), le vendeur est tenu de restituer le prix accru des intérêts, sans diminution liée à l'utilisation ou à l'usure de la chose vendue.

665-1. En présence d'un prêt, acte juridique conclu à titre gratuit, la jurisprudence décide que l'occupation du logement prêté n'équivaut pas au transfert d'une valeur patrimoniale (de sorte que le bénéficiaire est dispensé de rapport à la succession, formalité exigée afin de maintenir l'égalité entre les héritiers). La jouissance du logement sera donc gratuite pour l'occupant¹ : l'économie de loyer qu'il réalise n'est pas considérée comme une valeur patrimoniale.

En revanche, en présence d'une éviction, l'acquéreur évincé bénéficie de la plus-value réalisée entre la date de son entrée en possession et celle de son éviction (art. 1633 c. civ.²). En tant que propriétaire (ultérieurement évincé), il bénéficie du profit de son appréciation : la jurisprudence y voit une perte subie³ (analogue aux intérêts de retard), et non pas un risque attaché à la propriété (impliquant également le risque de dépréciation).

666. En résumé, le montant des restitutions impose de distinguer.

La restitution du capital s'effectue en nature ou en valeur : l'usure normale de la chose est à la charge de l'appauvri. En revanche, il profite du temps de jouissance, mais il existe un doute sur cette solution. Seul l'enrichi de mauvaise foi le devrait. La dégradation de la chose est un risque assumé (sauf exception) par l'enrichi.

La restitution du prix inclut les taxes : l'appauvri reçoit la somme payée, supérieure à celle dont l'enrichi profite.

L'enrichissement de l'un est égal à l'appauvrissement de l'autre en présence d'une chose fongible, d'une somme d'argent.

(667- à 669. : réservés)

II/ La fiction de la rétroactivité : la destruction du titre juridique ayant causé le transfert

670. La **fiction de la rétroactivité** répute non avenu le titre juridique justifiant le transfert de valeur : tout acte juridique subséquent qui en dérive (principalement ou exclusivement) devra également être annulé⁴. Les parties et les tiers devront ainsi deviner qu'aura disparu le contrat vicié,

¹ Civ. 1^{ère}, 11 octobre 2017, n° 16-21.419, Bull. ; Defrénois 2017, n° 24-25, p. 4 ; RLDC 2017, n° 6369, p. 4, note Marion Desolneux ; JCP 2017, éd. G, II, 1251, note Jérôme Casey : « Le prêt à usage constitue un contrat de service gratuit, qui confère seulement à son bénéficiaire un droit à l'usage de la chose prêtée mais n'opère aucun transfert d'un droit patrimonial à son profit, notamment de propriété sur la chose ou ses fruits et revenus, de sorte qu'il n'en résulte aucun appauvrissement du prêteur. Il s'ensuit qu'un tel contrat est incompatible avec la qualification d'avantage indirect rapportable. »

² L'acquéreur évincé bénéficie ainsi de la plus-value immobilière réalisée entre la date d'achat et celle de son éviction. Art. 1633 c. civ. : « Si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente. »

³ Voir : Civ. 3^e, 27 octobre 2016, n° 15-21.495, Bull. : « La plus-value due à l'acquéreur en vertu de l'article 1633 du code civil, laquelle n'est pas entrée dans le patrimoine des vendeurs, n'a pas la nature d'une restitution, mais d'une indemnisation de la perte subie par l'effet de l'éviction. Dès lors, un notaire peut être condamné à indemniser ce préjudice et à garantir les vendeurs à ce titre. »

⁴ Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, 2009, 10e éd., n°423, p.436 : « la nullité remet aussi en cause les effets que l'acte a déjà produits. L'acte nul, dit-on est anéanti rétroactivement. Il est censé n'avoir jamais existé ».

qui était pourtant apparent et acceptable (vice de formation) et qui aurait éventuellement pu accéder à la validation (par la prescription et l'exécution).

La fiction de la rétroactivité est établie en droit du contrat, en présence d'une annulation (art. 1178 al. 2 c. civ.¹) et ponctuellement en régime général des obligations, quand la condition résolutoire s'accomplit (art. 1304-7 c. civ.²). Elle possède une fonction spécifique : l'acte juridique (en entier ou pour l'une de ses clauses) censé n'avoir jamais existé ne peut fonder aucun acte subséquent. Ainsi, lorsque la condition résolutoire s'accomplit (l'aéroport sera construit dans le voisinage), tous les actes effectués par l'acquéreur sont dépourvus de fondement légal. La fiction de la rétroactivité, désormais prévue à l'article 1178 al. 2 c. civ.³, se justifie : en annulant l'acte juridique vicié et tous les actes juridiques subséquents, l'auteur d'une illégalité ne pourra pas créer une situation irrémédiable.

Or, précisément dans ce cas, il est difficile d'admettre la destruction de tous les actes juridiques dérivés. Les actes d'administration de l'acquéreur sous condition résolutoire seront validés, pendant la période de latence (art. 1304-7 c. civ.⁴ ; supra n° 122). Lorsque la condition résolutoire porte sur un contrat à exécution successive (remboursement d'un emprunt), l'utilité réciproque des versements conduira simplement à résilier : l'emprunteur restitue uniquement le capital restant dû (art. 1304-7 al. 2 c. civ. : « La rétroactivité n'a pas lieu [...] si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat. »). On invoque parfois aussi la théorie de l'apparence, afin de cantonner la fiction imposant la rétroactivité. Ainsi, la restitution en valeur (prix de vente : supra) sera due par l'acquéreur d'un corps certain l'ayant revendu : la revente de la chose ne sera pas remise en cause.

En régime général des obligations, il peut donc arriver que certains actes subséquents soient soumis à la fiction de la rétroactivité (ainsi, l'acte de disposition du vendeur, débiteur de la condition résolutoire), tandis que d'autres seront soumis à la théorie de l'apparence (ainsi, les actes de gestion courante réalisés par l'acquéreur sous condition résolutoire). Il est délicat d'identifier le domaine d'application de la rétroactivité (1) et celui de la théorie de l'apparence (2), destinée à éviter certains effets nocifs de la fiction.

¹ Art. 1178 al. 2 c. civ. : « Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé ».

² Art. 1304-7 c. civ. : « L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation (...) ».

³ Art. 1178 al. 2 c. civ. : « Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. »

⁴ Art. 1304-7 c. civ. : « L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration.

« La rétroactivité n'a pas lieu si telle est la convention des parties ou si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat. »

1/ La destruction des actes subséquents : le passé relu et corrigé

671. Le **domaine d'application** de la fiction impose de relire et de corriger le passé, en faisant abstraction de la présence d'un acte juridique vicié (contrat, décision administrative unilatérale ...). La fiction a uniquement pour fonction de fixer le statut des actes juridiques dérivés¹. Le domaine de la fiction est ainsi cantonné aux actes juridiques, alors que les faits juridiques (la réalité des prestations) sont régis par les restitutions.

Le domaine d'application de la fiction *n'affecte pas le fait juridique* obligeant à restitution (bien que la jurisprudence se trompe parfois²). Selon l'article 1178 al. 4 c. civ.³, en cas de faute commise par le cocontractant responsable du vice, le contractant lésé sera indemnisé sur le fondement de la responsabilité délictuelle (art. 1240 c. civ.⁴). Selon l'article 1178 al. 3 c. civ.⁵, « Les prestations exécutées donnent lieu à restitution ». La restitution est un phénomène objectif, qui résulte de l'exécution des prestations : la fiction y reste étrangère.

La rétroactivité de l'annulation prive de justification non seulement le contrat (acte juridique vicié), mais également tous les *actes juridiques dérivés*, qui devront être anéantis⁶.

- Le sous-acquéreur de l'immeuble ne peut plus conserver sa propriété quand la vente originaire est rétroactivement anéantie⁷ ;
- L'annulation de l'assemblée générale des copropriétaires qui désignait le syndic signifie que le syndic n'a jamais été nommé (Civ. 3^e, 8 juin 2011⁸).

¹ Cette fonction est incidemment révélée par l'article 1304-7 c. civ. : « L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration. »

² Civ. 3^e, 13 juillet 2016, n° 14-26.958, Bull. ; D. 2016, somm., p. 1647 ; la revue Ann. loyers, octobre 2016, p. 90, note Christelle Coutant-Lapalus ; revue Contrats, conc. consom. 2016, comm. n° 230, note Laurent Leveneur : (abstrat) « En raison de l'effet rétroactif de la résolution de la vente, le vendeur n'est pas fondé à obtenir une indemnité liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure résultant de cette utilisation. » ; Com., 30 oct. 2007, n°05-17.882, Bull. n°231 (le vendeur ne peut demander une indemnisation à raison de l'utilisation du bien vendu, dès lors que le bien n'a pas été dégradé) : « En raison de l'effet rétroactif de la résolution de la vente, le vendeur n'est pas fondé à obtenir une indemnité correspondant à la seule utilisation de la chose ». Contrairement à ce qu'affirme l'arrêt, le refus d'indemniser l'utilisation ne résulte pas de la fiction de rétroactivité.

³ Art. 1178 al. 4 c. civ. : « Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle. »

⁴ Art. 1240 c. civ. : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

⁵ Art. 1178 c. civ. : « Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. »

⁶ Civ. 2^e, 19 février 2015, n°14-10.622, Bull. ; revue Procédures 2015, comm. 120, note Christian Laporte : « Lorsqu'un acte de procédure est déclaré nul, il est non avvenu et ses effets sont rétroactivement anéantis » (nullité subséquente de la reconnaissance de dette, en raison de l'annulation de la saisie immobilière) ; Civ. 2^e, 18 juin 2015, n°14-18.285, Bull. : « (...) A défaut de report dans le temps de ses effets par la décision [annulant des arrêts], l'annulation opère rétroactivement à la date d'entrée en vigueur des arrêts susmentionnés. »

⁷ Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, 2009, 10e éd., n°431, p.445 : « Cette remise en cause des droits acquis par les tiers est la conséquence du principe selon lequel nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même (nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet) » Voir : Civ. 3^e, 7 janvier 2016, n°14-18.360, Bull. ; Gaz. Pal. 2016, n° 7, p. 32, note Christophe Albiges ; JCP 2016, éd. N, chron., 1087, n° 52, note Stéphane Piedelièvre, et chron., 1096, n° 57, note Mustapha Mekki ; RLDC 2016, n° 6157, note Clotilde Viglione : le créancier hypothécaire de l'acquéreur perd son titre quand la vente est annulée.

⁸ Civ. 3^e, 8 juin 2011, n°10-20.231, Bull. n°99 : annulation de l'assemblée générale désignant le syndic, de sorte que le syndic a perdu sa qualité en raison de l'effet rétroactif de l'annulation (« par l'effet rétroactif de l'annulation d'une assemblée générale antérieure

- L'annulation de l'acte de procédure signifie que la prescription n'a jamais été interrompue¹ ;
- L'assureur devra deviner que la vente apparente, ultérieurement annulée pour dol, n'a pas conduit à suspendre le contrat d'assurance (Civ. 1^{ère}, 21 fév. 1995²) ; l'employeur devra deviner que l'annulation du pse (plan de sauvegarde de l'emploi) prive de cause la rupture du contrat de travail par le salarié (Soc., 15 mai 2013³). etc⁴. ;
- La fiction est également appliquée en droit pénal⁵ (si le retrait du permis de conduire est ultérieurement annulé, le conducteur ne peut pas être poursuivi pour conduite sans permis⁶) comme en droit administratif ou en droit social⁷.

La fiction de rétroactivité concerne donc uniquement des actes juridiques conclus entre la période séparant l'exécution (le transfert de valeur) et l'annulation : il s'agit d'interdire à celui qui bénéficie d'une prestation indu de créer une situation irrémédiable, grâce aux actes juridiques accomplis.

672. En régime général des obligations, le **régime de la rétroactivité** est divers : à côté de la rétroactivité légale, supplétive de volonté ou impérative, il existe une rétroactivité contractuelle.

qu'elle prononce et qui le désignait, le syndic n'avait plus cette qualité lors de la convocation de l'assemblée générale dont l'annulation était poursuivie »).

¹ Civ. 2^e, 4 septembre 2014, n°13-11.887, Bull. : (abstrat) « La caducité qui atteint une mesure d'exécution la prive rétroactivement de tous ses effets, y compris l'effet interruptif de prescription prévu par l'article 2244 du code civil » ; Civ. 2^e, 19 février 2015, n°13-28.445, Bull. ; revue Procédures 2015, comm. 119, note Christian Laporte : « la caducité frappant un commandement de payer valant saisie immobilière, qui le prive rétroactivement de tous ses effets, atteint tous les actes de la procédure de saisie qu'il engage ».

² Civ. 1^{ère}, 21 fév. 1995, n°92-17814, Bull. n° 91: (abstrat) « La victime d'un dol est en droit d'invoquer la nullité du contrat contre le tiers qui se prévaut du contrat et dès lors que le dol est constitué, la convention est réputée ne jamais avoir existé ; il s'ensuit que, lorsque le vendeur d'une automobile est victime d'un dol, son assureur ne peut, pour refuser sa garantie, invoquer les dispositions de l'article L. 121-11 du Code des assurances. »

³ Soc., 15 mai 2013, n°11-26.414, Bull. n°122 ; JCP G 2013, n°642, p.1108, note Nathalie Dedessus-Le-Moustier ; JCP E 2013, n°1431, note Stéphane Béal et Magali Marguerite ; JCP Soc. 2013, n°1361, p. 26 à 28, note Patrick Morvan : (abstrat) « La nullité qui affecte un plan de sauvegarde de l'emploi (...) s'étend à tous les actes subséquents (...). L'annulation du plan de sauvegarde de l'emploi avait pour conséquence de priver de toute cause le départ volontaire qui constituait un acte subséquent à celui-ci et décide que la nullité du plan entraînait celle de la rupture qui lui était rattachée ».

⁴ Civ. 1^{ère}, 20 novembre 1985, n°84-13940, Bull. n°313 : (abstrat) « La révocation d'une donation pour inexécution des charges a un effet rétroactif et prend effet, dans le cas où la charge consiste en une clause d'inaliénabilité, à compter du jour où l'aliénation a été effective. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 25 septembre 2013, n°12-26.041, Bull. ; Gazette du Palais, n° 282-283, 9-10 octobre 2013, Jurisprudence, p. 6 à 9, avis de l'avocat général ; Dalloz, 2013, p. 2272 ; Revue Lamy droit civil, 2013, n°5278, note Elodie Pouliquen : (abstrat) « La nullité du premier mariage entraînant sa disparition rétroactive, le second mariage célébré entre les mêmes personnes ne peut être annulé du chef de bigamie, quand bien même la nullité du premier serait prononcée après la célébration du second. »

⁶ Crim., 4 mars 2014, n°13-82.078, Bull. n°64 : « Le retrait d'un acte administratif implique que cet acte est réputé n'avoir jamais existé et prive de base légale la poursuite engagée pour violation de cet acte. Dès lors, la rectification des mentions relatives aux infractions poursuivies et le recouvrement de validité du permis de conduire effectués par l'autorité administrative postérieurement au prononcé de la condamnation pour conduite d'un véhicule à moteur malgré l'invalidation du permis de conduire a pour conséquence d'enlever toute base légale à la poursuite et à cette condamnation. »

⁷ Civ. 2^e, 20 juin 2019, n° 18-11.934, Bull. : « La nullité prononcée par une décision de justice de l'annulation par un organisme de sécurité sociale d'un rachat de cotisations d'assurance vieillesse prive de fondement juridique l'annulation de la pension de retraite opérée par un autre organisme social à la suite de l'annulation de ce rachat. »

L'article 1304-7 c. civ.¹, en présence d'une condition résolutoire, établit une *rétroactivité légale supplétive de volonté*, écartée par une clause contraire.

En présence d'une condition résolutoire (vente conclue, sauf si l'autorisation de construction n'est pas donnée), l'accomplissement de la condition résolutoire (l'autorisation est refusée) éteint l'obligation. Selon l'article 1304-7 c. civ. : « L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation (...) ». L'obligation est réputée n'avoir jamais existé ab initio : la période de temps au cours de laquelle l'une des parties a pu croire l'acte valide (vente conclue pour le vendeur ; possession exercée par l'acquéreur) sera réputée non avenue.

Mais le *domaine de la rétroactivité est triplement borné* :

- l'article 1304-7 in fine précise « sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration. » La rétroactivité s'applique aux actes de disposition : le pseudo-acquéreur n'a pas pu revendre le bien acquis sous condition résolutoire, ni consentir une hypothèque (assimilée à un acte de disposition) ; en tant que propriétaire apparent, sa gestion normale est valide pendant la période précédant l'accomplissement de la condition.
- L'article 1304-7 al. 2 c. civ. prévoit une seconde restriction au domaine de la rétroactivité : « La rétroactivité n'a pas lieu (...) si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat. » L'acquéreur, propriétaire apparent qui expose des dépenses de conservation (distinctes des actes conservatoires, uniquement destinés à valider l'acte), compensera sa créance avec les fruits que la chose a pu produire. Pour le reste, la jouissance du bien aura été gratuite pendant la période de latence. L'article 1304-7 c. civ. cherche donc à borner le domaine de la rétroactivité légale.
- L'article 1304-7 alinéa 2 prévoit une dernière restriction à la rétroactivité légale, supplétive de volonté : « La rétroactivité n'a pas lieu si telle est la *convention des parties* (...). » Le rejet de la rétroactivité par une clause contractuelle signifie que l'obligation sera détruite à la date d'accomplissement de la condition résolutoire. L'acquéreur sous condition résolutoire a été propriétaire (période de latence), et il ne l'est désormais plus : l'hypothèque qu'il a consentie sur le bien immobilier

¹ Art. 1304-7 c. civ. : « L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration.

« La rétroactivité n'a pas lieu si telle est la convention des parties ou si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat. »

persistera, et garantira les restitutions au prêteur. Il aura administré le bien en consentant un bail à un tiers, et ce bail sera validé. Les risques de la chose pèseront sur le propriétaire apparent.

En présence d'une *condition suspensive*, l'article 1304-6 c. civ.¹ admet le jeu d'une *rétroactivité contractuelle*. En présence d'une condition suspensive (la vente aura lieu à condition qu'un prêt soit accordé), le contrat est suspendu : l'article 1304-6 al. 2 c. civ. admet une rétroactivité contractuelle établie par les parties.

- L'acquéreur, qui aura obtenu son prêt, sera réputé avoir été le propriétaire du bien dès la date de la promesse de vente ("compromis de vente"). Toute vente effectuée par le vendeur à un tiers pendant la période de latence sera alors sans effet. En l'absence de rétroactivité contractuellement convenue, il n'y aurait aucune rétroactivité : la vente définitive aura lieu après l'accomplissement de la condition ; si le vendeur a vendu entre-temps à un tiers, le tiers est devenu propriétaire.
- La loi borne néanmoins cette rétroactivité contractuelle : le transfert de la propriété n'aura effectivement lieu qu'après l'acceptation du prêt. Les risques de la chose vendue demeurent à la charge du vendeur (débitur de la condition suspensive)² ; les fruits échus pendant la période séparant la promesse de vente et l'accomplissement de la condition suspensive (acceptation du prêt) demeurent acquis au vendeur (véritable propriétaire à cette date).

673. Le régime de la rétroactivité fait apparaître une certaine diversité : curieusement, cette fiction légale est parfois supplétive de volonté, ou contractuellement créée. Certains tiers peuvent d'ailleurs être à l'origine de cette modification contractuelle : le prêteur a intérêt à écarter la rétroactivité d'une condition résolutoire quand il veut s'assurer que son hypothèque persistera et garantira les restitutions.

(674. : réservé)

¹ Art. 1304-6 c. civ. : « 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.

« En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé. »

² Si la chose disparaît par force majeure pendant le délai, alors que le prêt est accordé : la vente est nulle faute d'objet.

2/ La théorie de l'apparence : la fiction écartée

675. La **théorie de l'apparence** a pour fonction d'écarter la fiction de la rétroactivité, alors même que cette dernière pourrait avoir vocation à s'appliquer. En opportunité, il s'agit d'éviter une cascade d'annulations au détriment des tiers de bonne foi.

La jurisprudence justifie diversement et avec difficulté la mise à l'écart de la fiction de la rétroactivité.

- Parfois les juges invoquent la présence d'un fait juridique (la *possession*), qui aura pour fonction d'occulter un acte juridique : lorsqu'un meuble corporel est acheté de bonne foi par un tiers acquéreur, alors que le revendeur n'en était pas le véritable propriétaire (vente a non domino), soit on considère que la revente est un acte juridique subséquent (la vente initiale est annulée, donc également la revente¹), soit on considère que le tiers acquéreur se fonde sur un fait juridique (sa possession de bonne foi) pour invoquer l'usucapion (la revente du bien demeure valide, malgré l'annulation de la vente originaire, de sorte que le seul et véritable propriétaire du bien sera le tiers acquéreur).
- D'autres arrêts refusent la rétroactivité en se fondant sur l'autorité de la chose jugée² ou sans s'expliquer sur le fondement de la décision³.
- D'autres arrêts encore appliquent la *théorie de l'apparence* quand un tiers de bonne foi avait de bonnes raisons de croire à une apparence⁴ : le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent sera alors validé (art. 1342-3 c. civ.⁵, supra n°509). Le débiteur est libéré, et le véritable créancier devra exercer une action en enrichissement injuste contre l'enrichi (créancier apparent a priori). Selon l'article 223-18 c. com., le gérant est réputé disposer de

¹ En présence d'une acquisition à titre gratuit : Civ. 1^{ère}, 7 oct. 2015, n°14-16.946, Bull. ; Dalloz 2015 p.2073 ; AJ fam. 2015. 626, obs. S. Ferré-André « ayant acquis à titre gratuit les biens litigieux, les consorts X... n'étaient pas fondés à se prévaloir de la qualité de propriétaire apparent ».

² Civ. 3^e, 10 juillet 2013, n°12-14.569, Bull. n°98 : « La décision de réputer non écrite une clause de répartition des charges ne vaut que pour l'avenir et ne prend effet qu'à compter de la date à laquelle la décision a acquis l'autorité de la chose jugée. »

³ Soc., 16 décembre 2014, n°13-15.081, Bull. ; RJS, 2015, n°117, p. 118 à 120 : (abstrat) « L'annulation par le tribunal d'instance de la désignation d'un délégué syndical, quel qu'en soit le motif, n'ayant pas d'effet rétroactif, ne prive pas le salarié de son statut protecteur » ; Soc., 15 avril 2015, n° 14-19.139, Bull. ; RJS 2015, n° 496 ; JCP 2015, éd. S, II, 1257, note Jean-Benoît Cottin : « L'annulation des élections des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel ne fait perdre aux salariés élus leur qualité de membre de ces institutions représentatives du personnel qu'à compter du jour où elle est prononcée. ». Contra : Soc., 9 décembre 2014, n°13-21.766, Bull. (action en remboursement exercée par l'employeur contre ses salariés, en raison de l'annulation d'une prime) : (abstrat) « Violé le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé la cour d'appel qui, après avoir constaté l'annulation d'un accord collectif instituant une prime d'assiduité (...) ».

⁴ Civ. 1^{ère}, 12 janv. 1988, n°86-12.218, Bull. n°7 : (abstrat) « Lorsque l'acheteur d'un immeuble, dont la régularité de l'acquisition est contestée, invoque la qualité de propriétaire apparent de son vendeur, les juges du fond doivent rechercher si en acquérant l'immeuble l'acheteur était de bonne foi, c'est-à-dire s'il avait acquis l'immeuble sous l'empire d'une erreur commune et légitime, dès lors que la cause de la nullité aurait été et devait être nécessairement ignorée de tous »

⁵ Art. 1342-3 c. civ. : « Le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable. »

pouvoirs normaux¹, et le tiers de bonne foi qui traite avec lui se tiendra à cette apparence, sans pouvoir se voir opposer d'éventuelles limites statutaires².

Les tiers échappent alors à l'effet rétroactif de l'annulation : l'acte dérivé demeure valide³.

(676- à 679. : réservés)

¹ Art. 223-18 c. com. : « (...) Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société (...). »

² Art. 223-18 c. com. : « (...) La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers. »

³ Quand est annulée l'assemblée générale des copropriétaires créant un syndicat secondaire, l'acte dérivé (syndicat secondaire) sera simplement résilié, uniquement pour l'avenir. Voir : Civ. 3^e, 20 mai 2009, n°07-22.051 : « Lorsqu'une clause du règlement de copropriété instituant des syndicats secondaires est réputée non écrite, la suppression des syndicats, qui avaient acquis dès leur constitution une personnalité juridique opposable aux tiers, n'opère que pour l'avenir. »

Section 3^{ème}

L'extinction de l'obligation sans exécution :

le créancier non satisfait

Résumé

L'**extinction de l'obligation sans exécution** signifie que le créancier n'obtiendra pas le transfert de valeur, alors même que l'obligation était valablement formée. Cette mesure résulte soit de la loi, soit d'une décision prise par le créancier.

La loi prive de valeur le titre dont dispose le créancier lorsqu'il reste juridiquement inerte pendant trop longtemps. La *prescription ou la forclusion* éteignent la créance, mais de manière différente.

- En présence d'une exception inhérente à la dette, comme la prescription de droit civil, la dette prescrite disparaît objectivement, avec tous ses accessoires (sûretés réelles et personnelles).
- En présence d'une exception purement personnelle (forclusion, prescription établie dans le code de la consommation), le débiteur est seul libéré : le coobligé demeure tenu (mais pas la caution).

En cas de *force majeure*, le débiteur est dans l'impossibilité de verser la prestation : en droit du contrat, la théorie des risques dira sur qui pèse la perte. En régime général des obligations, il s'agira spécifiquement de considérer les effets de la mise en demeure : mis en demeure d'exécuter, le débiteur supporte les risques de destruction de la valeur qu'il doit ou du bien qui est en sa possession.

Le créancier peut également prendre la décision de renoncer à la prestation que lui doit le débiteur : c'est la remise, totale ou partielle, de dette. Là encore, il en existe deux types.

- La remise volontaire de dette accordée par le créancier est une exception inhérente à la dette. Elle sera invoquée par la caution ou par le coobligé ;
- La remise de dette octroyée dans le cadre du droit de la faillite, sera une exception purement personnelle au débiteur : le créancier peut actionner le garant personnel.

En régime général des obligations, l'extinction sans exécution de la dette donne donc lieu à un deux types de régime.

- Lorsque le débiteur oppose une exception inhérente à la dette (prescription de droit civil, remise volontaire), la dette disparaît objectivement.
- Lorsque le débiteur bénéficie d'une exception purement personnelle (forclusion ou remise judiciaire), son garant personnel demeure tenu : le risque d'inexécution est établi.

La perte que subit le créancier n'est pas la même : soit il subit une perte nette, soit il peut transférer ce risque sur le garant personnel.

700. L'extinction de l'obligation sans exécution supprime l'obligation pesant sur le débiteur. Autant ce résultat se comprend, lorsque le créancier décide de lui-même de renoncer à son dû ; autant ce résultat est plus problématique, lorsque la loi décide de priver de valeur le titre (valablement formé) du créancier. Dans ces deux cas, en effet, le créancier subira une perte.

Lorsque la *loi prive de valeur l'obligation*, en imposant cette mesure au créancier, le créancier sera déchu de toute action en paiement contre le débiteur. Le débiteur pourra alors bénéficier d'un enrichissement sans contrepartie : il a occupé un logement, il n'en a pas versé le loyer, alors que le contrat de bail le lui imposait, mais le créancier a attendu trop longtemps (prescription extinctive) avant de réclamer l'exécution. L'exception de prescription opposée par le débiteur signifie que le créancier subira une perte sèche.

Lorsque le *créancier décide*, d'ailleurs plus ou moins volontairement, de renoncer à tout ou partie de sa créance, la remise de dette conduit à supprimer, totalement ou partiellement l'obligation. Cette extinction volontaire de l'obligation consentie à un débiteur possède un impact sur les tiers.

- En présence d'une obligation solidaire, la décision du créancier de remettre la dette de l'un ne devra pas entraîner une charge pour les autres.
- Si un garant personnel garantit la dette, il faudra déterminer si le créancier qui remet la dette pourra néanmoins actionner le garant.

Dans tous ces cas, l'extinction de l'obligation sans exécution entraîne a priori une perte pour le créancier.

- La perte sera « sèche » si la dette disparaît objectivement. Dans ce cas, le créancier ne sera jamais payé, ni par le débiteur, ni par son garant personnel. L'exception est inhérente à la dette.
- En revanche, si le débiteur bénéficie d'une protection purement personnelle, le créancier peut espérer être payé par le garant personnel.

Le statut de la perte subie par le créancier est donc variable, que l'on soit en présence d'une mesure imposée par la loi (§1^{er}) ou d'une décision prise par le créancier de renoncer à la prestation (§2^{ème}).

§1^{er}/ L'extinction de l'obligation imposée par la loi :
les événements privant de valeur l'obligation

701. L'extinction de l'obligation imposée par la loi aura lieu en présence de différents événements décrits par la loi. Le débiteur n'aura pas à verser sa prestation au créancier, parce que le créancier est considéré comme négligent, ou confronté à une force majeure ou à une obligation caduque car désormais inutile.

En présence d'une *prescription extinctive*, la loi considère que le créancier a trop attendu avant de réclamer son dû. Le créancier négligent est privé de son action en paiement. L'obligation sera éteinte et le débiteur est libéré.

En présence d'une *force majeure*, la prestation ne peut plus être exécutée. Le débiteur ne sera toutefois pas systématiquement libéré de son obligation : tout dépend de la date à laquelle survient la force majeure.

- Préalablement mis en demeure (de livrer un bien), le débiteur devra assumer le risque de perte d'un bien.
- En l'absence de mise en demeure, le risque de perte du bien pèse normalement sur l'acquéreur (créancier de la livraison).

En présence d'une caducité, l'obligation a perdu sa raison d'être. Elle ne sera pas exécutée : le cas, prévu en droit du contrat, est transposable en régime général des obligations.

En régime général des obligations, la loi établit donc trois cas dans lesquels le transfert de valeur n'aura pas lieu.

- La prescription (I) est le risque le plus grave, car le créancier perd son titre.
- La force majeure (II) est un cas intermédiaire : il s'agira de préciser sur qui pèse le risque de perte d'un bien.
- La caducité (III) fait perdre au créancier le bénéfice d'une prestation qui ne sera pas exécutée.

(702- à 704. : réservés)

I / La prescription extinctive : la perte de l'action en paiement

705. La **prescription extinctive (de l'action en paiement)** est définie à l'article 2219 c. civ.¹ comme « un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps. » Passé un certain délai, le législateur considère que le créancier qui néglige de réclamer paiement devra perdre son action en paiement envers le débiteur. Ce dernier sera libéré. Le loyer vieux de plus de cinq ans n'est plus dû par le locataire, si le bailleur ne l'a pas réclamé en se conformant à la procédure légalement établie. La prescription est extinctive car elle éteint l'action en paiement.

Les conditions posées à la prescription extinctive (1) ont pour objet d'établir la négligence du créancier. Ses effets (2) conduisent à le priver de son action en paiement contre le débiteur.

705-1. La **forclusion de créance** est une autre technique d'extinction de la créance : l'écoulement d'un délai préfix obligera le créancier à agir en paiement à bref délai, faute de quoi il sera réputé négligent (comme en présence d'une prescription extinctive). L'action en justice interrompt à l'identique le cours de la forclusion comme de la prescription².

Ce *délai préfix* court à compter d'un événement objectif (conclusion du contrat, réception d'une prestation³, rupture du contrat mise en circulation du produit ..., ouverture d'une faillite par le tribunal). Ce délai n'est pas susceptible de suspension, même si le créancier n'est pas en mesure d'agir. Par exemple, le vendeur d'un immeuble dispose d'un délai de deux ans pour agir en rescision pour cause de lésion (art. 1676 c. civ.⁴). Ou bien, la victime d'un produit défectueux dispose d'un délai de dix ans à compter de la mise en circulation du produit pour pouvoir réclamer une indemnisation au fabricant (art. 1245-15 c. civ.⁵) : ce délai de péremption établit une forclusion. Ou bien encore, le délai de forclusion sera contractuellement convenu⁶ : la caution garantit le créancier pendant 12 ans, couvrant le remboursement du prêt accru de deux ans. Si aucun incident de paiement n'est survenu pendant cette période, la caution est libérée : même si le créancier n'a pas été payé, parce que le débiteur a bénéficié d'un délai (en cas de redressement judiciaire).

¹ Art. 2219 c. civ. : « La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps. »

² Civ. 2^e, 1^{er} juin 2017, n°16-14.300, Bull. ; D. 2017. 1196 : (abstrat) « En application de l'article 2241, alinéa 2, du code civil l'acte de saisine de la juridiction, même entaché d'un vice de procédure, interrompt les délais de prescription comme de forclusion. »

³ Civ. 3^e, 11 juillet 2019, n°18-17.856, Bull. (délai de forclusion annale établi par l'art. 1648 al. 2 c. civ., en cas de vice apparent affectant l'immeuble à construire).

⁴ Art. 1676 c. civ. : « La demande n'est plus recevable après l'expiration de deux années, à compter du jour de la vente. »
« Ce délai court contre les femmes mariées et contre les absents, les majeurs en tutelle et les mineurs venant du chef d'un majeur qui a vendu.

Ce délai court aussi et n'est pas suspendu pendant la durée du temps stipulé pour le pacte de rachat. »

⁵ Art. 1245-15 c. civ. : « Sauf faute du producteur, la responsabilité de celui-ci, fondée sur les dispositions du présent titre, est éteinte dix ans après la mise en circulation du produit même qui a causé le dommage à moins que, durant cette période, la victime n'ait engagé une action en justice. »

⁶ Com. 26 janvier 2016, n°14-23.285, Bull. ; D. 2016 p.682 : (abstrat) « Il résulte de l'article [1103] du code civil que la clause qui fixe un terme au droit d'agir du créancier institue un délai de forclusion. »

En droit de la faillite, la forclusion de créance *pour défaut de déclaration au passif* est une prescription abrégée. Elle a pour but « de permettre une connaissance rapide du passif » (Com., 5 sept. 2013¹) : le créancier doit déclarer sa créance dans le délai (fréquemment de six mois) fixé par le tribunal, que le débiteur soit professionnel ou particulier². Les créanciers forclos peuvent toutefois obtenir un relevé de forclusion³, du moins lorsqu'ils invoquent une bonne raison pour expliquer leur carence⁴.

1/ Les conditions de la prescription extinctive : l'inaction prolongée du créancier

706. Les conditions de la prescription extinctive ont pour but d'établir que l'inaction prolongée du créancier est causée par sa négligence. En présence d'un impayé, le créancier était en mesure de réclamer son dû : la prescription se déclenche et elle dure en principe cinq ans (art. 2224 c. civ.⁵ depuis la loi n°2008-561 du 17 juin 2008), sauf si elle est interrompue ou suspendue.

Le point de départ de la prescription est fixé, en régime général des obligations, au moment où le créancier connaît⁶ ou est réputé connaître son droit. Le créancier est alors légalement en mesure de réclamer l'exécution de son dû⁷ (ce qui différencie la prescription et du délai de péremption, délai préfix qui commence à courir quelle que soit la situation du créancier, et même s'il ne dispose pas effectivement de la possibilité de saisir un tribunal).

- En présence d'une dette payable à termes successifs, la prescription de l'action en paiement court à compter de chacune des échéances (Civ. 1^{ère}, 11 février 2016⁸).

¹ Com., 5 septembre 2013, n°13-40.034, Bull.

² Art. L 742-10 c. conso. : « Les créanciers produisent leurs créances dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat ; les créances qui n'ont pas été produites dans un délai fixé par ce décret sont éteintes, sauf à ce que soit prononcé par le juge un relevé de forclusion. (...) ».

³ En présence d'un relevé de forclusion, le créancier devient sous-chirographaire : il ne sera payé qu'après tous les créanciers ayant déclaré, sur l'éventuel actif qui demeure après liquidation (le créancier relevé de sa forclusion primant uniquement les associés reprenant leur part sur l'actif subsistant).

⁴ Art. L 742-11 c. conso. : « Les créances qui n'ont pas été produites dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat sont éteintes, sauf à ce que soit prononcé par le juge un relevé de forclusion. »

⁵ Art. 2224 c. civ. : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »

⁶ Civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, n°16-13.278, Bull. ; Gaz. Pal. 2017, n°22, p. 75, note Manuella Bourassin ; RD bancaire et financier 2017, comm. 109, note Nicolas Mathey ; revue AJ Famille 2017, p. 423, note Jérôme Casey : (abstrat) « Le point de départ du délai biennal de prescription prévu à l'article (..) L. 218-2 du code de la consommation se situe au jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer l'action concernée, soit, dans le cas d'une action en recouvrement d'un prêt viager hypothécaire, à la date à laquelle le prêteur a connaissance de l'identité des héritiers de l'emprunteur. »

⁷ En droit du contrat, la prescription (extinctive) de l'action en nullité du contrat (vicié) possède une fonction inverse : c'est le délai à partir duquel se déclenche le processus de validation du contrat, ce qui interdira au contractant protégé de contester le contrat. Voir, *Droit général du contrat*, n°627.

⁸ Civ. 1^{ère}, 11 février 2016, n°14-22.938, Bull. ; JCP 2016, éd. G, Act., 220, note Jérôme Lasserre Capdeville, et II, 405, note Antoine Gouëzel ; D. 2016, somm., p. 421, note Valérie Avena-Robardet, p. 422, et p. 870, note Maud Lagelée-Heymann ; Gaz. Pal. 2016, n°10, p. 19, note Emmanuel Joly et Carolina Cuturi-Ortega, cette même revue, n°14, p. 30, note Stéphane Piédelièvre ; JCP 2016, éd. E, II, 1175, note Eric Bazin, la revue Contrats, conc. consom. 2016, comm. n°103, note Sabine Bernheim-Desvaux ; RD bancaire et financier 2016, commentaire 59, note Nicolas Mathey : « A l'égard d'une dette payable par termes successifs, la prescription se divise entre la dette elle-même et court à l'égard de chacune de ses fractions à compter de son échéance, de sorte qu'en matière de crédits immobiliers, si l'action en paiement des mensualités impayées se prescrit à compter de leurs dates d'échéance successives, l'action en paiement du capital restant dû se prescrit à compter de la déchéance du terme, qui emporte son exigibilité (arrêt n°1, n°4-22.938 ; arrêt n°2, n°14-28.383 ; arrêt n°3, n°14-27.143 ; arrêt n°4, n°14-29.539)

– En matière délictuelle, en présence d'un accident, la prescription ne court que du jour où le dommage (subi par la victime : le créancier) naît.

– La prescription ne commence à courir que lorsque le terme arrive (art. 2233 c. civ.¹) : si la dette est payable après un délai de dix ans, la prescription ne sera acquise que dans quinze ans. Il en va de même quand la créance contient une condition : si la condition résolutoire (absence de construction d'un aéroport dans les environs) ne contient pas de date-butoir, la prescription extinctive ne sera acquise que lorsque l'acquéreur reste inerte cinq ans après la construction de l'aéroport (même si cette construction débute cinquante ans après la vente).

Le début de la prescription signifie juridiquement que le créancier néglige de récupérer son dû. La prescription ne peut donc courir que si l'obligation est exigible².

La *durée de la prescription* établira que le créancier demeure négligent pendant une période suffisamment longue, ce qui établira légalement qu'il renonce implicitement à être payé. En principe, est la prescription quinquennale (art. 2224 c. civ.³).

– L'action en paiement d'une obligation contractuelle (loyer impayé et dû depuis plus de cinq ans) est prescrite après cinq, et le bailleur redevenu actif ne peut réclamer que les cinq dernières années⁴.

– En présence d'une obligation délictuelle, la victime ne peut plus agir en responsabilité contre l'auteur d'un accident cinq ans après la manifestation du dommage (matériel).

La prescription extinctive est donc un mécanisme qui a pour fonction d'établir une négligence durable du créancier à obtenir paiement par le débiteur⁵.

¹ Art. 2233 c. civ. : « La prescription ne court pas :
1° A l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive ;
2° A l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu ;
3° A l'égard d'une créance à terme, jusqu'à ce que ce terme soit arrivé. »

² Civ. 2^e, 23 novembre 2017, n°16-25.120, Bull. : (abstrat) « Le délai de prescription de l'action de l'avocat en paiement d'un honoraire de résultat ne peut commencer à courir avant que cet honoraire soit exigible, la convention d'honoraires conclue entre l'avocat et son client pouvant prévoir la date d'exigibilité. »

³ Art. 2224 c. civ. : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »

⁴ De même, et à l'inverse, le loyer versé à tort depuis plus de cinq ans est prescrit : Civ. 3^e, 2 mars 2017., n°15-24.921, Bull. ; revue Ann. loyers, mai 2017, p. 64, note Didier Krajewski.

⁵ Civ. 2^e, 13 septembre 2018, n°17-20.966, Bull. ; D. 2018, pan., p. 2164, note Stéphanie Porchy-Simon : (abstrat) « [...] pour être interruptive de prescription une demande en justice doit être dirigée contre celui qu'on veut empêcher de prescrire, une cour d'appel en déduit, à bon droit, que l'action engagée par la victime devant une commission d'indemnisation des victimes d'infractions en vue de son indemnisation par le Fonds de garantie des actes de terrorisme et d'autres infractions ne pouvait avoir interrompu la prescription à l'égard du responsable qui n'était pas partie à cette instance. »

706-1. On note en droit contemporain une réduction constante du **délai de prescription**, afin, dit-on, d'accroître « la prévisibilité » et la « stabilité ».

Le *point de départ* de la prescription peut être retardé voire même ne jamais débiter : lorsque le déclencheur de la prescription résulte de l'envoi d'une information¹, et lorsque l'information n'est pas délivrée, la prescription ne peut pas débiter². La prescription ne court pas envers le destinataire de l'information, qui ne peut en avoir connaissance.

Des textes spéciaux fixent des *durées différentes*, plus longues ou plus brèves, afin d'assurer ou précariser la situation du créancier. Aucune raison objective n'explique ces durées différentes.

La durée est *plus longue* en faveur de la victime d'un dommage corporel dispose d'un délai de dix ans (art. 2226 al. 1^{er} c. civ.³), voire de vingt ans en cas d'acte de barbarie ou de dommage causé à un mineur (art. 2226 al. 2 c. civ.⁴). En présence d'un jugement de condamnation, le créancier dispose d'un délai de dix ans pour obtenir paiement⁵.

À l'inverse, d'autres délais de prescription sont *plus brefs* : en droit de la consommation⁶, les actions d'un professionnel contre un consommateur sont soumises à prescription biennale (art. L. 218-2 c. conso.⁷). Un créancier professionnel dispose de deux ans pour réclamer paiement⁸ ou remboursement

¹ Soc., 3 avril 2019, n°17-15.568, Bull. ; RJS 2019, no 386 ; JCP 2019, éd. S, II, 1174, note Deborah Fallik Maynard ; Rev. dr. tr., juin 2019, études, p. 401, note Anne-Sophie Ginon : (abstrat) « En application des dispositions de l'article 2232 du code civil interprétées à la lumière de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de celles de l'article 2224 du même code, le délai de prescription de l'action fondée sur l'obligation pour l'employeur d'affilier son personnel à un régime de retraite complémentaire et de régler les cotisations qui en découlent, court à compter de la liquidation par le salarié de ses droits à la retraite, jour où le salarié titulaire de la créance à ce titre a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son action. »

² Civ. 2^e, 18 avril 2019, n°18-13.938, Bull. ; RD imm. 2019, p. 348, note David Noguéro ; Gaz. Pal. 2019, no 22, p. 59, note David Noguéro ; RGDA 2019, 116q4, note Luc Mayaux : (abstrat) « Il incombe à l'assureur de prouver qu'il a satisfait aux dispositions de l'article R. 112-1 du code des assurances qui prévoit que les polices d'assurance doivent rappeler les dispositions des titres I et II, du livre I de la partie législative du code des assurances concernant la prescription des actions dérivant du contrat d'assurance. Inverse dès lors la charge de la preuve la cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable comme prescrite leur action en garantie, retient que les demandeurs se prévalant du non-respect par l'assureur de ce texte, ne produisent pas la police souscrite et qu'ainsi elle n'est pas en mesure de vérifier la conformité ou non-conformité de celle-ci à ces dispositions. »

³ Art. 2226 al. 1^{er} c. civ. : « L'action en responsabilité née à raison d'un événement ayant entraîné un dommage corporel, engagée par la victime directe ou indirecte des préjudices qui en résultent, se prescrit par dix ans à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé. »

⁴ Art. 2226 al. 2 c. civ. , « Toutefois, en cas de préjudice causé par des tortures ou des actes de barbarie, ou par des violences ou des agressions sexuelles commises contre un mineur, l'action en responsabilité civile est prescrite par vingt ans. » Voir : Civ. 2^e, 3 mars 2016, n°15-13.747 : « La prescription de dix ans de l'action en responsabilité née à raison d'un événement ayant entraîné un dommage corporel, prévue à l'article 2226, alinéa 1, du code civil, s'applique quand bien même l'événement ayant entraîné le dommage est en relation avec des faits de tortures, d'actes de barbarie, de violences ou d'agressions sexuelles commises contre un mineur, visés par l'alinéa 2 de ce texte. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 8 juin 2016, n°15-19.614, Bull. ; revue AJ Famille 2016, p. 388, note Jérôme Casey ; RD bancaire et financier 2016, comm. 174, note Stéphane Piédelièvre ; D. 2016, chron. p. 1882, note Isabelle Guyon-Renard : (abstrat) « (...) un créancier peut poursuivre pendant dix ans l'exécution d'un jugement portant condamnation au paiement d'une somme payable à termes périodiques (...) »

⁶ Art. L 217-12 c. conso. : « L'action résultant du défaut de conformité se prescrit par deux ans à compter de la délivrance du bien. »

⁷ Art. L 218-2 c. conso. : « L'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans. »

⁸ Civ. 2^e, 26 mars 2015, n°14-11.599 et n°14-15.013, Bull. n°74 et n°75 (prescription biennale de l'action de l'avocat en paiement de ses honoraires)

(Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016¹), à raison des prestations issues d'un contrat conclu avec un consommateur². En droit de la responsabilité du fait des produits défectueux, le fabricant bénéficie d'une prescription triennale (art. 1245-16 c. civ.³). Le bailleur (loi n°89-462 du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation) dispose (depuis la loi n°2014-366 du 24 mars 2014) d'un délai d'un an pour réclamer l'indexation du loyer : le bénéfice de l'indexation est perdu pour le bailleur, à raison des loyers non indexés dus depuis plus d'un an⁴.

707. Deux événements peuvent **paralyser** la prescription (qui ne produira donc pas son effet) : soit la prescription sera suspendue (en réalité, parce que le créancier ne peut pas agir) ; soit elle sera interrompue, parce que le créancier devient actif.

La *suspension de la prescription* a lieu lorsque le créancier est dans l'impossibilité physique ou morale d'agir pour réclamer paiement (art. 2234 c. civ.⁵ qui applique la maxime *contra non valentem*).

- Ainsi, la prescription est suspendue entre époux ou partenaires, tant que dure le mariage ou le pacte (art. 2236 c. civ.⁶) ou envers le mineur (art. 2237 c. civ.⁷) etc.⁸.
- La durée de la prescription anciennement acquise avec la cause de suspension, reste acquise : elle se cumulera avec la durée qui court, lorsque la cause de suspension disparaît

¹ Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n°15-12.494, Bull. ; JCP G 2016, chron., 553, spéc. n°11, note Philippe Simler, également publiée au JCP E 2016, chron., 1311 : (abstrat) « L'action récursoire de l'organisme de caution qui a réglé au lieu et place du débiteur principal ayant souscrit un emprunt immobilier, engagée contre ce dernier, est une action en paiement régie par l'article L 137-2 du code de la consommation dès lors que le cautionnement ainsi consenti est un service fourni par un professionnel à un consommateur. » La caution doit se substituer à l'emprunteur défaillant, mais dispose d'un recours en remboursement : la caution professionnelle doit réclamer remboursement dans les deux ans.

² La jurisprudence exige un contrat : Civ. 1^{ère}, 9 juin 2017 n°16-21.247, Bull. ; D. 2017. 1245 (exclusion de la prescription biennale en cas de gestion d'affaires). Une prestation est également exigée : Civ. 1^{ère}, 6 sept. 2017, n°16-15.331, Bull. (exclusion de la prescription biennale en cas de cautionnement, contrat unilatéral)

³ Art. 1245-16 c. civ. : « L'action en réparation fondée sur les dispositions du présent chapitre se prescrit dans un délai de trois ans à compter de la date à laquelle le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur. »

⁴ Civ. 3^e, 12 mai 2016, n°15-16.285, Bull. ; Rev. loyers 2016, p. 325, note Bénédicte Humblot-Catheland ; revue Ann. loyers, juillet-août 2016, p. 107, note François de la Vaissière : « Le délai de prescription d'un an applicable à l'action en révision du loyer par le bailleur, prévu par l'article 7-1 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 [résultant de la] loi n°2014-366 du 24 mars 2014 [...] ne concerne que la perception des arriérés de loyer résultant de l'indexation, et non les modalités de calcul du loyer indexé. »

⁵ Art. 2234 c. civ. : « La prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure. »

⁶ Art. 2236 c. civ. : « Elle [la prescription] ne court pas ou est suspendue entre époux, ainsi qu'entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité. »

⁷ Art. 2235 c. civ. : « Elle ne court pas ou est suspendue contre les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle, sauf pour les actions en paiement ou en répétition des salaires, arrrages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, les actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts. »

⁸ Art. 2237 c. civ. : « Elle ne court pas ou est suspendue contre l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net, à l'égard des créances qu'il a contre la succession. » ; art. 2238 c. civ. : « La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation (...) » ; art. 2239 c. civ. : « La prescription est également suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès. (...) ».

(après divorce, pour les époux ou la rupture du pacs, pour les partenaires ; après décès dans les deux cas).

L'interruption de la prescription aura lieu lorsque le créancier réclame son dû (mais uniquement par une action en justice¹ ou son équivalent²) ou lorsque le débiteur reconnaît sa dette (art. 2240 c. civ.³), expressément⁴ ou tacitement (par une exécution purement volontaire⁵ en présence d'une nullité relative).

– Selon l'article 2241 c. civ.⁶, le créancier doit réclamer par une citation en justice⁷ ou un commandement de payer adressé par un huissier (ou encore un acte conservatoire, comme le fait d'initier une exécution forcée : art. 2244 c. civ.⁸). L'essentiel est que le créancier réclame en justice (même devant une juridiction incompétente⁹).

– En revanche, l'envoi même répété de simples lettres n'interrompt pas la prescription. De même, n'est pas une action en justice le fait de solliciter une mesure conservatoire¹⁰ (ou le fait de contester la procédure de surendettement sollicitée par le débiteur¹¹).

Une fois que la prescription est interrompue, le délai de prescription recommencera à courir. La prescription repartira de zéro pour de nouveau courir, pour un nouveau délai.

¹ Com., 26 juin 2019, n°18-16.859, Bull. (saisine d'une juridiction) ; Soc., 3 mai 2016, n°14-16.633, Bull. ; revue Dr. soc. 2016, p. 576, note Jean Mouly ; JCP S. 2016.II.1247, note Henri Guyot ; RJS 2016, n°515 (action en justice pouvant interrompre la prescription de plusieurs contrats).

² En droit de la faillite, la jurisprudence décide que la déclaration de créance équivaut à une demande en justice. Voir : Com., 12 décembre 1995, n°94-12.793, Bull. n°299 ; Com., 15 mars 2005, n°03-17.783, Bull. n°63 ; Com., 26 septembre 2006, n°04-19.751, Bull. n°190 ; Com., 18 mars 2014, n°13-11.925 ; Com., 10 février 2015, n°13-21.953, Bull. n°25 ; Com., 23 octobre 2019, n°18-16.515, Bull. ; Revue Droit bancaire et financier 2019, comm. 190, note Dominique Legeais ; Lettre actu. proc. civ. et comm., n°18, novembre 2019, alerte 251, note Laurence Fin-Langer ; Bulletin des Transports et de la Logistique, n°3760, 18 novembre 2019, note Pascale Ledoux.

³ Art. 2240 c. civ. : « La reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt le délai de prescription. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2020, n°19-15.813, D. 2020 p. 2452 : « Interrompt la prescription la reconnaissance du droit du créancier figurant dans un document qui ne lui est pas adressé s'il contient l'aveu non équivoque par le débiteur de l'absence de paiement. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2017, n°15-25.759, Bull. : (abstrat) « Est interruptif de la prescription de la créance portant sur le solde d'un prêt le paiement intervenu en exécution de l'autorisation de prélèvement mensuel donnée par l'emprunteur. »

⁶ Art. 2241 c. civ. : « La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion. « Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure. »

⁷ Ainsi, par une assignation en référé : Civ. 3^e, 5 janvier 2017, n°15-12.605, Bull. ; RD imm. 2017, p. 154, note Philippe Malinvaud.

⁸ Art. 2244 c. civ. : « Le délai de prescription ou le délai de forclusion est également interrompu par une mesure conservatoire prise en application du code des procédures civiles d'exécution ou un acte d'exécution forcée. »

⁹ Civ. 2^e, 1^{er} juin 2017, n°16-14.300, Bull. ; revue Ann. loyers, juin-juillet 2017, p. 74, note Bastien Brignon : (abstrat) « Il résulte de l'article 2241, alinéa 2, du code civil que l'acte de saisine d'une juridiction, même entaché d'un vice de procédure, interrompt les délais de prescription comme de forclusion. »

¹⁰ Civ. 2^e, 22 septembre 2016, n°15-13.034, Bull. ; revue Procédures 2016, comm. 321, note Yves Strickler : (abstrat) « (...) le dépôt d'une requête en autorisation d'une inscription provisoire de nantissement sur un fonds de commerce ne constitue pas une demande en justice au sens de [l'article 2241 du code civil] et n'interrompt donc pas la prescription. »

¹¹ Civ. 2^e, 17 mars 2016, n°14-24.986, Bull. ; Gaz. Pal. 2016, n°17, p. 44, note Jérôme Lasserre Capdeville : (abstrat) « (...) Le recours formé par un créancier contre la décision par laquelle une commission de surendettement déclare un débiteur recevable en sa demande de traitement de sa situation financière ne constitue pas, au regard de son objet, une demande en justice de nature à interrompre le délai de prescription en application de l'article 2241 du code civil. »

707-1. Exceptionnellement, l'interruption de la prescription peut résulter de l'envoi d'un simple accusé-réception, mais il faut une disposition explicite de la loi (ainsi, l'art. 114-2 c. ass.¹), à interpréter de manière restrictive².

En présence d'un *délai de forclusion*, la suspension prévue en présence d'une prescription ne s'applique pas³. En droit du contrat, le contractant doit donc exercer une action en justice.

2/ L'effet de la prescription : l'extinction de l'action en paiement

708. L'effet de la prescription extinctive consiste à infliger au créancier une déchéance : il perd son action en paiement contre son débiteur. En régime général de l'obligation, cette déchéance sera toutefois soumise à deux types de régime.

Le plus souvent, le créancier perd son titre (ce qui signifie que la dette n'existe plus objectivement). La prescription extinctive (de droit commun) est une exception inhérente à la dette : ni le débiteur, ni son garant personnel ne sont tenus. La dette prescrite disparaît objectivement.

Parfois, le créancier ne perd que son action en paiement contre le débiteur : la dette continue d'exister objectivement, de sorte qu'il peut agir contre un tiers (tenu de la payer). La prescription extinctive est alors soumise au régime de l'exception purement personnelle.

La prescription extinctive est donc devenue complexe, non pas en raison des textes, mais de la jurisprudence contemporaine, qui est seule à l'origine de la distinction entre exception inhérente à la dette (a) et exception purement personnelle (b) en matière de prescription extinctive.

a/ La prescription, exception inhérente à la dette : l'extinction objective de la dette

709. La prescription extinctive est en principe une **exception inhérente à la dette**. Cela signifie que le créancier est déchu de toute action en paiement, aussi bien contre le débiteur que contre un tiers (garant) : la dette disparaît objectivement.

La prescription acquise signifie que la dette disparaît objectivement, avec tous ses accessoires (sûretés personnelles ou réelles). Le débiteur est définitivement libéré, comme s'il avait payé.

– S'il avait consenti une hypothèque, son immeuble redevient libre.

¹ Art. L 114-2 c. ass. : « La prescription est interrompue par une des causes ordinaires d'interruption de la prescription et par la désignation d'experts à la suite d'un sinistre. L'interruption de la prescription de l'action peut, en outre, résulter de l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception adressée par l'assureur à l'assuré en ce qui concerne l'action en paiement de la prime et par l'assuré à l'assureur en ce qui concerne le règlement de l'indemnité. »

² Civ. 2^e, 8 juin 2017 n°16-19.161, Bull. (disposition applicable à la créance de cotisation, mais pas à la créance de franchise).

³ Civ. 3^e, 5 janvier 2022, n° 20-22.670 (n° 22 FS-B) ; D. 2022 p.9 : (abstrat) « Il résulte de l'article 2220 du code civil que les dispositions régissant la prescription extinctive ne sont pas applicables aux délais de forclusion, sauf dispositions contraires prévues par la loi. » (la suspension de la prescription prévue par l'article 2239 c. civ. n'est pas applicable au délai de forclusion établi à l'art. 1648 c. civ. selon lequel l'action résultant de vices rédhibitoires doit être intentée dans le délai de deux ans).

– La caution est libérée : elle oppose au créancier une exception inhérente à la dette. Il en va ainsi quand un débiteur (consommateur) invoque la prescription biennale (art. L 218-2 c. conso.¹) envers un créancier professionnel qui a trop attendu avant de réclamer paiement : la jurisprudence (après revirement : Civ. 1^{ère}, 11 décembre 2019²) décide désormais que la caution est libérée, au même titre que le débiteur (Civ. 1^{ère}, 20 avril 2022³), solution avalisée à l'article 2298 c. civ.⁴, depuis l'ordonnance du 15 septembre 2021.

Invoquée par le débiteur lors d'une action en justice (action en paiement) ou opposée lors d'une demande d'exécution, l'exception de prescription est légalement une exception inhérente à la dette, mais le législateur montre une certaine ambivalence :

– Comme toute exception inhérente à la dette, le débiteur ou ses créanciers impayés peuvent l'invoquer (c'est une variété d'action oblique, prévue à l'article 2253 c. civ.⁵) : en limitant le passif, les créanciers impayés accroissent leur chance de paiement (et si le débiteur est insolvable, ils accroissent leur quote-part). L'exception de prescription peut être invoquée à n'importe quel stade de la procédure (art. 2248 c. civ.⁶) : et peu importe le comportement du débiteur.

– En revanche, le débiteur (solvable) peut renoncer (explicitement ou implicitement) à invoquer l'exception de prescription ; si le débiteur omet (par ignorance) de l'invoquer, le juge ne suppléera pas d'office ce moyen (art. 2247 c. civ.⁷). Ces solutions cadrent mal avec l'exception inhérente à la dette.

¹ Art. L 218-2 c. conso. : « L'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans. »

² Civ. 1^{ère}, 11 décembre 2019, n°18-16.147, Bull. ; D. 2019, p. 2404 . D. 2020. 523, note M. Nicolle, et 624, obs. E. Poillot ; AJ contrat 2020. 101, obs. D. Houtcieff ; Rev. prat. rec. 2020. 14, obs. M. Aressy, M.-P. Mourre-Schreiber et U. Schreiber ; RTD civ. 2020. 161, obs. C. Gijssbers ; Gaz. Pal. 2020, n°371m3, p. 66, note M. Bourassin, et 18 févr. 2020, n°370p0, p. 34, obs. M.-P. Dumont ; JCP 2020. Doctr. 436, n°9, obs. P. Simler ; RDBF 2020. Comm. 3, obs. crit. D. Legeais ; RDC 2020. 42, note R. Libchaber : (abstrat) « Une cour d'appel a exactement retenu qu'en ce qu'elle constitue une exception purement personnelle au débiteur principal, procédant de sa qualité de consommateur auquel un professionnel a fourni un service, la prescription biennale prévue à l'article L. 218-2 du code de la consommation ne pouvait être opposée au créancier par la caution. »

³ Civ. 1^{ère}, 20 avril 2022, n° 20-22.866 ; Bull. ; D. 2022, p.790 : « Il y a donc lieu de modifier la jurisprudence et de décider désormais que, si la prescription biennale de l'article L. 218-2 du code de la consommation procède de la qualité de consommateur, son acquisition affecte le droit du créancier, de sorte qu'il s'agit d'une exception inhérente à la dette dont la caution, qui y a intérêt, peut se prévaloir, conformément aux dispositions précitées du code civil. »

⁴ Art. 2298 c. civ. : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293. (...) »

⁵ Art. 2253 c. civ. : « Les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer ou l'invoquer lors même que le débiteur y renonce. »

⁶ Art. 2248 c. civ. : « Sauf renonciation, la prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la cour d'appel. »

⁷ Art. 2247 c. civ. : « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. »

b/ La prescription, exception purement personnelle : l'extinction de l'action en paiement contre le seul débiteur

710. La **prescription, exception purement personnelle**, signifie que seul le débiteur est protégé. L'action en paiement peut donc être exercée par le créancier, lorsqu'un tiers garantit la dette du débiteur ; en revanche, privé de toute action personnelle contre le débiteur, le créancier perd le bénéfice des sûretés réelles constituées sur le débiteur (mais pas celles constituées sur un tiers). Consacré par la seule jurisprudence, ce régime spécifique est doté d'un domaine d'application étroit, et sa justification est fragile.

Le *domaine d'application* de la prescription soumise au régime de l'exception purement personnelle est probablement restreint à certaines prescriptions brèves.

- En présence d'une dette solidaire, la qualité de consommateur d'un des membres du groupe ne devrait pas conduire à décharger les autres membres du groupe, lorsque le créancier exerce une action en paiement plus de deux ans après la livraison du bien ou du service. La prescription extinctive biennale (art. L 218-2 c. conso.¹) devrait être un bénéfice purement personnel à l'un des codébiteurs solidaires.
- La forclusion de créance pour défaut de déclaration au passif d'un débiteur professionnel en procédure collective est un bénéfice purement personnel au débiteur professionnel (et peut-être au débiteur particulier surendetté²) (Com., 12 juillet 2011³). Dans ce cas, la caution (art. 2298 al. 2 c. civ.⁴) est tenue de payer, tout comme le coobligé.

Telle qu'elle est prévue par la jurisprudence contemporaine, la prescription extinctive (et la forclusion) soumise au régime de l'exception purement personnelle a pour but de cantonner le risque de perte auquel le créancier est exposé : malgré sa négligence (en réalité toute relative, en raison de la brièveté des délais de prescription), il pourra (à certaines conditions spécifiques : infra) obtenir paiement de la part d'un garant personnel.

710-1. La **qualification duale de la prescription extinctive et de la forclusion de créance**, exception inhérente à la dette ou purement personnelle au débiteur, implique des conséquences non seulement pour la caution, mais également pour le débiteur surendetté (toujours tenu de rembourser).

¹ Art. L 218-2 c. conso. : « L'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans. »

² Le domaine d'application de la forclusion, exception purement personnelle au débiteur en faillite, vaut également en présence d'une indivision : le conjoint in boni doit payer sur la fraction du bien qu'il a reçu (Com., 10 mai 2012, n°10-20.974). Par analogie, il est probable que le même régime sera applicable au débiteur surendetté.

³ Com., 12 juillet 2011, n°09-71.113

⁴ Art. 2298 al. 2 c. civ. : « Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire. »

En présence d'un débiteur professionnel, la jurisprudence distingue selon que la créance non déclarée est valide ou rejetée (Com., 4 mai 2017¹).

En droit du surendettement, tout paiement effectué au créancier par un garant, personne physique, donne lieu à recours contre le débiteur² : le débiteur surendetté doit rembourser la caution (personne physique), à raison d'une dette qu'il ne doit plus au créancier forclos³. En effet, le droit du surendettement interdit tout effacement d'une dette payée par une caution, personne physique : la dette cautionnée (et payée par cette caution) générera un passif à vie, et aucune mesure ne permettra de l'apurer.

(711- à 723. : réservés)

724. En somme, la **prescription extinctive** éteint la dette dont est tenu le débiteur, mais deux statuts coexistent.

En présence d'une prescription extinctive de droit commun, la dette disparaît objectivement : c'est une exception inhérente à la dette, que le débiteur ou ses créanciers impayés doivent invoquer. La dette disparaît objectivement : ni le débiteur, ni ses garants personnels, ni les coobligés ne paieront. Le créancier subit alors une perte sèche.

En présence d'une prescription extinctive spéciale ou d'une forclusion de créance pour défaut de déclaration au passif, la dette demeure objectivement : c'est une exception purement personnelle. Dans ce dernier cas, la dette existe, mais sans le débiteur : les coobligés et le garant personnel devront payer.

La qualification de l'exception, inhérente à la dette ou purement personnelle, possède donc un impact : le créancier subit la perte dans un cas ; le garant personnel la subit dans l'autre.

II/ La force majeure

725. La **force majeure**, définie en droit du contrat à l'article 1218 c. civ.⁴, mais relevant du régime général de l'obligation, désigne un phénomène qui empêche l'exécution de la prestation par

¹ Com., 4 mai 2017, n°15-24.854, Bul. ; D. 2017, somm., p. 975 ; JCP 2017, éd. G, II, 673, note Jean-Jacques Ansault ; Gaz. Pal. 2017, n°24, p. 60, note Pierre Michel Le Corre ; RJDA 2017, n°477 : (abstrat) « (...) la décision par laquelle le juge-commissaire retient qu'une créance a été irrégulièrement déclarée et ne peut être admise au passif est, au sens [de l'article L 624-2 c. com.], une décision de rejet de la créance, qui entraîne, par voie de conséquence, l'extinction de la sûreté qui la garantissait. »

² Art. L 742-22 al. 1^{er} c. conso. : « La clôture entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, arrêtées à la date du jugement d'ouverture, à l'exception de celles dont le montant a été payé en lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques.

³ Art. L 742-10 c. conso., la créance est éteinte par la forclusion.

⁴ Art. 1218 al. 1^{er} c. civ. : « 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.

le débiteur. L'inexécution de la prestation est établie, sans être imputable au débiteur. Elle produit différents effets.

Le premier effet consiste à désactiver, temporairement ou définitivement, la force obligatoire de l'obligation (art. 1218 al. 2 c. civ.¹).

- La *suspension temporaire* de l'obligation signifie que l'obligation sera exécutée avec retard². Puisque le débiteur est irresponsable, il ne doit aucun intérêt moratoire, même quand l'exécution de la prestation est soumise à délai de rigueur.
- La *force majeure définitive* (destruction d'un logement loué) produit les effets d'une résolution, laquelle « met fin au contrat » (art. 1229 al. 1^{er} c. civ.) et plus généralement à l'obligation.

En présence d'une force majeure définitive, il faudra alors identifier celui sur qui pèse le risque de perte de la prestation ou du bien, objet de la prestation. C'est la théorie des risques : lorsque le bien loué ou vendu est détruit par la force majeure, le locataire ou l'acquéreur doivent-ils verser la contrepartie initialement prévue ?

Lorsque la force majeure survient après une mise en demeure du débiteur, la charge normale des risques sera modifiée : le vendeur d'un bien, mis en demeure de le livrer, subit désormais le risque de perte, normalement assumé par le propriétaire (donc l'acquéreur).

La force majeure possède donc deux effets : la théorie des risques (1) identifie celui qui subit la perte de la prestation ; la mise en demeure modifie le risque de perte d'un bien (2).

1/ La théorie des risques : perte de la contrepartie ou du bien

726. La **théorie des risques** a pour objet de déterminer la conséquence de la libération définitive du débiteur pour cause de force majeure (art. 1218 c. civ.³). Si l'immeuble loué ou vendu est détruit par force majeure, le locataire ou l'acquéreur doit-il payer le loyer pour l'un, le prix d'achat pour l'autre ? En réalité, il existe deux types de perte : celle de la contrepartie (lorsque le contrat est synallagmatique) et celle de l'objet de la prestation (lorsqu'elle porte sur un bien à transférer).

¹ Art. 1218 al. 2 c. civ. : « Si l'inexécution n'est pas irrémédiable, le contrat peut être suspendu. Si l'inexécution est irrémédiable, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1328 et 1328-1. »

² Civ. 3^e, 22 fév. 2006, n°05-12032

³ Art. 1218 c. civ. : « 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.

« 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. 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. »

– La *perte de la contrepartie* conduira à savoir si un principe d'équilibre est ou non appliqué, lorsque la prestation n'est pas exécutée pour cause de force majeure. Face à la destruction du local loué, soit le locataire doit continuer de payer le loyer : il assume le risque de déséquilibre ; soit le locataire ne paye plus les loyers, car le principe d'équilibre s'applique.

– La *perte de la prestation* conduira à déterminer le moment à partir duquel les risques de destruction fortuite d'un bien sont transférés, de l'un (vendeur) à l'autre (acquéreur). Si, après la conclusion de la vente, le bien vendu est détruit par la force majeure, la perte est-elle subie par le vendeur (qui ne livre pas) ou par l'acquéreur ? Le risque de perte de la prestation a donc pour objet de déterminer la date de transfert des risques.

En droit positif, la théorie des risques a ainsi pour fonction d'identifier celui qui devra subir la perte, ce qui conduit à dissocier ces deux types de risques, qui sont en pratique combinés. Si la perte du bien est subie par l'acquéreur et si l'on applique le principe d'équilibre, on dira que : l'acquéreur d'un bien perdu après la vente (et donc non livré) doit en payer le prix. Si le service n'est pas rendu et que l'on applique le principe d'équilibre, on dira que : le bailleur ne procure pas la jouissance du local et il ne perçoit pas les loyers.

727. En droit du contrat, la **perte de la contrepartie** est subie par le contractant subissant la force majeure. Le principe d'équilibre, propre au contrat synallagmatique, est appliqué ; il est hors de cause, quand le contrat est unilatéral¹ ou si l'obligation est légale.

En présence d'un *contrat synallagmatique*, le service qui n'est pas rendu n'est pas payé. *Res perit debitori* signifie que le risque de perte pèse sur le débiteur (du service). Le local détruit par force majeure interdit au bailleur de rendre service (jouissance du local) : le bailleur n'encaisse pas le loyer (art. 1722 c. civ.²). Le transporteur qui ne transporte pas rembourse le prix du billet. La logique du donnant-donnant, également applicable en cas d'inexécution³, préserve l'équilibre dans l'échange. Le service non rendu (pour cause de force majeure) oblige à rembourser le prix du service. Le prestataire de service est libéré par la force majeure (premier effet direct), mais il doit rembourser s'il a obtenu paiement : le transporteur rembourse au voyageur le prix du billet. Si la force majeure empêche la prestation de l'un (le vendeur ne peut pas transférer la propriété d'un bien qui n'existe plus), l'autre ne verse pas non plus le sien (l'acquéreur n'a rien acheté : il ne paye rien). Ce principe d'équilibre s'applique dans le silence du contrat : les parties peuvent, par une clause spéciale contraire, décider que le locataire continuera de verser le loyer, même si le bien loué est détruit par cas fortuit (*infra*). La *perte de la contrepartie est ainsi subie par le contractant subissant la force majeure* : le risque de

¹ La perte de la sûreté (par cas fortuit) oblige le débiteur à remplacer la sûreté.

² Art. 1722 c. civ. : « Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit [...]. Il n'y a lieu à aucun dédommagement. »

³ Ainsi, pour l'exception d'inexécution ou la réduction de prix. Voir Droit du contrat,

déséquilibre n'est pas supporté par le cocontractant. Le risque de perte est donc minimisé : pas de local, pas de loyer.

En revanche, le *prix du séjour payé n'est donc pas remboursable*. Le créancier qui ne peut pas profiter du service qu'il a payé pour cause de force majeure reste tenu de la contrepartie. Le client d'un hôtel, victime d'une maladie, et qui ne peut pas profiter de son séjour subit une force majeure : mais il est seulement empêché de profiter de la prestation (Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2020¹).

728. La **perte de la prestation** est une question différente, car il s'agit de déterminer le moment à partir duquel les risques sont transférés. Dans le silence d'un contrat translatif de propriété, le risque de destruction du bien est assumé par son propriétaire : les risques sont transférés en même temps que la propriété, sauf clause contraire.

En présence d'un *contrat translatif de propriété*, le bien vendu sera aux risques de son propriétaire. (*res perit domino*, art. 1196 c. civ.²).

– En cas de vente d'un corps certain, la propriété et les risques (de destruction du bien) sont transférés dès l'échange des consentements : l'acquéreur devient propriétaire du bien dès que l'accord définitif est acquis, donc avant même que le bien identifié (corps certain) ne soit livré.

– En présence d'une chose de genre (trois tonnes de charbon), la propriété et les risques sont transférés lorsque le bien est individualisé : si le stock de charbon est détruit avant l'individualisation, la perte est subie par le vendeur.

– En présence d'un corps certain qui doit être livré, une clause spéciale ou une disposition de la loi peut retarder la date de transfert de la propriété et des risques. Le constructeur d'une maison ne transfère les risques que lors de la livraison (art. 1788 c. civ.³) ; en conséquence, si la maison est détruite avant la livraison, la perte (pour cause de force majeure) est subie par l'entrepreneur⁴.

Le propriétaire actuel d'un bien est celui qui tire profit (de l'inflation monétaire dont son bien fait l'objet) et qui se charge donc des risques (de perte) de sa chose.

Le contrat peut néanmoins prévoir, par une clause expresse, une date de transfert des risques différente de la date de transfert de la propriété. Le contrat de vente peut prévoir que les risques (de perte du bien) seront transférés à l'acquéreur à compter de la livraison ou du paiement : l'acquéreur est propriétaire dès l'accord

¹ Civ. 1^{ère}, 25 novembre 2020, n°19-21.060, Bull. ; D. 2021, p.1143 : « le créancier qui n'a pu profiter de la prestation à laquelle il avait droit ne peut obtenir la résolution du contrat en invoquant la force majeure. »

² Art. 1196 c. civ. : « 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 délivrer 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. »

Anc. art. 1138 c. civ. : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul échange des consentements./ 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 ».

³ Art. 1788 c. civ. : « 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. »

⁴ En cas de vente d'une maison à construire, le transfert de la propriété et des risques a lieu à compter de la livraison. En conséquence, selon Civ. 3e, 25 mai 2022, n°21-15.883, Bull. : « Avant la réception de l'ouvrage, un orage de grêle avait provoqué la destruction d'une partie de la toiture et l'effondrement des plafonds[.] La cour d'appel en a exactement déduit,(..) que le constructeur devait supporter le coût des travaux de réparation de la maison qu'il devait livrer. »

définitif, mais n'assume les risques que lors de l'exécution réciproque (à savoir lors du paiement) ou lors de la mise en possession (date de livraison). Dans le contrat de crédit-bail, une clause de style prévoit systématiquement que la banque, propriétaire des biens loués, ne subit pas le risque de perte, qui sera donc assumé par le loueur, possesseur du bien ayant vocation à en devenir propriétaire. Le contrat de crédit-bail prévoit que le crédit-preneur assume immédiatement le risque de perte de la chose, mais qu'il n'en deviendra propriétaire que plus tard (avec ou sans option d'achat).

Le risque de perte d'un bien impose donc d'identifier le moment auquel s'effectue le transfert des risques. Dans le silence du contrat, les risques sont transférés en même temps que la propriété. Une clause contraire peut dissocier transfert de la propriété et transférer des risques (de perte) : l'acquéreur, propriétaire du bien, n'assumera les risques que plus tard ou bien avant (crédit-bail).

729. La **théorie des risques** a donc pour fonction d'identifier celui qui subit la perte de la contrepartie et la date à laquelle les risques de perte du bien sont transférés, en cas de force majeure.

En principe, et sauf clause contraire, la perte de la contrepartie est subie par le contractant qui subit la force majeure. Le bailleur, propriétaire du bien, subit la perte des loyers ; il subit la perte de son bien, car il en assume les risques en sa qualité de propriétaire. L'acquéreur, en sa qualité de propriétaire, subit la perte de sa chose, et il doit en payer le prix, car il a obtenu la contrepartie (la propriété du bien, ultérieurement perdu).

Une clause explicite peut modifier la date à laquelle les risques seront transférés ou ne pas appliquer le principe d'équilibre. Ainsi, le crédit-preneur sera-t-il tenu de verser le loyer, même si le bien est détruit par force majeure : la date de transfert des risques est dissociée de la date de transfert de la propriété. De même, le créancier pourra contraindre son débiteur à donner de nouveaux biens en gage, si les biens initialement donnés sont perdus par cas fortuit. Le but de la clause consiste donc à transférer la charge de l'assurance sur celui qui est en possession du bien (crédit-preneur) ou celui qui ne l'est pas (débiteur donnant ses meubles en gage).

La théorie des risques n'est donc pas impérative : la réparation des risques est supplétive de volonté, et c'est un élément qui participe à l'équilibre du contrat : le prix d'un bien ou service inclut ou non la charge de l'assurance-dommage. C'est la raison pour laquelle le contrat peut modifier la date de transfert des risques. La loi prévoit d'ailleurs ponctuellement la solution, en régime général des obligations.

2/ La modification des risques : les effets de la mise en demeure

730. La **modification des risques** a lieu en présence d'une mise en demeure (restée infructueuse) : celui qui assume en temps normal les risques de perte d'un bien pourra les transférer sur l'autre, quand il n'exécute pas correctement ses obligations. Le transfert des risques par la mise en demeure n'interdit toutefois de prouver que la perte serait survenue en tout état de cause.

La *mise en demeure transfère le risque*. La solution, affirmée par l'article 1351 c. civ.¹, est appliquée également en droit des contrats spéciaux.

¹ Art. 1351 c. civ. : « 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. »

- Ainsi, le vendeur mis en demeure de délivrer doit assumer le risque de perte de la chose (art. 1196 al. 3 c. civ.¹) : on estime que, si la chose avait été livrée en temps et en heure, l'acquéreur aurait pu éviter la perte.
- Normalement, l'ouvrier subit la perte quand il fournit la matière (si le tissu sur lequel travaille l'ouvrier est détruit par force majeure, il subit la perte) ; mais subira la perte le client mis en demeure de prendre livraison du travail de l'ouvrier (art. 1788 c. civ.²).
- De même, le débiteur (transporteur) demeure également responsable, lorsqu'il a été mis préalablement en demeure d'exécuter et que survient ensuite une force majeure définitive : si le débiteur avait exécuté à l'échéance sa prestation (son transport), le contrat aurait pu être exécuté et la marchandise n'aurait pas été détruite.

L'article 1351-1 c. civ.³ établit néanmoins une *exception*, en réalité pour identifier la cause exacte de la destruction. Si la marchandise à livrer était vouée à disparaître, en raison de son vice caché, la mise en demeure adressée au transporteur ne change rien : le propriétaire continue de devoir assumer les risques, ici de destruction fortuite de sa chose.

Il faut donc distinguer parmi les risques de destructions. La destruction pour cause de force majeure est un risque qui pèse sur celui qui est mis en demeure : s'il avait exécuté à temps, la perte n'aurait pas eu lieu. La destruction par cas fortuit est un risque qui continue de peser sur le propriétaire de la chose : la survenance de la force majeure n'est pas causale.

(731- à 739. : réservés)

III/ La caducité

740. La **caducité** signifie que l'obligation sera privée de sa force obligatoire (alors même que l'obligation s'est valablement formée) à la suite de la disparition d'un de ses éléments essentiels. Par exemple, l'obligation de verser une somme à son ex-conjoint devient caduque quand l'entretien de l'enfant n'est plus assuré par l'ex-conjoint⁴. Prévue en droit du contrat mais là encore généralisable

¹ Art. 1196 al. 3 c. civ. : « 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, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1. »

² Art. 1788 c. civ. : « 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. »

³ Art. 1351-1 c. civ. : « 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. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 30 octobre 2008, n°07-17.646 ; Bull. n°241 ; Dalloz 2009, p. 747, chron. C. Creton ; RTD civ. 2009. 111, obs. Jean Hauser, et 118, obs. B. Fages ; Defrénois 2009, art. 38916, obs. Rémy Libchaber ; JCP 2009. II. 10000, obs. Dimitri Houtcieff ; RDC 2009. 49.

en régime général de l'obligation, la caducité est le seul cas d'atteinte directe à la force obligatoire d'une obligation (contractuelle ou légale)¹.

L'obligation devient un titre sans valeur juridique : selon l'article 1187 c. civ.², « La caducité met fin au contrat ». Le créancier ne peut plus « se prévaloir » de l'obligation, et il faudra éventuellement procéder à des restitutions.

740-1. La **caducité** crée un risque de perte pour le créancier, qui n'obtiendra pas l'exécution. Prévue essentiellement en droit du contrat, la mesure a également vocation à s'appliquer plus généralement en régime général des obligations, mais sans transformer sa fonction.

En *droit du contrat*, la caducité est prévue (art. 1186 c. civ.³) lorsque l'exécution du contrat devient sans intérêt (sans cause, sans but)⁴. À quoi bon rembourser un emprunt immobilier pendant vingt ans, lorsque la vente immobilière a été annulée ? Ces cas sont transposables en régime général des obligations. À quoi bon payer une obligation légale au profit d'un créancier qui n'est plus territorialement compétent (territoire devenant indépendant, organisme social cessant de fonctionner) ?

En droit des contrats spéciaux, la caducité est également prévue, mais elle possède une fonction différente. Ainsi, le cautionnement réglementé par le code de la consommation prévoit-il une caducité conditionnelle en cas de cautionnement manifestement excessif contracté par une caution, personne physique, au profit d'un créancier professionnel. Ce dernier perdra alors sans contrepartie le bénéfice de sa sûreté personnelle.

L'obligation devenue caduque produit les effets d'une résiliation (pour l'avenir) et éventuellement d'une résolution (pour le passé) : le droit du contrat précise la date à partir de laquelle la prestation cesse d'être due (art. 1187 c. civ.⁵), spécifiquement pour préserver l'équilibre de l'échange. Tout versement indu sera logiquement répété, et soumis aux restitutions (art. 1352 et suiv. c. civ.) prévues en régime général des obligations. Là encore, la caducité ne produit aucun effet spécifique, qui justifierait son inclusion au régime général des obligations.

¹ La force obligatoire du contrat de donation est pareillement anéantie dans certains cas. Voir : art. 953 c. civ. : « La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants. »

² Art. 1187 c. civ. : « La caducité met fin au contrat.
« Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. »

³ Art. 1186 c. civ. : « 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.
« La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. »

⁴ *Droit du contrat*, n°708.

⁵ Art. 1187 c. civ. : « La caducité met fin au contrat.
« Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. »

1/ Les cas de caducité

741. La caducité est légalement prévue dans **trois cas de figure** : soit une loi ponctuelle en décide ainsi ; soit le débiteur est confronté à des difficultés d'exécution ; soit la caducité répond au cadre fixé en droit du contrat.

Une *disposition ponctuelle de la loi* admet la caducité afin d'adapter l'obligation à la survenance d'un événement imprévu :

- Des lois spéciales ont admis la résiliation de contrats conclus à durée déterminée¹, en raison de la forte inflation survenue après les deux guerres mondiales ;
- En droit des successions, le pré-décès d'un successible rend caduc le legs dont il était gratifié (art. 1039 c. civ.²) ; le legs est également caduc, lorsque le bien légué disparaît (art. 1042 c. civ.³) ;
- La loi peut considérer qu'une décision aura le statut d'une opinion, librement révocable : en matière d'examen génétique⁴ ; en droit de la famille⁵ ;
- La jurisprudence a admis que l'obligation de verser une somme à son ex-conjoint devient caduque quand l'entretien de l'enfant n'est plus assuré par l'ex-conjoint⁶

En droit du contrat, la caducité de l'article 1186 c. civ. répond à une vision restreinte : le contrat devenu inutile n'a plus à être exécuté.

- Le contrat perd « un élément essentiel » (art. 1186 al. 1^{er} c. civ.⁷) en raison d'une modification des circonstances : l'obligation de partager un gain devient caduque quand le salarié a démissionné⁸.
- En présence de contrats interdépendants, l'annulation du contrat primaire entraîne la caducité du contrat secondaire. Ainsi, l'annulation de la vente peut entraîner la caducité du

¹ Les lois du 21 janvier 1918 et du 22 avril 1949 ont permis à un contractant de résilier un contrat conclu sur une durée déterminée : la caducité de la clause relative à la *durée* dans les contrats de fourniture à long terme a été désactivée, en raison de l'inflation monétaire créée par l'État pendant les deux guerres mondiales.

² Art. 1039 c. civ. : « Toute disposition testamentaire sera caduque si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur. » ;

³ Art. 1042 c. civ. : « Le legs sera caduc si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur. »

⁴ Art. 16-10 c. civ. : « L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique./ Le consentement exprès de la personne (...) est révocable sans forme et à tout moment. »

⁵ Art. 1096 c. civ. : « La donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage est toujours révocable. »

⁶ Civ. 1^{ère}, 30 octobre 2008, n°07-17.646 ; Bull. n°241 ; Dalloz 2009, p. 747, chron. C. Creton ; RTD civ. 2009. 111, obs. Jean Hauser, et 118, obs. B. Fages ; Defrénois 2009, art. 38916, obs. Rémy Libchaber ; JCP 2009. II. 10000, obs. Dimitri Houtcieff ; RDC 2009. 49.

⁷ Art. 1186 al. 1^{er} c. civ. : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. »

⁸ Civ. 1^{ère}, 10 septembre 2015, n°14-20.498, inédit ; Dalloz 2015 p.2361 ; Denis Mazeaud, *La disparition de la cause d'un engagement unilatéral de volonté*, Dalloz 2015 p.2361.

prêt : Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997¹. Mais il faut que la dépendance du contrat primaire soit connue du cocontractant : « La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. » (art. 1186 al. 2 c. civ.).

2/ Les effets de la caducité

742. Les **effets de la caducité** se bornent normalement à priver de cause le contrat pour l'avenir : la caducité prend la forme d'une résiliation. Le contrat « prend fin ».

La caducité opère pour l'avenir en présence d'un contrat à exécution successive. La caducité prendra alors la forme d'une *résiliation*. Ainsi, la caducité du prêt (consécutive à l'annulation de la vente) conduira à valider les remboursements déjà effectués ; les échéances futures sont seules concernées par la caducité.

En présence d'un contrat à exécution instantanée, le contrat caduc sera intégralement résolu. L'article 1187 c. civ. al. 2 c. civ. réserve le cas des restitutions à opérer.

(743- à 748. : réservés)

749. L'**extinction de l'obligation sans exécution est légalement prévue** en présence d'une inertie du créancier, qui subit la prescription ou la forclusion ; en présence d'une force majeure ou d'une caducité. Ces événements affectent plus ou moins gravement le créancier.

La prescription se traduit par une *perte sèche* pour le créancier, définitivement privé de l'accès à la ressource. En cas de forclusion, le créancier subira un risque légèrement moindre, car l'exception est purement personnelle au débiteur : un garant personnel doit payer (et doit assumer l'impayé). Dans ces deux cas, le créancier subit un impayé.

En cas de force majeure ou de caducité, l'un des contractants *perd le bénéfice de l'obligation*, soit pour l'avenir (résiliation), soit purement et simplement (résolution).

¹ Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997, n°95-15642, Bull. n°224 ; Dalloz 1998 p. 32, note Laurent Aynès ; Defrénois, 1997, p. 1251, note Laurent Aynès : « les parties avaient entendu subordonner l'existence d'un prêt à la réalisation de la vente en vue de laquelle il avait été conclu, de sorte que les deux contrats répondaient à une cause unique ; elle a donc retenu à bon droit, non que l'obligation de l'emprunteur était dépourvue de cause, mais que l'annulation du contrat de vente avait entraîné la caducité du prêt. » ; Ch. mixte, 17 mai 2013, n°11-22.927, Bull. mixte n°1 ; JCP E 2013, Actualités, n°371. Voir aussi Civ. 1^{ère}, 4 avril 2006, n°02-18277 : (la durée de l'approvisionnement conclue avec le fournisseur est différente de celle conclue avec le client) « les deux conventions constituaient un ensemble contractuel indivisible, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la résiliation du contrat d'exploitation avait entraîné la caducité du contrat d'approvisionnement, libérant la société des stipulations qu'il contenait (...) ».

§2^{ème}/ La décision du créancier de renoncer à la prestation : *la remise de dette*

750. La **décision du créancier** de renoncer à la prestation s'explique souvent par les difficultés d'exécution que traverse le débiteur, qui menace de ne pas fournir la contrepartie. Le créancier accepte de renoncer à son dû, par une remise de dette qui se traduira par une perte sèche.

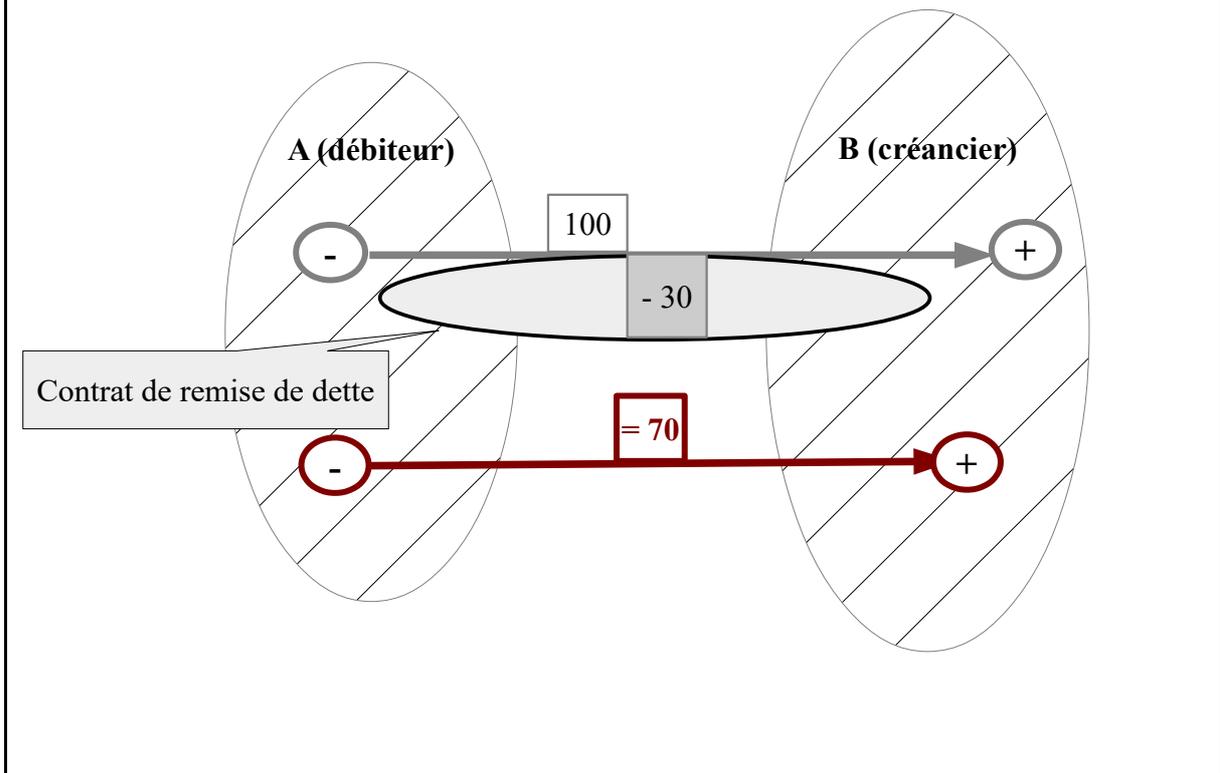
La *remise de dette* a pour objet de décharger partiellement ou totalement le débiteur de sa dette. Cette réduction ou suppression de l'obligation est une modification substantielle de l'obligation : normalement, le créancier doit consentir, mais le droit de la faillite prévoit un régime dérogatoire. Le régime de la remise conventionnelle de dette (I) se distinguera donc de celui de la remise judiciaire de dette (II).

I/ La remise conventionnelle de dette

751. La **remise conventionnelle de dette** résulte d'un acte gracieux du créancier, qui accorde décharge, totale ou partielle, à son débiteur. Selon l'article 1350 c. civ., « La remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation. » Le créancier et le débiteur concluent un contrat par lequel, de son plein gré, le créancier renonce à tout ou partie de sa créance (schéma 6.5).

Schéma
6.5

Remise (volontaire) de dette



Telle qu'elle est envisagée par l'article 1350 c. civ., cette remise de dette résulte d'un contrat, ce qui suppose un *accord explicite* entre le créancier et son débiteur.

- Aucune condition de forme n'est exigée : aucun acte notarié est exigé, ni aucun écrit (sauf à titre probatoire).
- Dans ce contrat, qui suppose une offre (émanant normalement du créancier) et une acceptation (par le débiteur), le créancier peut poser une condition : la dette est certes partiellement réduite pour l'avenir, mais le passif échu doit être payé à bref délai ; ou bien, le débiteur est certes déchargé du passif échu, mais il fournit un garant personnel pour garantir le passif à échoir. Le contrat proposé par le créancier peut donc contenir une condition que le débiteur n'est pas prêt à (ou ne peut pas) accepter.

La remise conventionnelle de dette se forme donc comme tout contrat : le créancier fait une offre au débiteur, qui l'accepte normalement explicitement (en remerciant). Si une condition est exigée par le créancier, il doit la mentionner explicitement. Dans les deux cas, la remise de dette produit un effet conforme à la volonté du créancier.

751-1. Il existe une certaine **variété de régimes** de remises conventionnelles de dettes, issues de dispositions ponctuelles voire de jurisprudences dotées d'un domaine d'application étroit.

En droit général du contrat, une jurisprudence désormais ancienne (Req., 29 mars 1938¹) a admis que la remise de dette proposée par le créancier (bailleur, en l'occurrence) peut résulter d'une *acceptation implicite* par le débiteur (locataire resté silencieux). L'offre faite dans l'intérêt exclusif du destinataire est un cas (exceptionnel) dans lequel le silence vaut acceptation. La solution est conforme à la théorie solidariste : le bailleur doit être cohérent avec son intention initiale, sans pouvoir se rétracter en invoquant l'absence d'acceptation. La volonté du bailleur *doit* exister en droit. L'acceptation implicite du débiteur est réputée avoir eu lieu, parce que le créancier n'a posé aucune condition (implicite).

En cas de faillite du débiteur, la procédure de sauvegarde peut conduire à l'adoption d'un plan par lequel des créanciers accordent ou non des remises de dette (ou des délais). Une disposition ponctuelle (art. L 626-30-2 al. 2 c. com.², issu de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle) prévoit que la remise de dette accordée par le créancier octroyant un concours financier au débiteur professionnel (privilège de l'argent frais) est toujours individuelle et explicite, tandis que les autres créanciers peuvent se voir imposer la décision majoritaire du comité de créanciers auxquels ils appartiennent.

752. L'**effet de la remise conventionnelle de dette** conduit à libérer le débiteur, à hauteur du montant remis. La dette disparaît objectivement : ni le débiteur, ni son garant personnel ne sont tenus.

La remise conventionnelle de dette est donc une *exception inhérente à la dette*, comme l'est l'exception de prescription. L'obligation s'éteint, avec tous ses accessoires : le créancier qui décharge le débiteur ne pourra pas agir contre le garant personnel. La solution est explicitement

¹ Un bailleur avait consenti une remise partielle de loyers à son locataire ; le locataire ne payant toujours pas ses loyers, le bailleur engage alors des poursuites pour obtenir paiement de l'intégralité des loyers toujours impayés (révocation de l'offre) ; le locataire affirme alors que la remise des loyers doit lui profiter.

² Art. L 626-30-2 c. com. : « Le débiteur, avec le concours de l'administrateur, présente aux comités de créanciers des propositions en vue d'élaborer le projet de plan mentionné à l'article L. 626-2. Tout créancier membre d'un comité peut également soumettre un projet de plan qui fera l'objet d'un rapport de l'administrateur.

« Les projets de plan proposés aux comités ne sont soumis ni aux dispositions de l'article L. 626-12 ni à celles de l'article L. 626-18, à l'exception de son dernier alinéa. Chaque projet peut notamment prévoir des délais de paiement, des remises et, lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports, des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. Chaque projet peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient. Ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais qui n'auraient pas été acceptés par les créanciers les créances garanties par le privilège établi au premier alinéa de l'article L. 611-11. »

affirmée à l'article 1350-2 c. civ. : « La remise de dette accordée au débiteur principal libère les cautions, même solidaires. »

Mais la situation sera plus complexe quand il existe une *pluralité de débiteurs*. Lorsqu'un créancier dispose de plusieurs codébiteurs solidaires, la décharge donnée à l'un des codébiteurs sans autre précision vaut-elle pour tous les codébiteurs (au titre de la théorie de la représentation mutuelle) ou signifie-t-elle que le créancier ne donne décharge qu'à l'un des codébiteurs, en raison d'une faveur toute personnelle ?

– Selon l'article 1350-1 c. civ.¹, « La remise de dette consentie à l'un des codébiteurs solidaires libère les autres à concurrence de sa part. » La remise de dette est donc perçue comme un bénéfice strictement personnel : c'est tel codébiteur solidaire que libère le créancier, pour sa part dans la dette globale ; mais le créancier ne libère pas le groupe.

– S'il y a une dette de 100, avec 4 codébiteurs solidaires (pour 25 chacun), la remise de dette du créancier faite à A signifie que la dette restante sera de 75 : le créancier pourra réclamer 75 à B, C ou D.

La décharge de tel codébiteur ne produira donc pas de nuisance sur les autres membres du groupe : la dette se réduit proportionnellement. S'il en allait autrement (une dette maintenue, mais l'un des codébiteurs libéré), les autres codébiteurs verraient leur part s'accroître (à 33, au lieu de 25).

La remise conventionnelle de dette obéit ainsi à un régime hybride. C'est une exception inhérente à la dette, mais c'est également un service personnel que donne le créancier à son débiteur. La faveur dont bénéficie ce dernier ne doit pas se traduire par une nuisance sur les autres.

752-1. La **remise conventionnelle de dette** peut avoir un objet plus restreint, avec la remise de solidarité (art. 1316 c. civ. : supra) ou en libérant uniquement la caution, en renonçant à la sûreté, mais sans renoncer à la dette. Dans ce dernier cas, le créancier assumera le risque (commun) d'impayé. Si le créancier libère la caution, le débiteur principal reste tenu : selon l'article 1350-2 c. civ. « La remise consentie à l'une des cautions solidaires ne libère pas le débiteur principal (...) ».

Comme en présence de codébiteurs solidaires, la décharge donnée à l'une des cautions solidaires est un bénéfice personnel, qui ne doit pas impacter les autres cautions. Le créancier qui décharge l'une de ses cautions lui rend un service personnel : les autres cautions demeurent tenues, sauf précision contraire. Mais les autres cautions bénéficieront d'une réduction proportionnelle de la dette : selon l'article 1350-2 al. 2 c. civ. « La remise consentie à l'une des cautions solidaires (...) libère les autres à concurrence de sa part. » Si quatre cautions

¹ Art. 1350-1 c. civ. : « La remise de dette consentie à l'un des codébiteurs solidaires libère les autres à concurrence de sa part. »
« La remise de dette faite par l'un seulement des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier.

garantissent une somme de 100, chaque caution peut s'attendre à ne payer que 25 : ce sera le cas si une seule caution est libérée (les autres ne subissant pas un accroissement de leur part à 33).

755. La **remise conventionnelle de dette** est un contrat par lequel le créancier fixe le montant de la décharge accordée au débiteur. À défaut de montant précis, la décharge est totale : la dette disparaît objectivement. Lorsqu'un débiteur appartient à un groupe, le créancier qui décharge l'un de ses codébiteurs dispense les autres de la part du codébiteur libéré.

Le régime de la remise conventionnelle de dette montre que le débiteur déchargé pourra opposer (en cas d'action d'un créancier qui regrette sa générosité) une *exception inhérente à la dette* : c'est une première différence avec la remise judiciaire de dette.

(756- à 759. : réservés)

II/ La remise judiciaire de dette (en présence d'un débiteur en faillite)

760. La **remise judiciaire de dette** résulte d'une offre effectuée par le juge, qui propose au créancier de renoncer à tout ou partie de sa dette, lorsque le débiteur est en faillite (surendettement¹ ou procédure collective). Ce contexte explique pourquoi cette remise judiciaire obéira à un régime différent de la remise purement conventionnelle.

761. La **conclusion de la remise judiciaire** de dette résulte d'une proposition qui émane du juge (contrairement à la remise conventionnelle, qui résulte normalement d'une offre du créancier). Le juge de la faillite (au sens large : plan de prévention avec accord homologué par le juge, plan de sauvegarde, plan de redressement judiciaire du débiteur professionnel ou de traitement du débiteur particulier) est saisi par un débiteur qui menace d'être défaillant ou l'est déjà.

La proposition du juge (ou du mandataire) obéit à un régime dérogatoire. Selon l'article L 626-5 c. com.², en présence d'un débiteur professionnel faisant l'objet d'un plan de sauvegarde, le mandataire judiciaire « recueille individuellement ou collectivement l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance (...) sur les délais et remises qui lui sont proposées. En cas de consultation par écrit, le défaut de réponse, dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du

¹ Art. L 732-2 c. conso. : « Le plan conventionnel peut comporter des mesures de report ou de rééchelonnement des paiements des dettes, de remise des dettes, de réduction ou de suppression du taux d'intérêt, de consolidation, de création ou de substitution de garantie. »

² Art. L 626-5 al. 2 c. com. : « Lorsque la proposition porte sur des délais et remises, le mandataire judiciaire recueille, individuellement ou collectivement, l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance conformément à l'article L. 622-24. En cas de consultation par écrit, le défaut de réponse, dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire, vaut acceptation (...) »

mandataire judiciaire, vaut acceptation. (...) ». *L'acceptation implicite* du créancier est acquise à bref délai : le législateur cherche à limiter le passif d'un débiteur en faillite. Celui qui ne dit rien est **réputé consentir** dans un sens contraire à ses intérêts. C'est une exception au consensualisme selon lequel le silence ne vaut pas acceptation (art. 1120 c. civ.¹). Les créances concernées par cette acceptation implicite sont quelconques : les créances fiscales ou sociales sont également concernées (dans le cadre du surendettement² comme dans celui de la procédure collective : art. L 626-6 c. com.³).

Parfois même, l'acceptation (même implicite) du créancier n'est même pas requise. Sont *remis de plein droit* les accessoires de la dette de cotisations sociales (pénalités, majorations de retard et frais de poursuite) dus par le redevable à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective (art. L 243-5 al. 7 c. sécu. soc.⁴). Cette remise a lieu sans distinguer suivant le caractère privilégié ou chirographaire de la créance de majorations et frais. Le débiteur professionnel qui respecte le plan de redressement judiciaire sera entièrement déchargé de ces frais de retard⁵.

En présence d'un débiteur professionnel faisant l'objet d'une procédure collective, il existe donc deux types de remises de dettes⁶ : des remises consenties dans le cadre d'une acceptation implicite et des remises de plein droit.

762. Les **effets de la remise judiciaire** sont spécifiques, même en présence d'un accord (implicite) du créancier. On peut éventuellement admettre un refus du créancier de modifier l'obligation principale, mais le cadre judiciaire modifie la donne.

En présence d'un débiteur particulier, soumis à une procédure de surendettement, la jurisprudence a considéré que la remise de dette est un *bénéfice strictement personnel accordé au débiteur*. La dette continue d'exister objectivement, ce qui signifie que le garant personnel devra payer le créancier, même quand il « consent » à la remise judiciaire. Dans un arrêt rendu par Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1996 (à propos du surendettement), il est affirmé que « malgré leur caractère volontaire, [les remises de

¹ Art. 1120 c. civ. : « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières. »

² Art. L 733-7 c. conso. : « La commission peut recommander, par proposition spéciale et motivée, les mesures suivantes : (...); 2° L'effacement partiel des créances (...). Les dettes fiscales font l'objet de remises totales ou partielles dans les mêmes conditions que les autres dettes. »

³ Art. L 626-6 c. com. : « Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du code du travail et les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale peuvent accepter de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation.

« Dans ce cadre, les administrations financières peuvent remettre l'ensemble des impôts directs perçus au profit de l'Etat et des collectivités territoriales ainsi que des produits divers du budget de l'Etat dus par le débiteur. S'agissant des impôts indirects perçus au profit de l'Etat et des collectivités territoriales, seuls les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes peuvent faire l'objet d'une remise.

« Les conditions de la remise de la dette sont fixées par décret.

« Les créanciers visés au premier alinéa peuvent également décider des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou de l'abandon de ces sûretés. »

⁴ Art. L 243-5 al. 7 c. sécu. soc. : « En cas de procédure de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaires, les pénalités, majorations de retard et frais de poursuites dus par le redevable à la date du jugement d'ouverture sont remis. »

⁵ Civ. 2^e, 31 mars 2016, n°15-15.974, Bull. ; RJS 2016, n°449 : « Selon les dispositions de l'article R. 243-20-1 du code de la sécurité sociale, seules applicables à la remise des majorations de retard et pénalités dues par l'employeur dont l'entreprise fait l'objet d'un examen par la commission départementale des chefs des services financiers et des représentants des organismes sociaux, le cotisant peut bénéficier de la remise intégrale des majorations et pénalités restant dues, notamment, lorsque le paiement des cotisations s'effectue dans les conditions fixées par le plan d'apurement adopté par la commission départementale ou, le cas échéant, par anticipation sur l'exécution de ce plan. (...) »

⁶ Com. 31 mai 2016, n°14-20.075, Bull. n°513 ; D. 2016 p.1253

dettes] consenties par les créanciers dans un plan conventionnel, ne constituent pas, eu égard à la finalité d'un tel plan, une remise de dette au sens de l'art. 1350 [anc. 1287] C. civ.¹ ». La remise judiciaire de dette est une exception purement personnelle dont bénéficie le débiteur, contrairement à la remise conventionnelle qui est une exception inhérente à la dette. Comme la dette continue à exister objectivement, le garant personnel (la caution, ...) demeure donc tenu de *l'intégralité* de la dette, alors même que le débiteur n'en est plus tenu que pour une partie.

Dans ces conditions, le créancier n'aura pas toujours à exprimer son refus de la remise de dette. Il continue de pouvoir agir contre le garant personnel : le législateur considère lui-même que le créancier n'a pas véritablement accepté la remise de dette imposée par le tribunal. C'est la raison pour laquelle elle sera, en droit, une exception purement personnelle au débiteur (en faillite).

763. La **remise de dette** donne lieu à deux régimes différents.

La remise conventionnelle de dette est une exception inhérente à la dette, comme la prescription de droit civil.

La remise judiciaire de dette est une exception purement personnelle au débiteur, comme la prescription en droit de la consommation ou la forclusion de créance pour défaut de déclaration au passif du débiteur en faillite. L'exception ne profite pas au garant personnel.

(764- à 798. : réservés)

¹ Art. 1350 c. civ. : « La remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation. » ; Art. 1350-2 c. civ. : « La remise de dette accordée au débiteur principal libère les cautions, même solidaires. » Anc art. 1287 c. civ. : « La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions »

Conclusion de la section 3^{ème}

L'extinction de l'obligation sans l'exécution

798. L'**extinction de l'obligation sans exécution** signifie que le créancier n'obtiendra pas le profit escompté de la dette, pourtant correctement formée. Le créancier confronté à l'inexécution subira une perte variable.

Le créancier subira une perte sèche en présence d'une prescription et d'une remise volontaire. Dans ces deux cas (prescription, remise volontaire), la *dette est objectivement éteinte*, avec ses accessoires : ni le débiteur, ni ses garants personnels ne sont tenus. Il s'agit là d'une exception inhérente à la dette.

En présence d'une *exception purement personnelle*, le créancier perd son action contre le débiteur mais pas contre son garant personnel. Ce régime s'applique en présence d'une remise judiciaire de dette, d'une forclusion pour défaut de déclaration au passif ou d'une prescription spéciale (prévue dans le code de la consommation). Le garant personnel subira alors une perte sèche.

L'inexécution du débiteur se traduit ainsi soit par une extinction objective de la dette (exception inhérente à la dette) qui se traduit par une perte sèche subie par le créancier, soit par une extinction de l'action en paiement (exception purement personnelle au débiteur) qui imposera à l'éventuel garant personnel d'assumer le risque d'impayé. Ces deux situations (comprenant quatre cas) sont les risques d'impayé subis par le créancier : le paiement du débiteur ne survient pas légalement.

Conclusion du chapitre 1^{er}

L'exécution volontaire de l'obligation : la modalité principale d'extinction de l'obligation

799. L'**exécution volontaire de l'obligation** survient en présence d'un événement décrit par la loi. La créance s'éteint. Le créancier perd son titre automatiquement : ce sont les voies principales d'extinction de l'obligation.

La plupart des événements décrits par la loi permettent au créancier d'obtenir effectivement la prestation qui lui est dû ou du moins d'*obtenir le profit de la prestation*. C'est le cas en présence d'un paiement pur et simple, d'une compensation en valeur (à la suite d'une opération de soustraction) ou d'une confusion (lorsque le vecteur de l'obligation disparaît). Dans tous ces cas, l'obligation disparaît objectivement : elle a rempli sa fonction.

En présence d'une extinction de l'obligation sans exécution, le créancier n'obtiendra pas le profit escompté de la dette, pourtant correctement formée. Le créancier confronté à l'inexécution subira une perte : elle sera totale en présence d'une prescription extinctive. Dans ce dernier cas, on notera que le créancier pourra néanmoins éviter cette perte, mais il faudra saisir les tribunaux.

Toutes ces modalités relèvent de l'exécution volontaire : elles surviennent spontanément, sans que le créancier ait à faire appel à la force publique. On passe alors à l'exécution forcée.

Chapitre 2^{ème}

L'exécution forcée :

la modalité subsidiaire

800. L'**exécution forcée** est la modalité subsidiaire (mais primordiale¹) à laquelle tout créancier impayé doit recourir quand le débiteur ne procure pas l'exécution volontaire. Selon l'article 1341 c. civ. (texte relevant explicitement du régime général des obligations), « Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi. »². Grâce à l'exécution forcée, le créancier impayé épongera la dette sur les actifs de son débiteur. C'est le droit de gage général dont l'efficacité est néanmoins limitée par un obstacle juridique.

Le *droit de gage général* signifie que les biens et revenus du débiteur sont affectés au paiement de ses dettes. La contrainte prévue par la loi dont parle l'article 1341 c. civ. sera donc exercée sur l'actif du débiteur.

- Ses biens seront liquidés, ses revenus prélevés à la source, afin que les sommes récoltées soient attribuées au(x) créancier(s) saisissant(s).
- Ce droit commun du paiement forcé est accessible à tout créancier impayé (dénommé créancier chirographaire), qu'il agisse individuellement ou dans un cadre collectif.

La mise en œuvre de l'exécution forcée sur l'actif du débiteur expose toutefois la plupart des créanciers à un *obstacle* spécifique.

- Face à un créancier qui initie la procédure d'exécution forcée (en cherchant à appréhender un actif disponible et saisissable appartenant au débiteur), le débiteur peut saisir le juge, en invoquant les difficultés (financières) qu'il traverse.
- La loi autorise alors le juge à octroyer un moratoire au débiteur : la procédure d'exécution forcée sera alors paralysée. Puis la procédure reprendra son cours : l'actif du débiteur sera liquidé, si, pendant le gel des paiements, il n'a pas payé sa dette.

La plupart des créanciers (mais pas tous) sont ainsi exposés à un obstacle juridique qui retarde la mise en œuvre du droit de gage général.

Tout créancier commun (chirographaire) bénéficie donc, grâce à son droit de gage général (section 1^{ère}), d'une chance de paiement sur l'actif (biens et revenus) de son débiteur, sauf lorsque le débiteur bénéficie d'une protection purement personnelle, créant un obstacle à l'exécution forcée (section 2^{ème}).

¹ Le droit de l'exécution forcée garantit l'effectivité de l'obligation, faute de quoi elle ne serait qu'un simple souhait.

² L'article L 111-1 c. proc. civ. d'ex. utilise une formulation équivalente : « Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard. »

801-1. Le terme **exécution forcée** est polymorphe. Il renvoie à différentes procédures ou actions qui n'ont pas toutes pour fonction de mettre en œuvre le droit de gage général du créancier impayé.

En droit du contrat, le créancier confronté à une inexécution imputable au débiteur peut demander une *exécution en nature aux frais de son débiteur* (art. 1221 c. civ.¹)². La mesure relève de l'exécution volontaire.

L'*action en revendication* permet au propriétaire d'un bien de revendiquer sa chose, détenue par un tiers : lorsque le juge constate que la vente est parfaite, l'acquéreur est en droit de faire saisir sa chose entre les mains de son auteur. La prestation sera alors exécutée de force (en nature) et l'obligation (principale) sera éteinte.

En droit des procédures civiles d'exécution, les mesures de contrainte exercées sur la personne (expulsion, contrainte par corps c-à-d. emprisonnement pour dette) ou sur les biens (astreinte) sont étrangères au droit de gage général, puisqu'elles ne permettent pas de payer le passif. La tendance de fond des droits européens est à une réduction des mesures coercitives exercées sur la personne physique (privation de liberté, emprisonnement). Cet amoindrissement des sanctions a été perçu par Tocqueville comme le produit d'une perception différente de l'honneur chez les peuples démocratiques et d'une valorisation de la prise de risque dans l'activité commerciale³.

(801- à 804. : réservés)

¹ Art. 1221 c. civ. : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. »

² *Droit du contrat*, n°925 et suiv.

³ Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, tome II, (folio histoire), 2^e partie, chap. 18 « De l'honneur aux États-Unis et dans les sociétés démocratiques », p. 317 à 333, not. p. 325 : « L'Américain appelle noble et estimable ambition ce que nos pères du moyen âge nommaient cupidité servile (...); un semblable peuple doit donc voir avec faveur et honorer l'audace en matière d'industrie. Or, toute entreprise audacieuse compromet la fortune de celui qui s'y livre et la fortune de tous ceux qui se fient à lui. Les Américains, qui font de la témérité commerciale une sorte de vertu, ne sauraient, en aucun cas, flétrir les téméraires. De là vient qu'on montre, aux États-Unis, une indulgence si singulière pour le commerçant en faillite : l'honneur de celui-ci ne souffre point d'un pareil accident. »

Section 1^{ère}

Le droit de gage général

Résumé

Le **droit de gage général** signifie que l'ensemble des biens et revenus du débiteur est affecté au paiement de ses dettes. En cas d'impayé (absence d'exécution volontaire), un créancier quelconque (dénommé : créancier chirographaire) peut obtenir l'exécution forcée : les biens et revenus du débiteur défaillant ont vocation à être attribués au créancier saisissant. Cette solution de principe est fixée en droit civil ; mais, en présence d'un débiteur, personne physique, des dérogations sont établies, de sorte que le droit de gage général du créancier aura une assiette limitée aux certaines masses de biens.

En principe, tout créancier impayé muni d'un titre exécutoire peut requérir l'exécution forcée (sauf si le débiteur est l'État). L'assiette du droit de gage général porte sur l'ensemble de l'actif de son débiteur défaillant ; si le débiteur est insolvable, chaque créancier chirographaire aura droit à un paiement partiel.

- L'affectation de tous les biens et revenus du débiteur au paiement forcé signifie qu'un débiteur est tenu d'un passif à vie (art. 2284 c. civ.). Ses biens seront saisis et vendus aux enchères publiques, afin d'en obtenir un prix destiné à apurer la dette ; les créances qu'il détient sur les tiers seront attribuées au créancier saisissant, en appliquant le mécanisme de la cession de créance.
- En présence d'un débiteur insolvable, une procédure collective, imposée à l'ensemble des créanciers impayés, conduira à attribuer à chaque créancier impayé un paiement partiel, proportionné au rapport entre le montant global du passif et le montant global de l'actif (art. 2285 c. civ.). Les créanciers chirographaires sont égaux.

En présence d'un *débiteur, personne physique*, l'assiette du droit de gage général des créanciers saisissants ne porte que sur certaines masses de biens, à savoir les biens saisissables et la fraction saisissable des revenus du débiteur.

- Le débiteur conserve le minimum vital : les biens nécessaires aux fonctions vitales (nourriture et vêtements ...) sont insaisissables ; une partie du revenu du débiteur sera insaisissable afin qu'il puisse survivre pendant toute la durée des mesures d'exécution forcée.
- Les créanciers de l'entrepreneur individuel ne peuvent saisir que certaines masses de biens, en fonction de la nature de la dette. Les créanciers professionnels ne peuvent saisir que la masse des biens professionnels. Les créanciers personnels ne peuvent saisir que les biens personnels. Pour restaurer son crédit envers un créancier professionnel, l'entrepreneur individuel peut renoncer à sa protection : le droit de gage général du créancier (professionnel) portera sur tous les biens de son débiteur.
- Les contrats d'emprunt et de cautionnement dans lesquels un époux commun en biens s'engage suivent une logique comparable. Le droit de gage général du créancier est limité à certains masses de biens, si l'époux s'engage seul ; si l'époux obtient l'accord de son conjoint, le créancier aura accès à une assiette élargie.

La solvabilité d'un débiteur obéit à une loi d'airain : celui qui limite la masse de ses biens saisissables perd son crédit. Pour redevenir solvable, il doit restaurer le droit de gage général de son créancier.

805. Le **droit de gage général** permet à un créancier impayé d'éponger la dette sur les biens et revenus du débiteur défaillant. Ils seront attribués au créancier saisissant, qui obtiendra alors une somme d'argent correspondant à la valeur (monétaire) de la prestation qui aurait dû lui être fournie. Ce mécanisme de liquidation s'applique en principe à tout l'actif figurant dans le patrimoine du débiteur, sauf exception limitant l'assiette des biens ou revenus saisissables.

Le principe de l'affectation de tous les biens et revenus du débiteur au paiement (forcé) de ses dettes est affirmé à l'article 2284 c. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son *engagement* sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. » Au sens littéral du terme, un engagement signifie qu'un débiteur met en-gage-ment¹ tous ses biens et revenus : si ses biens présents ne suffisent pas, ses revenus (futurs) seront saisis. En principe, l'assiette du droit de gage général est donc générale : une dette quelconque impayée est exécutoire sur n'importe quel bien (et/ou revenu) figurant dans le patrimoine du débiteur.

Néanmoins, il arrive que le créancier impayé n'ait accès, pour éponger la dette, qu'à certaines *masses de biens* figurant le patrimoine de son débiteur. Mais il faut un texte spécial pour déroger au principe, et admettre que le débiteur défaillant pourra conserver certains biens ou revenus. Par exemple,

- l'article R 3252-5 c. trav. interdit au créancier d'un salarié de saisir le minimum vital (à savoir le montant du rsa, revenu de solidarité active)² ;
- en droit des régimes matrimoniaux (art. 1415 c. civ.³), si le débiteur marié sous un régime communautaire emprunte seul, son créancier ne peut saisir que certains biens (à l'exclusion de la fortune familiale).

L'assiette limitée à certaines masses de biens (ou revenus) est une exception, établie en faveur de débiteurs personnes physiques (soumis au principe de la dette à vie).

Pour identifier l'assiette des biens permettant d'éponger la dette (question essentielle pour un créancier), le principe fixé en régime général des obligations (§1^{er}) s'applique sauf exception (issue d'une disposition de droit spécial) réduisant l'assiette des biens que le créancier impayé peut saisir (§2^{ème}).

¹ Frédéric Rouvière, « Cession de droit », Répertoire Dalloz, 2018 : « L'obligation est un procédé juridique qui établit une relation entre un objet (la satisfaction du créancier) et un ensemble de biens qui en constituent la garantie (le gage ou actif du débiteur). Le terme même d'engagement est évocateur : il s'agit de « donner en gage » (en-gage-ment), un ensemble de biens, appelé ici "actif". »

² Art. R 3252-5 c. trav. : « La somme laissée dans tous les cas à la disposition du salarié dont la rémunération fait l'objet d'une saisie ou d'une cession, en application du second alinéa de l'article L. 3252-5, est égale au montant forfaitaire mentionné à l'article L. 262-2 du code de l'action sociale et des familles fixé pour un foyer composé d'une seule personne [revenu de solidarité active]. »

³ Art. 1415 c. civ. : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. »

§1^{er}/ Le droit de gage général en régime général des obligations :

l'appréhension de tous les biens appartenant au débiteur défaillant

806. Le droit de gage général fixé en principe, donc en régime général des obligations, permet au créancier impayé d'appréhender (par l'exécution forcée) un actif quelconque, et même éventuellement tous les actifs figurant dans le patrimoine de son débiteur. Tout dépend du montant de la dette impayé, comparé à la valeur des actifs du débiteur défaillant. Chaque créancier (qui sera désormais dénommé : créancier chirographaire) peut (individuellement) recourir à la procédure d'exécution forcée, laquelle s'exercera dans un cadre collectif lorsque plusieurs créanciers sont confrontés à un débiteur probablement insolvable.

Selon l'article 2284 c. civ.¹, chaque créancier impayé a le droit de mettre en œuvre la procédure d'exécution forcée, qui fixe les règles impératives que tout créancier saisissant doit suivre, afin d'obtenir au final la somme d'argent qui représente la valeur de la prestation que lui devait le débiteur défaillant. C'est le *droit commun du paiement forcé* qui vaut à titre de principe :

- Ce principe vaut sauf exception : lorsque l'État est débiteur, aucune exécution forcée sur les biens publics n'est autorisée².
- Le droit de gage général possède en principe une assiette générale, laquelle englobe tout l'actif, c-à-d. tous les biens ainsi que les créances que le débiteur détient sur les tiers.

Lorsque plusieurs créanciers sont impayés, parce que leur débiteur commun est probablement insolvable (l'ensemble de son actif ne permettant pas de régler l'ensemble de son passif), le droit de gage général sera exercé collectivement. Selon l'article 2285 c. civ.³, « Les biens du débiteur sont le *gage commun de ses créanciers* ». La procédure collective imposée à l'ensemble des créanciers impayés conduira à répartir la pénurie (selon un principe égalitaire).

Le régime du droit de gage général est ainsi fixé par deux articles⁴. Chaque créancier peut éponger la dette sur les biens de son débiteur : cette prérogative individuelle s'exerce dans le cadre de la procédure d'exécution forcée (I). L'ensemble des créanciers sera soumis à une discipline collective, en présence d'une pénurie qu'il faudra répartir (II).

¹ Art. 2284 c. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

² Art. L 2311-1 c. gén. de la propriété des personnes publiques : « Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 sont insaisissables ». Art. L 1 c. gén. prop. pers. pub. : « Le présent code s'applique aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'État, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics. »

³ Art. 2285 c. civ. : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

⁴ La place des articles 2284 et 2285 (en introduction du livre IV consacré au droit des sûretés) est mal choisie.

I/ La procédure d'exécution forcée : le droit individuel du créancier saisissant

807. La **procédure d'exécution forcée** exercée sur les biens (et revenus) du débiteur défaillant a pour objectif de permettre au créancier saisissant d'éponger la dette sur la valeur des biens du débiteur (art. L 111-1 c. proc. civ. d'ex.¹). La procédure prévue est impérative : tout créancier saisissant doit la suivre en entier, de bout en bout. Longue, coûteuse et parfois même inefficace, elle se déroule en deux étapes.

Dans un premier temps, le créancier (impayé) devra obtenir un *titre exécutoire* constatant le principe de sa créance et son montant. Pour l'obtenir, le créancier saisissant devra suivre une procédure, d'une durée et d'un coût variables. À l'issue de cette procédure, le créancier obtiendra un document, nécessaire pour réaliser une saisie².

Dans un second temps, le créancier saisissant fera pratiquer la *saisie proprement dite des biens* de son débiteur, en suivant là encore une procédure impérative qui se terminera par l'attribution d'une somme d'argent au créancier impayé. C'est à ce moment précis qu'est mis en œuvre le droit de gage général.

La procédure d'exécution forcée (exercée sur les biens du débiteur) doit, sauf exception, être suivie en entier par le créancier saisissant. La procédure débute par l'obtention d'un titre exécutoire (1) et elle se termine par les opérations de saisie (2).

1/ Le titre exécutoire : le montant de la dette impayée

808. Le **titre exécutoire** (art. 111-2 c. proc. civ. ex.³) est délivré par une autorité sociale qui constatera officiellement que le débiteur est défaillant dans l'exécution de son obligation. Ce titre atteste de la dette impayée et de son montant.

L'exigence d'un titre exécutoire s'explique. Un créancier quelconque n'a pas à être cru sur sa bonne parole, simplement parce qu'il dispose d'un acte juridique. Le débiteur peut opposer des arguments face à la prétention du créancier : lorsque la validité de l'obligation est acquise (absence d'exception de nullité), le débiteur peut contester sa défaillance (en prétendant que l'exécution a eu lieu, ou que la créance invoquée est prescrite ou compensée).

¹ Art. L 111-1 c. proc. civ. d'ex. : « Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard. »

² Civ. 2^e, 23 juin 2016, n°15-12.113, Bull. ; D. 2016, p.1507 : (abstrat) « Il résulte de l'article L. 111-2 du code des procédures civiles d'exécution que seul le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur. (...) »

³ Art. L 111-2 c. proc. civ. d'ex. : « Le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution. »

Le titre exécutoire précisera que le créancier dispose d'une *créance liquide et exigible*. La créance est exigible quand le débiteur a été mis en demeure de payer ; en droit de la faillite, chaque créance sera « vérifiée » (après déclaration), afin de s'assurer de l'étendue exacte du passif du débiteur. La créance est liquide lorsqu'elle est chiffrée (art. L 111-6 c. proc. ex.¹) : le montant en euros est mentionné² ou bien le titre contient tous les éléments pour la chiffrer³. La créance sera alors certaine et son montant chiffré.

Le titre exécutoire, qui sera présenté à un commissaire de justice (anc. huissier de justice), permettra de requérir l'intervention de la force publique pour faire saisir les biens de son débiteur défaillant. Reste à obtenir ce document (art. L 111-3 c. proc. civ. ex.⁴), selon une procédure qui sera plus ou moins longue et coûteuse. En principe, ce titre exécutoire résulte d'un jugement (a). Exceptionnellement, un acte de commissaire de justice (anc. huissier de justice) suffit (b). Plus exceptionnellement encore, certains créanciers (puissants) peuvent se délivrer eux-mêmes un titre exécutoire : c'est le privilège du préalable (c).

a/ Le principe : un jugement constatant l'obligation inexécutée

809. En principe, le **jugement constatant la créance inexécutée** est le seul titre exécutoire admis. Confronté à un débiteur qu'il estime défaillant, le créancier doit obtenir une décision judiciaire (définitive, sauf pour le juge à ordonner une exécution provisoire) qui imposera au débiteur de payer.

L'exigence d'une décision de justice est une garantie contre les intrusions de prétendus créanciers : les destinataires de courriers comminatoires n'ont pas à s'inquiéter ni à exposer de frais de procédure pour contester les prétentions de pseudo-créanciers, puisque les frais de poursuite sont à

¹ Art. L 111-6 c. proc. civ. d'ex. : « La créance est liquide lorsqu'elle est évaluée en argent ou lorsque le titre contient tous les éléments permettant son évaluation. »

² Il suffit que le commandement de payer qui initie l'exécution forcée mentionne le montant en euros, quand la dette est stipulée en francs suisses. Voir : Civ. 2^e, 23 juin 2016, n°15-12.113, Bull. ; D. 2016, p. 1507 : (abstrat) « à défaut de stipulations relatives aux modalités de conversion dans le titre exécutoire, la contre-valeur en euros de la créance stipulée en monnaie étrangère pouvait être fixée au jour du commandement de payer à fin de saisie immobilière, qui engage l'exécution forcée, de sorte que la créance, dont le montant était déterminable à cette date, se trouvait, par là même, liquide ».

³ Civ. 2^e, 22 septembre 2016, n°15-17.041, Bull. : (abstrat) « la créance est liquide lorsqu'elle est évaluée en argent ou lorsque le titre contient tous les éléments permettant son évaluation ».

⁴ Art. L 111-3 c. proc. civ. d'ex. : « Seuls constituent des titres exécutoires :

1° Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire, ainsi que les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire ;

2° Les actes et les jugements étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution ;

3° Les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ;

4° Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ;

5° Le titre délivré par le commissaire de justice en cas de non-paiement d'un chèque ;

6° Les titres délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés comme tels par la loi, ou les décisions auxquelles la loi attache les effets d'un jugement. »

la charge du créancier¹ (sauf si une clause pénale prévoit que les frais de recouvrement seront à la charge du débiteur²). Aucune personne privée ne peut se délivrer à elle-même un titre suffisant pour imposer une contrainte sur autrui : les mises en demeure, même effectuées par commissaire de justice (anc. huissier de justice), ne sont que des réclamations faites par un créancier prétendu. Les menaces de saisie sont vaines, tant qu'un juge n'est pas saisi.

La demande en justice émanant du créancier marque le premier acte de la procédure. Elle interrompt la prescription extinctive (art. 2241 et art. 2244 c. civ.³), que le débiteur peut opposer par voie d'exception, lorsque le créancier est demeuré inerte (art. 2219 c. civ.⁴ : supra n°606 et suiv.) trop longtemps. Après un délai de trois ans, le créancier peut espérer une décision au fond ; en cas d'appel, il faudra attendre deux ans de plus, et exposer des frais d'avocat. La procédure est donc longue et coûteuse.

Lorsque le créancier impayé obtient un jugement (définitif) condamnant le débiteur à payer, le créancier dispose d'un titre exécutoire qui fait foi de la somme que doit le débiteur. À cette date, les frais de l'exécution forcée seront à la charge du débiteur⁵.

809-1. Le créancier qui recourt à une **mesure conservatoire**⁶ est parfois dispensé d'obtenir un titre exécutoire (lorsque certaines circonstances font craindre que le débiteur puisse organiser son insolvabilité). En

¹ Civ. 1^{ère}, 10 avril 2019, n°17-13.307, Bull. ; RGDA 2019, 116p8, note James Mandel : (abstrat) « Viole l'article 1382, devenu 1240 du code civil, ensemble l'article 700 du code de procédure civile, le tribunal qui alloue des dommages-intérêts au titre des frais occasionnés par la procédure engagée, alors que de tels frais ne constituent pas un préjudice réparable et ne peuvent être remboursés que sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile. »

² Com., 4 mai 2017, n°15-19.141, Bull. ; D. 2017 p.972 ; RD bancaire et financier 2017, comm. 111, note Dominique Legeais, et 133, note Caroline Houin-Bressand ; revue Droit et procédures, juin 2017, p. 107, note Olivier Salati ; JCP E 2017.II.1405, note Jérôme Lasserre Capdeville : « (...) si, pour parvenir au recouvrement de sa créance, le prêteur a recours à un mandataire de justice ou exerce des poursuites ou produit à un ordre, l'emprunteur s'oblige à payer, outre les dépens mis à sa charge, une indemnité forfaitaire de 7 % calculée sur le montant des sommes exigibles avec un montant minimum de 2 000 €. Ayant retenu que cette indemnité était stipulée à la fois comme un moyen de contraindre l'emprunteur à l'exécution spontanée, moins coûteuse pour lui, et comme l'évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice futur subi par le prêteur du fait de l'obligation d'engager une procédure, la cour d'appel en a exactement déduit que la clause prévoyant cette indemnité devait être qualifiée de clause pénale. »

³ Art. 2241 c. civ. : « La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion. ». Art. 2244 c. civ. : « Le délai de prescription ou le délai de forclusion est également interrompu par une mesure conservatoire prise en application du code des procédures civiles d'exécution ou un acte d'exécution forcée. »

⁴ Art. 2219 c. civ. : « La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps. »

⁵ Art. L. 111-8 c. procédures civiles d'exécution : « A l'exception des droits proportionnels de recouvrement ou d'encaissement qui peuvent être mis partiellement à la charge des créanciers dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les frais de l'exécution forcée sont à la charge du débiteur, sauf s'il est manifeste qu'ils n'étaient pas nécessaires au moment où ils ont été exposés. Les contestations sont tranchées par le juge.

« Les frais de recouvrement entrepris sans titre exécutoire restent à la charge du créancier, sauf s'ils concernent un acte dont l'accomplissement est prescrit par la loi. Toute stipulation contraire est réputée non écrite, sauf disposition législative contraire.

« Cependant, le créancier qui justifie du caractère nécessaire des démarches entreprises pour recouvrer sa créance peut demander au juge de l'exécution de laisser tout ou partie des frais ainsi exposés à la charge du débiteur de mauvaise foi. »

⁶ Art. L 511-1 c. proc. civ. d'ex. : « Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement. La mesure conservatoire prend la forme d'une saisie conservatoire ou d'une sûreté judiciaire. »

cas de lettre de change impayée, de loyer impayé (avec bail écrit) etc... (art. L 511-2 c. proc. civ. ex.¹), le créancier peut saisir le compte bancaire de son débiteur : le créancier dispose alors d'un mois pour saisir le juge, afin d'obtenir une décision au fond (art. L 511-4 c. proc. civ. ex.²).

b/ La première exception : le titre exécutoire établi par un commissaire de justice

810. Exceptionnellement, un **commissaire de justice** (anc. huissier de justice) est habilité à émettre deux catégories de titres exécutoires (art. L 111-3 5° c. proc. civ. d'ex³). Comme tout titre exécutoire, il fera foi du montant que doit le débiteur, mais il sera obtenu de manière rapide. Le commissaire de justice (anc. huissier de justice) peut délivrer un protêt ou un titre exécutoire simplifié.

Le *protêt* est un titre exécutoire délivré par le commissaire de justice en présence d'un chèque impayé (absence de provision) et, plus généralement, en présence d'un titre cambiaire (effet de commerce, lettre de change, billet à ordre). L'émetteur du chèque sans provision sera responsable d'un incident de paiement : le créancier qui n'obtient pas paiement du chèque s'adressera à un commissaire de justice qui dressera un protêt⁴. Ce titre exécutoire servira de fondement à la saisie (exécution forcée) : le créancier devra payer le commissaire de justice, mais il n'aura pas besoin d'une décision judiciaire. La procédure est ici nettement moins longue et coûteuse.

Le *titre exécutoire simplifié* sera délivré par commissaire de justice en présence d'une créance d'un petit montant⁵ (donnant lieu à de nombreux impayés effectifs). Ce titre exécutoire, créé par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 (modifiée par l'ordonnance du 10 février 2016), suppose que le débiteur donne son accord à cette voie d'exécution. Selon l'article L 125-1 c. proc. civ. d'ex.⁶, les frais de

¹ Art. L 511-2 c. proc. civ. d'ex. : « Une autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire. Il en est de même en cas de défaut de paiement d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque ou d'un loyer resté impayé dès lors qu'il résulte d'un contrat écrit de louage d'immeubles. »

² Art. L 511-4 c. proc. civ. ex. : « A peine de caducité de la mesure conservatoire, le créancier engage ou poursuit, dans les conditions et délais fixés par décret en Conseil d'Etat, une procédure permettant d'obtenir un titre exécutoire s'il n'en possède pas. »

³ Art. L 111-3, 5° c. proc. civ. ex. : « Le titre délivré par le commissaire de justice en cas de non-paiement d'un chèque ou en cas d'homologation de l'accord entre le créancier et le débiteur dans les conditions prévues à l'article L 125-1 c. proc. civ. ex. ».

⁴ Art. L 111-3 c. proc. civ. ex. : « Seuls constituent des titres exécutoires : (...) 5° Le titre délivré par le commissaire de justice en cas de non-paiement d'un chèque ; (...) ».

⁵ Art. R 125-1 c. proc. civ. ex. (décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019) : « Le montant de la créance en principal et intérêts ne doit pas excéder 5 000 euros. »

⁶ Art. L 125-1 c. proc. civ. ex. : « Une procédure simplifiée de recouvrement des petites créances peut être mise en œuvre par un commissaire de justice à la demande du créancier pour le paiement d'une créance ayant une cause contractuelle ou résultant d'une obligation de caractère statutaire et inférieure à un montant défini par décret en Conseil d'Etat.

« Cette procédure se déroule dans un délai d'un mois à compter de l'envoi par le commissaire de justice d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception invitant le débiteur à participer à cette procédure. L'accord du débiteur, constaté par le commissaire de justice, suspend la prescription.

« Le commissaire de justice qui a reçu l'accord du créancier et du débiteur sur le montant et les modalités du paiement délivre, sans autre formalité, un titre exécutoire.

« Les frais de toute nature qu'occasionne la procédure sont à la charge exclusive du créancier.

commissaire de justice sont à la charge du créancier. Le débiteur prétendu reçoit préalablement un accusé-réception, un mois avant la démarche du commissaire de justice ; si le débiteur ne conteste pas la dette et s'il donne son accord à la « procédure simplifiée de recouvrement des petites créances », le créancier disposera d'un titre exécutoire sans avoir besoin de recourir au juge, pour faire saisir les biens de son débiteur. Dès qu'il accepte, le débiteur renonce à la protection que leur offre une procédure lourde.

Le titre exécutoire délivré par le commissaire de justice présente pour le créancier un avantage de taille : il bénéficie d'une procédure accélérée par rapport au droit commun. Pour l'essentiel, les créanciers professionnels y ont accès en présence d'un titre cambiaire : un paiement forcé rapide est envisageable. Mais il y a encore mieux.

c/ La seconde exception : le privilège du préalable

811. Le **privilège du préalable** signifie que certains créanciers se délivreront à eux-mêmes un titre exécutoire, qui servira de fondement aux saisies pratiquées sur le débiteur. Il suffit que ces créanciers prétendent¹ qu'un débiteur leur doive telle somme pour que le titre fasse foi, comme un jugement. Ce pouvoir d'exécution d'office est reconnu à deux créanciers (publics) particulièrement puissants : le trésor public, à raison de *créances fiscales*, et les caisses de sécurité sociale, à raison des *cotisations de sécurité sociale*.

Après mise en demeure infructueuse du redevable (envoyée par accusé-réception), le créancier public se délivre à lui-même un titre exécutoire, ayant la même valeur qu'un jugement². Ce sera un avis de mise en recouvrement pour le trésor public (art. L 252 A livre proc. fisc.³) ou une procédure de contrainte pour la sécurité sociale (art. L 244-9 c. sécu. soc.⁴ et art. R 244-1 c. sécu. soc. ; art. R

« Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article, notamment les règles de prévention des conflits d'intérêts lors de la délivrance par le commissaire de justice d'un titre exécutoire. »

¹ Mais pas toujours à juste titre. Voir : Civ. 2^e, 12 octobre 2017, n°16-21.469, Bull. ; JCP S 2017.II.1395, note Thierry Tauran : (abstrat) « La divergence d'appréciation sur les règles d'assiette des cotisations n'est pas au nombre des contestations susceptibles de donner lieu à la procédure d'abus de droit prévue par l'article L. 243-7-2 du code de la sécurité sociale ». La procédure d'abus de droit permet aux organismes sociaux d'infliger une pénalité de 20% à celui qu'ils estiment être l'auteur d'un abus.

² Civ. 2^e, 9 mars 2017, n°16-11.167, Bull. ; JCP S 2017.II.1147, note Marie Michalletz : (abstrat) « Selon l'article L. 244-9 du code de la sécurité sociale, la contrainte décernée par le directeur d'un organisme de sécurité sociale pour le recouvrement des cotisations et majorations de retard comporte, à défaut d'opposition du débiteur devant le tribunal des affaires de sécurité sociale, dans les délais et selon les conditions fixés par décret, tous les effets d'un jugement. »

³ Art. L 252 A livre proc. fisc. : « Constituent des titres exécutoires les arrêtés, états, rôles, avis de mise en recouvrement, titres de perception ou de recettes que l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics dotés d'un comptable public délivrent pour le recouvrement des recettes de toute nature qu'ils sont habilités à recevoir. »

⁴ Selon l'art. L 244-9 c. sécu. soc., la contrainte décernée par le directeur d'un organisme de sécurité sociale pour le recouvrement des cotisations et majorations de retard comporte, à défaut d'opposition du débiteur devant le tribunal des affaires de sécurité sociale, dans les délais et selon les conditions fixés par décret, tous les effets d'un jugement.

725-6 c. rural, pour les caisses de la mutualité sociale agricole ; art. L 114-17 c. sécu. soc.¹ pour les sanctions infligées à l'auteur d'une fraude aux prestations sociales, produisant « tous les effets d'un jugement » : al. 5). Le préfet peut également délivrer un état exécutoire, par une procédure simplifiée (art. 725-3 c. rur.²).

Dès qu'il reçoit son avis, le débiteur (ou l'employeur de ce dernier, en présence d'une saisie sur salaire) doit payer immédiatement en consignation les fonds, pour ensuite saisir les tribunaux et contester le montant de la créance ou son caractère justifié.

Grâce à leur titre exécutoire qu'ils se délivrent à eux-mêmes, l'administration fiscale ainsi que les caisses de sécurité sociale peuvent rapidement enclencher l'exécution d'office, c-à-d. la saisie des biens ou revenus de leur débiteur.

811-1. Le **privilege du tresor**, né dès la formation de l'État, prévoit des mesures d'exécution forcée expéditives. Citons Rémi Pellet, *Droit financier public*³ : « La Couronne française attribua des privilèges de puissance publique à son administration financière : « par la déclaration d'Angers (1329), Philippe VI de

¹ Art. L 114-17 c. sécu. soc. : « I.-Peuvent faire l'objet d'une pénalité prononcée par le directeur de l'organisme chargé de la gestion des prestations familiales ou des prestations d'assurance vieillesse, au titre de toute prestation servie par l'organisme concerné :

1° L'inexactitude ou le caractère incomplet des déclarations faites pour le service des prestations ;

2° L'absence de déclaration d'un changement dans la situation justifiant le service des prestations ;

3° L'exercice d'un travail dissimulé, constaté dans les conditions prévues à l'article L. 114-15, par le bénéficiaire de prestations versées sous conditions de ressources ou de cessation d'activité ;

4° Les agissements visant à obtenir ou à tenter de faire obtenir le versement indu de prestations servies par un organisme mentionné au premier alinéa, même sans en être le bénéficiaire ;

5° Les actions ou omissions ayant pour objet de faire obstacle ou de se soustraire aux opérations de contrôle (...)

« Le montant de la pénalité est fixé en fonction de la gravité des faits, dans la limite de deux fois le plafond mensuel de la sécurité sociale. (...) »

« Le directeur de l'organisme concerné notifie le montant envisagé de la pénalité et les faits reprochés à la personne en cause, afin qu'elle puisse présenter ses observations écrites ou orales dans un délai d'un mois. A l'issue de ce délai, le directeur de l'organisme prononce, le cas échéant, la pénalité et la notifie à l'intéressé en lui indiquant le délai dans lequel il doit s'en acquitter ou les modalités selon lesquelles elle sera récupérée sur les prestations à venir. / (...) /

al. 5 : « En l'absence de paiement dans le délai prévu par la notification de la pénalité, le directeur de l'organisme envoie une mise en demeure à l'intéressé de payer dans le délai d'un mois. Le directeur de l'organisme, lorsque la mise en demeure est restée sans effet, peut délivrer une contrainte qui, à défaut d'opposition du débiteur devant le tribunal des affaires de sécurité sociale, comporte tous les effets d'un jugement et confère notamment le bénéfice de l'hypothèque judiciaire. Une majoration de 10 % est applicable aux pénalités qui n'ont pas été réglées aux dates d'exigibilité mentionnées sur la mise en demeure.

La pénalité peut être recouvrée par retenues sur les prestations à venir. (...) »

« II.-Lorsque l'intention de frauder est établie, le montant de la pénalité ne peut être inférieur à un trentième du plafond mensuel de la sécurité sociale. En outre, la limite du montant de la pénalité prévue au I du présent article est portée à quatre fois le plafond mensuel de la sécurité sociale. Dans le cas d'une fraude commise en bande organisée au sens de l'article 132-71 du code pénal, cette limite est portée à huit fois le plafond mensuel de la sécurité sociale. »

² Art. 725-3 c. rur. et pêche : « Les caisses de mutualité sociale agricole sont chargées du recouvrement des cotisations et des majorations et pénalités de retard dues au titre des régimes de protection sociale agricole dont elles assurent l'application.

« Indépendamment de la procédure contentieuse (...), les caisses de mutualité sociale agricole peuvent, après avoir mis en demeure les redevables de régulariser leur situation, recouvrer les cotisations et éventuellement les pénalités dues en utilisant l'une ou plusieurs des procédures suivantes :

1° La contrainte qui comporte, à défaut d'opposition du débiteur devant le tribunal des affaires de sécurité sociale, dans des délais et selon des conditions fixées par décret, tous les effets d'un jugement et qui confère notamment le bénéfice de l'hypothèque judiciaire ;

2° L'état exécutoire signé par le préfet dans le cadre d'une procédure sommaire dont le recouvrement est effectué comme en matière de contributions directes. »

³ Rémi Pellet, *Droit financier public. Monnaies, banques centrales, dettes publiques*, 2014, Puf, Thémis droit, p. 156-157. Les citations sont également celles de l'auteur.

Valois s'octroya le "privilège du Trésor" : il ordonna que le roi fût payé de ses rentes et revenus avant tout autre créancier »¹.

Ainsi, « dès la formation du contrat, le roi, par assimilation au fisc romain, bénéficiait d'une hypothèque tacite sur les biens, meubles et immeubles, de son cocontractant [...]. Les créances royales étaient en outre exécutoires sans jugement [...]. Quand le débiteur ne voulait pas – ou ne pouvait pas – payer ou garnir la main du roi [donner des biens en garantie], une contrainte par corps pouvait être exercée. Or, à la fin du Moyen-Âge, l'exécution des dettes sur la personne n'était plus admise que dans des cas limités ; ainsi lorsque le débiteur s'y était volontairement engagé ou lorsqu'il s'était rendu coupable d'un délit. Le privilège du fisc était d'autant plus exorbitant que les officiers royaux procédaient parfois à la contrainte par corps en présence de meubles ou d'immeubles [...]. La solvabilité notoire du débiteur ne suffisait pas à empêcher l'incarcération [...]. L'exécution des dettes royales pouvait même atteindre des tiers au contrat. Le droit de suite qu'avait le roi sur les biens possédés par son cocontractant au moment de la conclusion du contrat lui permettait d'exécuter sa créance sur le tiers détenteur. Le roi pouvait en outre demander son désintéressement aux débiteurs de son débiteur. »²

« Il s'agit là de l'origine des prérogatives de puissance publique de l'administration fiscale française. La guerre fut la cause de la croissance de la fiscalité, son « moteur » : la nécessité d'organiser une armée permanente affectée à la défense du royaume provoqua la naissance de la fiscalité moderne à la fin de la guerre de Cent Ans ». En somme, le privilège du Trésor contient : le privilège du préalable, le privilège lié à l'hypothèque légale (droit des sûretés) déclenché à raison d'un simple impayé prétendu par le créancier, l'avis à tiers-détenteur (droit des sûretés), variété d'action directe-sûreté (supra n°478).

Conclusion 1/ Le titre exécutoire

812. Tout créancier impayé qui déclenche la procédure d'exécution forcée doit obtenir au préalable un **titre exécutoire** qui permet d'établir le principe et le montant de la dette impayée du débiteur. Ce document sera exigé pour effectuer les opérations de saisie à effectuer sur les biens et les revenus³ du débiteur défaillant. On note que certains créanciers bénéficient d'une procédure rapide.

La procédure de droit commun suppose d'obtenir un jugement : la lenteur de la justice, la complexité et le coût de la procédure sont des charges que doit subir tout créancier impayé commun (chirographaire).

Deux types de créancier bénéficient d'une procédure exceptionnelle qui leur permet d'échapper à ces obstacles.

¹ Valérie Burckel et Catherine de Crémiers, *Histoire de la comptabilité publique*, Economica, 1997, p.21. Nous mettons les temps au passé.

² Katia Weidenfeld, *Les origines médiévales du contentieux administratif (XIV^e-XV^e siècles)*, Paris, De Boccard, 2001, p. 250 et suiv.

³ Art. R 3252-1 c. trav. : « Le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut faire procéder à la saisie des sommes dues à titre de rémunération par un employeur à son débiteur. »

- Le créancier bénéficiant d'un titre cambiaire (caractérisé par le recours systématique à l'inopposabilité des exceptions) peut obtenir un protêt d'un commissaire de justice.
- L'administration fiscale et sociale bénéficie du privilège du préalable : le trésor public et la sécurité sociale se délivrent à eux-mêmes un titre exécutoire.

Rapides, peu coûteuses et efficaces, ces procédures d'exception permettent d'obtenir rapidement un titre exécutoire. C'est un avantage considérable, qui peut être considéré comme un traitement privilégié.

Lorsque les uns et les autres disposent de leur titre exécutoire, ce document, présenté à un commissaire de justice, fera débiter les opérations de saisie.

(813. et 814. : réservés)

2/ La procédure de saisie : *l'appréhension des biens et revenus du débiteur*

815. La **procédure de saisie** débute par l'intervention du commissaire de justice, seul habilité à effectuer les opérations de saisie (art. L 122-1 c. proc. civ. d'ex.¹).

L'*inventaire*, dressé par commissaire de justice, mentionne les biens (même détenus par des tiers²) dont est propriétaire le débiteur, ainsi que ses revenus. Plus précisément, l'inventaire identifie les biens proprement dits (droits réels portant sur des biens corporels ou incorporels) et les créances (art. 112-1 al. 2 c. proc. civ. d'ex.³).

À compter de cette date, le débiteur est « saisi » (art. 141-2 c. proc. civ. d'ex.⁴), et tout acte de disposition réalisé sur l'actif mentionné dans l'inventaire pourra entraîner des poursuites pénales (délit de détournement d'objet saisi : art. 314-6 c. pén.⁵).

¹ Art. L 122-1 c. proc. civ. d'ex. : « Seuls peuvent procéder à l'exécution forcée et aux saisies conservatoires les huissiers de justice chargés de l'exécution.

« Ils sont tenus de prêter leur ministère ou leur concours sauf lorsque la mesure requise leur paraît revêtir un caractère illicite ou si le montant des frais paraît manifestement susceptible de dépasser le montant de la créance réclamée, à moins que cette dernière résulte d'une condamnation symbolique que le débiteur refuserait d'exécuter. »

² Art. L 622-6 c. com. : « Dès l'ouverture de la procédure [de sauvegarde], il est dressé un inventaire du patrimoine du débiteur ainsi que des garanties qui le grèvent. Cet inventaire, remis à l'administrateur et au mandataire judiciaire, est complété par le débiteur par la mention des biens qu'il détient susceptibles d'être revendiqués par un tiers. (...) ».

³ Chapitre II : Les biens saisissables, art. L 112-1 : « Les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers.

« Elles peuvent également porter sur les créances conditionnelles, à terme ou à exécution successive.

« Les modalités propres à ces obligations s'imposent au créancier saisissant. »

⁴ Art. L 141-2 c. proc. civ. d'ex. : « L'acte de saisie rend indisponibles les biens qui en sont l'objet.

« Si la saisie porte sur des biens corporels, le débiteur saisi ou le tiers détenteur entre les mains de qui la saisie a été effectuée est réputé gardien des objets saisis sous les sanctions prévues par l'article 314-6 du code pénal.

« Si la saisie porte sur une créance, elle en interrompt la prescription. »

⁵ Art. 314-6 c. pén. : « Le fait, par le saisi, de détruire ou de détourner un objet saisi entre ses mains en garantie des droits d'un créancier et confié à sa garde ou à celle d'un tiers est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende.

Une fois fixée l'assiette des biens figurant dans le patrimoine du débiteur, les opérations de liquidation pourront commencer. Elles seront différentes selon qu'il s'agit de vendre un bien (aux enchères publiques) (a) ou d'obtenir l'attribution d'une créance (due par un tiers) (b).

a/ La liquidation des biens du débiteur : une procédure en quatre phases

816. La **liquidation des biens du débiteur** consiste à saisir un ou plusieurs biens (voire tous), en fonction du montant de la dette à payer et des sommes que la saisie est susceptible de rapporter. Une procédure en quatre phases sera suivie : il s'agit de saisir un bien, de le faire vendre aux enchères publiques, afin d'obtenir une somme d'argent qui sera attribuée au créancier saisissant.

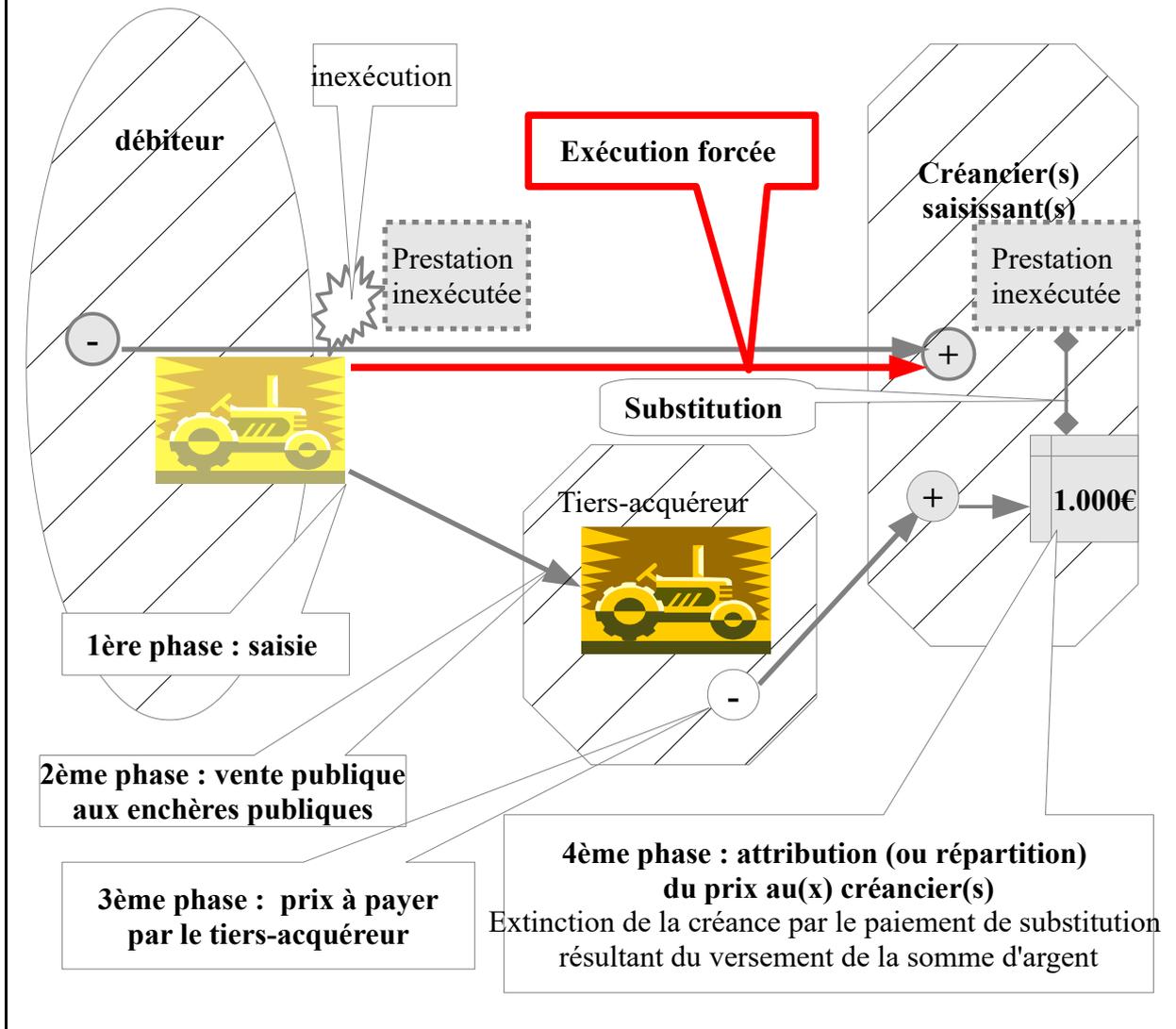
Ce mécanisme, qui se déroule en quatre phases, doit être suivi de bout en bout par le créancier saisissant (schéma 8.1).

- 1^{ère} phase de saisie. Les opérations débutent par la saisie d'un bien appartenant au débiteur ;
- 2^{ème} phase de vente. Le bien sera vendu aux enchères publiques à un tiers, à un tiers-acquéreur qui en devient donc propriétaire ;
- 3^{ème} phase de créance. Le tiers-acquéreur doit s'acquitter de sa dette (le prix d'achat) entre les mains du commissaire de justice, qui agit pour le compte du créancier saisissant. Le prix n'est pas versé au débiteur, qui subit l'exécution forcée.
- 4^{ème} phase d'attribution du prix. La somme d'argent versée par le tiers-acquéreur devient un bien, qui sera attribué au créancier saisissant ou répartie entre les créanciers saisissants.
 - Ce paiement (forcé) éteint à la fois l'obligation du tiers-acquéreur et celle du débiteur, auteur de l'inexécution. C'est donc à ce moment que se produit le paiement de substitution : il remplace la prestation inexécutée.
 - Ce paiement de substitution produit tous les effets d'un paiement. Il éteint deux obligations en même temps : celle pesant sur le débiteur (prestation inexécutée) et celle pesant sur le tiers-acquéreur (prix d'acquisition du bien).

« La tentative de l'infraction prévue au présent article est punie des mêmes peines. »

Schéma
8.1

Exécution forcée Procédure de liquidation des biens du débiteur



L'assiette de la saisie porte, au moment où elle est réalisée, sur les *biens présents* (corporels et incorporels ; meubles et immeubles) dont le débiteur est propriétaire. Si les biens présents ne suffisent pas à payer la dette, les biens futurs (obtenus par héritage, notamment) seront saisis au fur et à mesure qu'ils intégreront son patrimoine¹.

¹ En présence d'un débiteur lourdement endetté, la saisie de ses biens présents et de ses revenus (infra) interdira fréquemment au débiteur de financer l'acquisition de biens futurs.

La procédure de vente aux enchères publiques est donc destinée à liquider les biens figurant dans le patrimoine du débiteur défaillant. Cette procédure doit être impérativement suivie à son terme par tout créancier impayé : le créancier chirographaire (saisissant) doit attendre la phase de répartition pour obtenir paiement.

b/ La procédure de saisie d'une créance : un prélèvement à la source

817. La **procédure de saisie d'une créance** est (légèrement) différente. Nommée saisie-attribution (art. L 211-1 c. proc. civ. d'ex.¹), cette exécution forcée a pour assiette une créance portant sur une obligation de somme d'argent, et le régime de saisie suit le mécanisme de la cession de créance (c-à-d. de l'action directe) (schéma 8.2).

L'assiette de la saisie-attribution porte sur une *créance de somme d'argent*, présente ou future, à exécution successive (sur les salaires du débiteur) ou instantanée (le prix de vente que doit recevoir le débiteur-vendeur)². Juridiquement, les revenus du débiteur (salaires, gains professionnels, loyers à percevoir, dividendes ...) sont des créances détenues sur les tiers (employeur, client, locataire, société). En présence d'une prestation autre que de somme d'argent, le service sera réalisé ; le bien à transmettre sera un bien futur (saisi selon la procédure de liquidation : supra).

La procédure de saisie-attribution suit le *mécanisme de la cession de créance*.

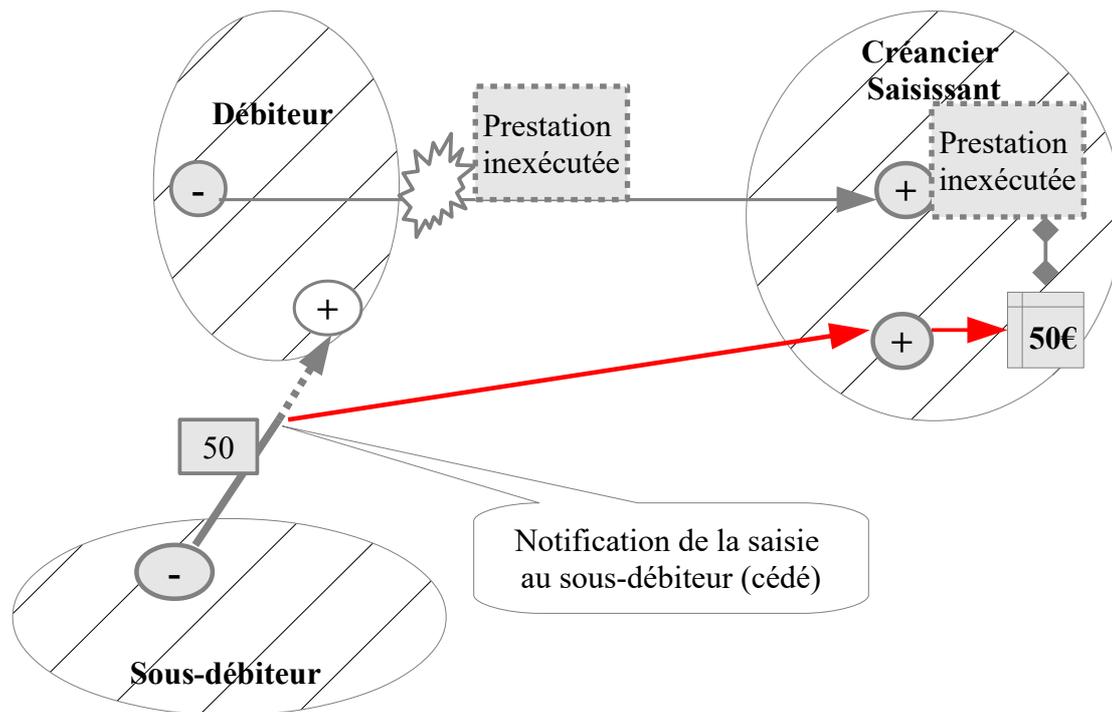
- Dès que la saisie-attribution est notifiée au sous-débiteur (cédé), le créancier saisissant (cessionnaire) remplace son débiteur défaillant (cédant) : c'est l'attribution immédiate.
- Le créancier saisissant sera alors payé par le cédé à l'échéance de la créance saisie : la somme versée par le cédé sera substituée à la créance impayée du débiteur et imputée sur le montant de la dette. Au fond, il s'agit d'une action directe(-sûreté) : le paiement de la créance saisie ne transite pas par le patrimoine du débiteur saisi.

¹ Art. L 211-1 c. proc. civ. d'ex. : « Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut, pour en obtenir le paiement, saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur une somme d'argent, sous réserve des dispositions particulières à la saisie des rémunérations prévue par le code du travail. »

² En présence d'une créance échue, l'action (oblique) en paiement permet d'obtenir de la part du sous-débiteur une somme d'argent, qui sera affectée au paiement des dettes du débiteur défaillant.

Schéma
8.2

Saisie d'une créance



La saisie d'une créance présente un avantage spécifique pour le créancier : il effectue un *prélèvement à la source*, ce qui est bien pratique. L'administration (avec son privilège du préalable : supra) y a fréquemment recours, avec la saisie administrative à tiers-détenteur (art. L 262 livre proc. fisc.¹). Dès que la banque qui tient le compte du débiteur (redevable) reçoit notification de cet avis², elle devra prélever la somme (sur le compte créditeur) ; il en va de même avec l'employeur, qui devra verser la fraction saisissable du salaire entre les mains du trésor public (art. L 262 al. 4 et livre

¹ Art. L 262.1 al. 1^{er} à 3 livre proc. fiscales : « 1. Les créances dont les comptables publics sont chargés du recouvrement peuvent faire l'objet d'une saisie administrative à tiers détenteur notifiée aux dépositaires, détenteurs ou débiteurs de sommes appartenant ou devant revenir aux redevables.

« Dans le cas où elle porte sur plusieurs créances, de même nature ou de nature différente, une seule saisie peut être notifiée.

« L'avis de saisie administrative à tiers détenteur est notifié au redevable et au tiers détenteur. L'exemplaire qui est notifié au redevable comprend, sous peine de nullité, les délais et voies de recours. [...] ».

² Conseil d'Etat, 9^{ème} et 8^{ème} sous-sections réunies, 15 octobre 1997, n°175722 - 175798, Recueil Lebon : « L'avis à tiers détenteur notifié par le comptable chargé du recouvrement d'une imposition privilégiée en application de l'article L263 [devenu 262.1 al. 4 et 5] du LPF emporte, dès sa réception par son destinataire, attribution immédiate, au profit du Trésor, à concurrence du montant de l'imposition, de la créance disponible [...] ».

proc. fisc.³). Cette procédure de saisie administrative à tiers détenteur est rapide (supra) et peu onéreuse (seuls les frais postaux sont à la charge du trésor public).

(818- à 823. : réservés)

824. En somme, la **procédure d'exécution forcée** montre que l'ensemble des biens et créances d'un débiteur défaillant est affecté de force au paiement de ses dettes.

Le créancier ayant mis son débiteur en demeure d'exécuter doit obtenir un titre exécutoire : un créancier commun est exposé aux lenteur et coût de la procédure, alors que d'autres bénéficient d'une procédure rapide (protêt délivré par un commissaire de justice en présence d'un titre cambiaire inexécuté) voire même très rapide (privilège du préalable, garantissant le paiement des créances fiscales et sociales).

Muni de son titre exécutoire, le créancier fait inventorier l'actif de son débiteur par un commissaire de justice. Les mesures de saisie peuvent alors commencer, et l'assiette du droit de gage général est large :

- un bien voire tous les biens du débiteur seront liquidés, c-à-d. transformés en somme d'argent (en suivant une procédure en quatre phases : saisie, vente aux enchères publiques, paiement du prix par le tiers-acquéreur, attribution de la somme au créancier saisissant). Tous les biens (présents) du débiteur sont affectés au paiement de ses dettes ; privé de ses biens, le débiteur vivra dans la pauvreté ;
- les créances détenues sur les tiers feront l'objet d'une saisie-attribution : le sous-débiteur (cédé) se voit notifier le changement de créancier (comme dans la cession de créance), de sorte qu'il devra directement payer le créancier saisissant. Les revenus (futurs) du débiteur sont donc également affectés au paiement de ses dettes : avec la saisie-attribution des créances, le créancier bénéficie d'un prélèvement à la source sur toutes les ressources que le débiteur serait amené à percevoir.

Le régime juridique de l'« engagement » (en réalité de toute dette) implique donc des conséquences personnelles potentiellement lourdes pour le débiteur : il met en gage général toutes ses ressources

³ Art. L 262.1 al. 4 et 5 livre proc. fisc. : « La saisie administrative à tiers détenteur emporte l'effet d'attribution immédiate prévu à l'article L. 211-2 du code des procédures civiles d'exécution. Les articles L. 162-1 et L. 162-2 du même code sont applicables. Par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 162-1, lorsque le montant de la saisie administrative à tiers détenteur est inférieur à un montant, fixé par décret, compris entre 500 € et 3 000 €, les sommes laissées au compte ne sont indisponibles, pendant le délai prévu au même deuxième alinéa, qu'à concurrence du montant de la saisie.

« La saisie administrative à tiers détenteur a pour effet d'affecter, dès sa réception, les fonds dont le versement est ainsi demandé au paiement des sommes dues par le redevable, quelle que soit la date à laquelle les créances même conditionnelles ou à terme que le redevable possède à l'encontre du tiers saisi deviennent effectivement exigibles. »

présentes et futures (biens et créances détenues sur les tiers). Le débiteur, après saisie, vit dans la pauvreté et il reste tenu *à vie* du *passif* (sur ses revenus : créances), jusqu'à ce que son passif soit entièrement payé. L'article 2284 c. civ.¹ ne prévoit aucune mesure pour apurer le passif, en imposant à un créancier (ou à une masse de créanciers) de ne se satisfaire que des biens présents. C'est pourtant ce qui arrivera, quand le débiteur est insolvable. Le droit de gage général prend alors un aspect plus collectif.

II/ Le « gage commun des créanciers » : la dimension collective du droit de gage général

825. Selon l'article 2285 c. civ.², « Les biens du débiteur sont le *gage commun de ses créanciers* ». En régime général des obligations, chaque créancier impayé dispose des mêmes prérogatives qu'un autre ; en présence d'un débiteur insolvable, il faudra établir une procédure collective, afin d'organiser un paiement (partiel) à tous les créanciers.

L'aspect collectif du droit de gage général ne prend sens qu'en présence d'une *pénurie* de biens (et créances). S'il s'avère que le débiteur est solvable, tous ses créanciers obtiendront un paiement intégral, mis en œuvre par la procédure d'exécution forcée (supra), quitte à subir des délais de paiement quand il faut saisir les revenus du débiteur. En présence d'un débiteur insolvable (lorsque son passif excède son actif), on ne peut pas inventer des biens et créances qui n'existeront jamais. Une procédure collective sera donc organisée : c'est le sens du gage commun.

La répartition de la pénurie sera effectuée selon un *principe proportionnel*, énoncé à l'article 2285 c. civ. : « et le prix s'en distribue entre eux par contribution ».

- Le prix de vente de l'ensemble des biens du débiteur sera réparti entre les créanciers, en leur appliquant une fraction : si le passif global est de 150, alors que l'actif n'est que de 100, chacun ne sera payé qu'au 2/3.
- En régime général des obligations, le caractère égalitaire du droit de gage général garantit (officiellement) que chaque créancier (chirographaire) obtiendra un paiement partiel, au prorata du montant de ses créances. En cas d'erreur, le créancier qui a reçu davantage que sa part devra restituer le surplus³.

¹ Art. 2284 c. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

² Art. 2285 c. civ. : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

³ La solution est prévue en droit des procédures collectives, art. L 643-7-1 c. com. : « Le créancier qui a reçu un paiement en violation de la règle de l'égalité des créanciers chirographaires ou par suite d'une erreur sur l'ordre des privilèges doit restituer les sommes ainsi versées. »

La dimension collective du droit de gage général conduit à imposer une logique impérative à l'ensemble des créanciers (1), qui seront payés selon un principe égalitaire (2).

1/ Une procédure impérative appliquée à l'ensemble des créanciers

826. La **procédure impérative appliquée à l'ensemble des créanciers** signifie, au sens propre du terme qu'une procédure collective sera enclenchée, en présence d'un débiteur probablement insolvable.

Tant que le risque d'insolvabilité du débiteur n'est pas établi, chaque créancier conserve individuellement son droit de saisie sur les biens et revenus de son débiteur. Une fois payé (de force), le créancier quitte son statut et devient propriétaire (de la somme d'argent qui lui était due). Lorsqu'un créancier s'aperçoit, avant les autres, que le débiteur sombre dans l'insolvabilité, on parle de « *prix de la course* » : le créancier (premier saisissant) sera intégralement payé, ce qui signifie mécaniquement que la charge de la pénurie s'accroît pour les autres. Si l'actif du débiteur est de 100, et que le créancier A réussit à saisir 50 (paiement intégral), l'actif subsistant (50) sera partagé entre B et C.

Lorsqu'il apparaît que le débiteur est devenu insolvable, la *procédure collective* applicable à l'ensemble des créanciers conduit à bloquer toutes les voies d'exécution (en cours), afin d'éviter la logique du prix de la course. Le principe égalitaire s'applique également à l'action oblique¹, qui permet de réintégrer des actifs dormants dans le patrimoine du débiteur. C'est une garantie du droit de gage général².

Le *principe de l'égalité entre les créanciers* signifie que chacun a vocation à obtenir le paiement forcé de ses créances : cela conduit à refuser toute distinction (techniquement : tout droit de préférence) entre eux, que ce soit par la date de naissance de la créance ou par son montant. Tous les créanciers sont logés à la même enseigne (sauf exception). Les sommes obtenues à l'issue des opérations de saisie seront « réparties » (collectivement³).

¹ Art. 1341-1 c. civ. : « Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne. »

² Civ. 1^{ère}, 18 janvier 1977, n°75-13533, Bull. n°29 : « la faculté accordée aux créanciers d'exercer les droits et actions de leurs débiteurs n'est qu'une conséquence du gage général qui leur est reconnu sur leurs biens par les articles 2092 et 2093 [devenus art. 2284 et 2285] du code civil » ; Civ. 1^{ère}, 9 avril 2014, n°12-23022, Bull. n°64 : « L'inopposabilité paulienne qu'édicte l'article 1167 du code civil autorise le créancier poursuivant, par décision de justice et dans la limite de sa créance, à échapper aux effets d'une aliénation opérée en fraude de ses droits, afin de restaurer son droit de gage général sur l'objet de cette aliénation, en l'autorisant à le saisir entre les mains du tiers ».

³ Les créanciers bénéficiant de la cession judiciaire de biens (anc. art. 1269 c. civ.) ne devenaient pas propriétaires des biens du débiteur défaillant, mais devaient les faire vendre : le partage égalitaire était imposé.

826-1. La procédure collective évoquée à l'article 2285 c. civ. existait dès 1804, avec la cession judiciaire de biens (anc. art. 1269 et suiv. c. civ.), ancêtre du droit de la faillite. Afin d'éviter l'emprisonnement pour dettes, le débiteur pouvait proposer à cession de l'ensemble de ses biens à ses créanciers. Ces derniers n'en devenaient pas propriétaires : ils devaient les faire vendre, afin d'en obtenir une somme à répartir (conformément à la loi du concours).

2/ L'égalité entre les créanciers : la loi du concours

827. L'égalité entre les créanciers (chirographaires) est assurée par la loi du concours. Elle consiste à appliquer le principe égalitaire : les sommes récoltées à l'issue de la vente forcée seront réparties proportionnellement au montant de chaque créance (« au marc le franc »¹). Cette proportion peut être calculée en comparant le montant de l'actif au montant du passif ou en comparant le montant de chaque créance par rapport à l'ensemble des créances. Le résultat est le même.

Le montant de l'actif est divisé par le montant du passif : on obtient une fraction qui sera appliquée à chaque créance impayée. Si le créancier A (pour 100€) et le créancier B (pour 200€) doivent se partager l'actif du débiteur (150€), il faudra diviser l'actif par le montant total du passif (100+200 = 300) : chacun ne sera donc payé qu'à la moitié du montant de sa créance. A obtiendra donc 50 et B 100.

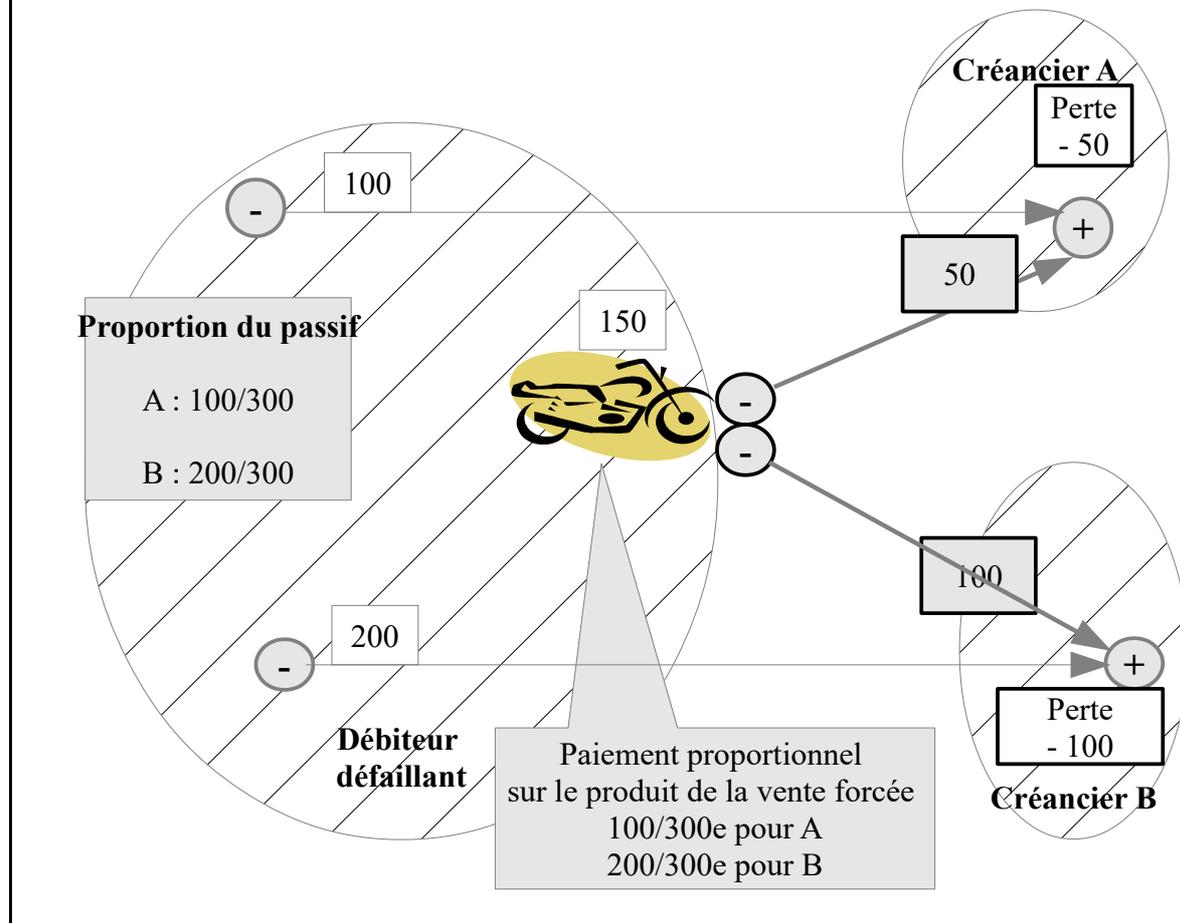
Le montant de chaque créance est comparé au montant global des créances (schéma 8.3).

- Le montant global du passif (300€) se compose de celui dû au créancier A (100€) et de celui dû au créancier B (200€) :
 - le créancier A obtiendra $100/300$ e de l'actif ;
 - le créancier B obtiendra $200/300$ e de l'actif.
- L'actif (150€) sera réparti :
 - le créancier A obtiendra $1/3$ de l'actif (valant 150€), soit 50€ ;
 - le créancier B obtiendra $2/3$ de l'actif (150€), soit 100€.

¹ L'expression est employée dans l'article 643-8 c. com., en cas de liquidation judiciaire d'un débiteur professionnel : « Le montant de l'actif, distraction faite (...) des sommes payées aux créanciers privilégiés, est réparti entre tous les créanciers au marc le franc de leurs créances admises ».

Schéma
8.3

Répartition proportionnelle entre les créanciers chirographaires



La règle du concours est la principale garantie qui protège chaque créancier chirographaire, quand il est confronté à un débiteur insolvable. Chacun est alors assuré d'obtenir un *paiement partiel*.

L'égalité entre créanciers chirographaires signifie que :

- le créancier le plus ancien possède les mêmes droits que le plus récent ;
- le créancier saisissant (qui effectue une saisie immobilière) devra partager avec les autres¹ ;

¹ Civ. 3^e, 26 mai 1992, n°90-13248, Bull. n°173 : « le créancier chirographaire saisissant ne bénéficie pas par le seul fait de son commandement de saisie d'une cause de préférence à l'égard des autres créanciers chirographaires du saisi » (le créancier ayant effectué une saisie immobilière doit partager avec les autres).

- le créancier muni d'une sûreté réelle, quand il n'est pas payé avec sa sûreté réelle, sera chirographaire pour le montant qui lui reste dû. Il partagera à égalité avec les autres.

827-1. Le caractère impératif des **règles de répartition** du passif donne lieu à des quelques solutions curieuses.

Si un créancier chirographaire obtient seul un paiement intégral, il devra restituer l'indu¹. Le principe égalitaire est donc impératif. En revanche, lorsqu'un créancier, muni d'un droit de préférence, est payé alors que d'autres le surclassent, le paiement, irrégulier au regard de la hiérarchie des règles, ne donne pas lieu à répétition de l'indu (Com., 30 oct. 2000²).

L'article 1346-3 c. civ. établit un droit de préférence chirographaire au profit de la victime, en concours avec l'assureur. Lorsqu'une victime est partiellement indemnisée par l'assureur, elle exercera une action en responsabilité civile contre le responsable ; l'assureur exercera également une action récursoire contre le responsable. Le droit de gage général (infra) de l'assureur sera alors infra-chirographaire : il ne prélève qu'à titre subsidiaire, après indemnisation intégrale de la victime. La solution prévue à l'article 1346-3 c. civ. valide la jurisprudence (Civ. 1^{ère}, 4 juin 2002³).

(828- à 848. : réservés)

Conclusion du I/ Le droit de gage général en régime général des obligations : le droit commun du paiement forcé

849. Le **droit de gage général en régime général des obligations** signifie que les biens et revenus d'un débiteur (c-à-d. tout l'actif figurant dans son patrimoine) est affecté au paiement de n'importe quelle dette. Deux principes en dérivent :

- Tout créancier (chirographaire) a le droit (individuel) d'obtenir une exécution forcée. Le premier principe (fixé en régime général des obligations) est que toute dette est exécutoire sur l'ensemble de l'actif du débiteur (art. 2284 c. civ.⁴).
- Le second principe est collectif : tous les créanciers impayés se partageront entre eux l'actif du débiteur insolvable, en appliquant une égalité proportionnelle (art. 2285 c. civ.). À chacun en fonction du montant de sa créance.

¹ Com., 11 fév. 2004, n°02-17250, Bull. : « un créancier, admis à titre chirographaire, ne peut conserver les sommes à lui payées en violation de la règle de l'égalité des créanciers chirographaires » (un créancier chirographaire avait été seul payé, les autres agissent en répétition de l'indu).

² Com., 30 oct. 2000, RTD civ. 2001.142

³ Civ. 1^{ère}, 4 juin 2002, n°99-13.002 et 99613.685, Bull. n°157 : « dans le concours de l'assureur subrogé et de l'assuré subrogeant, ce dernier prime le premier jusqu'à concurrence de la réparation du préjudice garanti ».

⁴ Art. 2284 c. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

Première remarque : le principe de la dette à vie, applicable à un débiteur quelconque, s'applique à toute dette, quel qu'en soit le montant. Chaque débiteur a donc intérêt à maîtriser ses engagements, puisqu'aucune mesure d'apurement du passif n'est prévue¹. Jusqu'en 1867, date à laquelle apparaissent les sociétés de capitaux², le débiteur est une personne physique.

Deuxième remarque : le principe de la dette à vie prend une signification différente en présence d'une personne morale, fonctionnant selon la logique du *patrimoine affecté* (société de capitaux et associations). Le patrimoine social est seul affecté au paiement des dettes sociales : ni les gérants, ni les associés (ou les membres de l'association) n'engagent leur patrimoine personnel. Le débiteur est incité à une gestion aventureuse (ce qui est le but du patrimoine d'affectation), ce qui signifie que mécaniquement le créancier d'un patrimoine affecté est exposé à un risque aggravé d'impayé. Devenue insolvable, la société de capitaux sera liquidée : elle ne disposera ni de revenus futurs, ni de biens futurs. Elle ne paiera donc pas le passif. Les créanciers devront se contenter des seuls les biens présents de la société. Techniquement, le patrimoine affecté respecte la logique du droit de gage général, puisque toute dette engage l'entière du patrimoine.

La perception sociale du principe de la dette à vie a évolué discrètement au cours du XIX^e siècle. Si les sociétés de capitaux sont incitées à une gestion aventureuse, cela signifie qu'il n'est pas toujours absolument nécessaire de payer un créancier (quelconque). Dans ces conditions, comment continuer à expliquer le régime traditionnellement rigoureux auquel les personnes physiques restent soumises ?

§2^{ème}/ La réduction de l'assiette des biens saisissables :

la protection des personnes physiques dans les droits spéciaux

850. La **réduction de l'assiette des biens saisissables** par le créancier (impayé) signifie que le débiteur pourra conserver certaines masses de biens, même s'il ne paye pas certaines de ses dettes. Techniquement, le principe selon lequel une dette quelconque est exécutoire sur tout l'actif ne sera pas appliqué ; l'exécution forcée initiée par le créancier ne s'exercera que sur certains biens désignés par leur masse d'appartenance, en présence d'une exception établie par un texte spécial.

¹ Le code civil de 1804 prévoit encore l'emprisonnement pour dettes. La pratique est déclinante, mais connue. Dans les siècles antérieurs, elle était couramment pratiquée (et perçue comme nettement plus douce que la réduction en esclavage).

² Dans le code de commerce de 1807, les sociétés « anonymes » devaient obtenir une autorisation gouvernementale ; la loi du 24 juillet 1867 supprime cette condition.

L'établissement d'une exception est une décision lourde de conséquences pour le créancier. Même si le créancier finance un actif (qui se retrouve dans le patrimoine de son débiteur), il ne pourra obtenir l'exécution forcée que sur une assiette limitée de ses biens ou revenus : le droit de gage "général" ne garantit plus un paiement rapide et intégral (grâce à la liquidation de tous les biens du débiteur). Les chances de paiement (forcé) du créancier (chirographaire) sont donc réduites, alors même que la dette est valablement contractée (et pleinement soumise à la force obligatoire des obligations). Défavorable au créancier, l'exception profite mécaniquement au débiteur.

Les exceptions issues de droits spéciaux (droit des procédures civiles d'exécution, droit commercial, droit des régimes matrimoniaux, voire même droit du divorce etc...) ont une caractéristique commune : elles *protègent spécifiquement les personnes physiques*, les seules qui sont soumises avec rigueur au droit de gage général et, en principe, au régime de la dette à vie. En revanche, en présence d'un patrimoine affecté, le droit de gage général des créanciers sociaux n'est pas restreint à certaines masses de biens : les sociétés de capitaux qui ne payent pas leurs dettes seront liquidées. Pour les personnes physiques, la situation est différente : le régime de la dette à vie conduira à limiter l'exécution forcée à certaines masses de biens, ce qui veut dire que certains biens seront conservés par le débiteur défaillant (même s'il ne paye pas ses dettes).

L'exception signifie ainsi que le créancier impayé ne pourra donc faire saisir que certaines *masses de biens*. La notion de « masse de biens » signifie ici que les biens seront caractérisés par leur fonction (alimentaire, professionnelle ...) ou par leur périodicité de perception (les revenus, catégorie particulière au sein des créances). La masse des biens saisissables sera réduite à un sous-ensemble de biens dont le débiteur est propriétaire.

850-1. Le terme « **masse de biens** » désigne des biens possédant des caractéristiques juridiques propres conduisant à les isoler des autres biens figurant dans le patrimoine de leur titulaire. La masse de biens répond à des fonctions diverses : identifier un transfert de valeur, source d'enrichissement injustifié ; limiter l'actif saisissable etc...

En droit des régimes matrimoniaux (au sens large, incluant le pacs), les masses de biens permettent de savoir si un enrichissement injustifié a eu lieu, d'une masse appauvrie vers une masse enrichie. Si un époux finance l'acquisition d'un bien propre par un bien commun, la masse des biens communs sera appauvrie au détriment de la masse de ses propres. Il faudra prévoir une action en remboursement.

En droit des successions, la dissociation entre la masse des biens personnels à l'héritier et la masse des biens successoraux (de son auteur) permettra aux créanciers de l'héritier de ne pas être concurrencés par ceux du défunt (en cas d'acceptation pure et simple de la succession). Le bénéficiaire d'émolument, qui bénéficiait jadis à la femme mariée, lui permettait de refuser de payer les créanciers au-delà de sa part de communauté. En droit

du cautionnement, le créancier de la caution, mariée sous un régime communautaire et seule engagée, n'aura accès qu'aux revenus du conjoint et à ses propres. Les masses ont spécifiquement pour fonction d'identifier l'actif saisissable, en dérogation au principe.

851. La limitation de l'assiette des biens saisissables à une masse de biens résulte donc d'une exception établie par la loi, pour des motifs variables. En droit positif, trois blocs de dispositions sont établies :

- Certains biens sont insaisissables parce qu'ils sont nécessaires à la survie du débiteur (personne physique) (I).
- Les biens "personnels" (destinés à l'usage privé) de l'entrepreneur sont spécialement protégés face à ses créanciers professionnels (II).
- Enfin, certains contrats (présentant un certain danger pour les personnes physiques) ne donneront lieu à exécution forcée que sur certaines masses de biens (III).

(852- à 854. : réservés)

I/ Les biens et revenus nécessaires au débiteur (personne physique)

855. Les **biens et revenus nécessaires au débiteur** (personne physique) sont insaisissables (art. L 112-1 c. proc. civ. d'ex.¹), afin de permettre au débiteur de survivre pendant la période (a priori longue) au cours de laquelle il doit rembourser une dette (d'un montant qui excède souvent notablement la valeur de son actif disponible). Issues d'une législation à vocation (légèrement) humanitaire, ces exceptions bénéficient aux personnes physiques, et plus précisément « au saisi et à sa famille » (art. L 112-2 5° c. proc. civ. d'ex.).

Les exceptions établies par le code des procédures civiles d'exécution trouvent leur *justification* par le type de contrainte exercée sur le débiteur et les membres de sa famille. Tel qu'il est prévu en régime général des obligations, le droit de gage général permettrait au créancier de condamner son débiteur à la faim (saisie des biens, y compris des aliments), à le priver complètement de ressources (saisie-attribution de toute créance détenue sur un tiers, incluant donc l'intégralité du salaire) et à lui interdire d'exercer son activité professionnelle (en saisissant les biens nécessaires à l'exercice de sa profession). Ces solutions sont considérées comme excessives : si le débiteur défaillant peut

¹ Chapitre II : Les biens saisissables, art. L 112-1 c. proc. civ. d'ex. : « Les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers.

« Elles peuvent également porter sur les créances conditionnelles, à terme ou à exécution successive.

« Les modalités propres à ces obligations s'imposent au créancier saisissant. »

survivre (dans la pauvreté), il pourra (peut-être) s'acquitter progressivement de son passif. Les exceptions établies par le code des procédures civiles d'exécution, au profit des seules personnes physiques, signifient donc que le débiteur sera condamné à la pauvreté (contrairement aux personnes morales, qui seront liquidées).

Le *minimum vital* que le débiteur pourra conserver comprend les biens « nécessaires à la vie et au travail » (1), ainsi que la fraction insaisissable de ses revenus (2).

1/ Les biens nécessaires « à la vie et au travail »

856. Les **biens nécessaires « à la vie et au travail »** (art. L 112-2 5° c. proc. civ. d'ex.¹) forment deux masses de biens soumises à un régime juridique proche. Le caractère insaisissable de ces biens n'est toutefois pas absolu : l'idée générale est qu'un créancier ne peut pas faire condamner son débiteur à la faim et à l'absence de toute ressource ; mais un débiteur ne peut pas voler pour survivre.

Un créancier impayé quelconque ne peut pas saisir :

- Les biens indispensables à la vie d'une personne physique (art. R 112-2 c. proc. civ. d'ex.²), à savoir les aliments, les vêtements, les ustensiles de cuisine et de nettoyage, ainsi que la literie et le téléphone. En revanche, le logement n'y figure pas, ni le véhicule.

¹ Art. L 112-2 c. proc. d'ex. : « Ne peuvent être saisis : [...] »

5° Les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille, si ce n'est pour paiement de leur prix, dans les limites fixées par décret en Conseil d'Etat et sous réserve des dispositions du 6°. Ils deviennent cependant saisissables s'ils se trouvent dans un lieu autre que celui où le saisi demeure ou travaille habituellement, s'ils sont des biens de valeur, en raison notamment de leur importance, de leur matière, de leur rareté, de leur ancienneté ou de leur caractère luxueux, s'ils perdent leur caractère de nécessité en raison de leur quantité ou s'ils constituent des éléments corporels d'un fonds de commerce ;

6° Les biens mobiliers mentionnés au 5°, même pour paiement de leur prix, lorsqu'ils sont la propriété des bénéficiaires de prestations d'aide sociale à l'enfance prévues aux articles L. 222-1 à L. 222-7 du code de l'action sociale et des familles [aide à domicile] ;

7° Les objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades. »

² Art. R 112-2 c. proc. civ. d'ex. : « Pour l'application du 5° de l'article L. 112-2, sont insaisissables comme étant nécessaires à la vie et au travail du débiteur saisi et de sa famille : 1° Les vêtements ; 2° La literie ; 3° Le linge de maison ; 4° Les objets et produits nécessaires aux soins corporels et à l'entretien des lieux ; 5° Les denrées alimentaires ; 6° Les objets de ménage nécessaires à la conservation, à la préparation et à la consommation des aliments ; 7° Les appareils nécessaires au chauffage ; 8° La table et les chaises permettant de prendre les repas en commun ; 9° Un meuble pour ranger le linge et les vêtements et un autre pour ranger les objets ménagers ; 10° Une machine à laver le linge ; 11° Les livres et autres objets nécessaires à la poursuite des études ou à la formation professionnelle ; 12° Les objets d'enfants ; 13° Les souvenirs à caractère personnel ou familial ; 14° Les animaux d'appartement ou de garde ; 15° Les animaux destinés à la subsistance du saisi ainsi que les denrées nécessaires à leur élevage ; 16° Les instruments de travail nécessaires à l'exercice personnel de l'activité professionnelle ; 17° Un poste téléphonique permettant l'accès au service téléphonique fixe ou mobile. »

- Les biens nécessaires à l'activité professionnelle du débiteur comprennent l'ordinateur (utilisé pour la recherche d'un emploi¹). Il s'agira d'un piano, pour un pianiste, quel que soit son contrat de travail.

Ces biens ne sont insaisissables que s'ils ont été légalement acquis par le débiteur². On retourne à l'application du principe (art. 2284 c. civ.³), lorsque le créancier impayé est celui qui a financé l'acquisition ou la réparation de ces biens⁴ (aliments, matériel professionnel) ou lorsque les biens nécessaires sont d'une valeur excessive (les vins fins ne sont pas des aliments) ou ne servent pas au débiteur⁵. Ce créancier peut alors faire saisir n'importe quel bien, y compris les biens habituellement insaisissables. L'exception est de droit strict.

Les biens insaisissables d'un débiteur, personne physique, conduisent donc à *isoler une masse particulière de biens*, celle des biens nécessaires : les créanciers communs subissent une atteinte à leur droit de gage général. Elle est circonscrite pour les biens nécessaires au minimum vital ; elle est plus intense pour les biens professionnels, souvent d'une valeur supérieure. L'idée générale est que le débiteur conserve le strict minimum, et uniquement dans la mesure où il l'a payé.

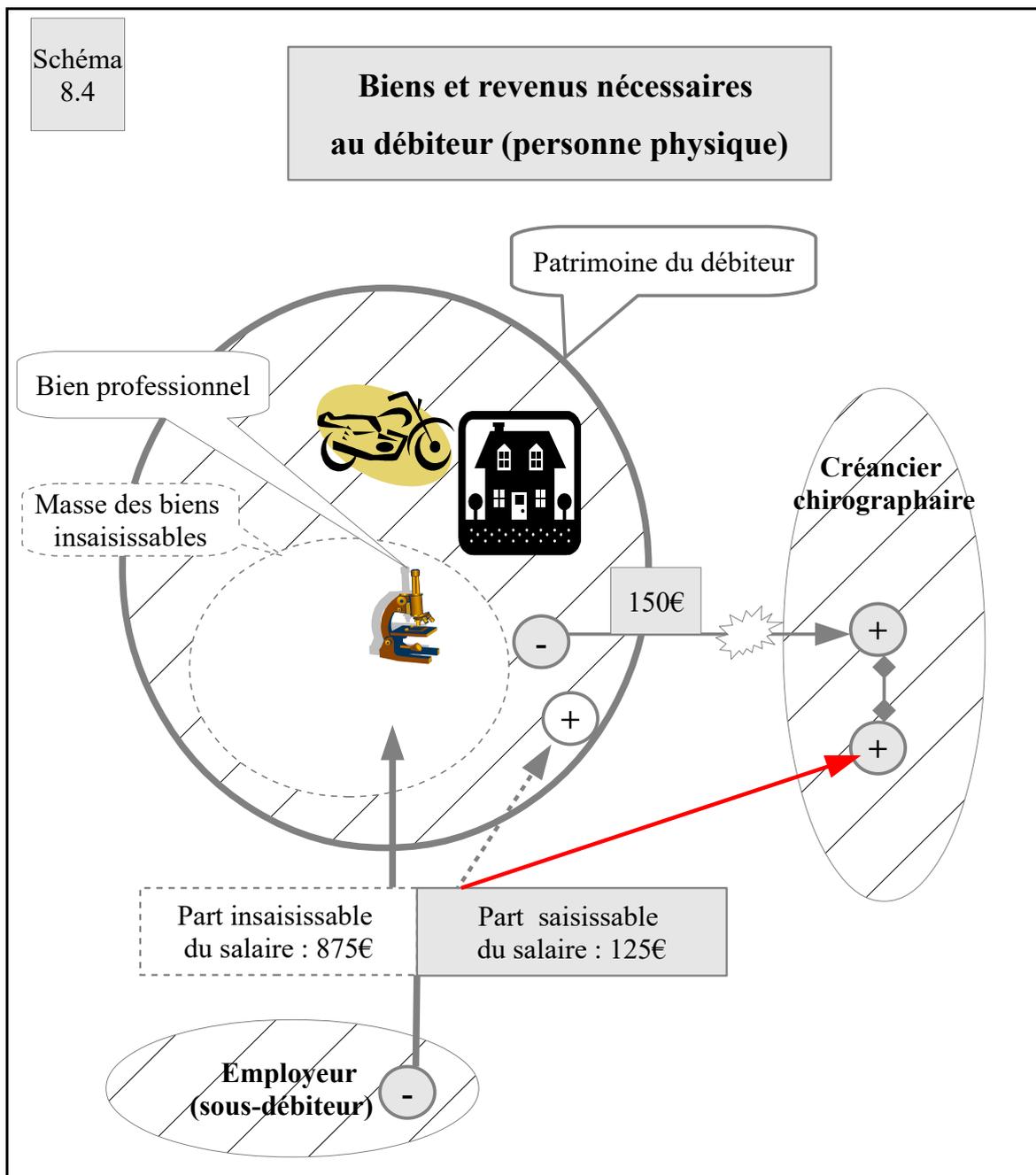
¹ Civ. 2^e, 28 juin 2012, n°11-15.055 : (abstrat) « Un ordinateur utilisé pour la recherche d'un emploi doit être assimilé à un instrument nécessaire à l'exercice personnel d'une activité professionnelle. Il s'ensuit qu'il est insaisissable en application des articles 14 de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 et 39 du décret n°92-755 du 31 juillet 1992 ».

² Selon l'article L 112-2 c. proc. civ. d'ex., « ne peuvent être saisis, [...] 5° les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille, *si ce n'est pour le paiement de leur prix* ».

³ Art. 2284 c. civ. : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

⁴ Art. R 112-3 c. proc. civ. d'ex. : « Les biens énumérés à l'article R. 112-2 ne sont saisissables pour aucune créance, si ce n'est pour paiement des sommes dues à leur fabricant ou vendeur ou à celui qui a prêté pour les acheter, fabriquer ou réparer. »

⁵ Parce qu'ils sont entreposés ailleurs que dans son logement. « Ils deviennent cependant saisissables s'ils se trouvent dans un lieu autre que celui où le saisi demeure ou travaille habituellement, s'ils sont des biens de valeur, en raison notamment de leur importance, de leur matière, de leur rareté, de leur ancienneté ou de leur caractère luxueux, s'ils perdent leur caractère de nécessité en raison de leur quantité ou s'ils constituent des éléments corporels d'un fonds de commerce » (art. L 112-2 c. proc. civ. d'ex.)



857. La liste légale des exceptions établissant divers régimes dérogatoires s'allonge de plus en plus, et tend même à quitter son domaine naturel (à savoir la protection des personnes physiques).

Les biens nécessaires à la profession de l'entrepreneur donnent lieu à un régime spécifique. On sait que le créancier impayé qui a vendu ou réparé un tel bien reste soumis au principe (art. 2284 c. civ.) : il peut faire saisir un actif quelconque, y compris le bien vendu ou réparé, pour obtenir paiement forcé. Mais il existe

désormais une dérogation : l'entrepreneur individuel peut contraindre le créancier à saisir un actif autre que le bien professionnel (art. 161-1 c. proc. civ. d'ex.¹).

Les *biens nécessaires à l'activité des syndicats* sont également insaisissables (art. L 2134-4 c. trav.²).

(858. et 859. : réservés)

2/ La fraction insaisissable des revenus

860. La **fraction insaisissable des revenus** (art. L 112-4 c. proc. civ. d'ex.³) donne lieu à une législation complexe, dans la mesure où premièrement la saisie des créances détenues par le débiteur sur les tiers doit figurer parmi les « revenus », et, deuxièmement, le reste à vivre dont disposera le débiteur dépend de son niveau de revenus.

Le *revenu* est une masse particulière de biens au sein des créances (détenues par le débiteur sur les tiers). Le revenu est une somme (éventuellement variable) qui est perçue de manière périodique, afin d'assurer le train de vie courant du saisi et de sa famille. Ce seront les salaires (et assimilés⁴), les prestations sociales, les gains professionnels perçus par un indépendant, les loyers ou les dividendes perçus par un rentier. Pour déterminer le revenu moyen, quand les revenus sont fluctuants, la base de calcul est celle des revenus perçus au cours de l'année précédant la saisie, divisée par 12 mois.

La *fraction saisissable* du revenu dépend du montant des revenus du saisi.

- Il existe un montant minimal insaisissable⁵ correspondant au revenu de solidarité active⁶ (rsa) ; les pensions alimentaires destinées au débiteur (art. L 112-2 3° c. proc. civ.

¹ Art. L 161-1 c. proc. civ. d'ex. : « Lorsque le titulaire d'une créance contractuelle ayant sa cause dans l'activité professionnelle d'un entrepreneur individuel entend poursuivre l'exécution forcée d'un titre exécutoire sur les biens de cet entrepreneur, celui-ci peut, nonobstant les dispositions du 5° de l'article L. 112-2 et s'il établit que les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise sont d'une valeur suffisante pour garantir le paiement de la créance, demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces derniers.

« Si le créancier établit que cette proposition met en péril le recouvrement de sa créance, il peut s'opposer à la demande.

« La responsabilité du créancier qui s'oppose à la demande du débiteur ne peut pas être recherchée, sauf intention de nuire. »

² Art. L 2132-4 c. trav. : « Les meubles et immeubles nécessaires aux syndicats professionnels pour leurs réunions, bibliothèques et formations sont insaisissables. »

³ Art. L 112-4 c. proc. civ. d'ex. : « Les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte demeurent insaisissables dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. »

⁴ Allocations de chômage, d'accident du travail, d'assurance-maladie et de retraites etc.

⁵ Art. R 3252-5 c. trav. : « La somme laissée dans tous les cas à la disposition du salarié dont la rémunération fait l'objet d'une saisie ou d'une cession, en application du second alinéa de l'article L. 3252-5, est égale au montant forfaitaire mentionné à l'article L. 262-2 du code de l'action sociale et des familles fixé pour un foyer composé d'une seule personne [revenu de solidarité active]. »

⁶ Art. L 262-2 c. act. soc. et fam. : « Toute personne résidant en France de manière stable et effective, dont le foyer dispose de ressources inférieures à un montant forfaitaire, a droit au revenu de solidarité active dans les conditions définies au présent chapitre. « Le revenu de solidarité active est une allocation qui porte les ressources du foyer au niveau du montant forfaitaire. Il est complété, le cas échéant, par l'aide personnalisée de retour à l'emploi mentionnée à l'article L. 5133-8 du code du travail. »

d'ex.¹), y compris pour la prestation compensatoire², ainsi que les prestations sociales suivent le même régime.

- En présence d'un salaire, le montant de la fraction saisissable³ dépend du montant du salaire (art. R 3252-2 c. trav.⁴) et du nombre de personnes à charge⁵. Pour une personne gagnant 1.000€/mois sans personne à charge, 125€/mois peuvent être saisis (100€/mois avec une personne à charge) ; pour une personne gagnant 2.000€/mois sans personne à charge, 630€/mois peuvent être saisis (510€/mois avec une personne à charge)⁶.

Lorsqu'un créancier impayé saisit un compte bancaire, le solde créditeur (en faveur du débiteur) du compte donne lieu à des solutions dérogatoires. Il existe un *solde bancaire insaisissable*⁷ d'un montant d'environ 200€. L'objectif est de laisser au débiteur un minimum vital (différent de celui laissé au débiteur au titre de la fraction insaisissable).

Le créancier saisissant d'une personne physique doit donc laisser au débiteur un minimum vital.

¹ Art. 112-2 3° c. proc. civ. d'ex. : « Ne peuvent être saisis : 3° Les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire, sauf pour le paiement des aliments déjà fournis par le saisissant à la partie saisie ; ».

Art. R 112-4 c. proc. civ. d'ex. : « Pour l'application du 3° de l'article L. 112-2, le débiteur qui prétend que les sommes reçues par lui ont un caractère alimentaire peut saisir le juge de l'exécution pour qu'il détermine si et dans quelle mesure ces sommes ont un caractère alimentaire. »

² Civ. 2°, 10 mars 2005, n°02-14268, D. 2005.IR.798, obs. J. Daleau ; D. 2005.Pan, p.1604-1605, obs. M. Herzog-Evans

³ Art. L 3252-3 c. trav. : « Pour la détermination de la fraction insaisissable, il est tenu compte du montant de la rémunération, de ses accessoires ainsi que de la valeur des avantages en nature, après déduction des cotisations et contributions sociales obligatoires et de la retenue à la source prévue à l'article 204 A du code général des impôts.

« Il est en outre tenu compte d'une fraction insaisissable égale au montant forfaitaire mentionné à l'article L. 262-2 du code de l'action sociale et des familles applicable à un foyer composé d'une seule personne.

« Il n'est pas tenu compte des indemnités insaisissables, des sommes allouées à titre de remboursement de frais exposés par le travailleur et des allocations ou indemnités pour charges de famille. »

⁴ Art. R 3252-2 c. trav. : « La proportion dans laquelle les sommes dues à titre de rémunération sont saisissables ou cessibles, en application de l'article L. 3252-2, est fixée comme suit :

1° Le vingtième, sur la tranche inférieure ou égale à 3 870 € ;

2° Le dixième, sur la tranche supérieure à 3 870 € et inférieure ou égale à 7 550 € ;

3° Le cinquième, sur la tranche supérieure à 7 550 € et inférieure ou égale à 11 250 € ;

4° Le quart, sur la tranche supérieure à 11 250 € et inférieure ou égale à 14 930 € ;

5° Le tiers, sur la tranche supérieure à 14 930 € et inférieure ou égale à 18 610 € ;

6° Les deux tiers, sur la tranche supérieure à 18 610 € et inférieure ou égale à 22 360 € ;

7° La totalité, sur la tranche supérieure à 22 360 €. »

⁵ Art. R 3252-3 c. trav. : « Les seuils déterminés à l'article R. 3252-2 sont augmentés d'un montant de 1 490 € par personne à la charge du débiteur saisi ou du cédant, sur justification présentée par l'intéressé.

« Pour l'application du premier alinéa, sont considérés comme personnes à charge :

1° Le conjoint, le partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou le concubin du débiteur, dont les ressources personnelles sont inférieures au montant forfaitaire du revenu de solidarité active mentionné à l'article L. 262-2 du code de l'action sociale et des familles, fixé pour un foyer composé d'une seule personne tel qu'il est fixé chaque année par décret ;

2° L'enfant ouvrant droit aux prestations familiales en application des articles L. 512-3 et L. 512-4 du code de la sécurité sociale et se trouvant à la charge effective et permanente du débiteur au sens de l'article L. 513-1 du même code. Est également considéré comme étant à charge l'enfant à qui ou pour l'entretien duquel le débiteur verse une pension alimentaire ;

3° L'ascendant dont les ressources personnelles sont inférieures au montant forfaitaire du revenu de solidarité active mentionné à l'article L. 262-2 du code de l'action sociale et des familles, fixé pour un foyer composé d'une seule personne et qui habite avec le débiteur ou auquel le débiteur verse une pension alimentaire. »

⁶ Voir : Barème des saisies sur rémunérations publié par le ministère de la justice, www.justice.fr/simulateurs/saisies-remunerations/bareme.

⁷ Art. R 312-4 c. mon. et fin. ; art. R. 162-1 à R. 162-8, R. 112-5 et R. 213-10 c. proc. civ. d'exécution

- En conséquence, l'employeur (sous-débiteur) devra diviser ses paiements, car le salaire est devenu une obligation divisible (supra) : la partie insaisissable sera versée au salarié (débiteur saisi) et la partie saisissable sera attribuée au créancier saisissant.
- Mais on retourne au principe (art. 2284 c. civ.) en présence d'un *créancier alimentaire* : ayant lui-même besoin de survivre, il peut faire saisir même le minimum vital de son débiteur (quel qu'il soit : prestation sociale¹, rsa).

861-1. Les **prestations sociales** figurent parmi les biens insaisissables et incessibles² (prestations familiales, assurance-décès, rsa), sauf exception et régimes particuliers³. L'allocation de logement (art. L 542-1 c. sécu. soc.) ou assimilée peut être saisie par le bailleur (ou assimilé) (art. 553-4 II c. sécu. soc.⁴), et de façon plus générale, toute personne prenant en charge les frais pour lesquels la prestation sociale est versée peut saisir la prestation en cause, et obtenir son versement direct (action directe⁵).

(861- à 863. : réservés)

864. Les **biens et revenus nécessaires** au saisi et à sa famille sont donc insaisissables afin de permettre au débiteur de disposer des ressources minimales pour survivre (dans la pauvreté). Cette mesure, applicable à toute personne physique (soumise aux conséquences concrètes de la dette à vie), conduit le législateur à identifier, au sein du patrimoine du débiteur, des masses de biens (vitaux et professionnels) et de revenus (fraction insaisissable) que le débiteur peut conserver, alors même qu'il n'a pas payé sa dette.

¹ Art. L 553-4 c. sécu. soc. : « I.-Les prestations familiales sont incessibles et insaisissables sauf pour le recouvrement des prestations indûment versées à la suite d'une manœuvre frauduleuse ou d'une fausse déclaration de l'allocataire. « Toutefois, peuvent être saisis dans la limite d'un montant mensuel déterminé dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L. 553-2 :

1°) pour le paiement des dettes alimentaires ou l'exécution de la contribution aux charges du mariage et liées à l'entretien des enfants : l'allocation pour jeune enfant, les allocations familiales, le complément familial, l'allocation de rentrée scolaire, l'allocation de soutien familial et l'allocation parentale d'éducation ;

2°) pour le paiement des frais entraînés par les soins, l'hébergement, l'éducation ou la formation notamment dans les établissements mentionnés à l'article L. 541-1 : l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé. En cas de non-paiement de ces frais, la personne physique ou morale ou l'organisme qui assume la charge de l'éducation spéciale, de la formation ou de l'entretien de l'enfant peut obtenir de l'organisme débiteur de l'allocation que celle-ci lui soit versée directement. (...) ».

² Art. L 553-4 III c. séc. soc. : « III.- (...) / Le blocage de comptes courants de dépôts ou d'avances ne peut avoir pour effet de faire obstacle à l'insaisissabilité et à l'incessibilité des prestations familiales.

« Nonobstant toute opposition, les allocataires dont les prestations familiales sont servies par versement à un compte courant de dépôts ou d'avances peuvent retirer des fonds chaque mois de ce compte dans la limite du montant des prestations familiales. »

³ Pour les prestations versées par les mutuelles : l'assimilation au salaire (revenu du travail) est le principe (art. 311-5 c. mut.), sauf exceptions. Ainsi, les établissements hospitaliers peuvent saisir 50% des prestations versées par une mutuelle.

⁴ Art. L 553-4 II c. sécu. soc. : « L'allocation de logement prévue à l'article L. 542-1 est versée, s'il le demande, au prêteur lorsque l'allocataire est emprunteur et au bailleur lorsque l'allocataire est locataire. (...) ».

⁵ La prestation faisant l'objet d'une action directe ne transitant pas par le patrimoine du débiteur, les autres créanciers du débiteur en faillite ne peuvent donc prétendre la saisir.

Cette strate de législation s'applique, même lorsque, par ailleurs, le débiteur bénéficie d'autres protections, en tant qu'entrepreneur ou partie à un contrat spécialement dangereux.

II/ Les biens "personnels" de l'entrepreneur individuel

865. Les biens "personnels" de l'entrepreneur individuel échappent de plein droit (c-à-d. sans déclaration, ni information des créanciers) au droit de gage général des créanciers "professionnels", sauf renonciation explicite du débiteur (art. 526-22 et suiv. c. com.).

Depuis une loi de 2022¹, le législateur a instauré une dissociation entre *deux masses de biens* : les biens professionnels ont vocation à payer les dettes professionnelles ; les biens personnels ont vocation à payer les dettes personnelles. C'est la logique générale de la sarl, mais appliquée au sein d'un seul et même patrimoine, d'où l'établissement d'une exception au principe selon lequel toute dette (aussi bien "personnelle" que professionnelle, née pour l'exercice de la profession) devrait être exécutoire sur tout l'actif accumulé par l'entrepreneur au cours de sa vie professionnelle. L'objectif du législateur est de protéger le débiteur (entrepreneur individuel) face aux actions en paiement forcé de ses créanciers professionnels. Contrairement au salarié, l'entrepreneur risque de tout perdre, en raison du montant (important) que le passif professionnel peut rapidement prendre². Afin d'éviter ce risque, des masses de biens "personnels" seront isolées : les créanciers professionnels n'y auront pas accès (schéma 8.5).

Mais tout se paye : si l'entrepreneur ne peut pas engager un actif "personnel" de valeur (un immeuble dont il est propriétaire, une assurance-vie ou un compte épargne retraite), le créancier refusera de faire crédit. Le législateur établit alors une *contre-mesure*, afin de permettre à l'entrepreneur de pouvoir tout de même engager ces masses de biens. Une renonciation est alors prévue : lors d'une opération spécifique (on songe à l'octroi d'un crédit), un entrepreneur pourra engager tout son actif (personnel comme professionnel) pour garantir une dette professionnelle.

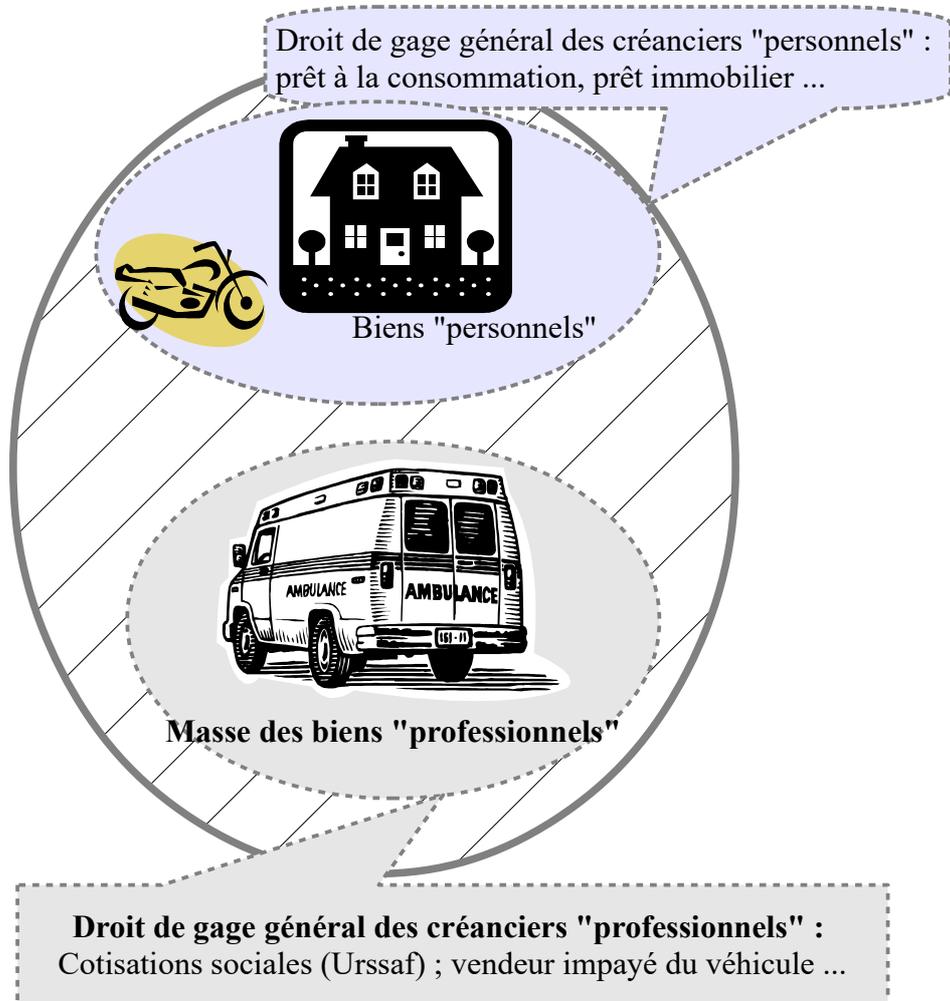
En présence d'un entrepreneur individuel, la dissociation entre les masses de biens "personnels" et "professionnels" (1) permet à l'entrepreneur individuel d'échapper à une menace (perdre ses biens "personnels"), tout en lui permettant de restaurer sa solvabilité auprès de certains créanciers (2).

¹ Loi n°2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante. Voir : Th. Revêt, *La désobjectivation du patrimoine*, D. 2022, p. 469 ; A. Bambé, <https://aurelienbamde.com/2022/06/18/le-nouveau-statut-de-lentrepreneur-individuel/> .

² C'est une conséquence d'une politique plus générale : le financement de la protection sociale est assuré par des prélèvements effectués sur le travail (et non pas l'impôt) ; le montant élevé des charges sociales génère donc un risque spécifique pour les entrepreneurs individuels. En pratique, la plupart des procédures collectives sont déclenchées par l'urssaf, en raison du non paiement des cotisations sociales.

Schéma
8.5

Les masses des biens "personnels" et "professionnels" de l'entrepreneur individuel



865-1. La réglementation (complexe et évolutive) adoptée en 2022 laisse subsister les **dispositions antérieures**. Certaines d'entre elles ont vocation à disparaître, mais la résidence principale reste soumise à un régime propre.

Les déclarations (à publier) permettant à l'entrepreneur individuel de soustraire ses biens immobiliers (autres que sa résidence principale) au droit de gage général de ses créanciers professionnels ont vocation à disparaître, tout comme le régime, lui aussi fondé sur une déclaration notariée, qui a servi de modèle à l'actuel régime (applicable de plein droit). La lourdeur des déclarations à publier et des renonciations notariées ne cadre pas avec la nouvelle réglementation, malgré leur maintien explicite (art. 526-22 al. 4 c. com.).

En revanche, le régime (spécial) applicable à la résidence principale n'a pas été modifié. L'entrepreneur individuel renonce à son insaisissabilité de plein droit en effectuant une déclaration notariée, et non pas en apposant la mention issue du nouveau régime (infra).

1/ La dissociation entre les masses d'actifs "personnels" et "professionnels"

866. La **dissociation entre les masses d'actifs "personnels" et "professionnels"** permet d'identifier les biens saisissables en fonction du type de créance "personnelle" ou "professionnelle" (art. 526-22 c. com.¹). La correspondance entre biens professionnels et créances professionnelles d'un côté, et les biens personnels et les dettes personnelles de l'autre fait apparaître une corrélation entre le passif et l'actif.

La *distinction au sein des créances* entre celles qui sont professionnelles (comme les cotisations sociales) ou personnelles (comme l'emprunt immobilier destiné à l'acquisition de la résidence principale de l'entrepreneur) pourra donner lieu à hésitation quand un bien est à usage mixte :

- le vendeur d'un véhicule utilisé pour des besoins professionnels et personnels ou le bailleur d'un local à usage mixte (une partie servant à la profession, l'autre au logement) etc.² dispose-t-il d'une créance à la fois professionnelle et personnelle (pour le tout : qualification cumulative), partiellement professionnelle et partiellement personnelle (pour une fraction à déterminer en fonction de l'utilisation) ou uniquement professionnelle (ou inversement) (qualification exclusive) ?
- les cotisations sociales donne lieu à un régime unique (qualification exclusive) : ces créances sont toutes professionnelles (art. 526 al. 5 c. com.³).

La *qualification des biens* à usage professionnel et à usage personnel permet spécifiquement d'identifier les deux masses de biens figurant dans le patrimoine de l'entrepreneur.

- la masse d'appartenance de chaque bien est identifiée par l'affectation du bien à un usage professionnel ou privé. Une ambulance est un véhicule à usage professionnel ; une moto est un bien à usage privé. Lorsqu'un bien est à usage mixte, la question se posera de

¹ Art. L 526-22 al. 1^{er} à 3 c. com. (inséré par loi n°2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante) : « L'entrepreneur individuel est une personne physique qui exerce en son nom propre une ou plusieurs activités professionnelles indépendantes.

« Les biens, droits, obligations et sûretés dont il est titulaire et qui sont utiles à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes constituent le patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel. Sous réserve du livre VI du présent code, ce patrimoine ne peut être scindé. Les éléments du patrimoine de l'entrepreneur individuel non compris dans le patrimoine professionnel constituent son patrimoine personnel.

« La distinction des patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur individuel ne l'autorise pas à se porter caution en garantie d'une dette dont il est débiteur principal. »

² Taxe foncière pour un immeuble à usage mixte.

³ Selon l'art. 526-22 al. 6 c. com. : « Les dettes dont l'entrepreneur individuel est redevable envers les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales sont nées à l'occasion de son exercice professionnel. »

savoir si la qualification doit être alternative (soit un bien est entièrement professionnel ou entièrement personnel, en fonction de l'usage majoritairement ou exclusivement professionnel ou personnel) ou cumulative (un même bien pouvant être à la fois à usage privé et professionnel, dès lors inclus dans les deux masses).

– En cas de litige, la *charge de la preuve* de l'affectation des biens à un usage professionnel pèse sur l'entrepreneur (art. 526-22 al. 7 c. com.¹) : si un créancier professionnel veut saisir le véhicule de son débiteur défaillant, l'entrepreneur devra prouver que le véhicule est personnel et n'est pas un véhicule de fonction (après avoir qualifié correctement la masse d'appartenance du bien : supra).

La corrélation entre l'actif et le passif permet alors d'identifier les *masses de biens engagées* pour chaque type de créance. L'assiette des biens figurant dans le droit de gage général de chaque créancier est limitée :

– une créance "professionnelle" ne sera exécutoire que sur la masse des biens professionnels de l'entrepreneur individuel (art. 526-22 al. 4 c. com.²). Le fournisseur impayé pourra donc saisir le véhicule de l'entreprise ; l'urssaf³ (sécurité sociale) peut faire saisir l'immeuble à usage professionnel dont l'entrepreneur est propriétaire ;

– une créance "personnelle" ne sera exécutoire que sur la masse des biens personnels du débiteur (sans égard à sa qualité d'entrepreneur) ainsi que sur ses revenus saisissables (art. 526-22 al. 6 c. com.⁴), lesquels correspondent au bénéfice de l'année précédente.

– Évidemment, si la masse des biens saisissables par un créancier "professionnel" est insuffisante, ce créancier ne disposera d'aucune action en paiement forcé sur les biens "personnels" de son débiteur (et inversement). Il sera confronté à un débiteur insolvable, lequel pourra demander à bénéficier du droit du droit de la faillite, soit en tant que personne

¹ Art. 526-22 al. 7 c. com. : « La charge de la preuve incombe à l'entrepreneur individuel pour toute contestation de mesures d'exécution forcée ou de mesures conservatoires qu'il élève concernant l'inclusion ou non de certains éléments d'actif dans le périmètre du droit de gage général du créancier. Sans préjudice de l'article L. 121-2 du code des procédures civiles d'exécution, la responsabilité du créancier saisissant peut être recherchée pour abus de saisie lorsqu'il a procédé à une mesure d'exécution forcée ou à une mesure conservatoire sur un élément d'actif ne faisant manifestement pas partie de son gage général. »

² Art. L. 526-22 al. 4 c. com. : « Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil et sans préjudice des dispositions légales relatives à l'insaisissabilité de certains biens, notamment la section 1 du présent chapitre et l'article L. 526-7 du présent code, l'entrepreneur individuel n'est tenu de remplir son engagement à l'égard de ses créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de son exercice professionnel que sur son seul patrimoine professionnel, sauf sûretés conventionnelles ou renonciation dans les conditions prévues à l'article L. 526-25. »

³ Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociales et d'allocations familiales.

⁴ Art. L. 526-22 al. 6 c. com. : « Seul le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel constitue le gage général des créanciers dont les droits ne sont pas nés à l'occasion de son exercice professionnel. Toutefois, si le patrimoine personnel est insuffisant, le droit de gage général des créanciers peut s'exercer sur le patrimoine professionnel, dans la limite du montant du bénéfice réalisé lors du dernier exercice clos. En outre, les sûretés réelles consenties par l'entrepreneur individuel avant le commencement de son activité ou de ses activités professionnelles indépendantes conservent leur effet, quelle que soit leur assiette. »

privée (droit du surendettement), soit en tant que professionnel (droit des procédures collectives).

867. Le droit de gage général de chaque créancier est donc **limité en présence d'un entrepreneur individuel**. Chaque créancier, en fonction de la qualification de sa créance, a intérêt à évaluer la solvabilité de son débiteur, en sachant comment qualifier les différents biens inclus dans son droit de gage général. En fonction de cette évaluation, le créancier laissera ou non se développer le passif.

Chaque masse de biens ayant pour fonction de limiter le droit de gage général de chaque catégorie de créanciers, il en résulte un effet mécanique sur le *risque d'impayé, tantôt limité, tantôt accru*, en fonction de la masse d'appartenance de chaque créance.

– Globalement, les entrepreneurs qui contractent des dettes "personnelles" sont davantage solvabilisés depuis 2022 : le banquier qui finance l'acquisition d'une résidence d'habitation n'a plus à craindre la saisie de l'Urssaf, à raison de cotisations sociales impayées. L'entrepreneur individuel présente (à peu près : infra) les mêmes risques qu'un salarié précaire (disposant de revenus variables).

– À l'inverse, les créanciers "professionnels" sont exposés à un risque accru d'impayé : le banquier qui consent un prêt de trésorerie ne peut plus considérer que le compte bancaire personnel de l'entrepreneur est suffisamment provisionné ou qu'il dispose d'un compte-titre qu'il pourra faire saisir pour éponger la dette "professionnelle". L'entrepreneur individuel est devenu un débiteur aussi risqué qu'une sarl : un créancier professionnel (comme l'Urssaf ou un fournisseur) n'a donc pas intérêt à laisser subsister trop longtemps un passif aussi risqué.

La distinction entre les deux masses de biens modifie donc la solvabilité de l'entrepreneur individuel : elle est accrue pour les dettes "personnelles", réduite pour les dettes "professionnelles".

La distinction entre ces masses s'explique uniquement par l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel. Dès qu'il *cesse son activité* (en prenant sa retraite ou en devenant salarié), ces différentes masses cessent d'exister (art. 526-22 al. 8 c. com.¹) : un créancier personnel peut alors saisir un bien antérieurement affecté à l'usage professionnel, et inversement. Les dettes professionnelles ont alors le même statut que les dettes personnelles. Le banquier qui a financé l'acquisition de la résidence

¹ Art. 526-22 al. 8 c. com. : « Dans le cas où un entrepreneur individuel cesse toute activité professionnelle indépendante, le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel sont réunis. Il en est de même en cas de décès de l'entrepreneur individuel, sous réserve des articles L. 631-3 et L. 640-3 du présent code. (...) ».

principale peut alors craindre l'action de l'Urssaf : ils seront en concours (s'ils sont chirographaires : supra), mais uniquement après la cessation d'activité de l'entrepreneur individuel. La cessation d'activité est un risque spécifique.

L'évaluation du risque d'impayé que présente l'entrepreneur individuel est donc une opération complexe, qui prend en compte la consistance des deux masses de biens gérées par le débiteur ainsi que la durée prévisible de son activité professionnelle indépendante. Un phénomène de vases communicants est en œuvre : la solvabilité de l'entrepreneur individuel s'est accrue d'un côté (dettes "personnelles") et réduite de l'autre (dettes "professionnelles"). Pour redevenir solvable, une contre-mesure est prévue.

2/ La solvabilisation de l'entrepreneur par la renonciation : l'exigence ponctuelle de certains créanciers "professionnels"

868. La **solvabilisation de l'entrepreneur par la renonciation** signifie qu'un créancier professionnel aura également accès à une autre masse de biens pour garantir son droit de gage général. Cette renonciation est encadrée par des conditions strictes, et elle aura pour effet d'accroître le crédit du débiteur.

La *renonciation* de l'entrepreneur n'est permise qu'en faveur d'un créancier professionnel (art. 526-25 c. com.¹). La renonciation étant un acte volontaire, elle sera effectuée par un débiteur quand il y a intérêt : elle aura donc pour but de le crédibiliser, ce qui présuppose un cadre contractuel.

- Le bénéficiaire naturel de la renonciation est le banquier, confronté à une question concrète, à savoir fixer le montant maximal du crédit qu'il peut octroyer (supra, introduction n°72 et suiv.).
- Un créancier légal (pour les cotisations sociales) ou un créancier contractuel faible (pour le paiement des salaires) ne sera jamais en mesure d'imposer au débiteur une renonciation : ces deux catégories de créanciers devront se contenter de la masse des biens professionnels. Ils sont donc exposés à un risque (accru) d'impayé.

Le créancier bénéficiaire de la renonciation pourra alors saisir *deux masses d'actifs différents*, à savoir la masse des biens "professionnels" et celle des biens "personnels" du débiteur. Évidemment, la renonciation du débiteur n'a d'intérêt que si le débiteur est propriétaire d'un actif personnel dont la

¹ Art. L 526-25 c. com. : « L'entrepreneur individuel peut, sur demande écrite d'un créancier, renoncer à la dérogation prévue au quatrième alinéa de l'article L. 526-22, pour un engagement spécifique dont il doit rappeler le terme et le montant, qui doit être déterminé ou déterminable. Cette renonciation doit respecter, à peine de nullité, des formes prescrites par décret. « Cette renonciation ne peut intervenir avant l'échéance d'un délai de réflexion de sept jours francs à compter de la réception de la demande de renonciation. Si l'entrepreneur individuel fait précéder sa signature de la mention manuscrite énoncée par décret et uniquement de celle-ci, le délai de réflexion est réduit à trois jours francs. »

valeur servira à accroître le montant du crédit demandé. L'analyse de la situation micro-économique du débiteur conduira le banquier à fixer le montant supplémentaire qu'il peut accorder, quand l'entrepreneur est propriétaire de sa résidence principale et que le prêt d'acquisition est complètement ou presque complètement remboursé.

La solvabilisation de l'entrepreneur par la renonciation consentie à un créancier professionnel (a) a donc pour effet d'accroître le crédit du débiteur : l'effet de la renonciation (b) est même plus intense que le droit de gage général dont dispose un créancier chirographaire envers une sarl.

a/ La renonciation de l'entrepreneur : des conditions strictes posées par la loi

869. La **renonciation de l'entrepreneur** consentie à un créancier professionnel est encadrée par des conditions strictes, de fond et de forme, qui peuvent apparaître comme des pièges juridiques. Pour le législateur, il s'agit probablement de limiter la prétention du créancier professionnel : il faudra être en présence d'un acte ponctuellement conclu, à durée déterminée. À ces conditions de fond, relatives à l'objet du contrat, il faut ajouter des conditions de forme, centrées sur le consentement de l'entrepreneur individuel.

Les *conditions de fond* (posées par l'article 526-25 al. 1^{er} c. com.) imposent au créancier "professionnel" (soumis au « quatrième alinéa de l'article L. 526-22^[1] » : supra, n°866) de limiter son exigence à certaines dettes limitées dans leur montant et leur durée :

- une demande écrite (en réalité, une offre) est effectuée par le créancier. Le texte ne précise pas la sanction de l'irrespect de cette règle. En l'absence de demande écrite, l'entrepreneur pourra prétendre que sa renonciation est invalide (notamment en raison de l'irrespect du délai de réflexion : infra).
- la dette professionnelle doit être identifiée (« un engagement spécifique »). L'exigence n'est pas respectée si la renonciation porte sur un ensemble de dettes (« toutes les dettes qui seront dues par l'entrepreneur envers la banque »). Le débiteur peut-il, dans un même acte, renoncer au droit de gage réduit pour plusieurs dettes ? La logique du texte impose de viser une dette ponctuelle (un crédit octroyé au moment de la renonciation), le plus souvent présente, bien qu'une dette future encore éventuelle puisse également être visée.

¹ Art. L 526-22 al. 4 c. com. : « Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil et sans préjudice des dispositions légales relatives à l'insaisissabilité de certains biens, notamment la section 1 du présent chapitre et l'article L. 526-7 du présent code, l'entrepreneur individuel n'est tenu de remplir son engagement à l'égard de ses créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de son exercice professionnel que sur son seul patrimoine professionnel, sauf sûretés conventionnelles ou renonciation dans les conditions prévues à l'article L. 526-25. »

- La dette doit avoir un terme (« engagement spécifique dont il [le créancier] doit rappeler le terme »). Le terme (art. 1305 c. civ.¹ ; supra n°240 et suiv.) sera connu quand la dette ayant pour objet le solde d'un compte bancaire fixe une date-butoir ou une durée précisée. En revanche, un terme à date inconnue (engagement viager) serait également valide, mais cette solution ne cadre pas avec la logique du texte (mal rédigé). Si le terme n'est pas rappelé, la renonciation du débiteur sera nulle.
- La dette doit avoir un « montant, qui doit être déterminé ou déterminable. » Le texte n'exige pas un montant chiffré ou chiffrable (six mois de loyers indexés). A priori, un montant « indéfini » ne répond pas aux exigences du texte. La jurisprudence précisera le contenu de l'exigence, ainsi que la sanction (probablement la nullité intégrale de la renonciation).

Les *conditions de forme* (art. 526-25 al. 2 c. com.²) imposent de respecter un rituel destiné à s'assurer de la qualité du consentement donné par le débiteur : un délai (différencié) de réflexion est imposé, ainsi qu'une mention manuscrite.

- le délai (différencié) de réflexion court à compter de la réception de la demande (écrite) du créancier. Ce sera trois jours si l'entrepreneur recopie la formulation du décret³, sept jours si l'entrepreneur recopie celle inventée par le créancier professionnel ;
- une mention manuscrite (ou écrite par l'entrepreneur en présence d'un contrat électronique, conclu entre absents : art. 1174 c. civ.⁴) est également exigée, toujours à peine de nullité.

La procédure que doit suivre le créancier professionnel qui veut obtenir une renonciation "simple" de l'entrepreneur individuel contient un piège juridique. La *saisie de la résidence principale* de l'entrepreneur individuel par un créancier professionnel est soumise à une condition supplémentaire. En effet, l'article 526-22 al. 4 c. com.⁵ réserve l'application des régimes spéciaux : « sans préjudice

¹ Art. 1305 c. civ. : « 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. »

² Art. L 526-25 c. com. : « (...) Cette renonciation doit respecter, à peine de nullité, des formes prescrites par décret. « Cette renonciation ne peut intervenir avant l'échéance d'un délai de réflexion de sept jours francs à compter de la réception de la demande de renonciation. Si l'entrepreneur individuel fait précéder sa signature de la mention manuscrite énoncée par décret et uniquement de celle-ci, le délai de réflexion est réduit à trois jours francs. »

³ [Décret n° 2022-799 du 12 mai 2022 relatif aux conditions de renonciation à la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel et du transfert universel du patrimoine professionnel – Légifrance \(legifrance.gouv.fr\)](#)

⁴ Art. 1174 c. civ. : « Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un contrat, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1366 et 1367 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au deuxième alinéa de l'article 1369. « Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même. »

⁵ Art. 526-22 al. 4 c. com. : « Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil et sans préjudice des dispositions légales relatives à l'insaisissabilité de certains biens, notamment la section 1 du présent chapitre et l'article L. 526-7 du présent code, l'entrepreneur individuel n'est tenu de remplir son engagement à l'égard de ses créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de son

des dispositions légales relatives à l'insaisissabilité de certains biens, notamment la section 1 du présent chapitre [insaisissabilité de la résidence principale¹] (...) ». Pour renoncer à l'insaisissabilité de sa résidence principale, une renonciation notariée (différente de la renonciation "simple") est spécifiquement exigée (art. 526-3 al. 2 c. com.²).

La plupart du temps, le créancier professionnel devra donc obtenir deux renonciations distinctes, la première ("simple") portant sur toute la masse des biens personnels, la seconde (notariée) portant spécifiquement sur la résidence principale. Chacune de ces renonciations obéit à des conditions strictes :

- La renonciation "simple" suppose une demande écrite, présentée pour une dette spécifique, dont le montant est chiffré et la durée fixée ; cette renonciation ne peut intervenir qu'au terme d'un délai de réflexion et en respectant une mention manuscrite.
- La renonciation portant sur la résidence principale est notariée.

La procédure est donc parsemée d'embûches. Pour les éviter, le créancier professionnel doit disposer d'un service juridique : c'est le cas dans toutes les banques. Lorsque toutes ces conditions posées à la renonciation "simple" et à la renonciation notariée (exigée pour engager la résidence principale), sont remplies, la renonciation produira ses effets.

869. La **résidence principale de l'entrepreneur individuel** (ou agriculteur) forme une masse de biens soumise à un régime spécifique lequel n'a pas été modifié en 2022. Aucune déclaration n'est nécessaire : les créanciers "professionnels" ne peuvent pas la saisir (art. 526-1 al. 1^{er} c. com.³). L'entrepreneur ne risque donc pas d'être expulsé de son logement, en cas de faillite (redressement et liquidation judiciaires). En cas de

exercice professionnel que sur son seul patrimoine professionnel, sauf sûretés conventionnelles ou renonciation dans les conditions prévues à l'article L. 526-25. »

¹ Art. 526-1 al. 1^{er} c. com. : « Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, les droits d'une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne. (...) ».

² Art. L 526-3 al. 2 c. com. : « L'insaisissabilité des droits sur la résidence principale et la déclaration d'insaisissabilité portant sur tout bien foncier, bâti ou non bâti, non affecté à l'usage professionnel peuvent, à tout moment, faire l'objet d'une renonciation soumise aux conditions de validité et d'opposabilité prévues à l'article L. 526-2. La renonciation peut porter sur tout ou partie des biens ; elle peut être faite au bénéfice d'un ou de plusieurs créanciers mentionnés à l'article L. 526-1 désignés par l'acte authentique de renonciation. Lorsque le bénéficiaire de cette renonciation cède sa créance, le cessionnaire peut se prévaloir de celle-ci. La renonciation peut, à tout moment, être révoquée dans les conditions de validité et d'opposabilité prévues à l'article L. 526-2. Cette révocation n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers mentionnés à l'article L. 526-1 dont les droits naissent postérieurement à sa publication. »

³ Chapitre VI : De la protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint, art. L 526-1 : « Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, les droits d'une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne. Lorsque la résidence principale est utilisée en partie pour un usage professionnel, la partie non utilisée pour un usage professionnel est de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire. La domiciliation de la personne dans son local d'habitation en application de l'article L. 123-10 du présent code ne fait pas obstacle à ce que ce local soit de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire. »

déménagement, le prix de vente du logement sera affecté (pendant la durée d'un an) à l'achat d'un nouveau logement (art. 526-3 al. 1^{er} c. com.¹).

Cette protection, qui tient compte du régime matrimonial de l'entrepreneur, dure pendant toute la durée de sa vie professionnelle (art. 526-3 al. 3 c. com.²). Pour restaurer sa solvabilité, l'entrepreneur (ou agriculteur) peut *renoncer* (par acte notarié) à cette insaisissabilité (art. 526-3 al. 2 c. com.³).

b/ L'effet de la renonciation : l'accroissement du crédit du débiteur

870. L'effet de la renonciation est d'accroître le crédit du débiteur, car le créancier professionnel (qui reste chirographaire) pourra obtenir l'exécution forcée sur deux ou trois masses d'actifs du débiteur. Trois remarques préalables fixeront le cadre des effets de chaque renonciation.

Première remarque. Le régime de la renonciation "simple" (art. 526-25 c. com.) ne prévoit pas (comprendre : ne permet pas) une restauration partielle du droit de gage général, qui serait limitée à certains biens personnels. Le créancier professionnel est un créancier chirographaire : il peut saisir la masse des biens professionnels (et il sera en concours avec les autres créanciers professionnels), ainsi que la masse de l'actif personnel (et il sera en concours avec les autres créanciers personnels sur les biens et revenus du débiteur) (schéma 8.6).

Deuxième remarque. Il faut tenir compte du statut spécifique auquel la résidence principale de l'entrepreneur individuel est soumise. Lors de l'octroi d'un crédit, l'entrepreneur qui ne renonce pas spécifiquement (et valablement) à la saisissabilité de sa résidence principale conservera donc cet actif (insaisissable).

Troisième remarque. Une fois payée la dette professionnelle (garantie par la renonciation du débiteur), l'entrepreneur bénéficie à nouveau de la distinction des masses de biens personnels et professionnels. On sait que la renonciation est ponctuelle (tel crédit) et que le terme de l'engagement du débiteur doit être précisé.

¹ Art. L 526-3 al. 1^{er} c. com. : « En cas de cession des droits immobiliers sur la résidence principale, le prix obtenu demeure insaisissable, sous la condition du emploi dans le délai d'un an des sommes à l'acquisition par la personne mentionnée au premier alinéa de l'article L. 526-1 d'un immeuble où est fixée sa résidence principale. »

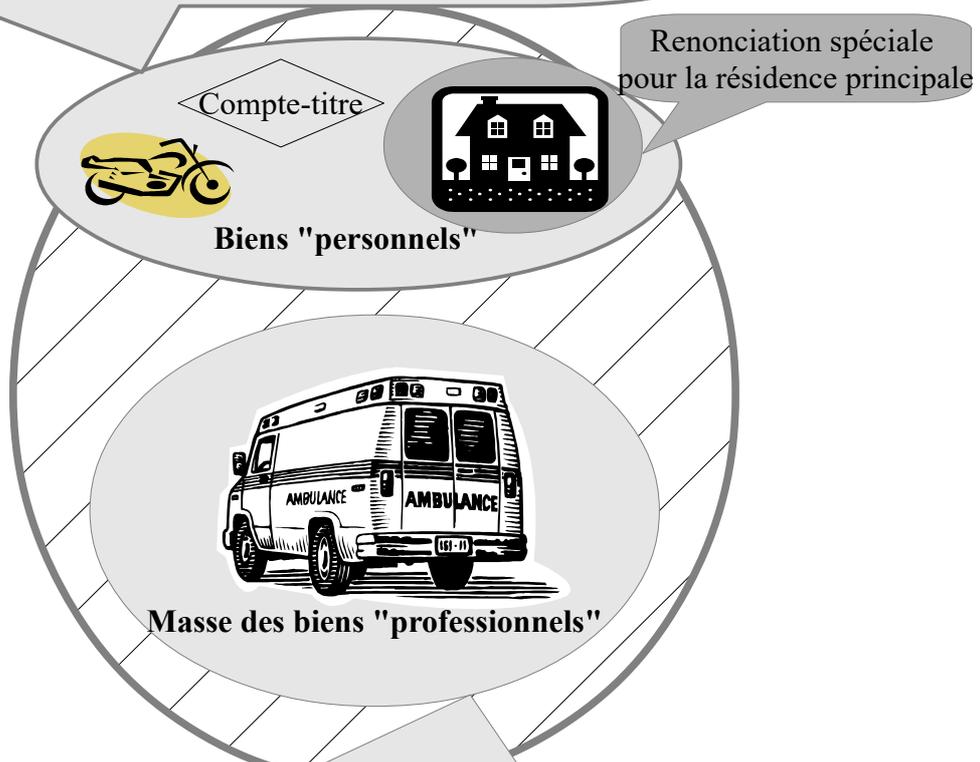
² Art. L 526-3 al. 3 c. com. : « Les effets de l'insaisissabilité et ceux de la déclaration subsistent après la dissolution du régime matrimonial lorsque la personne mentionnée au premier alinéa de l'article L. 526-1 ou le déclarant mentionné au deuxième alinéa du même article L. 526-1 est attributaire du bien. Ils subsistent également en cas de décès de la personne mentionnée au premier alinéa dudit article L. 526-1 ou du déclarant mentionné au deuxième alinéa du même article L. 526-1 jusqu'à la liquidation de la succession. »

³ Art. L 526-3 al. 2 c. com. : « L'insaisissabilité des droits sur la résidence principale et la déclaration d'insaisissabilité portant sur tout bien foncier, bâti ou non bâti, non affecté à l'usage professionnel peuvent, à tout moment, faire l'objet d'une renonciation soumise aux conditions de validité et d'opposabilité prévues à l'article L. 526-2. La renonciation peut porter sur tout ou partie des biens ; elle peut être faite au bénéfice d'un ou de plusieurs créanciers mentionnés à l'article L. 526-1 désignés par l'acte authentique de renonciation. Lorsque le bénéficiaire de cette renonciation cède sa créance, le cessionnaire peut se prévaloir de celle-ci. La renonciation peut, à tout moment, être révoquée dans les conditions de validité et d'opposabilité prévues à l'article L. 526-2. Cette révocation n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers mentionnés à l'article L. 526-1 dont les droits naissent postérieurement à sa publication.

Schéma
8.6

Le droit de gage général du créancier professionnel ayant obtenu ponctuellement une renonciation du débiteur

Droit de gage général du créancier professionnel
en concours avec les autres créanciers "personnels" du débiteur



Droit de gage général du créancier professionnel
en concours avec les autres créanciers "professionnels"

L'effet des renonciations est d'accroître le *crédit du débiteur*. Si ce dernier dispose d'actifs personnels de valeur, le banquier ajustera le montant du crédit à la valeur de cet actif saisissable supplémentaire qu'il pourra appréhender dans le cadre d'une exécution forcée (de droit commun).

- Si l'entrepreneur est propriétaire de sa résidence principale et n'a aucun crédit en cours, le banquier pourra considérer qu'une fraction substantielle de la résidence peut le garantir efficacement (en tenant compte des charges de copropriété, du poids de la fiscalité foncière ...).

- Pour estimer le montant du crédit supplémentaire qui pourra être octroyé au débiteur, le banquier raisonne en tenant compte des différentes masses d'actif et du passif qui pèse sur chacune d'elles. En l'absence d'exécution volontaire (souvent motivée par une perte de revenus), l'exécution forcée portera sur chacune de ces masses. Lorsque l'une d'elles est déficitaire, le créancier en saisira une autre, pour obtenir paiement du solde.

871. L'effet spécifique de l'extension de la masse de l'actif saisissable grâce à la renonciation de l'entrepreneur individuel est de permettre au créancier d'être colloqué¹ sur deux (ou plusieurs) masses différentes, lorsqu'au moins l'une des masses s'avère déficitaire. Le résultat final procuré au créancier (bénéficiaire d'une ou plusieurs renonciations) n'est pas identique à celui procuré par le droit de gage général exercé sur une seule masse d'actifs saisissables (pour apurer l'ensemble du passif).

Prenons un exemple chiffré. L'entrepreneur individuel possède un actif personnel valant 100€, un actif professionnel valant 50€. Son passif professionnel se monte à 150€ (120€ envers la banque A, 30€ envers l'Urssaf), son passif personnel à 10 (montant du crédit immobilier restant à rembourser à la banque Z). Il a (valablement) renoncé à la saisie de son actif personnel envers la banque (schéma 8.7).

En l'absence de masses spécifiques (ce qui était le cas jusqu'en 2017), tous les créanciers (personnels comme professionnels) pouvaient saisir l'ensemble de l'actif (saisissable) figurant dans le patrimoine de l'entrepreneur individuel. Chaque créancier chirographaire obtenait donc un paiement intégral (si le solde du patrimoine était positif) ou subissait la même fraction d'impayé (en fonction du montant global du passif par rapport au montant global de l'actif).

Pour rappel, la part d'un créancier est calculée par une fraction : le montant de sa créance, rapporté au montant global du passif, est multiplié par la valeur des actifs de la masse. La masse est déficitaire, lorsque le montant obtenu par un créancier est inférieur au nominal de sa créance.

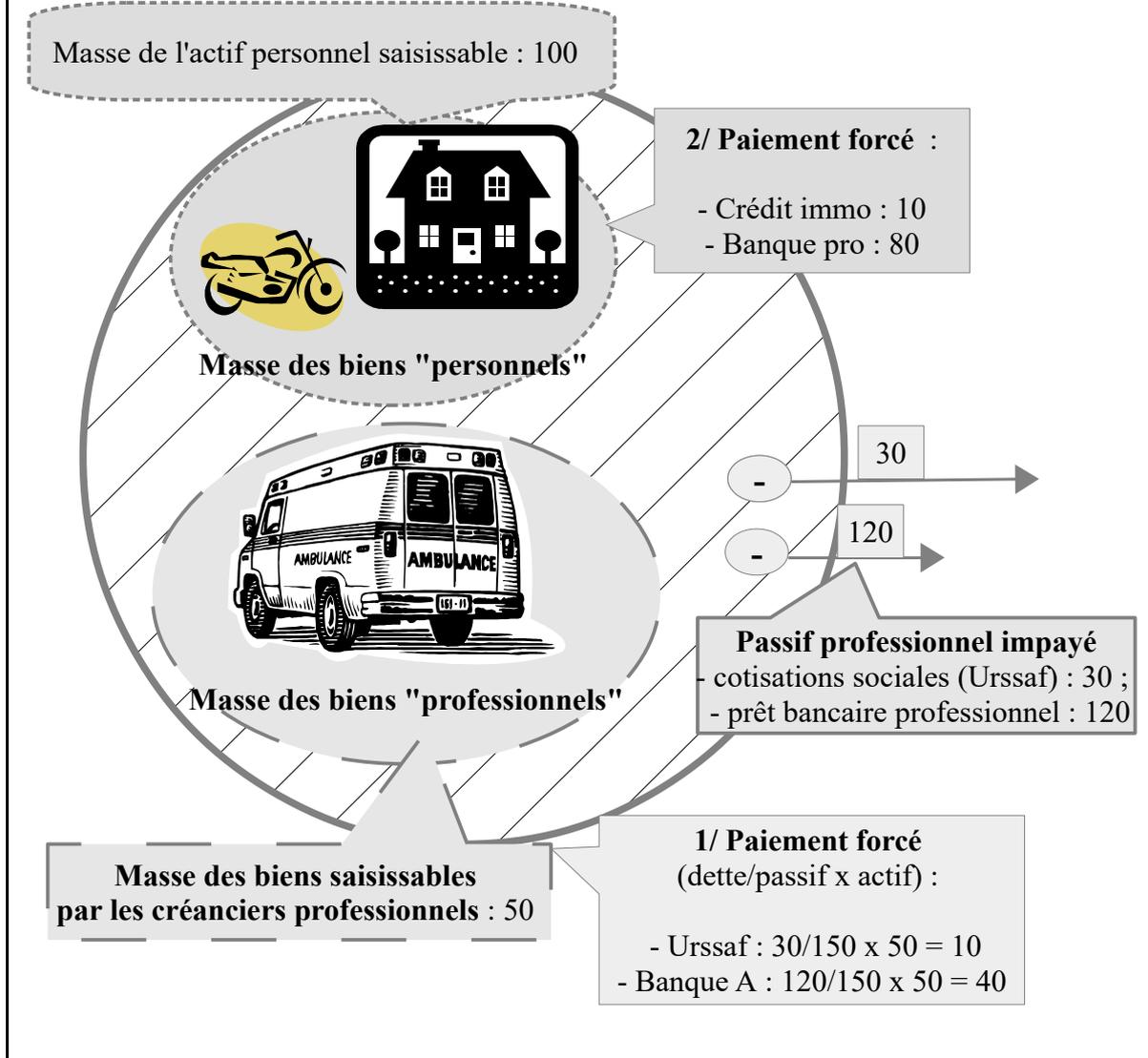
Dans l'exemple, le patrimoine de l'entrepreneur individuel présente un solde négatif de 10€ (160€ de passif, comparé à 150€ d'actif). Chaque créancier sera payé à hauteur de 93,75% ; chacun subira une perte nette de 6,25% : l'Urssaf² obtient env. 28 (perte : 2) ; la banque A obtient 112,5 (perte : 7,5) ; la banque Z obtient 9,3 (perte : 0,7).

¹ Colloquer est un terme juridique signifiant qu'un créancier est convoqué pour obtenir sa part lors des opérations de liquidation d'un patrimoine effectuées lors d'une exécution forcée.

² Le calcul pour l'Urssaf est : $30/200 \times 150 = 22,5\text{€}$. Le calcul pour la banque A est : $120/200 \times 150 = 90\text{€}$...

Schéma
8.7

Calcul du montant obtenu par un créancier professionnel ayant obtenu une renonciation d'un entrepreneur individuel



Lorsqu'un créancier bénéficie d'une extension de la masse des biens saisissables, il sera colloqué deux fois. Il obtiendra donc deux paiements partiels (tableau 8.1) :

- le premier paiement forcé sera exercé sur la première masse d'actifs. Lorsque cette masse est déficitaire, le créancier A (banquier ayant obtenu une renonciation) obtiendra sa part sur la masse saisissable par tous les créanciers professionnels.

Dans l'exemple, la banque A obtient un paiement partiel : sa créance d'un montant de 120€, sur le total d'un passif pro de 150€, sera multiplié par la valeur de l'actif (50€). Elle obtiendra 40€ : elle sera impayée à hauteur de 90€. L'Urssaf obtiendra 10€ (sur une créance de 30€) : sa perte nette est donc de 20€.

– Le second paiement forcé sera exercé, pour le solde impayé de sa créance (90€), sur la seconde masse d'actifs (valeur : 100€). Si cette seconde masse est elle aussi déficitaire, chacun des créanciers de la masse obtiendra également un paiement partiel. Si la seconde masse est équilibrée ou excédentaire, les créanciers seront intégralement payés (tableau 8.1).

L'effet de l'extension de la masse saisissable n'est donc pas le même que celui résultant de l'application pure et simple d'un droit de gage général unique (dans la théorie du patrimoine). En présence d'une masse globale, chaque créancier obtient un paiement de 93% du montant de sa créance ; en présence de deux masses spécifiques, l'un des créanciers (la banque ayant obtenu la renonciation) ne subit plus l'impayé ; et le débiteur conserve 10€. Il n'y a pas de miracle : la charge de l'impayé a été transférée sur un autre (l'Urssaf : subissant un impayé de 20€ sur les 30€ dus).

Tableau 8.1	Calcul du montant obtenu par un créancier exerçant son prélèvement sur deux masses				
	Valeur nette de la créance	Passif exécutoire sur la masse	Valeur de la masse spéciale	Calcul du montant obtenu (si masse déficitaire)	Montant en €
Créance A	A = y€ (120€)	y€ + z€ (150€)	M1 = x€ (50€)	(A/A+B) x M1 = masse déficitaire (120/150 x 50	(y€/y€ + z€) x x€ = u€. = 40€). Solde A' : 80€
Créance B	B = z€ (30€)	y€ + z€ (150€)	M1 = x€ (50	(A/A+B) x M1 (30/150 x 50	= 10€). Perte : 20
Créance Z	C = v€ (10€)	v€ + u€ (100€)	M2 = p€ (100€) excédentaire	Masse excédentaire	10 €
Créance A' (si y€ > u€)	A' = y€ - u€ (80€)	v€ + u€ (100€)	M2 = p€ (100€)		80 €

La solvabilisation du débiteur par l'extension de la masse des biens saisissables emporte deux conséquences, l'une directe, l'autre indirecte.

- La conséquence directe est de solvabiliser une activité spécifique du débiteur. Au lieu de pouvoir emprunter 20 (masse saisissable réduite) ou 100 (absence de masses), le débiteur pourra emprunter davantage (120) ;
- La conséquence indirecte deviendra visible en cas d'insolvabilité. La charge de la pénurie sera transférée sur une catégorie de créanciers (celle soumise à une masse saisissable réduite). Le créancier qui prête à un insolvable n'est pas systématiquement celui qui subira la perte.

La charge des dettes liées au patrimoine professionnel : le risque du divorce

872. La charge des dettes liées au patrimoine professionnel fait naître un risque spécifique, en cas de divorce des époux. Le droit de gage général du créancier "professionnel" (dont la créance est liée à l'activité de l'entreprise) peut être modifié, sur décision du juge. Prévues par l'article 1387-1 c. civ.¹, cette mesure est un simple risque pour le créancier : le juge dispose du pouvoir souverain d'apprécier s'il convient ou non de déroger aux règles normalement applicables². Si le juge le décide, la charge des dettes contractées « dans le cadre de la gestion d'une entreprise » pèsera à titre exclusif sur l'époux qui « conserve le patrimoine professionnel ».

Les dettes contractées « dans le cadre de la gestion d'une entreprise » sont comprises de manière extensives. Premièrement, l'entreprise peut être exercée sous différentes formes : sarl, société de personnes, entreprise individuelle. Deuxièmement, le passif professionnel est issu des dettes ou des sûretés (personnelles ou réelles), consenties « par les époux, solidairement ou séparément ». Les engagements soumis à l'article 1387-1 c. civ. visent ceux qui sont souscrits par l'époux, dirigeant de la sarl, qui se porte caution (avec l'accord de son conjoint) pour garantir les dettes de sa société ; par l'époux, entrepreneur individuel, qui contracte directement une dette professionnelle ; par le conjoint qui consent une hypothèque sur un bien propre pour garantir la dette professionnelle de l'époux.

Après le prononcé du divorce, le juge peut décider que le passif pèsera exclusivement sur l'époux « qui conserve le patrimoine professionnel ». Le juge peut donc décider que le conjoint qui avait consenti à l'hypothèque de son bien propre serait déchargé ; que le conjoint qui avait donné son accord à l'engagement des biens communs, en présence d'un cautionnement souscrit par l'époux, dirigeant de la sarl, pourrait imposer au créancier de ne saisir que la part attribuée à l'époux (alors même que les revenus professionnels ont pu contribuer à acquérir des biens communs).

¹ Art. 1387-1 c. civ. (inséré par loi n°2005-882 du 2 août 2005) : « Lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal de grande instance peut décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel, ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise ».

² Civ. 1^{ère}, 5 septembre 2018, n°17-23.120., Bull. : « Cette décision procède du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. »

Techniquement, l'article 1387-1 c. civ.¹ cadre mal avec le droit des régimes matrimoniaux : la mesure adoptée en 2005 a surpris, aussi bien par son contenu que par son domaine d'application, de sorte que sa portée concrète suscite le débat.

– Tel qu'il est rédigé, le texte signifie que les dettes professionnelles du conjoint entrepreneur ne seront supportées que sur l'actif dévolu à ce même conjoint. Il faut donc supposer que les opérations de partage aient eu lieu, et qu'à cette époque, le conjoint professionnel était solvable (puisqu'il disposait d'un actif net). Or, en communauté légale, les dettes professionnelles figurent au passif provisoire : les dettes professionnelles, exécutoires sur les biens communs, sont communes et imposent à chaque conjoint d'assumer la moitié du passif après divorce, ce qui conduit à affirmer que l'article 1387-1 c. civ. est dépourvu de toute portée².

– Si, à l'inverse, il faut reconnaître un contenu à l'article 1387-1 c. civ., le conjoint de l'entrepreneur échappera à la charge de la dette professionnelle de son conjoint : les créanciers de l'entrepreneur subissent alors une réduction de l'assiette de leur droit de gage général. Les revenus du conjoint de l'entrepreneur sont perdus à compter du divorce. Cette solution est-elle également applicable, lorsque le conjoint de l'entrepreneur avait engagé son patrimoine personnel en souscrivant des sûretés³ ?

En l'état actuel de la jurisprudence, le risque lié au divorce est resté virtuel : la possibilité offerte au juge de réduire l'assiette du droit de gage général n'est pas utilisée.

(873. : réservé)

Conclusion II/ Les biens "personnels" de l'entrepreneur individuel

874. Les **biens "personnels" de l'entrepreneur individuel** sont inclus dans des masses soumises à des régimes spécifiques, destinés à exposer les créanciers professionnels à un risque accru d'impayé. L'évaluation de la solvabilité de l'entrepreneur individuel impose de tenir compte de différents paramètres :

– un créancier professionnel exclut de la masse des biens saisissables tous les biens personnels dont l'entrepreneur est propriétaire. La qualité d'une créance professionnelle est

¹ Art. 1387-1 c. civ. : « Lorsque le divorce est prononcé, si des dettes ou sûretés ont été consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, le tribunal de grande instance peut décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint qui conserve le patrimoine professionnel ou, à défaut, la qualification professionnelle ayant servi de fondement à l'entreprise. »

² Pour une interprétation de l'article 1387-1 c. civ. conduisant à considérer que le texte est dépourvu de portée concrète, Jean-Pascal Chazal et Sylvie Ferré-André, *L'incroyable destin de l'article 1387-1 du code civil*, D. 2006, Point de vue, p.316-317 : la charge exclusive serait synonyme de passif définitif.

³ Si le conjoint de l'entrepreneur a engagé son patrimoine personnel, pour couvrir une dette professionnelle de son conjoint entrepreneur, soit le créancier peut, même après divorce, actionner le conjoint ; soit le créancier perd cette faculté après divorce. Dans l'hypothèse où le juge interpréterait ce texte comme lui permettant de libérer le conjoint de l'entrepreneur des sûretés constituées, l'atteinte au crédit serait importante.

donc fortement dévaluée : les risques d'impayés sont devenus similaires à ceux d'une sarl quand un entrepreneur individuel s'engage ;

- en conséquence, pour obtenir du crédit, un débiteur professionnel devra fournir des garanties : ce sont les fonds propres pour les sociétés, et la masse des biens professionnels pour l'entrepreneur individuel. Une seconde limite apparaît alors : un créancier (professionnel) ne peut pas saisir les biens nécessaires à l'activité professionnelle de son débiteur (art. L 112-2 5° c. proc. civ. d'ex.¹, supra n°856). Les garanties présentées par l'entrepreneur individuel sur ses biens professionnels risquent d'être insuffisantes ; il lui faudra alors en présenter d'autres ;
- pour solvabiliser un débiteur professionnel, deux techniques sont employées. Soit le dirigeant de la sarl se porte caution : la banque dispose alors de deux patrimoines, le patrimoine professionnel (celui de la sarl) et le patrimoine personnel de son dirigeant. Soit l'entrepreneur individuel renonce au droit de gage réduit : la banque a alors accès aux deux masses de biens, celle des biens professionnels et celle des biens personnels. Ces deux techniques (patrimoine adjoint ou masse adjointe) produisent un résultat similaire (sous réserve : infra) : le débiteur redevient solvable.

Pour avoir accès à la masse des biens personnels de son débiteur (entrepreneur individuel), un créancier professionnel est exposé à des *risques juridiques lourds*. Un droit excessivement complexe et mouvant, accessible uniquement à certains créanciers professionnels avertis (car dotés d'un service de veille juridique), cherche, en réalité, à multiplier les obstacles imposés aux créanciers professionnels : le cautionnement (réformé par une ordonnance du 15 septembre 2021) présente des risques comparables aux différentes renonciations imposées aux créanciers professionnels.

L'objectif du législateur contemporain apparaît alors : la créance professionnelle est exposée à un risque majeur d'impayé. Le droit contemporain limite la solvabilité du débiteur : il organise en réalité son insolvabilité. Un objectif similaire apparaît quand l'assiette des biens sur lesquels s'exerce le droit de gage général est encore plus réduite, en présence de certains contrats spéciaux.

¹ Art. L 112-2 c. proc. d'ex. : « Ne peuvent être saisis : [...] »

5° Les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille, si ce n'est pour paiement de leur prix, dans les limites fixées par décret en Conseil d'Etat et sous réserve des dispositions du 6°. (...) »

III/ Certains contrats dangereux conclus par une personne physique

875. Certains **contrats dangereux conclus par une personne physique** ne seront exécutoires que sur une masse de biens limitée : le créancier économique (à savoir un banquier) sera exposé à un risque important d'impayé ou de retard de paiement. L'exécution forcée (c-à-d. son droit de gage général) ne sera possible que sur une masse limitée de biens, par exemple uniquement sur les revenus du débiteur¹, ou bien encore, uniquement sur un bien particulier.

Le *droit des régimes matrimoniaux* établit un piège juridique envers le banquier, lorsqu'un époux s'engage seul dans un contrat de prêt ou de cautionnement. Pour éviter la réduction de l'assiette de son droit de gage général, le banquier devra obtenir l'accord du conjoint : l'engagement de l'époux, joint à l'accord de son conjoint, conduira à étendre l'assiette des biens saisissables.

Le contrat de *prêt viager hypothécaire* conclu par un consommateur prévoit que le droit de gage général du banquier sera réduit à un seul bien. Le débiteur contracte une dette, mais sans engager son patrimoine personnel : en réalité, c'est un *droit de gage spécial*. Cette technique a été imaginée aux États-Unis, puis transposée en droit français avec le prêt viager hypothécaire : l'achat (aux États-Unis) ou la vente (en France) de sa résidence principale limite le risque au seul logement, sans pouvoir exposer le patrimoine personnel du client. Le créancier devra se contenter de la valeur du bien immobilier pour apurer la dette, comme en présence d'une société de capitaux dont l'actif est limité. Le droit de gage spécial exclut le risque personnel pesant sur le débiteur : la valeur de la créance se réduit mécaniquement.

Certains contrats spéciaux (de prêt ou associés à un contrat de prêt, comme le cautionnement) donnent donc lieu à une réduction significative de la masse des biens que lesquels le créancier impayé pourra exercer l'exécution forcée. La dette est valablement consentie, et le débiteur fera probablement son possible pour procurer l'exécution volontaire ; mais, en cas d'impayé, le créancier sera exposé à un risque de défaut ou de retard de paiement. Soit le créancier devra se satisfaire d'un droit de gage général réduit, en présence d'un contrat conclu par un époux commun en biens (1) ; soit son droit de gage sera spécial, en présence d'un prêt viager hypothécaire (2).

1/ Les contrats dangereux conclus par un époux commun en biens : la variation de l'assiette des biens figurant dans le droit de gage général

876. Certains **contrats (dangereux, mais parfois utiles) conclus par un époux commun en**

¹ Les parties peuvent convenir que le droit de gage général sera contractuellement limité : la caution n'engage par exemple que ses biens ou que ses revenus. Voir : Com., 1^{er} octobre 2013, n°12-20.278, Bull. n°143 (la caution n'écrit pas « mes biens » : ils sont exclus du gage du créancier).

biens sont soumis à un régime juridique spécifique, consistant à faire varier l'étendue de l'assiette des biens figurant dans le droit de gage général de certains créanciers (à savoir les banquiers). La logique générale du législateur est la suivante :

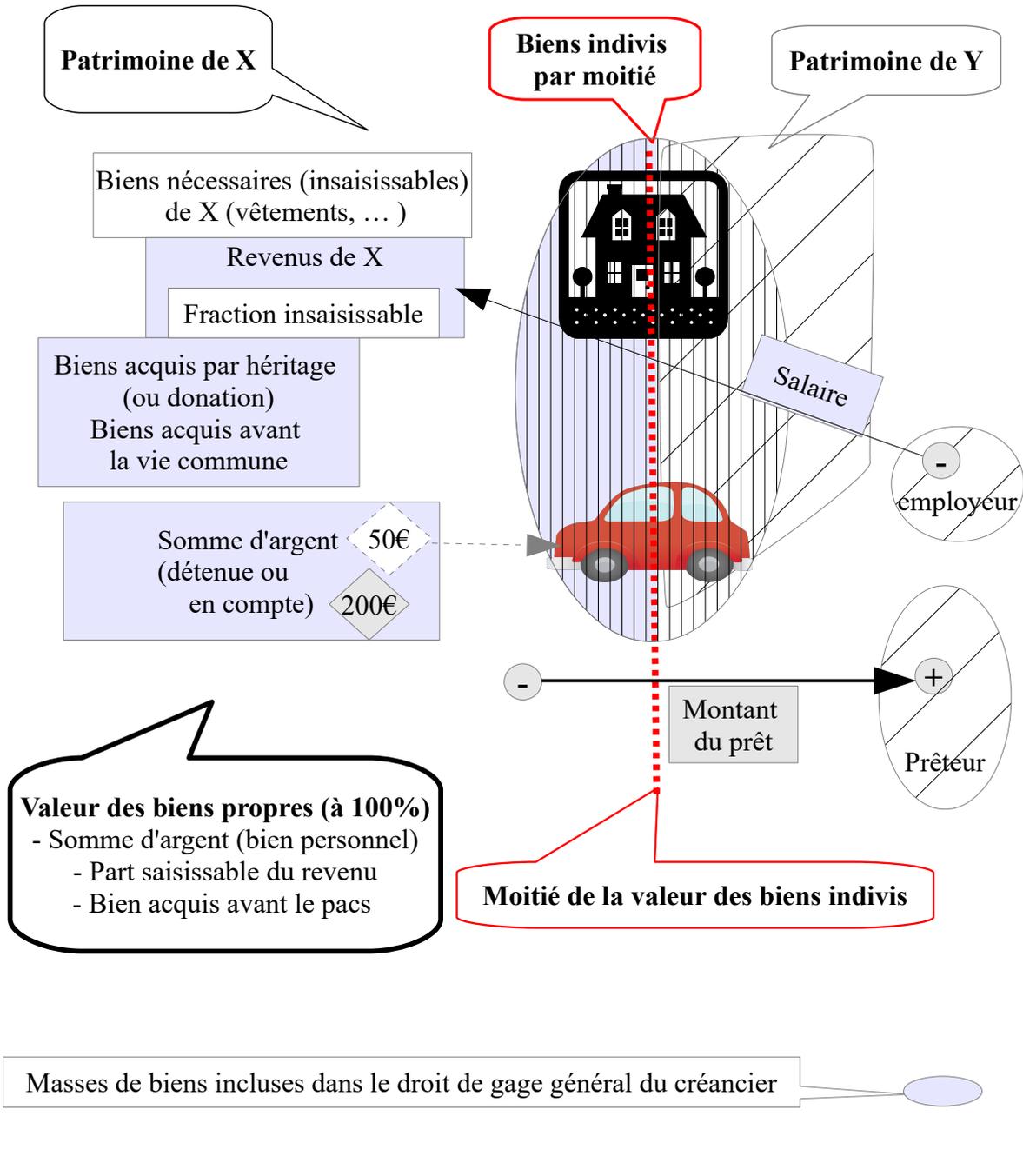
- certains contrats (prêt et cautionnement) sont spécifiquement dangereux pour les époux communs en biens. Lorsqu'un époux s'engage seul (ce qu'il peut faire), le créancier ne disposera que d'une assiette de biens limités pour garantir le paiement de sa créance. La conséquence est donc que l'époux qui s'engage seul devient insolvable.
- Mais ces contrats (de prêt et de cautionnement) sont également économiquement utiles. Lorsque l'époux qui s'engage obtient l'accord de son conjoint, l'assiette des biens figurant dans le droit de gage général du créancier sera étendue. Le législateur prévoit donc une contre-mesure, afin de restaurer le crédit des époux (mariés en régime communautaire).

Les *partenaires pacsés* (ainsi que les époux mariés en régime séparatistes) ne sont pas concernés par la variation de l'assiette des biens inclus dans le droit de gage général du créancier, parce que, en régime séparatiste, un débiteur n'engage que ses biens et ses revenus, sans jamais pouvoir engager les biens acquis par l'autre.

- En droit du contrat, un débiteur qui s'engage ne parle qu'en son nom et pour son compte ; en régime général des obligations, un débiteur engagé est tenu sur tous ses biens, ceux dont il est exclusivement propriétaire, et ceux dont il est partiellement propriétaire (en présence d'une indivision), à hauteur de sa quote-part indivise. En présence d'un bien indivis, le créancier impayé peut demander le partage des biens indivis, pour obtenir la quote-part de son débiteur. La procédure de partage est longue et complexe : elle s'impose à tout coïndivisaire qui demande sa part (et donc aussi à ses créanciers impayés).
- Le partenaire pascé qui s'engage comme caution ou qui obtient un prêt est donc dans la situation d'un célibataire : il n'engage que les biens dont il est propriétaire (ce qui inclut sa quote-part en présence de biens indivis) (schéma 8.8). Si le logement qui sert de résidence à la famille est indivis et fait l'objet d'une vente forcée, l'autre partenaire sera impacté comme n'importe quel coïndivisaire. Dans l'indivision, chacun peut demander sa part à tout moment.

Schéma
8.8

Droit de gage général du créancier d'un partenaire pacsé



En présence d'époux mariés sous un régime communautaire (ce qui correspond à 90% des mariages), l'existence d'une masse commune de biens (acquis par chacun des conjoints séparément,

et propriété exclusive de l'un et de l'autre conjoint) a pour effet de solvabiliser davantage les époux que les partenaires. La facilité donnée à chaque époux d'engager la masse des biens communs donne lieu toutefois à des règles spécifiques : l'époux qui s'engage seul envers un banquier sera peu solvable, sauf s'il obtient l'accord de son conjoint.

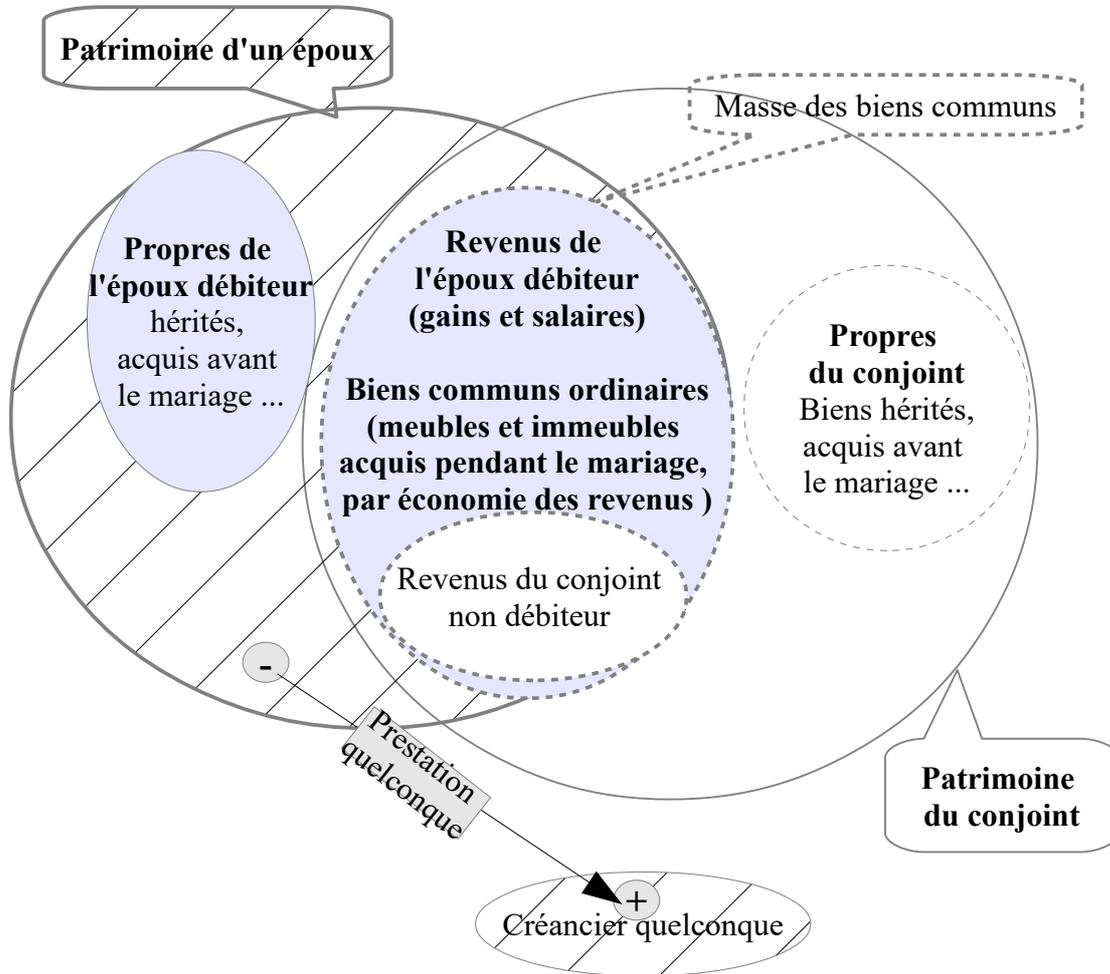
– Le principe du régime communautaire est qu'un époux peut engager seul l'ensemble des biens communs (biens acquis pendant le mariage, par lui ou par son conjoint : art. 1413 c. civ.¹), ainsi que ses revenus (fraction saisissable de son salaire), mais pas ceux de son conjoint (art. 1414 al. 1^{er} c. civ.²). Et, comme tout célibataire, l'époux qui s'engage seul peut engager ses biens propres (dont il est seul propriétaire) (schéma 8.9). Le droit de gage général du créancier d'un époux (qui s'engage seul) inclut donc les biens acquis (pendant le mariage) par le conjoint, alors qu'un partenaire pacsé n'engage que la moitié des biens acquis par son partenaire. L'époux qui s'engage seul est donc davantage solvable qu'un partenaire pacsé. Le droit de gage général ordinaire du créancier d'un époux (commun en biens) régit en principe toutes les dettes contractées par un époux qui s'engage seul ; le créancier impayé peut faire saisir directement les biens (communs) de son débiteur, sans avoir à demander la partage (en présence de biens indivis).

¹ Art. 1413 c. civ. : « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu. »

² Art. 1414 al. 1^{er} c. civ. : « Les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220. « Lorsque les gains et salaires sont versés à un compte courant ou de dépôt, ceux-ci ne peuvent être saisis que dans les conditions définies par décret. » Le décret du 31 juillet 1992 rend insaisissable un mois de salaire tous les mois (au choix du conjoint : soit les gains et salaires perçus le mois précédent, soit la moyenne mensuelle de l'année écoulée).

Schéma
8.9

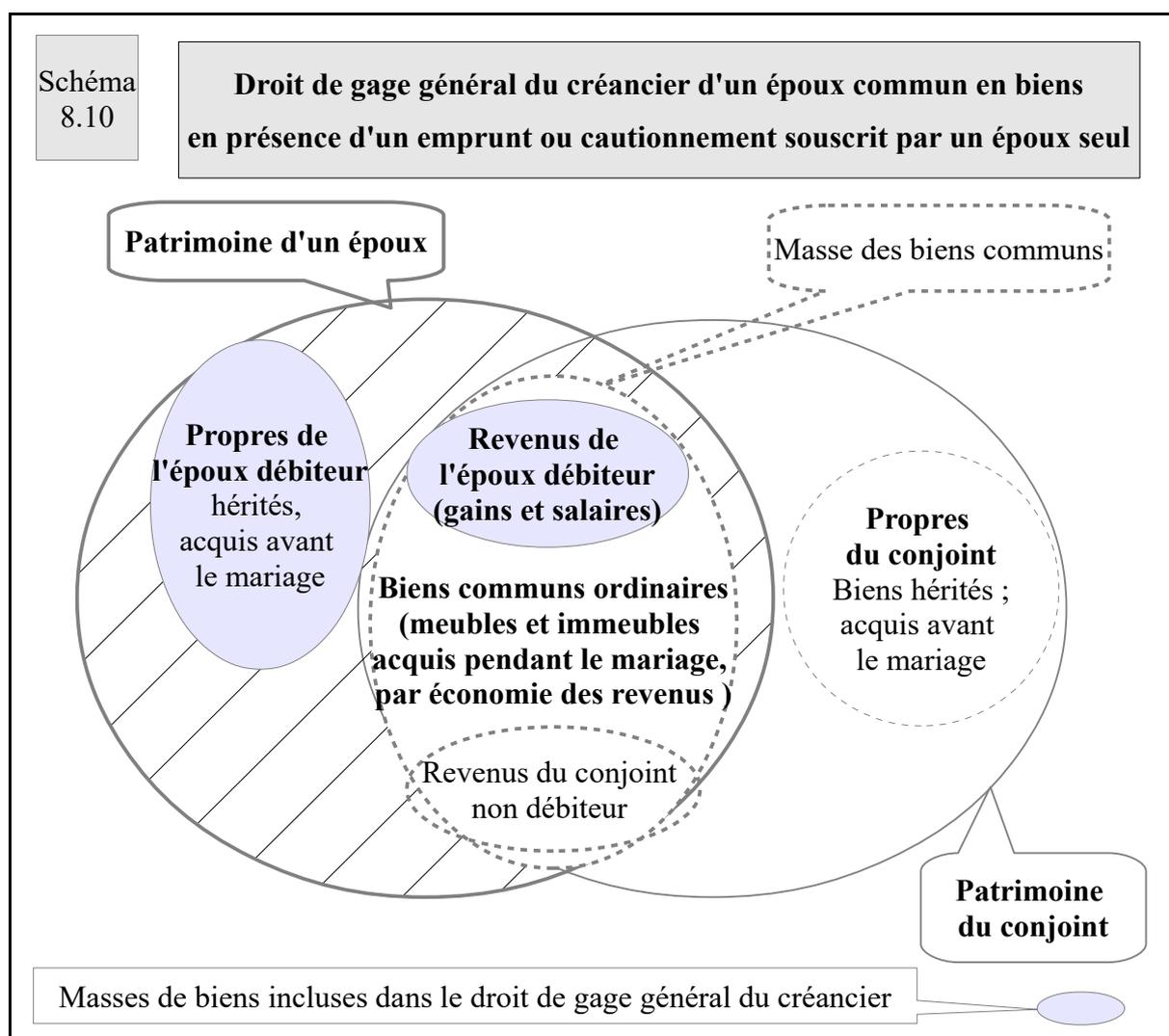
Droit de gage général ordinaire du créancier d'un époux commun en biens



Masses de biens incluses dans le droit de gage général du créancier

- Par exception, le droit de gage général du créancier ne s'exercera que sur une assiette réduite de biens quand un époux contracte seul un emprunt ou s'engage seul comme caution. Le banquier est donc spécialement visé : en tant que prêteur (prêt aux particuliers ou aux professionnels), il sollicitera un cautionnement pour se garantir (à raison des prêts octroyés). Quand un époux (communs en biens) s'engage seul, le banquier sera toutefois confronté à un débiteur peu solvable : l'époux n'engage que ses propres (comme tout propriétaire exclusif

d'un bien) et ses revenus (fraction saisissable) (art. 1415 c. civ.¹) (schéma 8.10). Les biens communs (même ceux acquis par l'époux grâce au prêt²) sont exclus. La famille conserve son logement (bien commun) et elle vivra avec un salaire (celui du conjoint). La solvabilité de l'époux qui s'engage seul dans un emprunt et un cautionnement est donc limitée : le banquier sait qu'il ne peut compter que sur la partie saisissable des revenus de son débiteur (c-à-d. environ 600€/mois, tous les mois, pour un époux qui gagne 2.000€ : le paiement intégral sera tardif), puisque la masse des biens propres est fréquemment inexistante. Le montant prêté sera faible ; le montant cautionné par l'époux tout autant.



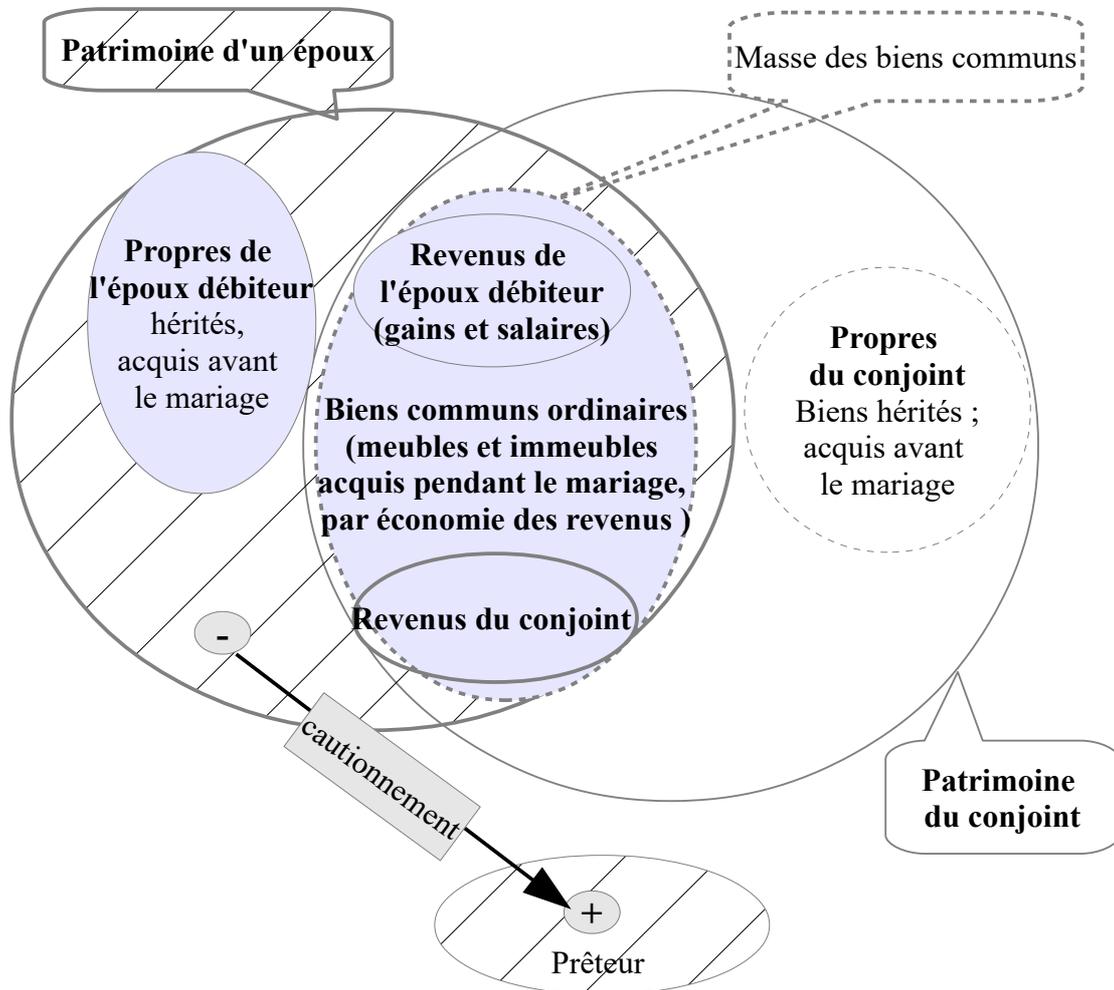
¹ Art. 1415 c. civ. : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. »

² Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n°19-15.072, Bull. ; D. 2021, p.904 (la banque se croyait dotée du privilège du prêteur, assimilable à l'hypothèque, alors que l'immeuble était insaisissable puisqu'il ne figurait pas dans son droit de gage général).

– Si le conjoint donne *son accord* au prêt ou au cautionnement souscrit par l'époux seul, l'assiette des biens figurant dans le droit de gage général du créancier sera étendue (et même davantage qu'en présence d'une dette quelconque). Le conjoint qui donne son accord estime que l'opération est profitable à la famille, directement (parce que le bien acquis grâce au prêt sera commun) ou indirectement (parce que la sarl que dirige l'époux pourra acquérir un matériel professionnel, et que cela génèrera des profits, qui seront des biens communs). Le droit de gage général du créancier inclut alors tous les biens communs, les revenus des deux conjoints (la famille devant alors se contenter sur reste à vivre) et les propres de l'époux qui s'engage (mais pas ceux du conjoint qui se borne à consentir) (schéma 8.11). L'accord du conjoint (distinct de son consentement) est la contre-mesure qui permet de solvabiliser le contrat (de prêt ou de cautionnement) conclu par l'époux qui s'engage.

Schéma
8.11

**Droit de gage général du créancier d'un époux commun en biens
en présence d'un accord du conjoint
à l'emprunt ou au cautionnement souscrit par un époux**



Masses de biens incluses dans le droit de gage général du créancier

Le droit des régimes matrimoniaux, pour les époux mariés sous un régime communautaire, établit donc des règles spécifiques destinés à limiter ou accroître la solvabilité de l'époux qui s'engage seul, avec ou sans l'accord de son conjoint, en tant qu'emprunteur ou en tant que caution. La question centrale consiste à déterminer la solvabilité du débiteur, au regard de la masse de biens qu'il peut engager. Concrètement, le banquier estime la solvabilité de son débiteur et sera donc en mesure de fixer le montant qu'il acceptera de prêter.

- Lorsque la solvabilité d'un débiteur est limitée (par la masse des biens qu'il peut engager), le créancier est exposé au risque d'impayé ou de paiement tardif (s'il doit se contenter de la partie saisissable d'un revenu). Un débiteur insolvable sera donc exclu d'opérations profitables : il ne peut pas devenir propriétaire, et restera locataire ; il ne peut pas investir dans une activité économiquement rentable.
- Pour restaurer la solvabilité d'un débiteur, et donc pour lui permettre d'accéder à des opérations économiquement utiles (et rentables), le législateur établit donc une contre-mesure. L'accord du conjoint solvabilise le couple marié sous un régime communautaire, davantage que les partenaires pacsés.

La modulation de l'assiette des masses de biens figurant dans le droit de gage général du créancier montre une perception ambivalente des contrats de prêt et de cautionnement. Ces contrats sont valides : l'acte n'est pas soumis à cogestion (laquelle est sanctionnée par la nullité).

876-1. L'assiette des biens figurant dans le droit de gage général du créancier est également réduit en présence d'une *dette personnelle* (art. 1410 c. civ.¹), à savoir d'une dette née antérieurement au mariage et d'une dette grevant une succession. Le créancier ne peut saisir que les revenus de l'époux débiteur (art. 1411 al. 1^{er} c. civ.²).

877. Les contrats dangereux (mais potentiellement utiles) que sont les contrats de prêt et de cautionnement sont donc sanctionnés par une modulation du droit de gage général du créancier, en présence d'époux mariés en communauté légale. Cette variation de l'assiette des biens saisissables n'a lieu que lorsqu'un époux s'engage seul.

Lorsque deux personnes (mariées, pacsées, concubins ...) s'engagent l'une et l'autre envers le créancier, l'obligation unit alors des sujets multiples. Le principe (de l'obligation conjointe) et l'exception de l'obligation solidaire (schéma 8.12) (ou de la prestation indivisible) s'appliquent alors, aux couples comme aux célibataires. Le consentement (qui engage) se distingue de l'accord (à un engagement)³.

¹ Art. 1410 c. civ. : « Les dettes dont les époux étaient tenus au jour de la célébration de leur mariage, ou dont se trouvent grevées les successions et libéralités qui leur échoient durant le mariage, leur demeurent personnelles, tant en capitaux qu'en arrérages ou intérêts. »

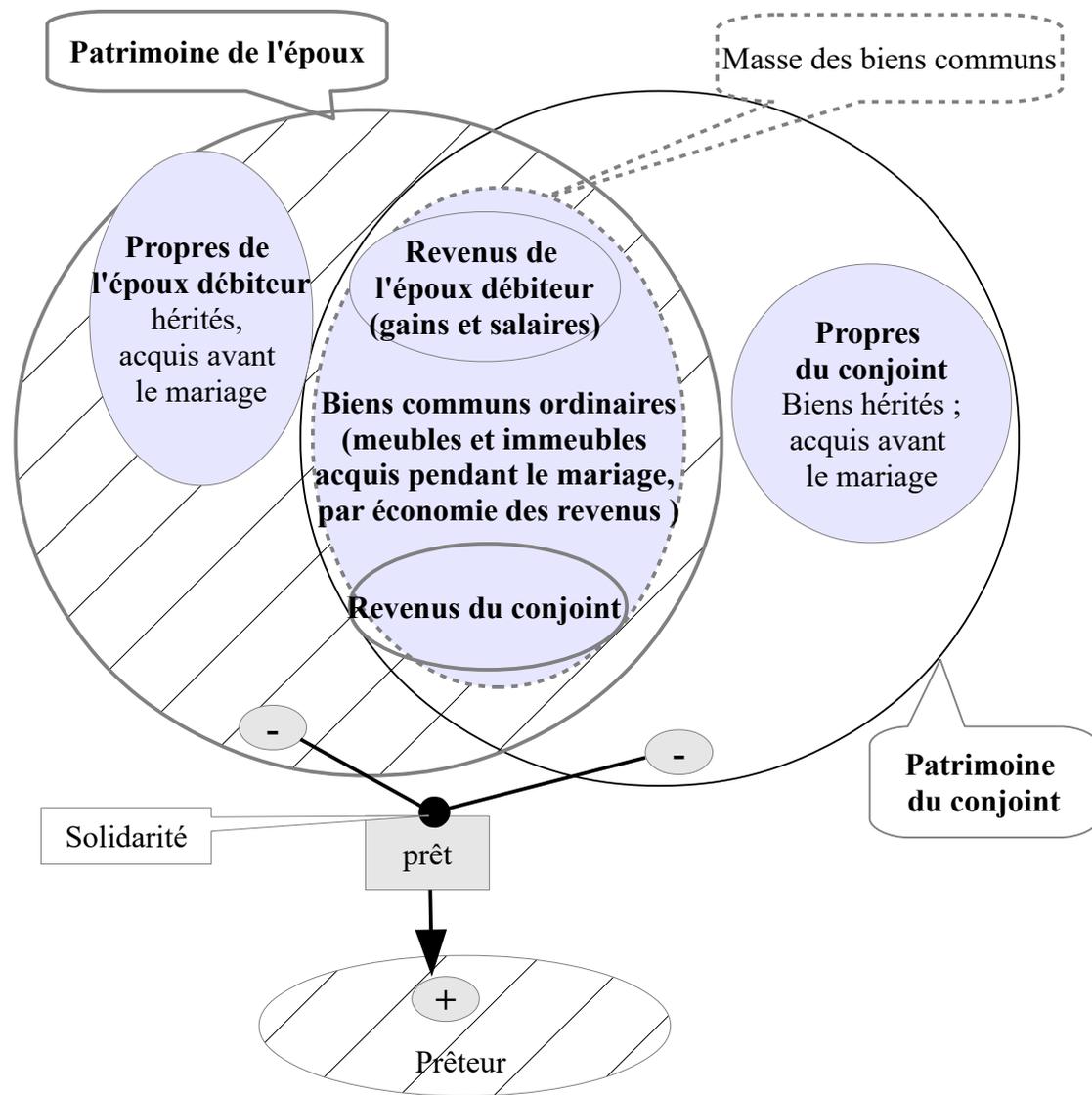
² Art. 1411 c. civ. : « Les créanciers de l'un ou de l'autre époux, dans le cas de l'article précédent, ne peuvent poursuivre leur paiement que sur les biens propres et les revenus de leur débiteur.

« Ils peuvent, néanmoins, saisir aussi les biens de la communauté quand le mobilier qui appartient à leur débiteur au jour du mariage ou qui lui est échu par succession ou libéralité a été confondu dans le patrimoine commun et ne peut plus être identifié selon les règles de l'article 1402. »

³ Sur la distinction entre accord et consentement en présence d'une cession de dette : supra, n°354. Pour rappel : soit le créancier donne son accord (à la présence d'un nouveau débiteur, tenu solidairement avec l'ancien), soit il donne son consentement (à la décharge de l'ancien débiteur).

Schéma
8.12

Droit de gage général du créancier en présence d'une dette solidaire (époux communs en biens)



Masses de biens incluses dans le droit de gage général du créancier

(878- à 884. : réservés)

Art. 1327-2 c. civ. : « Si le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette. »

2/ Le prêt viager hypothécaire : un droit de gage spécial

885. Le **prêt viager hypothécaire** est un contrat (réglementé aux art. 315-1 et suiv. c. conso.¹), conclu entre un consommateur et une banque, par lequel un consommateur obtient un prêt qui ne sera remboursable qu'à son décès. Ce prêt sera garanti par une hypothèque : le consommateur doit donc être propriétaire de son logement. La banque ne disposera que d'un droit de gage spécial : seul le logement sera affecté au remboursement de l'emprunt.

Le caractère *viager* du prêt (remboursable au décès) s'explique par le fait que le consommateur-emprunteur n'est pas en mesure de rembourser le prêt : ses revenus sont insuffisants, non seulement pour rembourser le capital, mais souvent aussi les intérêts. Un prêt classique n'est pas envisageable. Le remboursement sera donc effectué a priori au décès.

Le caractère *hypothécaire* du prêt viager présente une spécificité. Contrairement au prêt hypothécaire classique, dans lequel le prêteur dispose d'une sûreté réelle spéciale (ayant l'immeuble pour assiette) et de son droit de gage général, le prêteur ne pourra éponger la dette que sur logement de son débiteur : « la dette de l'emprunteur [...] ne peut jamais excéder la valeur de l'immeuble [...] (art. 315-15 c. conso.²).

Le prêt viager hypothécaire est donc une opération dangereuse : il est consenti à un débiteur qui ne dispose pas des revenus pour rembourser, et le créancier devra se contenter du seul actif hypothécaire pour obtenir l'exécution forcée. La conclusion de ce contrat est encadrée par des conditions strictes (a) et le dénouement de l'opération (b) s'effectue selon des modalités singulières.

¹ Art. L 315-1 c. conso. : « Le prêt viager hypothécaire est un contrat par lequel un établissement de crédit ou un établissement financier consent à une personne physique un prêt sous forme d'un capital ou de versements périodiques, garanti par une hypothèque constituée sur un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation et dont le remboursement-principal et intérêts capitalisés annuellement ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès.

« Ce contrat peut également prévoir le même dispositif avec un remboursement périodique des seuls intérêts. »

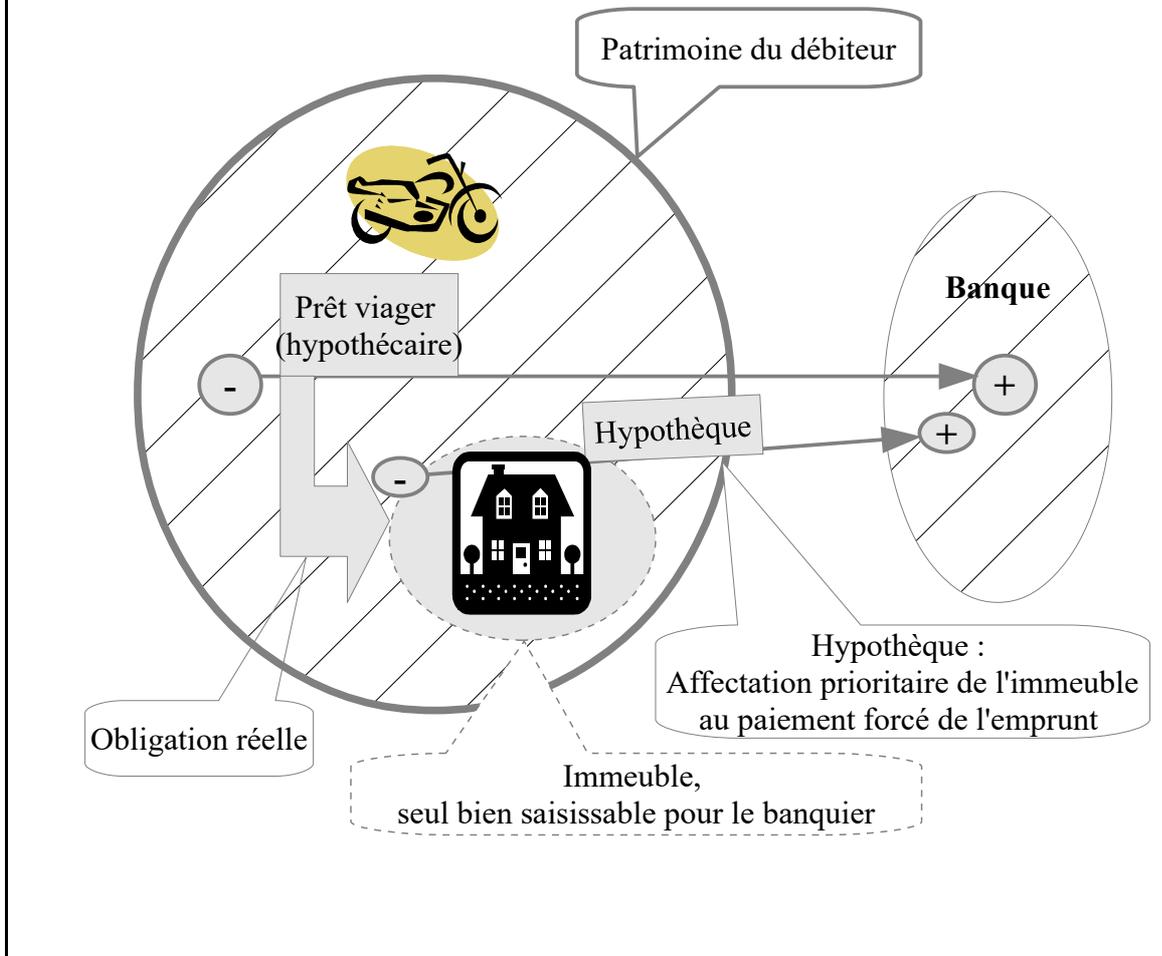
² Section 5 : Plafonnement de la dette, art. L 315-15 c. conso. : « La dette de l'emprunteur ou de ses ayants droit ne peut jamais excéder la valeur de l'immeuble appréciée lors de l'échéance du terme.

« Lorsque le créancier hypothécaire met en jeu sa garantie à l'échéance du terme, si la dette est alors inférieure à la valeur de l'immeuble, la différence entre cette valeur et le montant de la créance est versée, selon le cas, à l'emprunteur ou à ses héritiers.

« En cas d'aliénation du bien, la valeur de l'immeuble est égale à la valeur indiquée dans l'acte de cession sous réserve des dispositions de l'article L. 315-21. »

Schéma
8.13

Prêt viager hypothécaire Droit de gage spécial du créancier



a/ La conclusion du contrat de prêt viager hypothécaire

886. La conclusion du contrat de prêt viager hypothécaire obéit à des conditions restrictives, en raison des traits spécifiques que présente l'emprunteur : c'est un consommateur (donc une personne physique) qui est propriétaire de son logement, mais dont les revenus ne permettent pas d'envisager un remboursement du prêt.

Comme dans tout *emprunt*, le consommateur reçoit une offre de sa banque, mentionnant les conditions essentielles du contrat (art. 315-9 c. conso.¹) et notamment l'immeuble hypothéqué, les

¹ Art. L 315-9 c. conso. : « L'opération de prêt viager hypothécaire est conclue dans les termes d'une offre préalable comportant les mentions suivantes :

1° L'identité des parties et la date d'acceptation de l'offre ;

modalités de versement du capital emprunté et, évidemment, le taux d'intérêt. Comme toute offre de crédit immobilier, elle doit être maintenue pendant trente jours¹ et elle ne peut être acceptée qu'après dix jours².

L'*objet de l'hypothèque* est restreint : seul le logement de l'emprunteur (art. 315-1 c. conso. : « un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation ») est éligible au prêt viager hypothécaire (le coût de l'inscription de l'hypothèque, environ 2% de la valeur du logement, étant à la charge de l'emprunteur). Sont donc exclus les immeubles de rapport ou les résidences secondaires détenues par les personnes physiques, de même que les opérations effectuées dans un cadre professionnel (art. 315-3 c. conso.³). Ces exclusions s'expliquent par la volonté de limiter le risque (spéculatif) que ces opérations présentent : il s'agit de ne pas inciter les banques à prêter à des débiteurs dont les revenus ne peuvent pas assurer le remboursement de l'emprunt (selon une logique ayant débouché sur la crise dite des « subprimes » en 2007-2008 aux États-Unis).

887. Les **clauses spécifiques** du contrat de prêt viager hypothécaire font apparaître l'économie propre de l'opération. Les intérêts sont capitalisés, un remboursement anticipé est prévu et les fonds prêtés seront débloqués selon des modalités à préciser.

Les *intérêts* sont capitalisés annuellement : l'anatocisme s'applique sauf clause contraire (art. 315-1 c. conso.⁴). La capitalisation des intérêts signifie que les intérêts échus de l'année s'ajoutent au capital emprunté, lequel produira à nouveau intérêt pour l'année suivante⁵. L'anatocisme conduit donc à un accroissement significatif de la dette : le doublement du capital emprunté a lieu en 7 ans à

2° La désignation exacte du bien hypothéqué, conforme aux exigences de la publicité foncière ;

3° La valeur du bien hypothéqué estimée par un expert choisi par les parties et les frais afférents à l'expertise mis à la charge de l'emprunteur ;

4° La nature du prêt ;

5° Les modalités du prêt et, notamment, les dates et les conditions de mise à disposition des fonds ; [...] »

¹ Art. L 315-10 c. conso. : « La remise de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle comporte pendant une durée minimale de trente jours à compter de son émission. »

² Art. L 315-11 c. conso. : « L'acceptation de l'offre ne peut intervenir que dix jours après sa réception par l'emprunteur. Elle fait alors l'objet d'un acte notarié.

« Jusqu'à l'acceptation de l'offre par l'emprunteur, aucun versement sous quelque forme que ce soit ne peut être fait, au titre de l'opération en cause, par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci, ni par l'emprunteur au prêteur.

« Jusqu'à cette acceptation, l'emprunteur ne peut, au même titre, faire aucun dépôt, souscrire ou avaliser aucun effet de commerce ou signer aucun chèque. Si une autorisation de prélèvement sur compte bancaire ou postal est signée par l'emprunteur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celle du contrat de crédit. »

³ Art. L 315-3 c. conso. : « Le prêt viager hypothécaire ne peut être destiné à financer les besoins d'une activité professionnelle. »

⁴ Art. 315-1 c. conso. : « [...] le remboursement-principal et intérêts capitalisés annuellement ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès. « Ce contrat peut également prévoir le même dispositif avec un remboursement périodique des seuls intérêts. »

⁵ Ce mécanisme est couramment utilisé par l'état français pour rembourser ses dettes.

10% d'intérêt ; en 14 ans à 5% d'intérêt (tableau infra). Le créancier viager hypothécaire sera garanti sur l'ensemble des intérêts (art. 2432 al. 2 c. civ.¹).

Tableau 8.2		Capitalisation des intérêts (anatocisme)	
Capital à rembourser (€)	Intérêts échus de l'année (5%)	Anatocisme	Année
100.000	5.000	105.000	n+1
105.000	5.250	110.250	n+2
110.250	5.762	115.762	n+3
115.762,5	5.778	121.550	n+4
121.550	6.077	127.627	n+5
127.627	6.381	134.008	n+6
(...)			
162.887	8.144	171.031	n+10
(...)			
207.889	10.394		n+14

Afin d'éviter ce résultat, l'emprunteur peut s'engager (si ses revenus le permettent) à rembourser uniquement les intérêts. En cas d'impayé (art. 315-22 c. conso.²), la déchéance du terme est encourue (art. 315-14 c. conso.³), et le logement fera l'objet d'une vente aux enchères publiques.

Les modalités de versement du capital permettent à l'emprunteur d'obtenir les fonds à la date à laquelle il en a besoin⁴ (par exemple en produisant une facture, lorsque des travaux de rénovation sont effectués dans le logement : art. 315-2 c. conso.⁵). Le versement des fonds aura lieu en une

¹ Art. 2432 c. civ. : « Le créancier privilégié dont le titre a été inscrit, ou le créancier hypothécaire inscrit pour un capital produisant intérêt et arrérages, a le droit d'être colloqué, pour trois années seulement, au même rang que le principal, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les intérêts et arrérages autres que ceux conservés par l'inscription primitive.

« Toutefois, le créancier a le droit d'être colloqué pour la totalité des intérêts, au même rang que le principal, lorsque l'hypothèque a été consentie en garantie du prêt viager défini à l'article L. 314-1 du code de la consommation. »

² Art. L 315-22 c. conso. : « En cas de défaillance de l'emprunteur sur le remboursement périodique des intérêts, le prêteur peut exiger le remboursement immédiat des intérêts échus mais non payés. »

³ Art. L 315-14 c. civ. : « Le débiteur perd également le bénéfice du terme lorsqu'il change l'affectation du bien hypothéqué ou lorsqu'il refuse au créancier l'accès de l'immeuble hypothéqué pour s'assurer de son bon état d'entretien et de conservation ou en cas de prêt viager hypothécaire à versement périodique d'intérêts, lorsqu'il est défaillant dans le versement d'une ou de plusieurs échéances d'intérêts. »

⁴ Art. 315-1 c. conso. : « [...] un prêt sous forme d'un capital ou de versements périodiques [...] »

⁵ Art. 315-2 c. conso. : « Un établissement de crédit, un établissement financier ou une société de tiers-financement mentionnée au 8 de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier peuvent procéder au financement de travaux de rénovation au moyen d'un prêt avance mutation garanti par une hypothèque constituée à hauteur du montant initial du prêt augmenté des intérêts capitalisés annuellement et dont le remboursement ne peut être exigé que lors de la mutation du bien. »

seule fois ou de manière échelonnée¹ jusqu'à épuisement du capital : contrairement à la vente viagère (dans laquelle le créditrentier perçoit un revenu pendant toute la durée de sa vie), le prêt viager hypothécaire ne donne lieu qu'au versement de la somme empruntée.

Les modalités du *remboursement anticipé* (art. 315-16 à -19 c. conso.) permettent l'adaptation du contrat. Comme dans tout contrat de prêt dont le terme est en faveur du débiteur, ce dernier peut effectuer un remboursement anticipé², selon des modalités contractuelles encadrées³. En présence d'un revenu exceptionnel, le contrat sera modifié, en appliquant le taux contractuellement prévu (art. 315-19 al. 2 c. conso.⁴).

Dans le prêt viager hypothécaire, un consommateur emprunte une somme qui devra être remboursée. Plus le remboursement sera tardif (et reporté au décès de l'emprunteur), plus le montant du capital à rembourser sera important, en application de l'anatocisme. La durée de vie de l'emprunteur devient alors un risque pour le prêteur : à un certain moment, le montant du capital à rembourser risque d'atteindre la valeur de l'immeuble.

(888. et 889. : réservés)

b/ Le dénouement du prêt viager hypothécaire

890. Le **dénouement du prêt viager hypothécaire** a lieu lorsque le montant de l'emprunt doit être remboursé au prêteur. La dette devient exigible, et son montant sera liquidé, en présence d'une mutation (résultant du décès ou d'une vente). Conformément au droit commun des obligations, le remboursement de l'emprunt (avec les intérêts) aura lieu de manière volontaire, à défaut, de manière forcée.

¹ Le consommateur est informé des conséquences de son choix : art. 315-9 c. conso. « 6° En cas de versements échelonnés du capital, l'échéancier des versements périodiques distinguant la part du capital de celle des intérêts accumulés sur ces sommes durant la durée prévisionnelle du prêt et permettant à l'emprunteur de connaître le moment où il aura épuisé l'actif net de son logement ; »

² Art. L 315-16 al. 1^{er} c. conso. : « L'emprunteur peut toujours, à son initiative, mettre un terme au contrat de prêt qui lui a été consenti en remboursant la totalité des sommes déjà versées en principal et intérêts. [...] ».

³ Art. L 315-17 c. conso. : « Dans les cas de remboursement prévus à l'article L. 315-16, le prêteur est en droit d'exiger une indemnité qui ne peut, sans préjudice de l'application de l'article 1231-5 du code civil [clause pénale], excéder un montant qui, dépendant de la durée du contrat déjà réalisée, est fixée selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'Etat. »

Art. L 315-18 c. conso. : « Le remboursement anticipé ne peut donner lieu à aucune indemnité ni à aucun coût à la charge de l'emprunteur autres que ceux qui sont mentionnés aux articles L. 315-16 et L. 315-17.

⁴ Art. L 315-19 c. conso. : « L'emprunteur peut, en cas de versements périodiques du capital, demander une suspension ou une modification de l'échéancier des versements.

« Ces aménagements se font au taux conventionnel défini au contrat principal et donnent lieu à l'établissement d'un nouvel état des versements périodiques et des intérêts accumulés sur ces sommes pour la durée prévisionnelle du prêt restant à courir. La part du capital et celle des intérêts apparaissent de manière distincte.

« Les modifications visant à accélérer les versements peuvent intervenir conformément aux stipulations contractuelles. »

Le montant de la somme à rembourser au titre de l'emprunt est *plafonné à la valeur de l'immeuble appréciée lors de l'échéance du terme* (art. 315-15 c. conso.¹). Le terme est celui du décès de l'emprunteur ou celui de la vente du logement (à un tiers-acquéreur). À cette date, le montant de la dette peut être calculé (dette liquide) et la valeur du logement peut être fixée.

L'*exécution volontaire* signifie que l'emprunteur rembourse l'emprunt arrivé à terme. Avant le terme de l'emprunt, l'emprunteur n'a normalement aucune contrepartie à verser de son vivant : il doit uniquement conserver son logement en bon état² (sous peine de la déchéance du terme³). Mais l'emprunteur a également pu s'engager à verser les intérêts (pour éviter l'anatocisme) : en cas d'impayé (des intérêts échus⁴), capital et intérêts deviennent exigibles pour le tout (art. 315-23 c. conso.⁵).

891. En cas de vente de l'immeuble hypothéqué (ou en cas de décès de l'emprunteur⁶), la procédure de droit commun sera suivie. En présence d'une vente volontaire, le prix de vente sera proposé au créancier ; à défaut, il conserve son droit de suite.

Pour le prêteur, le contrat de prêt viager immobilier présentera un risque spécifique, car la dette, au moment où elle sera exigible, ne devra pas dépasser la valeur du bien immobilier. Si la durée de vie de l'emprunteur excède les prévisions du prêteur, ce dernier subira une perte : la dette (montant du principal avec anatocisme des intérêts) ne peut faire l'objet d'exécution forcée que sur l'immeuble. De tels risques supportés par le prêteur signifient que le montant du capital prêté sera nécessairement réduit⁷.

¹ Section 5 : Plafonnement de la dette, art. L 315-15 c. conso. : « La dette de l'emprunteur ou de ses ayants droit ne peut jamais excéder la valeur de l'immeuble appréciée lors de l'échéance du terme.

« Lorsque le créancier hypothécaire met en jeu sa garantie à l'échéance du terme, si la dette est alors inférieure à la valeur de l'immeuble, la différence entre cette valeur et le montant de la créance est versée, selon le cas, à l'emprunteur ou à ses héritiers.

« En cas d'aliénation du bien, la valeur de l'immeuble est égale à la valeur indiquée dans l'acte de cession sous réserve des dispositions de l'article L. 315-21. »

² Art. L 315-12 c. conso. : « L'emprunteur doit apporter à l'immeuble hypothéqué tous les soins raisonnables. »

³ Art. L 315-14 c. civ. : « Le débiteur perd également le bénéfice du terme lorsqu'il change l'affectation du bien hypothéqué ou lorsqu'il refuse au créancier l'accès de l'immeuble hypothéqué pour s'assurer de son bon état d'entretien et de conservation ou en cas de prêt viager hypothécaire à versement périodique d'intérêts, lorsqu'il est défaillant dans le versement d'une ou de plusieurs échéances d'intérêts. »

⁴ Art. L 315-22 c. conso. : « En cas de défaillance de l'emprunteur sur le remboursement périodique des intérêts, le prêteur peut exiger le remboursement immédiat des intérêts échus mais non payés. »

⁵ Art. L 315-23 c. conso. : « Lorsque le prêteur est amené à demander la résolution du contrat, il peut exiger le remboursement immédiat du capital versé, ainsi que le paiement des intérêts échus.

« Jusqu'au règlement effectif, les sommes restant dues produisent des intérêts de retard à un taux égal au taux du prêt. En outre, le prêteur peut demander à l'emprunteur défaillant une indemnité qui, sans préjudice de l'application de l'article 1231-5 du code civil, ne peut excéder un montant qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat, est fixé suivant un barème déterminé par décret. »

⁶ Le prêteur dispose alors de deux ans, à compter du moment où il a connaissance du décès, pour réclamer remboursement, faute de quoi il subira la prescription de sa créance. Voir : Civ. 1^{ère}, 11 mai 2017 n° 16-13.278, Bull. ; D. 2017 p.1045

⁷ Pour un exemple, donné par Civ. 2^e, 4 septembre 2014, n°13-18.882 : la banque a consenti le 12 février 2010 un prêt viager hypothécaire, d'un montant de 19.950€, au taux de 8,95 % l'an, remboursable au décès du dernier co-emprunteur (époux, âgés de 71 ans et 81 ans) ou lors de l'aliénation du bien, sur lequel une hypothèque a été consentie, pour une valeur estimée à 95.000€ au 21

Lorsque le bien immobilier est vendu à une valeur que le créancier hypothécaire estime correcte (c-à-d. lorsque le montant de la dette n'absorbe que partiellement le prix de vente de l'immeuble), le crédit est remboursé : les héritiers du débiteur (ou le débiteur lui-même, s'il vend son logement¹) ont droit à la différence entre le montant de la dette et la valeur de l'immeuble². Le régime de droit commun de l'hypothèque s'applique : une notification de la vente (à fin de purge) est adressée au créancier hypothécaire (art. 314-14 c. conso.³). Si le créancier viager hypothécaire conteste la valeur de l'immeuble (parce que sa dette absorbe complètement la valeur de l'immeuble), il mettra en œuvre ses prérogatives comme si le débiteur était défaillant⁴.

Lorsque la dette absorbe la valeur de l'immeuble, le banquier dispose des *prérogatives* d'un créancier hypothécaire contractuel (qu'il est). Dans le cadre d'une vente forcée, il bénéficie de son droit de préférence (lequel ne sera invoqué qu'en l'absence d'autres créanciers le surclassant) ou de l'attribution judiciaire (avec ou sans pacte commissaire)⁵. Lorsque le créancier opte pour le droit de préférence, l'immeuble est vendu aux enchères publiques (l'hypothèque étant alors automatiquement purgée) ; s'il opte pour l'attribution judiciaire, le créancier en devient propriétaire, l'estimation de la valeur de l'immeuble s'effectuant par expert (art. 314-14 al.3 c. conso.⁶).

décembre 2009.

¹ Le créancier viager hypothécaire obtient alors un remboursement anticipé de sa dette, laquelle demeure toujours plafonnée à la valeur de l'immeuble.

² Art. 314-9 al.2 c. conso. : « Lorsque le créancier hypothécaire met en jeu sa garantie à l'échéance du terme, si la dette est alors inférieure à la valeur de l'immeuble, la différence entre cette valeur et le montant de la créance est versée, selon le cas, à l'emprunteur ou à ses héritiers. »

³ Art. L314-14 c. conso. : « En cas d'aliénation de l'immeuble par l'emprunteur ou ses héritiers, le projet de cession est notifié au créancier hypothécaire.

En cas de contestation par celui-ci de la valeur de l'immeuble retenue dans l'acte de cession, il est procédé à l'estimation du bien par un expert choisi d'un commun accord par le créancier et l'emprunteur ou désigné sur requête.

Si la valeur de l'immeuble s'avère finalement inférieure à cette estimation, la créance du prêteur est alors plafonnée :

- soit au prix d'adjudication de l'immeuble si le créancier hypothécaire fait procéder à la saisie et à la vente du bien en vertu de son droit de suite ;

- soit à la valeur d'expertise de l'immeuble si le créancier hypothécaire demande l'attribution judiciaire du bien ou se prévaut du pacte commissaire par lui conclu.

Les dispositions du présent article s'appliquent également au démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué. »

⁴ Le législateur a prévu des sanctions pénales, lorsque le consommateur préfère s'abstenir de rembourser le prêt. Art. L 314-17 c. conso. : « Le fait pour le prêteur de ne pas restituer les sommes dues, en application de l'article L. 314-9, à l'échéance du terme lorsque la dette est inférieure à la valeur de l'immeuble ou de réclamer à l'emprunteur des sommes supérieures à celles dont il est autorisé à demander le versement en application de l'article L. 314-11 est puni d'une amende de 30 000 euros. »

⁵ Section 6 : Terme de l'opération. Art. L314-13 c. conso. : « Lors du décès de l'emprunteur ou du dernier vivant des co-emprunteurs, les héritiers peuvent payer la dette plafonnée à la valeur de l'immeuble estimée au jour de l'ouverture de la succession. Il est procédé à cette estimation en tant que de besoin par un expert choisi d'un commun accord par le créancier et l'emprunteur ou désigné sur requête.

A défaut et nonobstant les règles applicables en matière d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, le créancier hypothécaire peut à son choix : - poursuivre la saisie et la vente de l'immeuble dans les conditions du droit commun, auquel cas la dette est plafonnée au prix de la vente ; - ou se voir attribuer la propriété de l'immeuble par décision judiciaire ou en vertu d'un pacte commissaire alors même que celui-ci constituait la résidence principale de l'emprunteur.

Le créancier hypothécaire dispose de la même option en cas de succession vacante. »

⁶ Art. 314-14 al.3 c. conso. : « Si la valeur de l'immeuble s'avère finalement inférieure à cette estimation, la créance du prêteur est alors plafonnée : - soit au prix d'adjudication de l'immeuble si le créancier hypothécaire fait procéder à la saisie et à la vente du bien en vertu de son droit de suite ; - soit à la valeur d'expertise de l'immeuble si le créancier hypothécaire demande l'attribution judiciaire du bien ou se prévaut du pacte commissaire par lui conclu. » Le texte parle du « droit de suite » dans une situation impropre : le droit

Conclusion du III/ Les contrats dangereux

892. Les **contrats dangereux** donnent lieu à une limitation de l'assiette des biens figurant dans le droit de gage général du créancier : pour l'essentiel, il s'agit toujours d'un contrat de prêt (ou associé à un prêt : le cautionnement).

Le prêt consenti à un *époux commun en biens* qui s'engage seul expose le créancier (banquier) à un risque : l'époux est faiblement solvable. Mais une contre-mesure est établie : avec l'accord du conjoint, l'époux qui s'engage seul redevient solvable (et même davantage qu'envers un créancier ordinaire).

Le *prêt viager hypothécaire* est encore plus dangereux, puisqu'a priori, le débiteur ne dispose pas des revenus pour le rembourser. Le droit de gage du prêteur est impérativement réduit, sauf si le débiteur paye volontairement (remboursement anticipé).

Le contrat de prêt impose au prêteur d'identifier avec précision la solvabilité de son débiteur. Un prêteur s'attend à être remboursé par les revenus de son débiteur : c'est le paiement volontaire. Si, parce que ces revenus sont insuffisants, le débiteur est défaillant, le prêteur n'aura accès qu'à une masse réduite de biens : ce sera la fraction saisissable des revenus (époux commun en biens engagé seul).

893. Le **droit du paiement forcé** permet à un créancier de vaincre l'absence d'exécution volontaire du débiteur : grâce à son droit de gage général, le créancier chirographaire peut saisir, en principe, n'importe quel bien qui figure ou qui figurera dans le patrimoine de son débiteur (à l'exception des biens insaisissables) ; il en va de même pour les revenus.

En présence d'un débiteur, personne physique, on note une évolution : l'efficacité du droit de gage général s'affaiblit, mais une contre-mesure est systématiquement prévue.

- Quand l'assiette des biens inclus dans le droit de gage général est réduite (emprunt souscrit par un seul époux, marié en communauté ; entrepreneur individuel n'engageant que ses biens professionnels en présence d'une dette professionnelle), le risque d'impayé du créancier s'accroît (délais de paiement, voire même perte sèche). La valeur du titre du créancier s'affaiblit : ce qui signifie que la solvabilité du débiteur décroît.

de suite n'est exercé que contre un tiers-acquéreur en l'absence de purge de l'hypothèque, ce qui ne correspond pas à l'hypothèse visée (la vente aux enchères publiques purgeant automatiquement l'hypothèque).

- Le législateur établit systématiquement une contre-mesure destinée à permettre au débiteur potentiel de redevenir solvable. L'extension de la masse des biens inclus dans le droit de gage général du créancier se produit quand le conjoint (commun en biens) donne son accord à l'emprunt ; quand l'entrepreneur individuel effectue une renonciation (destinée à rendre saisissable une autre masse de biens : les biens personnels).

Le droit de gage général permet d'estimer la solvabilité du débiteur. Un débiteur rendu insolvable par la limitation du droit de gage de son créancier ne pourra pas emprunter : or, l'emprunt permet de financer une opération utile (acquérir un logement : donc éviter de rester locataire à vie ; acquérir un bien professionnel : donc générer une activité rentable). La limitation de l'assiette des biens entrant dans le droit de gage général signifie mécaniquement que le débiteur est faiblement solvable : le montant qu'il peut emprunteur ou garantir (dans le cadre d'un cautionnement) est donc limité. Pour solvabiliser le débiteur, il faudra accroître la masse des biens figurant dans le droit de gage général du créancier.

(894- à 898. : réservés)

Conclusion de la section 1^{ère}

Le droit de gage général

898. Le **droit de gage général**, tel qu'il est fixé en principe (c-à-d. en régime général des obligations) signifie qu'une dette quelconque est exécutoire sur tout l'actif du débiteur (personne physique ou morale). C'est la raison pour laquelle, en droit, toute personne possède un patrimoine : le droit de gage général est l'instrument technique qui assure la corrélation entre l'actif et le passif. Tel qu'il est fixé en principe (art. 2284 et 2285 c. civ.), le droit de gage général affecte chaque actif au paiement d'une dette quelconque ; tout l'actif du patrimoine est pareillement affecté au paiement de l'ensemble du passif. En conséquence,

- Lorsque le débiteur est insolvable, chaque créancier est assuré d'obtenir un paiement partiel (principe égalitaire).
- Aucun bien n'est spécialement affecté au paiement d'un créancier : au sein du patrimoine, tous les biens ont le même statut. Aucune masse de biens, c-à-d. sous-catégorie de biens, n'existe.

Exceptionnellement, en présence d'un débiteur personne physique, des *masses de biens* seront créées afin de limiter l'assiette de l'actif que le créancier impayé pourra faire saisir.

- Le droit de gage général du créancier ne s'exercera pas sur les biens nécessaires (à la survie et à la profession du débiteur), sauf si la dette est exposée pour financer cet actif.
- L'entrepreneur n'expose pas sa résidence principale pour garantir son passif professionnel ; son patrimoine personnel n'est pas exposé par ses dettes professionnelles.
- L'époux (commun en biens) qui s'engage seul dans un prêt ou un cautionnement ne peut engager qu'une masse limitée de biens.

Toutes ces exceptions concernent les personnes physiques pour une raison de fond : elles seules sont exposées aux conséquences du passif à vie, auquel échappent les patrimoines affectés. La préservation des conditions d'existence des personnes physiques explique l'instauration de masses d'actifs insaisissables.

La limitation de l'assiette des biens figurant dans le droit de gage général du créancier obéit à la *loi d'airain du crédit*. L'assiette du droit de gage général détermine la solvabilité (pour les dettes présentes) et la crédibilité (pour la naissance des dettes futures) d'un débiteur (supra, introduction).

- La limitation des biens engagés par un débiteur expose le créancier à un risque d'impayé majoré (quand la masse des biens saisissables est limitée) et à un risque de retard de paiement (quand les revenus sont affectés au remboursement du capital). Si le débiteur est défaillant, l'exécution forcée sera moins efficace.
- Pour un créancier économique, qui accepte de prendre le risque de l'impayé, le crédit de son débiteur dépend de la valeur de l'actif affecté au paiement forcé. Un débiteur faiblement solvable dispose d'un crédit limité. En l'absence de biens et de revenus, le débiteur (insolvable) ne contractera pas (exclusion contractuelle).
- Pour solvabiliser un débiteur, il faut accroître l'assiette des biens figurant dans le droit de gage général du créancier. La solution est systématiquement prévue : le débiteur personne physique renoncera à l'insaisissabilité d'un bien ou obtiendra l'accord de son conjoint. Le débiteur pourra alors s'engager dans une opération économiquement rentable (emprunt) ou la garantir (cautionnement) : son crédit est restauré.

Le droit de gage général repose donc sur une équation économique fondamentale : le crédit d'un débiteur est corrélé à la valeur de l'actif affecté au paiement de la dette. C'est la loi d'airain du crédit : plus généralement, tout ce qui limite l'efficacité du droit de gage général accroît le risque d'impayé, et donc limite le crédit du débiteur.

Section 2^{ème}

Les obstacles à l'exécution forcée

Résumé

Les **obstacles à l'exécution forcée** sont opposés aux créanciers qui réclament paiement, lorsque le juge leur impose un moratoire. Cette interdiction temporaire des paiements est toutefois exclue envers les créanciers qui bénéficient du droit au paiement immédiat.

Le *gel des paiements* interdit au créancier d'obtenir de son débiteur (probablement insolvable) un paiement, volontaire comme forcé. Cette mesure de protection (purement personnelle) bénéficie au débiteur qui traverse des difficultés de paiement, tout en disposant d'un actif saisissable qu'il conservera.

- Le délai de grâce peut être accordé par le juge pour une durée de deux ans maximum, en tenant compte des difficultés du débiteur et des besoins du créancier. Implicitement, le débiteur manque ponctuellement de liquidités pour payer un créancier déterminé ;
- Le droit de la faillite, applicable quand le débiteur ne peut payer l'ensemble de ses dettes, s'impose à l'ensemble des créanciers. Ces derniers, tenus de déclarer leurs créances à bref délai sous peine de forclusion, subissent le gel des paiements. Ces créanciers devront attendre la fin de la procédure pour obtenir le paiement forcé. Le passif impayé à l'issue des opérations de liquidation sera purement et simplement supprimé.

D'autres créanciers, à l'inverse, bénéficient du *droit au paiement immédiat*. Ils continuent à pouvoir obtenir un paiement volontaire ou, à défaut, forcé, sur l'actif du débiteur, lorsque leur créance remplit une certaine fonction.

- Les créanciers à payer immédiatement sont les créanciers alimentaires (ainsi que quelques autres : victimes d'infraction), les créanciers "postérieurs" (à l'ouverture de la faillite), parce qu'ils assurent la survie du débiteur en faillite, ainsi que quelques créanciers exerçant un moyen de pression (lorsque leur paiement apparaît comme rentable en raison de la nuisance qu'ils exercent ou lorsqu'ils invoquent la compensation).
- Le paiement immédiat permet à ces créanciers de pouvoir saisir des biens et revenus (libres) du débiteur : ils sont chirographaires, mais sans subir le concours des autres créanciers (soumis pour leur part au gel des paiements). Ils pourront donc prélever intégralement leur dû : envers eux, le débiteur reste solvable et crédible.

Les obstacles à l'exécution forcée établissent donc une différence de traitement entre les créanciers soumis au gel des paiements et ceux bénéficiant du droit du paiement immédiat. Les uns (payés partiellement et tardivement) comme les autres (payés intégralement et précocement) sont pourtant chirographaires. Certains créanciers chirographaires sont donc "différemment" égaux que les autres : le législateur module leur droit de gage général, afin de permettre au débiteur (notamment professionnel) de survivre pendant une période relativement courte.

900. Les **obstacles à l'exécution forcée** interdisent aux créanciers d'obtenir un paiement de la part de leur débiteur, lorsque le juge leur impose un moratoire. Ce moratoire est conçu comme une mesure de protection du débiteur, quand ce dernier traverse des difficultés financières ; ce gel des paiements est toutefois exclu à l'égard des créanciers bénéficiant du droit au paiement immédiat.

Le *gel des paiements* interdit à un créancier individuel ou à un ensemble de créanciers d'obtenir, de la part du débiteur, un paiement volontaire ou forcé, et ce, alors même que le débiteur dispose d'un actif saisissable et disponible.

- Pendant toute la durée du moratoire, tout paiement volontaire effectué par le débiteur est invalide et pourra être annulé. Cette protection du débiteur lui est purement personnelle : le créancier peut être payé par un tiers (caution, codébiteur solidaire ...).
- L'interdiction des paiements forcés signifie que la procédure de saisie portant sur les biens ou revenu du débiteur est désormais bloquée. Le débiteur conservera donc son actif (bien ou revenu).

Le *droit au paiement immédiat* signifie que certains créanciers convertent leur droit d'être payé, de manière volontaire, et, à défaut, forcée, sur l'actif (disponible) de leur débiteur.

- La validité des paiements volontaires (paiement proprement dit et opérations assimilées au paiement) permettra au débiteur d'assurer certaines dépenses (courantes) pendant la période de gel.
- L'autorisation du paiement forcé conduit le débiteur à rester solvable et crédible envers les créanciers bénéficiant du droit au paiement immédiat. Ces derniers seront les seuls à avoir accès à l'actif disponible du débiteur.

Pourtant, officiellement, les uns sont aussi chirographaires que les autres.

Les obstacles à l'exécution forcée interdisent donc à la plupart des créanciers d'obtenir paiement, alors même que leur débiteur dispose d'un actif saisissable ; quelques créanciers, bénéficiaires du droit au paiement immédiat, continueront toutefois de pouvoir être payés : éventuellement, ils se partageront (entre eux) l'actif disponible du débiteur, les créanciers soumis au gel des paiements voyant alors se réduire l'actif de leur débiteur. Les uns comme les autres sont portant des créanciers chirographaires : les créanciers soumis au gel des paiements (§1^{er}) sont moins égaux que les créanciers bénéficiant du paiement immédiat (§2^{ème}).

§1^{er}/ Le gel des paiements : l'interdiction du paiement volontaire comme forcé

901. Le **gel des paiements** est un moratoire imposé par le juge envers un créancier individuel (et c'est à ce titre qu'il apparaît en régime général des obligations) ou envers la plupart des créanciers (soumis à la discipline collective imposée par le droit de la faillite). Dans les deux cas, ce gel des paiements se développe dans un contexte spécifique et il produit des effets relativement similaires. Le *contexte du gel des paiements* retient l'attention sur deux points : premièrement, le juge impose sa décision parce que le créancier n'a pas consenti au moratoire (ni à une remise de dette) ; deuxièmement, le débiteur dispose d'un actif saisissable qui aurait permis au créancier (saisissant) d'obtenir un paiement forcé.

– Le gel des paiements est prononcé par le juge en présence d'un conflit entre le débiteur, qui invoque ses difficultés de trésorerie pour obtenir un délai, et le créancier, qui refuse ce délai de paiement et qui a (peut-être déjà) déclenché la procédure d'exécution forcée. Pour y faire obstacle, le débiteur saisit le juge : il s'agit donc d'obtenir du juge une révision judiciaire de l'obligation, portant sur une modification substantielle de l'obligation, à savoir la date d'échéance de l'obligation.

– Le créancier qui se verra imposer le gel des paiements aurait (probablement) pu obtenir l'exécution forcée sur un actif (disponible et saisissable) de son débiteur. À ce stade de la procédure, l'insolvabilité du débiteur n'est pas avérée, mais on peut la suspecter. La situation financière du débiteur est dégradée : le créancier saisissant, désormais bloqué, devra donc attendre avant de pouvoir obtenir un paiement partiel (conséquence de la pénurie).

Le gel des paiements produit des *effets relativement similaires*, en droit de la faillite et en régime général des obligations. Le moratoire imposé par le juge est une protection temporaire et purement personnelle au débiteur.

– Le caractère temporaire du gel des paiements aura une durée maximale, imposée par la loi. Ce sera deux ans en régime général des obligations (art. 1343-5 al. 1^{er} c. civ.¹), sept ans en

¹ Art. 1343-5 al. 1^{er} c. civ. : « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues. »

droit du surendettement (art. L 732-3 c. conso.¹) et dix ans en droit des procédures collectives (art. L 626-12 c. com.²).

- Le gel des paiements est une protection purement personnelle au débiteur. Elle ne profite donc pas au tiers qui est tenu comme le débiteur (coobligé) ou qui garantit le paiement à échéance du débiteur (caution).

Le gel des paiements imposera donc un moratoire à un créancier désigné individuellement (délai de grâce, prévu en régime général des obligations) ou à un ensemble de créanciers, désignés collectivement (en droit de la faillite).

- En régime général des obligations, le gel des paiements est une mesure individuelle : c'est le délai de grâce, centré sur une dette précise (I).
- En droit de la faillite, le gel des paiements est une mesure collective, applicable à l'ensemble des dettes.

(902- à 905. : réservés)

I/ Les difficultés ponctuelles de paiement du débiteur

906. Les **difficultés ponctuelles de paiement** du débiteur signifient que le débiteur n'arrive pas ou risque de ne pas arriver à faire face à son passif exigible grâce à ses ressources disponibles. La loi investit alors le juge d'un pouvoir de révision de l'obligation ou de quelques obligations tout au plus. Deux types de mesures sont prévues :

- La première est prévue en régime général des obligations : le débiteur pourra bénéficier d'un délai de grâce (1) en présence d'une difficulté transitoire de paiement, pour une dette précise.
- Les autres sont prévues en droit des procédures collectives, au titre des mesures préventives. Si le débiteur professionnel estime être confronté à un risque de défaillance, un plan de prévention (2) peut être adopté.

¹ Art. L 732-3 c. conso. : « Le plan prévoit les modalités de son exécution. Sa durée totale, y compris lorsqu'il fait l'objet d'une révision ou d'un renouvellement, ne peut excéder sept années.

« Les mesures peuvent cependant excéder cette durée lorsqu'elles concernent le remboursement de prêts contractés pour l'achat d'un bien immobilier constituant la résidence principale du débiteur dont elles permettent d'éviter la cession ou lorsqu'elles permettent au débiteur de rembourser la totalité de ses dettes tout en évitant la cession du bien immobilier constituant sa résidence principale. »

² Art. L 626-12 c. com. : « Sans préjudice de l'application des dispositions de l'article L. 626-18, la durée du plan est fixée par le tribunal. Elle ne peut excéder dix ans. Lorsque le débiteur est une personne exerçant une activité agricole définie à l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime, elle ne peut excéder quinze ans. »

1/ Le délai de grâce : un moratoire applicable à une dette quelconque

907. Le **délai de grâce** (art. 1343-5 c. civ.¹) est accordé par le juge à un débiteur qui traverse des difficultés dans le paiement d'une somme d'argent. Ce moratoire imposé par le juge possède un domaine d'application relativement large ; les conditions pour l'obtenir ne sont pas très exigeantes. Le *domaine d'application* de ce texte est réduit aux obligations de somme d'argent. L'article 1343-5 c. civ. parle effectivement de « paiement des sommes dues » (art. 1343-5 al. 1^{er} c. civ.²) et de « sommes correspondant aux échéances reportées » (al. 2³). Un débiteur manque de liquidités pour rembourser un prêt, payer son loyer, ses impôts ou un fournisseur. Toute obligation de somme d'argent est susceptible de donner lieu à délai de grâce, sauf trois exceptions :

- en présence d'une dette alimentaire (art. 1343-5 al. 6 c. civ.⁴).
- les dettes commerciales soumises à régime cambiaire (lettre de change, billet à ordre ou chèque) imposent le versement sans délai de la provision : le délai de grâce est exclu (art. L 511-81 c. com.⁵).
- les cotisations sociales⁶ et les dettes fiscales.

Les *conditions* d'obtention du délai de grâce imposent au juge de n'accorder (ou refuser d'accorder) le délai demandé par le débiteur que « compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier ».

- Le juge effectue une pesée des intérêts en présence, sans avoir à motiver spécialement sa décision⁷. Son pouvoir d'appréciation⁸ est souverain (ce qui signifie que

¹ Art. 1343-5 c. civ. : « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues.

« Par décision spéciale et motivée, il peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

« Il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

« La décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge.

« Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

« Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux dettes d'aliment. »

² Art. 1343-5 al. 1^{er} c. civ. : « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues. »

³ Art. 1343-5 al. 2 c. civ. : « Par décision spéciale et motivée, il peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. »

⁴ Art. 1343-5 al. 6 c. civ. : « Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux dettes d'aliment. »

⁵ Art. L 511-81 c. com. : « Les délais légaux ou conventionnels ne comprennent pas le jour à compter duquel ils commencent à courir.

« Aucun jour de grâce ni légal ni judiciaire n'est admis sauf dans les cas prévus par les articles L. 511-38 et L. 511-50. »

⁶ Civ. 2^e, 16 juin 2016, n°15-18.390, PBI, D. 2016. 1374 ; RDSS 2016. 784, obs. Y. Dagorne-Labbe ; Procédures 2016, n°263, obs. A. Bugada ; RTD civ. 2016 p.935, obs. Nicolas Cayrol : « L'article [1343-5] du code civil n'est pas applicable devant la juridiction du contentieux général de la sécurité sociale saisie aux fins de paiement des cotisations et contributions sociales instituées par la loi ».

⁷ Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2002, Bull. n°257 ; D. 2003.AJ.1092, obs. Valérie Avena-Robardet (2e esp) ; Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2006, Bull. n°435 ; revue de droit des contrats 2007, p.263, obs. Denis Mazeaud.

⁸ Jurisprudence constante : Civ. 2^e, 10 juin 1970, Bull. n°201 ; Civ. 2^e, 1^{er} février 2001, Bull. n°22

cette appréciation ne peut pas fonder un pourvoi en cassation). Le juge peut refuser le délai de grâce, si le créancier a besoin du paiement (pour rembourser un emprunt ...) ou si le débiteur ne prouve pas suffisamment ses difficultés de paiement.

– Si le créancier peut attendre, le délai de grâce sera octroyé lorsque le débiteur personne physique subit un licenciement (art. 314-20 c. conso.¹) ou si le garant personnel demande un délai pour réaliser un actif².

Le délai de grâce accordé par le juge impose alors au créancier un changement majeur.

907-1. Le **délai judiciaire** se distingue du délai de grâce, car il n'en reprend ni les conditions, ni la logique. Le juge peut octroyer un délai, au regard des circonstances : il s'agit de permettre au débiteur de s'adapter à une situation nouvelle.

En droit du contrat, le délai judiciaire accordé au débiteur est destiné à lui permettre de *s'organiser pour exécuter le contrat correctement*. Il n'est pas motivé par une difficulté ponctuelle d'exécution. Selon l'article 1228 c. civ., consacré à la résolution, « Le juge peut, selon les circonstances, (...) prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur (...) »³. Ce délai correspond donc à une adaptation mineure imposée par le juge, en fonction « des circonstances ». Logiquement, ce texte ne pose aucune condition spécifique, et ne contient non plus aucun délai maximal, en réalité parce que le délai est bref.

Le délai judiciaire prévu en présence d'un *débiteur, personne physique, en faillite* répond à une finalité humanitaire, proche mais distincte de la logique du délai de grâce. La situation personnelle du débiteur (personne physique) est seule considérée. Deux cas sont prévus :

– du débiteur en liquidation judiciaire, tenu de quitter sa résidence principale (art. L 642-18 al. 6 c. com.⁴) ;

¹ Section 4 : Délai de grâce, art. L 314-20 c. conso. : « L'exécution des obligations du débiteur peut être, notamment en cas de licenciement, suspendue par ordonnance du juge [...] dans les conditions prévues à l'article 1343-5 du code civil. L'ordonnance peut décider que, durant le délai de grâce, les sommes dues ne produiront point intérêt.

« En outre, le juge peut déterminer dans son ordonnance les modalités de paiement des sommes qui seront exigibles au terme du délai de suspension, sans que le dernier versement puisse excéder de plus de deux ans le terme initialement prévu pour le remboursement du prêt ; il peut cependant surseoir à statuer sur ces modalités jusqu'au terme du délai de suspension. »

² Délai de grâce au profit du garant personnel, personne physique, art. L 622-28 al. 2 c. com. : « Le jugement d'ouverture [de la procédure de sauvegarde] suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans. »

³ Art. 1228 c. civ. : « 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. »

⁴ Art. L 642-18 al. 6 c. com. : « En cas de liquidation judiciaire d'un débiteur, personne physique, le tribunal peut, en considération de sa situation personnelle et familiale, lui accorder des délais de grâce dont il détermine la durée pour quitter sa maison d'habitation principale.

« Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat. »

- du débiteur en surendettement qui fait l'objet d'une mesure d'expulsion : le juge peut suspendre, pendant deux ans au plus, la mesure (art. 722-8 et -9 c. conso.¹)².

En présence d'un *locataire ne payant pas son loyer*, l'article 24-V de la loi du 6 juillet 1989 modifié par la loi du 24 mars 2014³ donne au juge la faculté d'accorder un délai de grâce allongé à trois ans :

- L'exception prévue par l'article 24-V porte uniquement sur la durée du délai de grâce, porté à trois ans (« par dérogation au délai prévu au premier alinéa de l'article 1343-5 » : art. 24-V al. 1er de la loi du 6 juillet 1989, préc.). La mesure est donc un délai de grâce ;
- Pour bénéficier de la mesure, le locataire devra être en mesure de payer non seulement les loyers présents (et à venir), mais également de rembourser la dette locative impayée (art. 24-V al. 2 de la loi du 6 juillet 1989). Le locataire devra donc prouver qu'il bénéficiera prochainement de revenus substantiellement supérieurs.

Fallait-il adopter des mesures aussi complexes, pour s'apercevoir qu'il faut déménager quand on ne peut plus payer son loyer ?

908. Les effets du délai de grâce consistent principalement à octroyer un moratoire au débiteur dans le paiement d'une dette précise (importante et/ou à exécution successive). Ce moratoire accordé par le juge consiste à reporter ou rééchelonner les échéances de la dette ; il induit également un gel de la dette.

Le *report ou le rééchelonnement de la dette* « dans la limite de deux années »⁴ est une mesure ponctuelle et unique que peut prendre le juge. Une dette ne peut donc faire l'objet que d'un seul délai de grâce : des délais successifs de grâce sont interdits⁵.

¹ Art. 722-8 c. conso. : « Si la situation du débiteur l'exige, le juge prononce la suspension provisoire des mesures d'expulsion de son logement, à l'exception de celles fondées sur un jugement d'adjudication rendu en matière de saisie immobilière et de celles ordonnées sur le fondement du troisième alinéa de l'article 2198 du code civil. »

Art. L722-9 c. conso. : « Cette suspension est acquise, pour une période maximale de deux ans et, selon les cas, jusqu'à l'approbation du plan conventionnel de redressement prévu à l'article L. 732-1, jusqu'à la décision imposant les mesures prévues aux articles L. 733-1, L. 733-4, L. 733-7 et L. 741-1, jusqu'au jugement prononçant un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ou jusqu'au jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. »

² Civ. 2^e, 18 octobre 2018, n°17-19.831, Bull. : (abstrat) « En application de l'article L. 722-8 du code de la consommation, le juge n'a pas le pouvoir de moduler la durée de la suspension prévue à l'article L. 722-9 du code de la consommation. »

³ Art. 24-V de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 (mod. par loi n°2014-366 du 24 mars 2014) : « Le juge peut, même d'office, accorder des délais de paiement dans la limite de trois années, par dérogation au délai prévu au premier alinéa de l'article 1343-5 du code civil, au locataire en situation de régler sa dette locative. Le quatrième alinéa de l'article 1343-5 [gel de l'exécution forcée, suppression des intérêts et frais de retard] s'applique lorsque la décision du juge est prise sur le fondement sur présent alinéa. Le juge peut d'office vérifier tout élément constitutif de la dette locative et le respect de l'obligation prévue au premier alinéa de l'article 6 de la présente loi [logement décent]. »

« Pendant le cours des délais ainsi accordés, les effets de la clause de résiliation de plein droit sont suspendus ; ces délais et les modalités de paiement ne peuvent affecter l'exécution du contrat de location et notamment suspendre le paiement du loyer et des charges.

« Si le locataire se libère dans le délai et selon les modalités fixées par le juge, la clause de résiliation de plein droit est réputée ne pas avoir joué ; dans le cas contraire, elle reprend son plein effet ».

⁴ Le juge doit en fixer la durée : Civ. 2^e, 7 janv. 1998, n°96-12.979, Bull. n°4 ; D. 1998. IR 43 ; D. affaires 1998. 146, obs. J.F. ; RTD civ. 1998. 369, obs. J. Mestre ; JCP 1998.I.129, n°12 et suiv., obs. G. Loiseau ; Defrénois 1998. 737, obs. D. Mazeaud.

⁵ Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1959, D. 1959, p.393.

- Le report signifie que le débiteur ne remboursera rien pendant une certaine période (afin que le débiteur puisse reconstituer sa trésorerie).
- Le rééchelonnement signifie que les mensualités de son emprunt seront réduites (ce qui implique que l'emprunt sera remboursé sur une période plus longue, accrue au maximum de deux ans).

Le report ou le rééchelonnement peuvent toutefois être soumis à une condition (résolutoire) : selon l'article 1343-5 al. 3 c. civ., le juge « peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. » Le débiteur devra prendre des décisions de gestion propres à rééquilibrer les comptes (réduction de frais, plan de licenciement ...) ; comme le débiteur dispose d'un actif saisissable et disponible, le créancier subissant le moratoire pourra obtenir des sûretés (afin de ne pas être exposé à un risque accru d'impayé).

Le *gel de la dette* produit par le moratoire signifie que le débiteur n'est plus tenu de payer et qu'il ne doit plus les frais (liés à son défaut de paiement).

- Le débiteur n'est plus tenu de procurer un paiement volontaire, quand il obtient le délai de grâce. Il existe toutefois une exception : le créancier impayé peut invoquer la compensation (art. 1347-3 c. civ. : « Le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation. »¹), seul paiement (volontaire) permis.
- Le gel des voies d'exécution signifie que le créancier devra reprendre la procédure d'exécution, si le débiteur ne régularise pas la situation dans le délai (de deux ans au plus) (art/ 1343-5 al. 4 c. civ.). Le débiteur conservera donc ses revenus et ses biens.
- La suppression des frais et intérêts de retard a lieu de plein droit. Le délai de grâce est donc un moratoire gratuit pour le débiteur.

Les effets du délai de grâce portent donc *atteinte à la force obligatoire de l'obligation* : le juge modifie l'obligation (sur des points majeurs) et impose sa décision au créancier. Légalement, le débiteur n'est pas défaillant :

- Le délai de grâce octroyé par le juge n'est toutefois qu'une protection purement personnelle pour le débiteur (art. 1343-5 al. 4 c. civ.²). S'il est garanti par une caution ou si un autre coobligé solidaire est tenu, la caution ou le coobligé seront tenus de payer la dette.

¹ La disposition reprend le droit antérieur (anc. art. 1292 c. civ. : « Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation. »).

² Art. 1343-5 al. 4 c. civ. : « La décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge. »

– Les mesures imposées par le juge sont impératives : selon l'article 1343-5 al. 5 c. civ., « Toute stipulation contraire est réputée non écrite. » Le débiteur ne peut donc pas renoncer (contractuellement) à la protection de la loi.

909. Le juge peut également modifier l'obligation plus intensivement : il peut également **modifier l'intérêt contractuel dû voire même le supprimer**. En pratique, cette mesure n'est que rarement prononcée : elle ne l'est que lorsque le débiteur est tenu de verser un taux d'intérêt élevé (agios, fréquemment d'un montant supérieur à 15%).

L'article 1343-5 al. 2 c. civ.¹ permet au juge « par décision spéciale et motivée », d'imposer une *réduction de l'intérêt conventionnel* prévu. Après réduction, le taux d'intérêt doit être néanmoins « au moins égal au taux légal ».

Le juge peut même décider que « les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. » Lorsque cette dernière mesure est ordonnée, le débiteur rembourse d'abord le capital, et il ne remboursera les intérêts qu'ultérieurement².

2/ Le plan de prévention du débiteur professionnel : un moratoire pour un ensemble de dettes

910. Le **plan de prévention du débiteur professionnel** relève du droit des procédures collectives. Le débiteur professionnel confronté à une difficulté prévisible de paiement (art. 611-4 c. com.³), sans être en cessation de paiement, peut demander à bénéficier d'un moratoire, subordonné à l'acceptation des principaux créanciers du débiteur.

La procédure de prévention a pour objet de rechercher un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers. Le débiteur indique ses difficultés, ses ressources et les moyens de faire face au passif⁴. Le conciliateur propose alors des mesures aux principaux créanciers (art. L 611-7 c. com.⁵). Face à la proposition du conciliateur, chaque créancier est confronté à un choix : soit le créancier refuse (sachant que son refus l'expose au délai de

¹ Art. 1343-5 al. 2 c. civ. : « Par décision spéciale et motivée, il peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. »

² Le taux d'intérêt est-il alors calculé sur le capital, au fur et à mesure de son amortissement ou sur le montant global de la dette ? La seconde modalité respecte l'exigence d'un taux d'intérêt au moins égal au taux légal, tandis que la première conduit à appliquer un taux d'intérêt effectif global qui pourra être lui être inférieur.

³ Art. L 611-4 c. com. : « Il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours. »

⁴ Art. L 611-6 c. com. : « Le président du tribunal est saisi par une requête du débiteur exposant sa situation économique, financière, sociale et patrimoniale, ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face. Le débiteur peut proposer le nom d'un conciliateur.

« La procédure de conciliation est ouverte par le président du tribunal qui désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas quatre mois mais qu'il peut, par une décision motivée, proroger à la demande de ce dernier sans que la durée totale de la procédure de conciliation ne puisse excéder cinq mois (...). »

⁵ Art. L 611-7 c. com. : « Le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il peut également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi.

grâce¹), soit il accepte (explicitement²) une remise de dette³ ou un moratoire, dans le cadre d'un accord collectif homologué par le juge (art. 611-8 c. com.⁴).

Les créanciers ayant *accepté la révision* doivent agir avec cohérence. Ils ne peuvent plus exercer de poursuites à raison de l'obligation initiale modifiée⁵, ni contre le débiteur, ni contre ses garants.

– Lorsque le débiteur était l'auteur d'un impayé, l'acceptation du moratoire induit que le retard du débiteur à payer ne donnera pas lieu au versement de dommage moratoire. Le gel des intérêts échus est donc imposé⁶ :

– Lorsque le créancier accepte la modification de l'obligation initiale, en raison des difficultés que traverse le débiteur, il ne peut pas réclamer au garant personnel de payer à l'échéance initialement convenue. Le débiteur n'est pas censé bénéficier d'une protection purement personnelle ; son garant personnel ou le coobligé solidaire peut, lui aussi, invoquer la modification de la dette (exception inhérente à la dette) (art. 611-10-2 c. com.⁷). Si le créancier veut obtenir un paiement à échéance, il doit refuser.

Les créanciers *extérieurs à l'accord homologué* (en présence de créanciers ayant refusé ou n'ayant pas été convoqués) doivent être payés à échéance et intégralement, mais ils pourront se voir imposer un délai de grâce (solution que rappelle l'article L 611-10-1 al. 2 c. com.⁸).

¹ Ce que rappelle utilement l'art. L 611-7 al.5 c. com. : « Au cours de la procédure, le débiteur mis en demeure ou poursuivi par un créancier peut demander au juge qui a ouvert celle-ci de faire application de [l'article 1343-5] du code civil. Le juge statue après avoir recueilli les observations du conciliateur. Il peut subordonner la durée des mesures ainsi prises à la conclusion de l'accord prévu au présent article. Dans ce cas, le créancier intéressé est informé de la décision selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. »

² Lors de la période de prévention, l'article L626-5 c. com. n'est pas applicable, le texte supposant une procédure de sauvegarde. Art. L 626-5 al. 2 c. com. : « Lorsque la proposition porte sur des délais et remises, le mandataire judiciaire recueille, individuellement ou collectivement, l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance conformément à l'article L. 622-24. En cas de consultation par écrit, le défaut de réponse, dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire, vaut acceptation. (...) »

³ La remise de dette est expressément prévue pour les créances fiscales et sociales. Art. L 611-7 al. 3 c. com. : « Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 5422-1 et suivants du code du travail et les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale peuvent consentir des remises de dettes dans les conditions fixées à l'article L. 626-6 du présent code. Des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou l'abandon de ces sûretés peuvent être consenties dans les mêmes conditions. »

⁴ Art. L 611-8 c. com. : « I. - Le président du tribunal, sur la requête conjointe des parties, constate leur accord et donne à celui-ci force exécutoire. (...) »

⁵ Art. L 611-10-1 c. com. : « Pendant la durée de son exécution, l'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet (...) »

⁶ Art. L 611-10-1 c. com. : « (...) ; nonobstant les dispositions de l'article [1231-7] du code civil, les intérêts échus de ces créances ne peuvent produire des intérêts. »

⁷ Art. L 611-10-2 c. com. : « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des mesures accordées au débiteur en application du cinquième alinéa de l'article L. 611-7 ainsi que des dispositions de l'accord constaté ou homologué.

« L'accord homologué entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques conformément à l'article L. 131-73 du code monétaire et financier, mise en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation. Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, cette interdiction est levée sur les comptes afférents au patrimoine visé par la procédure.

⁸ Art. L 611-10-1 al. 2 c. com. : « Si, au cours de cette même durée, le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par l'un des créanciers appelés à la conciliation dans le but d'obtenir le paiement d'une créance qui n'a pas fait l'objet de l'accord, le juge qui a ouvert la procédure de conciliation peut, à la demande du débiteur et après avoir recueilli, le cas échéant, les observations du mandataire à l'exécution de l'accord, faire application des dispositions de [l'article 1343-5] du code civil, en prenant en compte les conditions d'exécution de l'accord. Les dispositions du présent alinéa ne sont pas applicables aux créanciers mentionnés au troisième alinéa de l'article L. 611-7 [créances fiscales et sociales] ».

(911- à 923. : réservés)

924. Les **difficultés ponctuelles de paiement du débiteur** peuvent donc conduire le juge à imposer (ou à proposer) un moratoire, afin que le débiteur puisse rétablir sa situation.

- Soit le juge impose le moratoire à un créancier (art. 1343-5 c. civ.), « en considération de la situation du débiteur et des besoins du créancier », pour une durée maximale de deux ans. La mesure concerne une obligation individuelle.
- Soit le juge homologue un accord convenu avec les principaux créanciers, qui acceptent de recevoir un paiement tardif ou partiel, en présence d'un débiteur professionnel (plan de prévention). La mesure concerne quelques obligations.

Le contenu des mesures est relativement similaire. Le débiteur obtient un moratoire : grâce au report ou au rééchelonnement, le débiteur (grâce à ses revenus) pourra rembourser, mais avec retard.

Le moratoire, quand il est accordé par le juge, sous-entend que les difficultés que traverse le débiteur sont transitoires ; lorsque les difficultés du débiteur sont plus profondes, il faudra imposer des mesures plus contraignantes à l'ensemble des créanciers.

924-1. En 1804, face à une difficulté plus sérieuse, la **cession de biens** (conventionnelle ou judiciaire) permettait au débiteur d'offrir ses biens à ses créanciers, jusqu'à apurement de la dette : le débiteur « *malheureux et de bonne foi* » (anc. art. 1268 c. civ.¹) pouvait alors échapper à l'emprisonnement pour dettes. Le débiteur pouvait proposer à ses créanciers de laisser ses biens pour apurer le passif (anc. art. 1265 c. civ.²), à la condition néanmoins d'un accord de la part des créanciers (cession volontaire : anc. art. 1267 c. civ.³), sauf cession judiciaire (anc. art. 1268 c. civ.⁴). Au fond, c'est un des prototype du droit de la faillite : le risque d'impayé demeure toutefois mineur, dans la mesure où les biens futurs du débiteur ont vocation à apurer le passif⁵.

¹ Anc. art. 1268 c. civ. : « La cession judiciaire est un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi, auquel il est permis, pour avoir la liberté de sa personne, de faire en justice abandon de tous ses biens à ses créanciers, nonobstant toute stipulation contraire ».

² Anc. art. 1265 c. civ. : « La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, lorsqu'il se trouve hors d'état de payer ses dettes. ». Anc art. 1266 c. civ. : « La cession de biens est volontaire ou judiciaire. »

³ Anc. art. 1267 c. civ. : « La cession de biens volontaire est celle que les créanciers acceptent volontairement, et qui n'a d'effet que celui résultant des stipulations mêmes du contrat passé entre eux et le débiteur. »

⁴ Anc. art. 1268 c. civ. : « La cession judiciaire est un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi, auquel il est permis, pour avoir la liberté de sa personne, de faire en justice abandon de tous ses biens à ses créanciers, nonobstant toute stipulation contraire. »

⁵ Même en cas de cession de biens judiciaire : anc. art. 1270 c. civ. : « Les créanciers ne peuvent refuser la cession judiciaire, si ce n'est dans les cas exceptés par la loi. / Elle opère décharge de la contrainte par corps. / Au surplus, elle ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés ; et dans le cas où ils auraient été insuffisants, s'il lui en survient d'autres, il est obligé de les abandonner jusqu'au parfait paiement. »

II/ La faillite du débiteur : le gel des créances antérieures

925. La faillite du débiteur a lieu lorsque les ressources du débiteur ne lui permettent plus de faire face à son passif exigible. La faillite n'est pas un terme juridique : en présence d'un débiteur professionnel, on parlera de procédure collective (« collective » parce qu'applicable à l'ensemble des créanciers) ; en présence d'un débiteur particulier, on parlera de procédure de surendettement. Dans un cas comme dans l'autre, des règles similaires seront applicables.

Premièrement, les mesures de protection du débiteur prévues en droit de la faillite ont principalement pour effet de *geler le passif antérieur à la faillite*. Elles produisent à peu près le même effet que le délai de grâce :

- Aucun paiement volontaire n'est autorisé, ni aucune exécution forcée. L'ensemble des créances « antérieures » (à l'ouverture de la procédure de faillite) ne peuvent faire l'objet d'aucun paiement (sauf exception : infra §2^{ème}). La règle de l'interdiction des paiements est prévue en droit du surendettement (art. L 331-5 c. conso.¹) comme en droit des procédures collectives (art. L 622-7 c. com.²) ;
- Les intérêts de retard et les frais ne sont plus dus³. Cette période de gel du passif antérieur est gratuite pour le débiteur : c'est un moratoire.

Deuxièmement, la *déclaration des créances* est imposée à l'ensemble des créanciers⁴, sous peine de forclusion⁵. La mesure est destinée à réduire le passif par une méthode radicale : le créancier qui ne déclare pas à bref délai (moins de six mois) sa créance, parce qu'il ne consulte pas les journaux d'annonces légales, sera considéré comme négligent : il subit les effets de la prescription extinctive

¹ Art. L331-5 c. conso. : « la décision qui prononce la suspension provisoire des poursuites interdit au débiteur (...) de payer, en tout ou en partie, une créance autre qu'alimentaire née antérieurement à cette décision ».

² En cas de surendettement, « la décision qui prononce la suspension provisoire des poursuites interdit au débiteur (...) de payer, en tout ou en partie, une créance autre qu'alimentaire née antérieurement à cette décision » (art. L331-5 c. conso.). En cas de procédure de sauvegarde : art. L622-7 c. com. : « I.-Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17. Ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires. »

³ Art. 622-28 c. com. (gel des intérêts, sauf pour les prêts conclus pour plus d'un an).

⁴ Art. L 622-24 c. com. : « A partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat. (...) ».

⁵ En présence d'un débiteur professionnel, art. 622-26 c. com. : « A défaut de déclaration dans des délais fixés par décret en Conseil d'État, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-6. Ils ne peuvent alors concourir que pour les distributions postérieures à leur demande. »

En présence d'un débiteur, personne physique, faisant l'objet d'une procédure de rétablissement personnel (situation irrémédiablement compromise), art. L332-7 c. conso. : « Le mandataire ou, à défaut, le juge procède aux mesures de publicité destinées à recenser les créanciers qui produisent leurs créances (...) ; les créances qui n'ont pas été produites dans un délai fixé par décret sont éteintes, sauf (...) relevé de forclusion ».

(supra n°715 et suiv.). La forclusion de créance est une mesure spécifique au droit de la faillite : elle n'est pas pratiquée avec le délai de grâce.

Troisièmement, après une période d'observation, le juge sera en mesure de comprendre la cause de l'impayé. Un plan sera alors adopté.

- Soit un redressement est envisageable : un plan de redressement (débitur professionnel) ou un plan de traitement (débitur particulier) organisera un étalement des paiements.
- Soit la situation du débiteur est irrémédiablement comprise, en réalité parce que le débiteur est insolvable : la liquidation judiciaire (débitur professionnel) ou le rétablissement personnel (débitur particulier) organise la vente des biens. L'apurement du passif signifie que le débiteur ne paiera pas : les dettes sont éteintes.

1/ La procédure collective envers le débiteur professionnel : sauvegarde, redressement, liquidation

926. La **procédure collective** applicable au débiteur professionnel (environ 60.000 procédures par an) est relativement lourde, en raison des intérêts en présence (passif professionnel).

La période d'observation débouchera sur trois types de procédure.

- La *procédure de sauvegarde* signifie normalement que le débiteur professionnel n'est pas en cessation des paiements. Il n'y a donc aucun impayé actuel à ce stade ; mais le débiteur éprouvera prochainement des difficultés de paiement. La procédure de sauvegarde sera particulièrement protectrice pour le débiteur professionnel, et surtout pour son dirigeant (fréquemment garant personnel des dettes sociales¹).
- La *procédure de redressement judiciaire* est applicable en cas de cessation des paiements². Les ressources disponibles du débiteur ne lui permettent pas de faire face au passif exigible.
- La *procédure de liquidation judiciaire* sera enclenchée lorsque le tribunal estime que la situation du débiteur est définitivement compromise, et qu'aucun redressement n'est envisageable³. Le débiteur est insolvable.

En présence d'un débiteur professionnel insolvable (cas le plus fréquent), la liquidation produit des effets différents selon la forme sociale sous laquelle le débiteur a exercé son activité.

- En présence d'une société de capitaux (dotée de la personnalité morale), le passif qui n'est pas apuré s'éteint définitivement. Lorsqu'un associé garantit les dettes sociales (garantie personnelle), le

¹ Le dirigeant de société a intérêt à ne pas attendre que la situation de son entreprise soit délabrée (cessation des paiements), car la procédure de sauvegarde aura pour effet d'interdire à tout créancier (antérieur) d'actionner une garantie personnelle souscrite par une personne physique (c-à-d. le plus souvent par le dirigeant de société lui-même). Concrètement, le dirigeant de société conserve son logement (et son patrimoine).

² Art. L 631-1 c. com. : le redressement judiciaire est applicable au débiteur « qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. / La procédure (...) donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation (...) ». L'actif disponible comprend des biens liquides ou aisés à liquider (Com., 27 fév. 2007, n°06-10170).

³ Art. 640-1 c. com. : la liquidation judiciaire est prononcée en présence d'un débiteur « en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible »

passif social sera payé sur le patrimoine personnel de l'associé. Ce dernier pourra néanmoins demander à bénéficier du surendettement.

- En présence d'une société de personnes, le passif que la société n'apure pas devra être réglé par les associés (qui agissent comme des cautions). Ces derniers pourront bénéficier du surendettement (infra).
- En présence d'un entrepreneur individuel, une procédure de rétablissement personnel (art. 645-1 c. com.¹) est instaurée (à l'image du droit du surendettement) et permet l'effacement du passif professionnel (art. L 645-11 c. com.²). La mesure peut être demandée tous les cinq ans (art. 645-2 c. com.) : le législateur incite l'entrepreneur individuel à « rebondir », après un échec.

2/ La procédure de surendettement du débiteur particulier : *traitement ou rétablissement*

927. La procédure de surendettement applicable au débiteur particulier est nettement allégée par rapport à la procédure collective, à la fois pour une raison de coût (le particulier surendetté étant incapable de supporter les frais de sa mise sous tutelle, et l'État n'étant pas prêt à l'assumer) et pour une raison d'opportunité (tenant au montant du passif personnel, habituellement très inférieur à un passif professionnel). Le débiteur estimant être surendetté saisit la commission (départementale) de surendettement, qui fera des propositions aux principaux créanciers (plan conventionnel : supra) ou au tribunal.

La saisine de la commission de surendettement déclenche les mesures de protection dont bénéficie le débiteur personne physique, le temps que la commission oriente le dossier :

- Le passif antérieur est gelé et les mesures d'exécution forcée sont suspendues (art. L 722-2 c. conso.³);
- La commission examine la bonne foi du débiteur (et rejette la demande du débiteur de mauvaise foi⁴) et dresse le bilan du passif (comprenant uniquement les dettes non professionnelles) et de son actif saisissable.
- Les créanciers sont tenus de déclarer leurs créances à peine de forclusion.

¹ Art. L 645-1 c. com. : « Il est institué une procédure de rétablissement professionnel sans liquidation ouverte à tout débiteur, personne physique, mentionné au premier alinéa de l'article L. 640-2, en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible, n'a pas cessé son activité depuis plus d'un an, n'a employé aucun salarié au cours des six derniers mois et dont l'actif déclaré a une valeur inférieure à un montant fixé par décret en Conseil d'Etat. Les biens que la loi déclare insaisissables de droit ne sont pas pris en compte pour déterminer la valeur de l'actif.

« La procédure ne peut être ouverte à l'égard d'un débiteur qui a affecté à l'activité professionnelle en difficulté un patrimoine séparé de son patrimoine personnel en application de l'article L. 526-6.

« Elle ne peut être davantage ouverte en cas d'instance prud'homale en cours impliquant le débiteur. »

² Art. L 645-11 c. com. : « La clôture de la procédure de rétablissement professionnel entraîne effacement des dettes à l'égard des créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure, a été portée à la connaissance du juge commis par le débiteur et a fait l'objet de l'information prévue à l'article L. 645-8. Ne peuvent être effacées les dettes correspondant aux créances des salariés, aux créances alimentaires et aux créances mentionnées aux 1° à 3° du I et au II de l'article L. 643-11. Les dettes effacées sont mentionnées dans le jugement de clôture. »

³ Art. L 722-2 c. conso. : « La recevabilité de la demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. » ; art. L 722-3 al. 2 c. conso. : « Cette suspension et cette interdiction ne peuvent excéder deux ans. »

⁴ Mauvaise foi du débiteur qui omet de déclarer une dette. Voir Civ. 2°, 11 mai 2017, n°16-15481, Bull. ; revue Contrats, conc. consom. 2017, comm. 162, note Sabine Bernheim-Desvaux : le débiteur présente une nouvelle demande pour bénéficier d'une mesure de traitement pour y inclure « une nouvelle dette qu'il n'avait pas déclarée lors d'un précédent plan, alors qu'il avait conscience qu'il en était redevable et qu'il ne pourrait pas assumer ses obligations financières. »

- Lorsque le débiteur surendetté est garanti par un garant personnel personne physique, l'action en remboursement de ce dernier n'est pas altérée par le droit du surendettement (art. 733-7 c. conso.¹). Lorsque la commission constate que le débiteur est solvable (art. L 724-1 c. conso.²), il bénéficiera de la procédure du traitement ; si la commission constate que le débiteur est insolvable, il sera soumis à la procédure de rétablissement.

La *procédure de traitement* conduira à l'adoption soit d'un plan conventionnel (art. L 732-1 c. conso.³), soit d'un plan imposé par la commission ou par le juge (saisi par le créancier, qui dispose d'un délai d'un mois pour contester la mesure prise par la commission de surendettement). Les mesures décidées portent sur l'intérêt et le capital (des obligations de sommes d'argent) :

- L'intérêt des échéances reportées ou rééchelonnées sera réduit ou supprimé (sur décision spéciale et motivée)⁴. Ces mesures sont plus intenses que celles prévues avec le délai de grâce : en droit du surendettement, le taux d'intérêt peut être réduit (même en deçà du taux légal ou en imputant les paiements d'abord sur le capital⁵) voire même purement et simplement supprimé.
- Les dettes courantes seront remboursées sur une durée maximale de sept ans (art. 733-1 1° c. conso.⁶), et les dettes immobilières sur une durée maximale qui ne doit pas excéder la moitié de la durée restant à courir (art. L 732-3 c. conso.⁷). Au-delà de ces durées, le passif fera l'objet d'un apurement pur et simple (infra).
- Les biens saisissables dont le débiteur est propriétaire seront vendus, afin d'apurer le passif.

¹ Art. L 733-7 c. conso. : « (...) [Les] créances dont le montant a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques, ne peuvent faire l'objet d'un effacement (...) ».

² Art. L 724-1 al. 1^{er} c. conso.(ord. n°2016-301 du 14 mars 2016) : « Lorsqu'il ressort de l'examen de la demande de traitement de la situation de surendettement que les ressources ou l'actif réalisable du débiteur le permettent, la commission prescrit des mesures de traitement dans les conditions prévues aux articles L. 732-1, L. 733-1, L. 733-7 et L. 733-8. »

³ Art. L 732-1 c. conso. : « Si l'examen de la demande de traitement de la situation de surendettement fait apparaître que le débiteur se trouve dans la situation définie au premier alinéa de l'article L. 724-1, la commission s'efforce de concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers. »

⁴ Art. L 732-2 c. conso. : « Le plan conventionnel peut comporter des mesures de report ou de rééchelonnement des paiements des dettes, de remise des dettes, de réduction ou de suppression du taux d'intérêt, de consolidation, de création ou de substitution de garantie. (...) ».

⁵ La solution est contraire au principe fixé à l'article 1343-1 c. civ. (selon lequel le paiement s'impute d'abord sur les intérêts, ensuite sur le capital)

⁶ Art. L 733-1 c. conso. : « En cas d'échec de sa mission de conciliation, la commission peut, à la demande du débiteur et après avoir mis les parties en mesure de fournir leurs observations, imposer tout ou partie des mesures suivantes :

1° Rééchelonner le paiement des dettes de toute nature, y compris, le cas échéant, en différant le paiement d'une partie d'entre elles, sans que le délai de report ou de rééchelonnement puisse excéder sept ans ou la moitié de la durée de remboursement restant à courir des emprunts en cours ; (...);

2° Imputer les paiements, d'abord sur le capital ;

3° Prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées ou rééchelonnées porteront intérêt à un taux réduit (...);

4° Suspender l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires pour une durée qui ne peut excéder deux ans. (...) ».

⁷ Art. L 732-3 c. conso. : « Le plan prévoit les modalités de son exécution. Sa durée totale, y compris lorsqu'il fait l'objet d'une révision ou d'un renouvellement, ne peut excéder sept années.

« Les mesures peuvent cependant excéder cette durée lorsqu'elles concernent le remboursement de prêts contractés pour l'achat d'un bien immobilier constituant la résidence principale du débiteur dont elles permettent d'éviter la cession ou lorsqu'elles permettent au débiteur de rembourser la totalité de ses dettes tout en évitant la cession du bien immobilier constituant sa résidence principale. »

La *procédure de rétablissement personnel*, applicable au débiteur insolvable (art. L 724-1 c. conso.¹), conduira à supprimer purement et simplement le passif. Cette mesure signifie que le principe de la dette à vie est écarté, en principe et sauf exception :

- En principe, l'apurement du passif a lieu pour le montant des dettes courantes qui dépassent la durée de 7 ans et, pour les dettes immobilières, celles qui dépassent de moitié la durée du prêt. Les créanciers subissent une perte sèche² : l'effacement des dettes signifie que le créancier ne sera pas payé. Mais la jurisprudence affirme que la dette effacée laisse subsister le manquement du débiteur (Civ. 2^e, 10 janvier 2019³) : « l'effacement d'une dette n'équivaut pas à son paiement ». Le bailleur aura perdu ses loyers (effacés), mais il pourra obtenir une résiliation du bail aux torts du débiteur.
- Une exception à l'effacement des dettes est prévu au profit du garant personnel, personne physique (art. 733-7 c. conso.⁴) : ce dernier conserve son action en remboursement contre le débiteur surendetté.

928. La faillite du débiteur expose les créanciers chirographaires à un risque majeur d'impayé (net) : en cas de pénurie, l'extinction de la dette est prévue dans deux cas de figures.

En présence d'un débiteur professionnel en procédure collective, la liquidation judiciaire conduira à vendre tous les biens professionnels, dont le prix sera affecté au paiement de tous les créanciers professionnels. La liquidation signifie que le débiteur professionnel ne percevra plus de revenus professionnels : le passif professionnel qui n'a pas été payé sera purement et simplement supprimé (en présence d'une société de capitaux, mais également en présence d'un entrepreneur individuel). Les créanciers professionnels impayés subiront une perte nette.

Lorsque le débiteur particulier est en surendettement, les créanciers ne seront payés avec retard que des dettes dont le débiteur pourra s'acquitter au cours des sept prochaines années, puisque c'est la

¹ Art. L 724-1 c. conso. : « Lorsqu'il ressort de l'examen de la demande de traitement de la situation de surendettement que les ressources ou l'actif réalisable du débiteur le permettent, la commission prescrit des mesures de traitement dans les conditions prévues aux articles L. 732-1, L. 733-1, L. 733-4 et L. 733-7.

« Lorsque le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en oeuvre des mesures de traitement mentionnées au premier alinéa, la commission peut, dans les conditions du présent livre :

1° Soit imposer un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire si elle constate que le débiteur ne possède que des biens meubles nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou que l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale ;

2° Soit saisir, si elle constate que le débiteur n'est pas dans la situation mentionnée au 1°, avec l'accord du débiteur, le juge du tribunal [judiciaire : loi n° 2019-222 du 23 mars 2019] aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. »

² Pour le département du Loiret, 200 dossiers de surendettement (environ 1% du total) sont déposés par an ; le passif bancaire apuré peut être estimé à environ 40 millions par an.

³ Civ. 2^e, 10 janvier 2019, n°17-21.774, Bull. ; JCP G 201, chron. 183, spéc. n°6, note Paul Grosser ; D. 2019, p. 411, note Jérôme François : (abstrat) « L'effacement de la dette locative à l'issue d'une procédure de traitement du surendettement, qui n'équivaut pas à son paiement, ne fait pas disparaître le manquement contractuel du locataire qui n'a pas réglé le loyer, de sorte qu'il ne prive pas le juge, saisi d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de bail, de la faculté d'apprécier, dans l'exercice de son pouvoir souverain, si le défaut de paiement justifie de prononcer la résiliation du bail. »

⁴ Art. L 733-7 c. conso. : « (...) [Les] créances dont le montant a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques, ne peuvent faire l'objet d'un effacement (..) ».

durée maximale du plan de traitement (art. L 732-3 c. conso.¹) ; le montant impayé au-delà de cette durée est effacé : les créanciers subiront une perte nette.

En droit de la faillite, le principe de la dette à vie n'est donc pas appliqué : une personne physique surendettée ne paiera que pendant sept ans ; un professionnel perdra ses biens et ses revenus professionnels. Dans un cas comme dans l'autre, les dettes impayées seront effacées.

La durée de la procédure de faillite ne garantit donc pas que le créancier commun (chirographaire) puisse obtenir un paiement (même tardif).

(929- à 948. : réservés)

Conclusion du §1^{er}/Le gel des paiements : l'interdiction du paiement volontaire comme forcé

949. Le **gel des paiements** est un moratoire imposé par le juge à un créancier, aux principaux créanciers ou à l'ensemble des créanciers, en raison des difficultés, temporaires ou durables, que traverse le débiteur.

La *protection du débiteur* explique la logique générale du délai de grâce (mesure prévue en régime général des obligations) et du gel des gel des paiements (mesure prévue en droit de la faillite).

- Le débiteur bénéficie d'un délai de paiement gratuit : les intérêts de retard ne sont pas dus (alors que le débiteur aurait dû payer les intérêts, dans le cadre d'un prêt).
- Le débiteur perçoit ses revenus et conserve ses biens : le gel des paiements permet au débiteur de vivre sans payer ses dettes (ou en ne les payant que partiellement).

Les *mesures imposées au créancier* (délai de grâce) ou à l'ensemble des créanciers (en droit de la faillite) sont temporaires. Elles déboucheront sur une solution définitive.

- Pendant toute la durée de la mesure, seule l'obligation modifiée par le juge a force obligatoire. Le créancier devra se contenter de recevoir un paiement partiel (pendant une durée accrue) ; ou il ne recevra aucun paiement pendant la durée fixée par le juge (deux ans maximum, en présence d'un délai de grâce).
- À l'expiration du moratoire, le créancier peut obtenir paiement du solde de sa créance (dont la force obligatoire est restaurée). Mais le créancier sera éventuellement confronté à une mesure définitive prise par le juge : si l'extinction du passif du débiteur insolvable est

¹ Art. L 732-3 c. conso. : « Le plan prévoit les modalités de son exécution. Sa durée totale, y compris lorsqu'il fait l'objet d'une révision ou d'un renouvellement, ne peut excéder sept années.

« Les mesures peuvent cependant excéder cette durée lorsqu'elles concernent le remboursement de prêts contractés pour l'achat d'un bien immobilier constituant la résidence principale du débiteur dont elles permettent d'éviter la cession ou lorsqu'elles permettent au débiteur de rembourser la totalité de ses dettes tout en évitant la cession du bien immobilier constituant sa résidence principale. »

prononcée, l'ensemble des créanciers seront confrontés à une perte nette. Ils se répartiront entre eux l'actif net du débiteur, c-à-d. celui qui n'a pas été prélevé par les créanciers bénéficiaires du paiement immédiat.

§2^{ème}/ Le droit au paiement immédiat :

le maintien de la force obligatoire de l'obligation

950. Le **droit au paiement immédiat** est reconnu au profit de certains créanciers qui conservent le droit d'obtenir un paiement, quelles que soient les difficultés que traverse le débiteur : la force obligatoire de leur obligation n'est pas désactivée, de sorte qu'ils peuvent obtenir un paiement volontaire, et, à défaut, un paiement forcé (sur un actif du débiteur). Ces créanciers bénéficient donc d'un traitement de faveur par rapport aux créanciers soumis au gel des paiements.

Le *maintien de la force obligatoire de l'obligation* signifie que le débiteur devra payer sa dette à échéance, sans bénéficier d'aucun moratoire, conformément à ce que prévoit l'article 1341 c. civ.¹.

- Le créancier conserve son droit d'obtenir un paiement volontaire, éventuellement sur autorisation du juge. Le débiteur pourra donc affecter au paiement ses revenus ou le produit de la vente d'un bien : le créancier bénéficiant du paiement immédiat a vocation à être payé intégralement ;
- En cas d'impayé, le créancier fera saisir l'actif saisissable (bien ou revenu) de son débiteur, pour obtenir un paiement de substitution (droit de gage général). Les chances de paiement forcé de ce créancier sont renforcées, puisqu'il ne partagera pas avec les créanciers soumis au gel des paiements, lesquels verront donc l'actif de leur débiteur se volatiliser, tant que dure le gel des paiements.

Pour bénéficier d'un tel traitement de faveur, il faut qu'une exception soit instaurée. Seule la loi (impérative²) peut désigner ces créanciers, que l'on peut classer en trois catégories :

- La nécessité de payer certains créanciers (I) est considérée comme une exigence supérieure à celle de prendre en compte les difficultés que traverse le débiteur.

¹ Art. 1341 c. civ. : « Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi. »

² Un juge, lors d'une procédure de faillite, ne peut pas décider que tel créancier sera soumis à la suspension des paiements, et que tel autre ne le sera pas. Voir : Civ. 2^e, 15 octobre 2015, n°14-22.395, Bull. ; D. 2015, somm., p. 2124, note Valérie Avena-Robardet ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 14, note Eva Mouial-Bassilana (en l'espèce, le juge avait soumis l'ensemble des dettes antérieures aux mesures de traitement, à l'exclusion d'une dette fiscale ayant pour origine un trafic de stupéfiants).

- Les créanciers *postérieurs* à l'ouverture de la faillite (II) permettent d'assurer les dépenses courantes, payées avec les revenus du débiteur, pendant la durée de la faillite.
- Les créanciers qui exercent un moyen de pression sur le débiteur (III) ne cesseront de l'exercer que moyennant paiement.

950-1. Il semble, malgré l'absence de dispositions légales explicites, que le débiteur personne physique dispose d'une **protection minimale** : les biens et la fraction de revenus destinés à assurer le minimum vital restent insaisissables.

L'exception établie par le droit des voies d'exécution est substantielle. Elle apparaît ponctuellement :

- Selon l'article 2307 c. civ. (en droit du cautionnement) : « L'action du créancier ne peut avoir pour effet de priver la caution personne physique du minimum de ressources fixé à l'article L. 731-2 du code de la consommation¹. » La caution, personne physique, peut demander la protection du droit du surendettement, même en présence d'une dette professionnelle².
- En cas de « cession » ou de saisie des rémunérations, la personne physique conserve un minimum de ressources (art. L 212-1c. proc. civ. d'ex.³ ; art. L 3252-2 c. trav.⁴).

Lorsque le créancier bénéficiant du paiement immédiat est, lui aussi, un créancier dans le besoin (et plus précisément dans un besoin vital, comme c'est le cas pour le créancier alimentaire), la protection du débiteur cesse, mais pas complètement : « Sous réserve des dispositions relatives aux pensions alimentaires prévues à l'article L. 3252-5⁵ » (art. L 3252-2 c. trav.), le débiteur d'aliments voit sa rémunération saisie (y compris la fraction insaisissable), mais une somme est lui laissée pour survivre.

Le droit au paiement immédiat butera donc sur deux obstacles : l'absence de ressources du débiteur et le maintien du minimum vital au profit du débiteur (somme incessible et insaisissable).

¹ Art. 731-2 c. conso. : « La part des ressources nécessaire aux dépenses courantes du ménage ne peut être inférieure, pour le ménage en cause, au montant forfaitaire mentionné à l'article L. 262-2 du code de l'action sociale et des familles. Elle intègre le montant des dépenses de logement, d'électricité, de gaz, de chauffage, d'eau, de nourriture et de scolarité, de garde et de déplacements professionnels ainsi que les frais de santé. Les conditions de prise en compte et d'appréciation de ces dépenses par le règlement intérieur de chaque commission sont précisées par la voie réglementaire.

« En vue d'éviter la cession de la résidence principale, le montant des remboursements peut, avec l'accord du débiteur et dans des limites raisonnables, excéder la somme calculée par référence à la quotité saisissable du salaire telle qu'elle résulte des dispositions des articles L. 3252-2 et L. 3252-3 du code du travail. »

² Art. 711-1 c. conso. permet à la caution, personne physique, d'obtenir la protection du surendettement, lorsqu'elle couvre la dette d'un professionnel.

³ Art. L 212-1 c. proc. civ. d'ex. : « La saisie et la cession des rémunérations sont régies par les articles L. 3252-1 à L. 3252-13 du code du travail. »

⁴ Art. L 3252-2 c. trav. : « Sous réserve des dispositions relatives aux pensions alimentaires prévues à l'article L. 3252-5, les sommes dues à titre de rémunération ne sont saisissables ou cessibles que dans des proportions et selon des seuils de rémunération affectés d'un correctif pour toute personne à charge, déterminés par décret en Conseil d'Etat. »

⁵ Art. 3252-5 c. trav. : « Le prélèvement direct du terme mensuel courant et des six derniers mois impayés des pensions alimentaires ou des vingt-quatre derniers mois lorsque l'organisme débiteur des prestations familiales agit pour le compte du créancier peut être poursuivi sur l'intégralité de la rémunération. Il est d'abord imputé sur la fraction insaisissable et, s'il y a lieu, sur la fraction saisissable.

« Toutefois, une somme est, dans tous les cas, laissée à la disposition du salarié dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. »

I/ La nécessité de payer certains créanciers : l'exigence de payer la dette

952. La **nécessité de payer certains créanciers** repose sur une exigence établie après avoir comparé la difficulté que traverse le débiteur et le besoin du créancier d'obtenir la ressource. L'exigence de payer la dette est supérieure : le créancier doit être payé, quoiqu'il arrive au débiteur dans la vie. La nécessité de payer correspond à une exigence physique et morale (qui apparaît à l'art. 711-4 c. conso.¹).

La *nécessité physique* est présente lorsque la créance est alimentaire : les aliments assurent la survie du créancier. Le besoin matériel, physique, vital explique pourquoi le débiteur devra exécuter au profit de son créancier.

La *nécessité légale* résulte d'un impératif, en réalité étranger à un besoin physique : l'infraction pénale donnant lieu à une créance de réparation (envers la victime) et à une amende (au profit du trésor public) seront également soumises au paiement immédiat. Une idée punitive est en cause.

Deux catégories de créances bénéficieront ainsi du droit au paiement immédiat, la créance alimentaire (1) et celle consécutive au constat d'une infraction pénale (2).

1/ Le paiement immédiat de la créance alimentaire : la nécessité vitale

953. Le **paiement immédiat de la créance alimentaire** a pour objet de permettre la survie d'une personne physique, en lui permettant d'assurer ses besoins fondamentaux (la nourriture en premier lieu). Ce créancier dans le besoin² bénéficie de prérogatives efficaces et dérogoires, afin de garantir (effectivement) le paiement de la pension alimentaire. Assez curieusement, le créancier alimentaire est chirographaire : il ne bénéficie d'aucun privilège (droit de préférence classique) ; mais le droit au paiement immédiat garantit (normalement) un paiement à échéance.

En droit français, le *lien de famille* étant le fondement (quasi-)exclusif du droit aux aliments, le créancier alimentaire sera donc l'enfant, le conjoint (devoir de secours, prestation compensatoire³)

¹ Art. L 711-4 c. conso. : « Sauf accord du créancier, sont exclues de toute remise, de tout rééchelonnement ou effacement :

1° Les dettes alimentaires ;

2° Les réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale ;

3° Les dettes ayant pour origine des manœuvres frauduleuses commises au préjudice des organismes de protection sociale énumérés à l'article L. 114-12 du code de la sécurité sociale ;

4° Les amendes prononcées dans le cadre d'une condamnation pénale.

« L'origine frauduleuse de la dette est établie soit par une décision de justice, soit par une sanction prononcée par un organisme de sécurité sociale dans les conditions prévues aux articles L. 114-17 et L. 114-17-1 du code de la sécurité sociale. »

² En revanche, un créancier fournissant des aliments n'est pas nécessairement un créancier alimentaire : Civ. 2^e, 3 juillet 2008, n°07-15.223 : « Les dettes contractées à l'égard d'une collectivité publique pour des créances portant sur des frais de restauration scolaire ne constituent pas des dettes alimentaires du débiteur surendetté au sens de l'article L. 333-1 du code de la consommation ».

³ Laquelle obéit à un régime spécifique. Voir, Com., 13 juin 2019, n°17-24.587, Bull. ; D. 2019, somm., p. 1278, note Alain Lienhard : (abstrat) « La créance née d'une prestation compensatoire, qui présente, pour partie, un caractère alimentaire, si elle échappe à la règle de l'interdiction des paiements, demeure soumise à celle de l'interdiction des poursuites.

« Dès lors, en cas de liquidation judiciaire de son débiteur, elle doit, en principe, être payée hors procédure collective, c'est-à-dire sur les revenus dont celui-ci conserve la libre disposition, ou être recouvrée par la voie de la procédure de paiement direct ou de

ou les ascendants (pour le minimum vital, la pension alimentaire de la famille-ménage se distinguant de celle octroyée à la famille-lignage). Il s'agit donc d'assurer la survie de quelques personnes, à savoir des membres de la famille. *Est une créance alimentaire* :

- la pension alimentaire due aux enfants en cas de séparation ou divorce des parents ;
- les allocations sociales destinées à compenser le non-versement de la pension alimentaire (allocation de soutien familial¹) ;
- la prestation compensatoire (ou le devoir de secours entre époux ...).

En revanche, n'est pas créancier alimentaire celui qui fournit des aliments à une personne (cantine scolaire², fournisseur de denrées vitales, frais d'hospitalisation³ ou de maisons de retraite⁴).

Le créancier alimentaire *échappe systématiquement au gel des paiements*, qu'il s'agisse du délai de grâce (prévu en régime général des obligations) ou aux mesures de protection du débiteur établies en droit de la faillite (droit des procédures collectives comme droit du surendettement). Quelles que soient les difficultés financières que traverse le débiteur, les créances alimentaires doivent être *payées à échéance* (le manquement à cette obligation étant d'ailleurs pénalement incriminé : c'est le délit d'abandon de famille, art. 227-3 et -4 c. pén.⁵).

recouvrement public des pensions alimentaires, sans que son règlement puisse intervenir sur les fonds disponibles dans la procédure. « Le créancier d'une prestation compensatoire peut cependant, et en outre, être admis aux répartitions, mais à la condition qu'il ait déclaré sa créance, comme il en a la faculté, la participation d'un créancier à la distribution de sommes par le liquidateur étant subordonnée à la déclaration de sa créance, sauf dérogation légale expresse, laquelle ne résulte pas de la simple absence de soumission des créances alimentaires aux dispositions de l'article L. 622-24 du code de commerce prévue par le dernier alinéa de ce texte, ce dernier n'ayant ni pour objet ni pour effet de permettre à leur titulaire de concourir aux répartitions sans déclaration de créance. »

¹ La créance d'allocation de soutien familial versée, à titre d'avance sur créance alimentaire impayée, par la caisse d'allocations familiales, subrogée dans les droits du créancier d'aliments : art. L. 581-2 al. 3 c. sécu. Soc. Voir : avis cour de cassation, 5 septembre 2016, n°16-70.007, Bull. ; D. 2016, p.1813

² Avis cour de cassation, 8 oct. 2007, n°0070013P : « ne constituent pas des dettes alimentaires du débiteur surendetté, les dettes à l'égard d'une collectivité publique pour des créances portant sur des frais de restauration scolaire, d'accueil périscolaire ou de centre de loisirs ».

³ Civ. 2^e, 23 octobre 2008, n°07-17.649 : « Au sens de l'article L. 333-1 du code de la consommation, ne constituent pas des dettes alimentaires du débiteur surendetté les dettes à l'égard d'un établissement hospitalier correspondant à des frais d'hospitalisation d'un enfant. »

⁴ Civ. 2^e, 19 mars 2009, n°07-20.315, D. 2009, AJ, p.945, note I. Tchotourian : « Au sens de l'article L.333-1 du code de la consommation, ne constituent pas des dettes alimentaires du débiteur surendetté les dettes à l'égard d'une maison de retraite. »

Art. L 333-1 c. conso. : « Sauf accord du créancier, sont exclues de toute remise, de tout rééchelonnement ou effacement : 1° Les dettes alimentaires ; 2° Les réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale.

« Les amendes prononcées dans le cadre d'une condamnation pénale sont exclues de toute remise, de tout rééchelonnement ou effacement. »

⁵ Délit d'abandon de famille, en présence d'une décision judiciaire allouant des aliments (art. 227-3 c. pén. : « Le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par les titres V, VI, VII et VIII du livre Ier du code civil, en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »).

954. Le droit au paiement immédiat reconnu au créancier alimentaire donne lieu à des exceptions systématiques. Toute mesure protégeant le débiteur donne lieu à une réserve au profit du créancier alimentaire :

- *Aucun moratoire* n'est applicable à la dette alimentaire.
 - En régime général des obligations, le délai de grâce (art. 1343-5 c. civ.¹), que le juge peut accorder à chaque débiteur traversant une difficulté temporaire, est inapplicable en présence d'une créance alimentaire (al.4)².
 - En droit du surendettement, la dette alimentaire ne peut faire l'objet d'aucun délai de paiement, d'aucune remise de dette, ni d'aucune mesure de rétablissement personnel (art. 711-4 c. conso.³). Seul un accord du créancier alimentaire permet de modifier la dette alimentaire.
- Un créancier alimentaire n'est *pas tenu de déclarer* ses créances à la faillite : la solution est désormais expressément prévue en droit des procédures collectives. L'article L 622-24 c. com.⁴ prévoit que « à partir de la publication du jugement [ouvrant la procédure de sauvegarde], tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture (...) adressent la déclaration de leurs créances au représentant des créanciers » (al.1^{er}) ; selon l'alinéa 7, « Les créances alimentaires ne sont pas soumises aux dispositions du présent article », ce qui induit l'idée d'une absence d'obligation de déclarer les créances alimentaires.
- *Aucune autorisation n'est requise pour payer* la dette alimentaire du débiteur en faillite (puisque l'ouverture de la faillite conduit à le dessaisir de la gestion de ses biens).

¹ Art. 1343-5 c. civ. : « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues.

« Par décision spéciale et motivée, il peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

« Il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

« La décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge.

« Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

« Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux dettes d'aliment. »

² Civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n°10-16.096 : « La prestation compensatoire, qui présente pour partie un caractère alimentaire, ne peut faire l'objet de délais de paiement sur le fondement de l'article [1343-5] du code civil ».

³ Art. L 711-4 c. conso. : « Sauf accord du créancier, sont exclues de toute remise, de tout rééchelonnement ou effacement : 1° Les dettes alimentaires ; (...) »

⁴ Art. L 622-24 c. com., al. 1^{er} : « A partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat. (...) » ; al. 7 : « Les créances alimentaires ne sont pas soumises aux dispositions du présent article. »

- En présence d'un débiteur professionnel en procédure collective, l'article L 622-7 c. com.¹ prévoit que « le jugement ouvrant la procédure collective [de la sauvegarde] emporte (...) interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture (...) à l'exception (...) des créances alimentaires ». Le montant de la pension alimentaire qui arrive à échéance après l'ouverture de la faillite doit être payée à échéance, sans autorisation préalable (Com., 3 mai 2016²).
- En droit du surendettement, le débiteur ne doit pas aggraver son insolvabilité, mais uniquement à raison « des dettes autres qu'alimentaires » (art. 722-5 c. conso.³). En droit du surendettement, les mesures sont systématiquement applicables aux « dettes autres qu'alimentaires »⁴.
- *L'exécution forcée d'une obligation alimentaire* initiée avant la mesure de protection du débiteur n'est jamais affectée par le gel des paiements forcés :
 - En droit du surendettement, l'article L 721-4 c. conso.⁵ prévoit que la saisine de la commission de surendettement entraîne la suspension des voies d'exécution sur les « dettes autres qu'alimentaires » (disposition reprise aux art. L 722-2 c. conso.⁶ et L 724-3 c. conso.⁷).

¹ Art. L 622-7 c. com. : « I.-Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17. Ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires. (...) »

² Com., 3 mai 2016, n°14-24.855, Bull. ; JCP E 2016.II.1387, note Delphine Ronet-Yague ; Bull. Joly entreprises en difficulté 2016, p. 262, note Laurent Le Mesle : « Les créances alimentaires soustraites à l'interdiction des paiements par l'article L. 622-7, I, alinéa 1, du code de commerce sont celles qui sont issues d'une obligation alimentaire. Les créances salariales, qui ne sont pas fondées sur une telle obligation de l'employeur, ne sont donc pas assimilables à des créances alimentaires au sens du texte précité. (...) »

³ Art. L 722-5 c. conso. : « La suspension et l'interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur emportent interdiction pour celui-ci de faire tout acte qui aggraverait son insolvabilité, de payer, en tout ou partie, une créance autre qu'alimentaire, y compris les découverts mentionnés aux 10° et 11° de l'article L.311-1, née antérieurement à la suspension ou à l'interdiction, de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement à la suspension ou à l'interdiction, de faire un acte de disposition étranger à la gestion normale du patrimoine ; elles emportent aussi interdiction de prendre toute garantie ou sûreté. »

⁴ Art. L 733-1 c. conso. : « En cas d'échec de sa mission de conciliation, la commission peut, à la demande du débiteur et après avoir mis les parties en mesure de fournir leurs observations, imposer tout ou partie des mesures suivantes : (...) 4° Suspendre l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires pour une durée qui ne peut excéder deux ans. (...) » ; Art. L742-7 c. conso. : « Le jugement d'ouverture entraîne, jusqu'au jugement de clôture, la suspension et l'interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. (...) ».

⁵ Art. L 721-4 al. 1^{er} c. conso. : « A la demande du débiteur, la commission peut saisir, à compter du dépôt du dossier et jusqu'à la décision statuant sur la recevabilité de la demande de traitement de la situation de surendettement, le juge du tribunal [judiciaire] aux fins de suspension des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. »

⁶ Art. L 722-2 c. conso. : « La recevabilité de la demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. »

⁷ Art. L724-3 c. conso. : « Dans le cas mentionné à l'article L. 724-2, après avoir constaté la bonne foi du débiteur, la commission recommande un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ou saisit le juge du tribunal [judiciaire] aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire.

- Les mesures de protection du débiteur prévues en droit des procédures d'exécution ne sont jamais opposables au créancier alimentaire. Par exemple, la saisie des meubles présents dans le local d'habitation du débiteur est subsidiaire : elle n'a lieu après la saisie des rémunérations du débiteur, sauf si la saisie est destinée à payer une créance alimentaire (art. 221-2 c. proc. civ. d'ex.¹)
- La *protection du minimum de ressources* n'est pas octroyée au débiteur d'aliments, même s'il est lui-même dans le besoin. Le salarié, débiteur d'aliments, ne conserve la fraction insaisissable de son salaire : selon l'article L. 3252-5 c. trav.², « Le prélèvement direct du terme mensuel courant et des six derniers mois impayés des pensions alimentaires (...) peut être poursuivi sur l'intégralité de la rémunération. Il est d'abord imputé sur la fraction insaisissable et, s'il y a lieu, sur la fraction saisissable. » Le débiteur d'aliments voit sa rémunération intégralement saisie (y compris la fraction insaisissable), mais une somme est lui laissée pour survivre (art. 3252-5 al. 2 c. trav.).

954-1. D'autres dispositions ponctuelles sont applicables à l'**obligation alimentaire**.

Premièrement, la *compensation* (qui est de droit en présence d'une obligation connexe) est interdite face à une dette alimentaire (les aliments étant insaisissables). La mesure, qui impose l'exécution effective, est prévue à l'article 1347-2 c. civ.³ (reprenant en substance l'ancien article 1293 c. civ.⁴).

Deuxièmement, une procédure spéciale de recouvrement des créances alimentaires (*recouvrement public des pensions alimentaires*) est instaurée au profit du créancier : le trésor public effectuera une saisie des ressources

« Cette recommandation ou cette saisine emportent suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. Les dispositions de l'article L. 722-5 sont applicables. »

¹ Art. L 221-2 c. proc. civ. d'ex. : « La saisie-vente dans un local servant à l'habitation du débiteur, lorsqu'elle tend au recouvrement d'une créance autre qu'alimentaire, inférieure à un montant fixé par voie réglementaire, ne peut être pratiquée, sauf autorisation du juge, que si ce recouvrement n'est pas possible par voie de saisie d'un compte de dépôt ou des rémunérations du travail. »

² Art. 3252-5 c. trav. : « Le prélèvement direct du terme mensuel courant et des six derniers mois impayés des pensions alimentaires ou des vingt-quatre derniers mois lorsque l'organisme débiteur des prestations familiales agit pour le compte du créancier peut être poursuivi sur l'intégralité de la rémunération. Il est d'abord imputé sur la fraction insaisissable et, s'il y a lieu, sur la fraction saisissable.

« Toutefois, une somme est, dans tous les cas, laissée à la disposition du salarié dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. »

³ Art. 1347-2 c. civ. : « Les créances insaisissables et les obligations de restitution d'un dépôt, d'un prêt à usage ou d'une chose dont le propriétaire a été injustement privé ne sont compensables que si le créancier y consent. »

⁴ Art. 1293 c. civ. : « La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas : 1° De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ; 2° De la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage ; 3° D'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables. »

du débiteur (art. 161-3 c. proc. civ. d'ex.¹), notamment auprès de l'employeur. Comme le trésor public peut se délivrer à lui-même un titre exécutoire (avis à tiers détenteur : supra), la procédure est expéditive et efficace.

2/ Le paiement immédiat de la sanction pénale : l'absence de protection de la personne physique surendettée

955. Le **paiement immédiat de la sanction pénale (et assimilée)** est prévu par l'article 711-4 c. conso.² : en présence d'une infraction pénale ou d'une fraude aux allocations sociales commise par une personne physique, l'auteur de l'infraction ou de la fraude ne bénéficie d'aucune mesure de surendettement. Ni rééchelonnement (procédure de traitement), ni effacement (procédure de rétablissement), ni remise de dette n'est admise, sauf accord (purement volontaire) du créancier. Au sens strict, c'est ici un créancier hors faillite.

La *dette* consécutive à l'infraction au sens large inclut l'amende, dont le produit est versé au trésor public ; la réparation pécuniaire allouée à la victime d'une infraction pénale (ou le recours exercé par le fonds d'indemnisation³) ; le remboursement des prestations sociales obtenues indûment (art. 114-12 c. sécu. soc.⁴). En revanche, le tiers⁵ tenu d'indemniser la victime (assurance sociale ou

¹ Art. L 161-3 c. proc. civ. d'ex. : « Les sommes dues en exécution d'une décision judiciaire au titre des pensions alimentaires, des contributions aux charges du mariage prescrites par l'article 214 du code civil, des rentes prévues par l'article 276 ou des subsides mentionnés à l'article 342 du même code peuvent être recouvrées pour le compte du créancier par les comptables publics compétents dans les conditions et selon les modalités prévues par la loi n°75-618 du 11 juillet 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires. »

² Art. L 711-4 c. conso. : « Sauf accord du créancier, sont exclues de toute remise, de tout rééchelonnement ou effacement :

1° Les dettes alimentaires ;

2° Les réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale ;

3° Les dettes ayant pour origine des manœuvres frauduleuses commises au préjudice des organismes de protection sociale énumérés à l'article L. 114-12 du code de la sécurité sociale ;

4° Les amendes prononcées dans le cadre d'une condamnation pénale.

« L'origine frauduleuse de la dette est établie soit par une décision de justice, soit par une sanction prononcée par un organisme de sécurité sociale dans les conditions prévues aux articles L. 114-17 et L. 114-17-1 du code de la sécurité sociale. »

³ Civ. 2^e, 12 mai 2016, n°15-13.742, Bull. ; revue Contrats, conc. consom. 2016, comm. n°179, note Sabine Bernheim-Desvaux : « Etant investi par le législateur d'une mission d'intérêt général de protection des victimes, le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions peut se prévaloir, en application de l'article 706-11 du code de procédure pénale, de l'exclusion, prévue à l'article L. [711-4 2°] du code de la consommation pour les réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale, de toute mesure d'effacement le concernant. »

⁴ Art. L 114-12 c. sécu. soc. : « Les organismes chargés de la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale, les caisses assurant le service des congés payés et l'institution mentionnée à l'article L. 311-7 du code du travail (...) ». L'art. 311-7 c. trav. n'existe pas.

⁵ En revanche, lorsque la victime est indemnisée par un tiers, l'auteur d'une infraction pénale peut réclamer le bénéfice des mesures de surendettement. Voir : Civ. 2^e, 23 septembre 2010, n°09-15.839, Bull. n°161 ; JCP S 2010, Jurisprudence, n°1448, p. 39 à 41, note Thierry Tauran : « Les dispositions de l'article L. [711-4] du code de la consommation, excluant de toute remise, de tout rééchelonnement ou effacement notamment les réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale, ne sont pas applicables à la créance d'un organisme social constituée du montant des prestations versées à une victime d'infraction. » Ni à l'assureur : Civ. 2^e, 31 mars 2011, n°10-10.990 Bull. n°80 ; Dalloz 2011. Actu. 1133, obs. V. Avena-Robardet.

assurance¹) dispose d'un recours en remboursement qui sera éventuellement soumis au droit du surendettement, sauf si ce tiers est un fonds d'indemnisation².

L'impératif de payer de sanction est moindre qu'en présence d'une dette alimentaire.

- Le débiteur, personne physique, est exclu de la protection du droit du surendettement, mais il peut bénéficier d'un délai de grâce (art. 1343-5 c. civ.³).
- Le débiteur professionnel, auquel une sanction est infligée en raison de son retard à verser un impôt ou une cotisation sociale, peut bénéficier d'une remise de dette, accordée de manière purement volontaire par le fisc ou la sécurité sociale (art. 626-6 c. com.⁴).
- Le débiteur frauduleux conserve son reste à vivre, ainsi que ce qui est déclaré insaisissable et incessible par la loi. La punition pécuniaire ne sera donc exécutée que sur la fraction saisissable des revenus.

(956- à 958. : réservés)

959. La **nécessité de payer immédiatement certains créanciers** repose sur un impératif légal qui établit deux degrés de protection :

- Le *créancier alimentaire* bénéficie d'un régime qui déroge à toutes les règles établissant une protection au profit du débiteur (droit de la faillite, régime général des obligations, droit des voies d'exécution).

¹ La faute intentionnelle commise par l'auteur d'un accident dommageable n'est pas assurable : l'auteur d'une infraction doit indemniser le dommage sur son patrimoine personnel. Art. L 113-1 c. ass. : « Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police. « Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré. »

² Art. 706-11 c. proc. pén. : « le Fonds est subrogé dans les droits de la victime pour obtenir des personnes responsables du dommage causé par l'infraction ou tenues à un titre quelconque d'en assurer la réparation totale ou partielle le remboursement de l'indemnité ou de la provision versée par lui, dans la limite du montant des réparations à la charge desdites personnes ». La loi n°2008-644 du 1er juillet 2008 a ajouté un dernier alinéa aux termes duquel : « lorsque l'auteur de l'infraction a fait l'objet d'une obligation d'indemnisation de la victime dans le cadre d'une peine de sanction-réparation, d'un sursis avec mise à l'épreuve ou d'une décision d'aménagement de peine ou de libération conditionnelle et que la victime a été indemnisée par le Fonds, (...), cette obligation doit alors être exécutée au bénéfice du Fonds de garantie dans l'exercice de son recours subrogatoire et de son mandat de recouvrement au profit de la victime ». Avis cour de cassation, 6 juillet 2015, n°15-70.002, Dalloz 2015 p. 1534 obs. V. Avena-Robardet.

³ Art. 1343-5 c. civ. : « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues. (...) »
al. 6 : « Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux dettes d'aliment. »

⁴ Art. L 626-6 c. com. : « Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du code du travail et les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale peuvent accepter de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation. « Dans ce cadre, les administrations financières peuvent remettre l'ensemble des impôts directs perçus au profit de l'Etat et des collectivités territoriales ainsi que des produits divers du budget de l'Etat dus par le débiteur. S'agissant des impôts indirects perçus au profit de l'Etat et des collectivités territoriales, seuls les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes peuvent faire l'objet d'une remise.

« Les conditions de la remise de la dette sont fixées par décret. »

- Le débiteur, personne physique, auteur d'une infraction pénale (ou d'une fraude aux prestations sociales) sera spécifiquement exclu de la protection du droit du surendettement.

II/ Les créanciers postérieurs à l'ouverture de la faillite : le paiement sur les revenus du débiteur

960. Les créanciers postérieurs à l'ouverture de la faillite bénéficient du droit au paiement immédiat, afin de solvabiliser le débiteur, malgré sa faillite. Le débiteur professionnel sera en mesure d'exposer les dépenses courantes, grâce au droit au paiement immédiat de ses créanciers.

Si les créanciers postérieurs avaient été soumis au gel des paiements, le débiteur n'aurait pu exposer aucune dépense. Même un paiement comptant aurait pu être remis en cause (par les créanciers antérieurs, soumis au gel des paiements et, très probablement, à la pénurie). La poursuite d'un contrat en cours (bail, notamment) aurait exposé le bailleur à un paiement partiel, jusqu'à l'expulsion du locataire.

Pour solvabiliser le débiteur en faillite (et lui permettre de contracter), il fallait autoriser le paiement (volontaire et, à défaut, forcé) des créanciers qui fournissent une prestation à un débiteur en faillite. Reste à identifier les créanciers "postérieurs", qui échappent au gel des paiements. Deux catégories d'obligations peuvent être payées (éventuellement sur autorisation du juge) :

- les prestations destinées à un débiteur professionnel en procédure collective (1) ;
- les prestations permettant d'assurer la survie d'une personne physique en faillite (2).

1/ Les prestations destinées au débiteur professionnel en procédure collective

961. Les prestations destinées au débiteur professionnel en procédure collective (art. L 622-17 c. com.¹) bénéficient du droit au paiement immédiat (art. 626-20 I 3° c. com.²), à la condition que le juge-commissaire (juge de la faillite) autorise la dépense.

Les créanciers protégés fournissent une prestations en acceptant un paiement à terme, dans le cadre d'un contrat ponctuel (vente à terme ; prêt) ou à exécution successive (loyer, fournitures d'électricité, d'eau courante, de téléphone, salaires³). La jurisprudence parle de *créances inhérentes*

¹ Art. L 622-17 I c. com. : « I.-Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance. »

² Art. L 626-20 c. com. : « I.-Par dérogation aux dispositions des articles L. 626-18 et L. 626-19, ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais qui n'auraient pas été acceptés par les créanciers : (...) [ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014] "3° Les créances garanties par le privilège établi au premier alinéa de l'article L. 611-11". »

³ Art. L 625-8 c. com. : « Nonobstant l'existence de toute autre créance, les créances que garantit le privilège établi aux articles L. [3253-2] du code du travail doivent, sur ordonnance du juge-commissaire, être payées dans les dix jours du prononcé du jugement ouvrant la procédure par le débiteur ou, lorsqu'il a une mission d'assistance, par l'administrateur, si le débiteur ou l'administrateur dispose des fonds nécessaires.

à l'activité du débiteur¹, ce qui inclut également certaines créances fiscales et sociales. En revanche, ne sera pas une créance postérieure une créance qui vient simplement à échéance après l'ouverture de la procédure collective (comme la taxe foncière²).

Quant il autorise l'opération³, le juge-commissaire s'assure que le débiteur disposera des fonds nécessaires pour payer à échéance. Toute rentrée financière effectuée par le débiteur, quelle que soit sa source, sera affectée au paiement à échéance des créances postérieures. Vu le risque que présente un débiteur en faillite, il est probable qu'un créancier n'acceptera qu'un paiement comptant ou à brève échéance.

Le risque d'impayé pesant sur les créanciers économiques postérieurs est alors limité :

- comme ils sont les seuls à pouvoir exercer leur droit de gage général, ils pourront faire saisir les biens (libres) et les revenus (saisissables) du débiteur. L'actif de ce dernier pourra donc se réduire (au détriment des créanciers antérieurs).
- Le paiement à échéance permet aux créanciers postérieurs d'obtenir un paiement a priori intégral : il suffit que la valeur de l'actif (libre) du débiteur suffise à les payer.

2/ Les frais de survie de la personne physique en faillite

962. Les **frais du survie de la personne physique en faillite** font l'objet de dispositions spécifiques, différentes selon que le débiteur est un professionnel ou un particulier. L'idée essentielle est de préserver la personne physique, au moins pour le minimum vital.

Le *débiteur professionnel* soumis à la procédure collective ne perçoit pas, comme un salarié, de revenus : tirant sa subsistance de l'entreprise, ce débiteur professionnel est soumis aux mêmes besoins vitaux que les autres personnes physiques. Les « créances liées aux besoins de la vie

« Toutefois, avant tout établissement du montant de ces créances, le débiteur ou l'administrateur s'il a une mission d'assistance doit, avec l'autorisation du juge-commissaire et dans la mesure des fonds disponibles, verser immédiatement aux salariés, à titre provisionnel, une somme égale à un mois de salaire impayé, sur la base du dernier bulletin de salaire, et sans pouvoir dépasser le plafond visé à l'article L. [3253-2] du code du travail.

« A défaut de disponibilités, les sommes dues en vertu des deux alinéas précédents doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds. »

¹ Com. 15 juin 2011, n°10-18.726, D. 2011, p. 1677, obs. A. Lienhard ; D. 2011, p. 2687, chron. H. Guillou ; D. 2012, p. 1573, obs. P. Crocq ; RTD com. 2011. 640, obs. A. Martin-Serf. Voir aussi : Civ. 2°, 16 sept. 2010, n°09-16.182, D. 2011, p. 2069, obs. P.-M. Le Corre ; RTD com. 2011. 640, obs. A. Martin-Serf : l'arrêt parle de créance « inhérente à l'exercice professionnel ».

² À l'inverse, « La créance de taxe foncière n'est pas née pour les besoins du déroulement de la procédure au sens de l'article L. 641-13, I, du code de commerce » (Com., 14 oct. 2014, n°13-24.555, Bull. ; Dalloz 2014, p. 2109, note Alain Lienhard).

³ D'une part, l'administrateur doit s'assurer qu'il disposera des fonds pour payer en temps voulu : à défaut le contrat est résilié. D'autre part, lorsqu'un défaut de paiement survient, l'administrateur peut engager sa responsabilité civile à l'égard du fournisseur, « dès lors qu'il n'avertit pas le fournisseur du risque de ne plus pouvoir être honoré du prix des nouvelles livraisons » (Com., 10 mai 2005, n°04-11222, D. 2005.1475, obs. A. Lienhard, et les références citées).

courante du débiteur personne physique » (art. 641-13 I c. com.⁴) permettent au débiteur de faire face aux nécessités vitales (nourriture, logement, dépenses de santé).

En présence d'un débiteur *particulier* en surendettement, le bailleur bénéficie d'un droit prioritaire au paiement : le bail est payé avant les remboursements des prêts (art. 711-6 c. conso.¹), ce qui permet de solvabiliser le locataire en surendettement.

(963- à 969. : réservés)

III/ Les créanciers exerçant un moyen de pression sur le débiteur

970. Les créanciers exerçant un moyen de pression sur le débiteur utilisent une prérogative destinée à inciter le débiteur à payer sa dette (née avant le gel des paiements). Le créancier, face au risque d'impayé, a donc pris une précaution : avant le gel des paiements, il a obtenu une prérogative conservatoire, en devenant lui-même débiteur de son débiteur ou en exerçant une prérogative de nature à gêner le débiteur.

L'*autorisation du juge* est nécessaire en droit des procédures collectives, lorsque le paiement d'un créancier est justifié par la gêne qu'il provoque (grâce à sa rétention) ou par le caractère rentable de son paiement. L'autorisation du juge permet de s'assurer que le paiement (souvent volontaire) du créancier est justifié par une raison économique véritable (ou du moins admise par le législateur). Il en ira ainsi :

- lorsqu'un créancier retient un bien utile à l'activité du débiteur. Un matériel réparé, nécessaire à la poursuite de la production, sera retenu aussi longtemps que le débiteur ne paye pas sa dette. Le juge peut alors autoriser le paiement du rétenteur (art. 622-7 II c. com.² « lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité »).
- lorsqu'il est économiquement rentable de payer un créancier. Si le créancier retient un bien d'une valeur de 50, pour une créance impayée de 20, il est rentable de payer le

⁴ Art. L 641-13 I c. com. : « Sont payées à leur échéance les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire : (...) -ou si elles sont nées des besoins de la vie courante du débiteur, personne physique. »

¹ Section 3 : Ordre de règlement des créances, art. L 711-6 c. conso. : « Dans les procédures ouvertes en application du présent livre, les créances des bailleurs sont réglées prioritairement aux créances des établissements de crédit et des sociétés de financement et aux crédits mentionnés au chapitre II du titre Ier du livre III. »

² Art. 622-7 c. com. : « II.- Le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger.

« Le juge-commissaire peut aussi l'autoriser à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue ou encore pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité. Ce paiement peut en outre être autorisé pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque cette levée d'option est justifiée par la poursuite de l'activité et que le paiement à intervenir est d'un montant inférieur à la valeur vénale du bien objet du contrat. »

créancier, afin que le débiteur obtienne la possession d'un bien (qui pourra être revendu). Il en va de même quand le créancier est propriétaire d'un actif en possession du débiteur (bien vendu avec une clause de réserve de propriété ...) : le débiteur deviendra (ou redeviendra) propriétaire de l'actif, moyennant le paiement de la dette.

Le *paiement par compensation* est autorisé de plein droit, sans avoir besoin de la moindre autorisation du juge-commissaire. Si le débiteur veut être payé de la créance qu'il détient sur le créancier, ce sera donnant-donnant. Le paiement par compensation (modalité simplifiée de paiement en régime général des obligations) est autorisé aussi bien en présence d'un délai de grâce qu'en droit de la faillite.

– Selon l'article 1347-3 c. civ., « Le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation. » : tous les paiements volontaires sont gelés, sauf le paiement par compensation qui peut donc avoir lieu dès que les obligations réciproques deviennent exigibles et dès que l'un ou l'autre l'invoque.

– En droit des procédures collectives, le paiement par compensation des dettes connexes¹ est pareillement permis (art. 622-7 I c. com.²).

Le paiement par compensation permet alors au créancier d'obtenir un paiement intégral, sans subir les effets de la pénurie auxquels les créanciers antérieurs sont exposés (art. 2285 c. civ.³). C'est la fonction dérivée du paiement par compensation (supra n°617, schéma 6.2).

Les créanciers exerçant un moyen de pression sur le débiteur peuvent donc obtenir un paiement volontaire pendant le gel des paiements imposés aux autres créanciers. Si le débiteur veut récupérer un actif (bien ou créance), il devra payer : la logique du donnant-donnant permet à un créancier d'obtenir un paiement intégral, sans avoir à subir les effets de la pénurie (lorsque le débiteur est insolvable).

(971- à 973. : réservés)

Conclusion du §2^{ème} / Les créanciers bénéficiant du paiement immédiat

¹ Le créancier doit déclarer, faute de quoi il subit la forclusion : Com., 19 juin 2012, n°10-21.641. ; D. 2012, p. 1669, note Alain Lienhard ; Revue des sociétés, 2012, Chronique de droit des entreprises en difficulté, p. 534, note Philippe Roussel Galle.

² Art. 622-7 I c. com. « Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. »

³ Art. 2285 c. civ. : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

974. Les **créanciers bénéficiant du paiement immédiat** échappent aux mesures de protection dont bénéficie le débiteur. Ils peuvent seuls obtenir une exécution forcée sur les biens (libres) et les revenus (disponibles) de leur débiteur : l'actif de ce dernier pourra donc se réduire, au détriment des créanciers soumis au gel des paiements.

Le paiement immédiat rompt la logique égalitaire, pourtant officiellement applicable en régime général des obligations. Les créanciers soumis au gel des paiements ne pourront être payés (de manière égalitaire, c-à-d. partielle) que tardivement, sur les biens et revenus que leur auront laissés les créanciers bénéficiant du paiement immédiat.

Parmi les créanciers soumis au régime général des obligations, certains sont donc différemment égaux que d'autres : ceux qui bénéficient du paiement immédiat sont égaux entre eux (ils disposent du droit de gage général), mais ils paraissent plus égaux que les créanciers soumis au gel des paiements⁴. Pourtant, techniquement, les premiers sont aussi chirographaires que les seconds : le titre des uns n'a pourtant la même valeur que celui des autres.

(975- à 993. : réservés)

⁴ George Orwell, *La ferme des animaux* (1945), trad. Jean Quéval (1981), Gallimard, Folio, p.144 : « Il n'y avait plus maintenant qu'un seul Commandement. Il énonçait : " Tous les animaux sont égaux, mais certains sont plus égaux que d'autres " ».

Conclusion section 2^{ème}
Les obstacles à l'exécution forcée

994. Les **obstacles à l'exécution forcée** sont établis dans un contexte particulier : le débiteur traverse des difficultés (caractérisées par un manque de liquidités) ; il dispose d'un actif (saisissable) qu'il veut conserver, sans l'affecter au paiement de ses dettes. Face à cette situation, le législateur distingue entre les créanciers : la plupart d'entre eux se verront imposer un moratoire ; certains d'entre eux conserveront intacte la force obligatoire de leur obligation.

Les créanciers *subissant le gel des paiements* se voient imposer un moratoire, ayant pour fonction de retarder la liquidation de l'actif du débiteur (qui ne paye pas ses dettes).

- Ce moratoire permettra peut-être au débiteur de rétablir sa situation et de redevenir solvable. Il en ira ainsi si le débiteur perçoit des revenus suffisants pour assurer ses dépenses courantes (payées comptant) et affecter le surplus au paiement de l'ensemble de ses créanciers.
- Ce moratoire conduira fréquemment à constater l'insolvabilité du débiteur. Les créanciers soumis au gel des paiements n'obtiendront alors qu'un paiement partiel, en fonction de la consistance de l'actif (résiduel) du débiteur. À leurs yeux, le débiteur est insolvable et dépourvu de crédibilité (comprendre : son crédit est de zéro).

Les créanciers *bénéficiant du droit au paiement immédiat* conservent, purement et simplement, leur droit au paiement.

- Les ressources saisissables du débiteur restent affectées au paiement de ses dettes, ce qui est la fonction normale des biens et revenus du débiteur (droit de gage général). Dès lors que le débiteur dispose d'un actif de valeur suffisante, il reste donc solvable et crédible envers les créanciers bénéficiaires du droit au paiement immédiat. Solvable signifie que les créanciers seront payés intégralement. Crédible signifie qu'ils peuvent accepter de devenir créancier économique parce que le débiteur pourra les payer dans le futur. Au vu de la situation délabrée du débiteur (envers les autres créanciers, soumis au gel des paiements), la crédibilité du débiteur reste faible : le paiement devra avoir lieu à brève échéance.

- La solvabilité (même modeste) et la crédibilité (même brève) du débiteur envers les créanciers bénéficiant du droit au paiement immédiat se traduit par un avantage substantiel. Tant que dure la protection du débiteur, ces créanciers peuvent espérer être payés à échéance et intégralement.

Les obstacles à l'exécution forcée expriment la loi d'airain du crédit. Pour qu'un débiteur insolvable (incapable de payer l'ensemble de ses dettes) conserve son crédit (c-à-d sa capacité à emprunter), il faut que son actif saisissable soit prioritairement affecté à une catégorie (restreinte) de créanciers (bénéficiaires du paiement immédiat). Ce qui réduira d'autant la part allouée aux autres créanciers.

Conclusion chapitre 2^{ème}
L'exécution forcée : la modalité subsidiaire

995. L'**exécution forcée**, modalité subsidiaire à laquelle doit recourir le créancier impayé, ne permet donc pas systématiquement au créancier d'obtenir un paiement effectif. Un créancier chirographaire sera donc amené à estimer la solvabilité (et la crédibilité) de son débiteur pour évaluer le risque d'impayé (net) qu'il présente.

Or, cette estimation repose sur des données juridiques complexes :

- parmi les créanciers chirographaires, tous ne bénéficient d'une même assiette de biens servant à leur droit de gage général. Pour estimer la solvabilité du débiteur, il faut identifier l'actif saisissable.
- En présence d'un débiteur insolvable, le paiement forcé conduira les créanciers chirographaires à se répartir l'actif (saisissable) de leur débiteur, à proportion du montant du passif. Chaque créancier sera alors confronté à un impayé net (qu'il ne recouvrera jamais).

996. Ce qui distingue les créanciers chirographaires entre deux, c'est l'**assiette des biens servant à leur droit de gage général**. La modulation de cette assiette solvabilise certaines activités du débiteur.

- Au sein de la catégorie générale des créanciers chirographaires, tous disposent de prérogatives similaires : ils peuvent faire vendre l'actif de leur débiteur défaillant (droit de gage général) et cet actif sera partagé entre eux, quand leur débiteur commun est insolvable. L'actif répond du passif : la solvabilité (pour les dettes présentes) du débiteur et sa crédibilité (pour les dettes futures) peut alors être estimée.
- Parmi les créanciers chirographaires, le législateur favorise l'activité de certains d'entre eux, en augmentant l'assiette des biens servant à leur droit de gage général. Évidemment, si l'assiette est réduite, le débiteur devient moins crédible et faiblement solvable. La modulation de l'assiette de l'actif saisissable modifie la solvabilité du débiteur.

La solvabilisation d'un débiteur, en modulant l'assiette de son actif saisissable, est une pratique courante du législateur : elle s'applique au débiteur, personne physique ; les obstacles à l'exécution forcée ont également cette fonction.

Le patrimoine des *débiteurs personnes physiques* se compose de différentes masses d'actifs. Certaines sont affectées au paiement de certaines dettes ou de l'ensemble du passif ; d'autres masses sont insaisissables. La solvabilité et la crédibilité du débiteur est modulée en fonction du type de dette (personnelle, professionnelle), du régime matrimonial du débiteur (emprunt, cautionnement ou dépense courante) et de l'accord donné à l'extension du droit de gage général (emprunt contracté seul ou avec l'accord de son conjoint ; renoncations de l'entrepreneur).

- Le crédit des époux (mariés sous un régime communautaire) est renforcé quand un époux obtient l'accord de son conjoint au prêt ou au cautionnement (servant à garantir un prêt). La banque obtient un droit de gage général élargi, supérieur à celui dont dispose un créancier commun.
- Le crédit d'un entrepreneur individuel est renforcé quand il renonce à l'insaisissabilité de ses actifs personnels au profit de la banque qui octroie un prêt professionnel. La banque ne partagera qu'avec les créanciers "personnels" de l'entrepreneur individuel.

En présence d'un débiteur quelconque (délai de grâce), et souvent d'un débiteur professionnel, le *moratoire* imposé à la plupart des créanciers conduit également à moduler (dans le temps) la solvabilité et la crédibilité du débiteur. L'actif disponible du débiteur est (temporairement) réservé à certains créanciers : c'est un mécanisme qui produit des effets similaires à la modulation des masses de biens saisissables (en présence d'un débiteur, personne physique).

La modulation de l'assiette des biens servant au droit de gage général est donc un instrument qui permet de solvabiliser certaines activités du débiteur ou d'exposer davantage certains créanciers au risque d'impayé, parce que leur droit de gage général ne s'exercera que sur une masse réduite de biens (banque prêtant à un époux agissant seul ; créancier professionnel quelconque d'un entrepreneur individuel). En réalité, la solvabilisation de l'activité d'un débiteur (au profit d'un créancier) est toujours assurée par le transfert du risque sur un autre créancier.

- Pour accroître le crédit du débiteur, il faut limiter le nombre de créanciers chirographaires pouvant exercer leur droit de gage général (en soumettant la plupart au gel des paiements ; en interdisant au créancier professionnel d'avoir accès aux biens personnels d'un entrepreneur).

- Pour permettre le paiement intégral d'un créancier, il faudra mécaniquement réduire la part allouée aux autres quand le débiteur s'avère insolvable. La modulation de l'assiette du droit de gage général emporte une conséquence nécessaire : la pénurie sera répartie (« modulée ») différemment selon les créanciers (en l'espèce : chirographaires).

997. Le **montant net de l'impayé**, après exécution forcée, conduira à fixer la valeur exacte (et définitive) de la créance. La valeur économique de l'obligation est celle de son montant nominal, déduit du montant de l'impayé net.

Pour déterminer le montant net payé à chaque créancier, il ne suffit pas de dresser le bilan global du patrimoine du débiteur, comparé au montant global de son passif. En effet, deux techniques permettent de solvabiliser certaines obligations, indépendamment du bilan net du patrimoine du débiteur :

- en présence d'un débiteur, personne physique, il faut systématiquement déterminer la masse de l'actif saisissable du débiteur. Un débiteur insolvable peut parfois continuer à jouir de ses biens (insaisissables) ;
- en présence d'un débiteur en faillite, il faut déterminer le régime de la dette, soumis au gel des paiements ou bénéficiant du droit au paiement immédiat.

Un débiteur globalement insolvable reste (souvent) encore solvable pour effectuer certaines opérations.

Après exécution forcée, l'obligation sera définitivement éteinte. Le passif impayé devient une perte pour le créancier.

Conclusion 2^{ème} partie
L'extinction de l'obligation

998. L'extinction de l'obligation survient donc par l'exécution de la prestation ou par la survenance d'un autre événement posé par la loi comme équivalent. Soit le créancier est payé ; soit il ne l'est pas.

En présence d'un *paiement*, le créancier reçoit la prestation ou son équivalent, grâce au paiement volontaire (incluant le paiement par compensation) ou par le paiement forcé (incluant le moratoire imposé au créancier : gel des paiements). En régime général de l'obligation, le paiement effectif de chaque créancier chirographaire est l'objectif prioritaire qui se manifeste par deux principes :

- le principe égalitaire (art. 2285 c. civ.) protège tout créancier. Chacun est assuré d'obtenir un paiement partiel sur l'actif, même insuffisant, de son débiteur.
- le principe de la dette à vie (art. 2284 c. civ.) doit conduire le créancier être payé, tôt ou tard (y compris sur les biens futurs), de gré ou de force.

L'obligation s'éteint parce qu'elle a rempli sa fonction (à savoir transférer une valeur d'un patrimoine à un autre).

En présence d'un *impayé*, le créancier ne reçoit pas la prestation ou son équivalent. Il en va ainsi :

- lorsque le créancier est réputé négligent : il subit la prescription extinctive (ou une mesure équivalente : la forclusion de créance pour défaut de déclaration au passif).
- lorsque le créancier, confronté à un débiteur insolvable, se voit imposer l'apurement du passif dans le cadre de la procédure de faillite.
 - Le débiteur particulier surendetté ne remboursera ses dettes (courantes, hors immobilier) que pendant sept ans (art. 732-3 c. conso., supra) : au-delà de cette durée, le passif est éteint.
 - En présence d'un débiteur professionnel (y compris un entrepreneur individuel), le passif professionnel est éteint après la procédure de liquidation judiciaire.

L'extinction de l'obligation ne résulte donc pas nécessairement du paiement : c'est la raison pour laquelle sa valeur économique ne peut être déterminée qu'a posteriori, en raison du risque d'impayé

que présente certains débiteurs. Ce risque d'impayé est devenu plus important en droit contemporain : la valeur de l'obligation chirographaire est altérée, notamment par le droit de la faillite. La dette professionnelle exposée par une société de capitaux expose le créancier à un risque lourd ; la dette "personnelle" exposée par une personne physique présente également un risque pour le créancier, lié à l'abandon de la dette à vie.

Conclusion générale
La valeur de l'obligation commune en régime
général de l'obligation

999. La **valeur de l'obligation commune en régime général des obligations** est la question centrale : si le créancier peut effectivement accéder à la ressource que lui doit le débiteur, l'obligation sera un bien de valeur ; la valeur de ce "bien" est celle de son nominal, déduit de l'impayé net auquel un créancier est exposé.

Le risque d'impayé est ce qui distingue l'obligation des autres biens. Ce risque donne lieu à évaluation :

- La crédibilité du débiteur sera estimée en fonction de sa capacité à rembourser effectivement sa dette, dans le futur, grâce à ses ressources ;
- Sa solvabilité est estimée en fonction de sa capacité à payer une dette présente, grâce à un actif saisissable, lequel a vocation à être partagé entre l'ensemble des créanciers impayés. C'est la fonction du compte de bilan.

Le risque d'impayé est évalué en fonction de données économiques, mais également juridiques. Le plus souvent, le débiteur en faillite ne paiera pas l'ensemble de son passif.

En présence d'un impayé, l'obligation ne remplit pas sa fonction, puisque le transfert de valeur d'un patrimoine à un autre n'a pas lieu et n'aura pas lieu.

- Afin d'éviter ce résultat, le créancier pourra chercher à multiplier les débiteurs (ce que permet l'obligation solidaire) ou à obtenir un paiement prioritaire sur une chose (bien ou créance) appartenant au débiteur (ce que permet le paiement par compensation). La valeur de son obligation sera alors rétablie : elle vaudra davantage qu'une obligation chirographaire.
- Parmi les créanciers chirographaires, tous sont égaux, mais certains sont égaux différemment des autres (ainsi les créanciers bénéficiant du paiement immédiat). Quand des créanciers sont inégaux entre eux, ils bénéficient d'une sûreté réelle.

Plan général : Régime général des obligations

Introduction au régime général de l'obligation

§1er/ L'objet du régime général de l'obligation : *les règles communes à toutes les obligations*

I/ L'obligation : une valeur patrimoniale spécifique

1/ La valeur comptable de l'obligation : une valeur figurant simultanément dans deux patrimoines

2/La valeur potentielle de l'obligation : le risque d'impayé

a/ Le risque d'impayé présenté par le débiteur : l'absence définitive de la prestation

b/ La protection de la propriété : la créance assimilée à un bien

II/ Le régime général : les dispositions communes à toutes les obligations

1/ Le tronc commun : la notion de règles « communes à toutes les obligations »

a/ Le régime applicable à toutes les obligations : « en règle générale »

b/ Le régime de droit commun : en principe (et sauf exception)

2/ Le domaine d'application du régime général : régime général de l'obligation ou des obligations ?

a/ Le domaine d'application du régime général des obligations en droit positif : la réforme du 10 février 2016

b/ Le domaine d'application du régime général de l'obligation : l'inclusion du tronc commun extérieur au titre IV

§2ème/ La fonction du régime général de l'obligation : le seul mécanisme de l'échange entre les patrimoines

I/ La valeur économique de l'obligation présente : la solvabilité du débiteur

1/ L'évaluation de la solvabilité d'une personne : la valeur de l'actif saisissable comparée au montant du passif

2/ La tritisation : le risque central de l'impayé

II/ La naissance des obligations (futures) : la crédibilité du débiteur

1/ Les enjeux de la crédibilité du débiteur : la durée de l'endettement

2/ Le crédit d'une personne : le montant maximal de la dette

a/ La réduction du crédit par la réduction de la masse des biens saisissables

b/ La solvabilisation du débiteur par l'extension de la masse des biens saisissables

1ère partie : L'existence de l'obligation

chapitre 1er/ Les modalités de l'obligation

section 1ère/ L'obligation à sujets multiples

§1^{er}/ L'obligation divisible : le principe de la division avant l'exécution

I/ L'exécution de la prestation après division : à chacun sa part

II/ L'inexécution partielle de l'obligation divisible : l'impact collectif d'une défaillance individuelle

1/ Les conséquences collectives de l'impayé : la résiliation de l'obligation divisible

2/ La conséquence de l'insolvabilité d'un codébiteur : l'obligation commune

§2^{ème}/ Les exceptions au principe : l'exécution préalable de la prestation

I/ L'obligation indivisible : l'exécution de la prestation sans division

II/ L'obligation solidaire : le lien entre les vecteurs multiples

1/ La source de l'obligation solidarité : une disposition explicite

a/ La solidarité contractuelle : une clause contractuelle explicite

b/ La solidarité légale

2/ La gestion de l'obligation solidaire : la décision prise par un seul

a/ Le pouvoir concurrent : un par tous, tous par un

b/ Le pouvoir exclusif : l'individualité d'un des sujets solidaires

section 2ème/ L'obligation à objet complexe

§1^{er}/ La prestation complexe

I/ L'obligation plurielle : l'exécution de plusieurs prestations

1/ L'obligation cumulative : la diversification des risques

2/ L'obligation alternative : la suppression d'un risque

3/ L'obligation facultative : l'anticipation d'un risque

II/ La condition

1/ La condition licite : les modalités de la condition

a/ La condition suspensive : pendante puis accomplie

b/ La condition résolutoire

2/ La condition illicite : la nullité de la condition et donc de l'obligation

a/ La condition potestative : la nullité de la condition illicite et de l'obligation

b/ L'abus de droit du créancier de la condition suspensive ou résolutoire : la nullité de la seule condition illicite

III/ Le terme : suspensif ou extinctif

1/ Le terme suspensif : le gel de l'exigibilité de l'obligation

2/ La déchéance du terme (suspensif) : la sanction du débiteur déloyal

§2e/ Les prestations quasi-contractuelles : l'enrichissement injuste d'un patrimoine au détriment d'un autre

I/ Le paiement de l'indu

1/ Les conditions relatives au caractère indu du paiement

2/ Les fins de non-recevoir : le refus de la restitution

a/ La faute volontaire ou grave commise par l'appauvri

b/ L'obligation naturelle volontairement exécutée

c/ La destruction du titre par l'enrichi, véritable créancier (dans l'indu à trois)

II/ La gestion d'affaire : l'altruisme récompensé

1/ L'intention du gérant : une intervention volontaire dans l'intérêt d'autrui

2/ La gestion effectuée par le gérant : une prestation utile et sérieuse

3/ L'absence d'opposition du maître

4/ Les effets de la gestion d'affaires : un remboursement, mais pas de rémunération

III/ L'enrichissement injustifié : une vocation très subsidiaire

1/ Les trois conditions posées à l'enrichissement injustifié : la subsidiarité

2/ Condition morale : les cas d'appauvrissement justifiés

chapitre 2ème/ L'influence des tiers sur l'obligation

Introduction : la distinction entre parties et tiers à l'obligation

1/ Les personnes assimilées au titulaire originaire : l'ayant cause à titre universel

2/ Les tiers à l'obligation : l'ayant cause à titre particulier

section 1ère/ La transmission de l'obligation à un tiers : les opérations sur obligation

§1er/ Les changements mineurs de l'obligation

I/ La cession de créance : le remplacement du créancier par l'ayant cause à titre particulier

1/ La formation de la cession de créance

2/ Les effets de la cession de créance

II/ L'obligation réelle : le remplacement de l'auteur par l'ayant cause à titre particulier

§2ème/ Les changements majeurs de l'obligation : une révision mutuellement convenue

I/ La cession de dette : le remplacement du débiteur par un tiers

1/ La formation de la cession de dette

2/ Les effets de la cession de dette

II/ La délégation : l'exécution de la prestation réalisée par un tiers

1/ La formation de la délégation : l'acceptation du délégué

a/ Les consentements à la délégation

b/ L'objet de l'obligation du délégué : l'inopposabilité des exceptions

2/ Les effets de la délégation : un nouveau débiteur ou un autre débiteur

a/ La délégation parfaite

b/ La délégation imparfaite

section 2ème/ Les prérogatives du tiers envers les parties

§1^{er}/ L'effet relatif de l'obligation sur les tiers : les principes du rgo

I/ La connaissance de l'obligation par les tiers : l'obligation en tant qu'acte juridique

1/ Les techniques d'information : publicité et information individuelle

2/ La respectabilité de l'obligation : opposabilité et inopposabilité

II/ L'impact de l'exécution de la prestation sur les tiers : le fait juridique de l'exécution

1/ L'impact de l'exécution correcte de la prestation

2/ L'impact de l'exécution d'une prestation dangereuse

3/ L'impact de l'inexécution de la prestation

§2^{ème}/ Les actions ouvertes au créancier : les applications du rgo

I/ L'action paulienne

1/ Les conditions de l'action paulienne

a/ L'intérêt du créancier

b/ La fraude du débiteur

c/ La complicité du tiers

2/ L'effet de l'action paulienne : l'inopposabilité

II/ L'action oblique

1/ Les conditions d'exercice de l'action oblique.

2/ Les effets de l'action oblique : une représentation légale

III/ L'action directe

1/ Les cas légalement prévus : la loi et la jurisprudence

- 2/ Les effets de l'action directe : un paiement affecté au créancier final
 - a/ L'action directe en rgo : le paiement effectué par le véritable débiteur
 - b/ L'action directe en droit des sûretés : le paiement effectué par un autre que le véritable débiteur

2ème partie

L'extinction des obligations

chapitre 1er/ L'extinction volontaire

section 1ère/ Le paiement

§1^{er}/ L'acte de paiement : la relation personnelle entre le créancier et le débiteur

I/ Le paiement valide : la légalité du transfert de valeur

1/ La capacité et le pouvoir de payer

2/ Les mises en demeure

a/ La mise en demeure adressée par le créancier au débiteur : l'exigence de la prestation

b/ La mise en demeure adressée par le débiteur au créancier : l'obstruction du créancier

II/ Le paiement définitif : la distinction entre passif provisoire et passif définitif

1/ Le recours personnel : un tiers qui remplace le débiteur

2/ Le recours subrogatoire : un tiers qui remplace le créancier

a/ Les cas de subrogation : contractuelle ou légale

b/ L'effet du recours subrogatoire

§2^{ème}/ Le fait du paiement : l'exécution correcte de la prestation

I/ Le paiement d'une prestation quelconque

1/ Les modalités du paiement : les détails d'exécution

2/ La preuve du paiement

II/ Le paiement d'une somme d'argent (obligation à objet fongible)

1/ Le versement du montant de la somme due

a/ Nominalisme monétaire et monnaie de paiement

b/ Les clauses d'indexation : la dette de valeur

2/ L'imputation des paiements

section 2ème/ Les opérations assimilées au paiement

§1er/ L'extinction sans exécution : la prestation devenue inutile

I/ La confusion

II/ La compensation

III/ La novation

§2ème/ Les restitutions : le remboursement d'une prestation indue

I/ Le régime des restitutions : la conséquence du transfert matériel de valeur

1/ Les modalités de la rétrocession du principal : restitution en nature ou en valeur

2/ Le temps de jouissance : usure normale et dégradation

II/ La fiction de la rétroactivité : l'annulation du passé

1/ La destruction des actes subséquents : le passé relu et corrigé

2/ La théorie de l'apparence : la fiction écartée

section 3ème/ L'extinction de l'obligation sans exécution

§1er/ L'extinction de l'obligation imposée par la loi : le risque de perte pesant sur le créancier

I / La prescription extinctive (et la forclusion) : la perte de l'action en paiement

1/ Les conditions de la prescription : l'inaction prolongée du créancier

2/ L'effet de la prescription : l'extinction de l'action en paiement

a/ La prescription, exception inhérente à la dette : l'extinction objective de la dette

a/ La prescription, exception purement personnelle : l'extinction de l'action en paiement contre le seul débiteur

II/ La force majeure

1/ La désactivation de la force obligatoire de l'obligation : la suspension ou la suppression

2/ La théorie des risques

3/ La date de survenance de la force majeure : les effets de la mise en demeure

III/ La caducité

§2ème/ La décision du créancier de renoncer à la prestation : la remise de dette

I/ La remise conventionnelle de dette

II/ La remise judiciaire de dette en présence d'un débiteur en faillite

chapitre 2ème / L'exécution forcée

section 1ère/ Le droit de gage général

§1er/ Le droit de gage général en régime général des obligations : l'appréhension de tous les biens appartenant au débiteur défaillant

I/ La procédure d'exécution forcée : le droit individuel du créancier saisissant

1/ L'obtention du titre exécutoire : le montant de la dette impayée

a/ Le principe : un jugement constatant l'obligation inexécutée

b/ La première exception : le titre exécutoire établi par un huissier

c/ La seconde exception : le privilège du préalable

2/ La procédure de saisie : l'appréhension des biens et revenus du débiteur

a/ La liquidation des biens du débiteur : une procédure en quatre phases

b/ La saisie-attribution des créances

II/ Le « gage commun des créanciers » : la dimension collective du droit de gage général

1/ Une procédure impérative appliquée à l'ensemble des créanciers :

2/ L'égalité entre les créanciers (chirographaires) : la loi du concours

§2ème/ La réduction de l'assiette des biens saisissables

I/ Les biens nécessaires à la survie du débiteur (personne physique)

II/ Les biens "personnels" de l'entrepreneur individuel

1/ La dissociation entre les masses d'actifs "personnels" et "professionnels"

2/ La solvabilisation de l'entrepreneur par la renonciation : l'exigence ponctuelle de certains créanciers "professionnels"

a/ La renonciation de l'entrepreneur : des conditions strictes posées par la loi

b/ L'effet de la renonciation : l'accroissement du crédit du débiteur

III/ Certains contrats dangereux conclus par une personne physique

1/ Les contrats dangereux conclus par un époux commun en biens : la variation de l'assiette des biens figurant dans le droit de gage général

2/ Le prêt viager hypothécaire

section 2ème/ Les obstacles à l'exécution forcée

§1er/ Le gel des paiements : l'interdiction du paiement volontaire comme forcé

I/ Les difficultés ponctuelles de paiement du débiteur

1/ Le délai de grâce : un moratoire applicable à une dette quelconque

2/ Le plan de prévention du débiteur professionnel : un moratoire pour un ensemble de dettes

II/ La faillite du débiteur : le gel des créances antérieures

- 1/ La procédure collective envers le débiteur professionnel : sauvegarde, redressement, liquidation
- 2/ La procédure de surendettement du débiteur particulier : traitement ou rétablissement

§2^{ème}/ Le droit au paiement immédiat : le maintien de la force obligatoire de l'obligation

I/ Les créanciers dont le paiement est nécessaire : la nécessité de payer

- 1/ Le paiement immédiat de la créance alimentaire : la nécessité vitale
- 2/ Le paiement immédiat de la sanction pénale : l'absence de protection de la personne physique surendettée

II/ Les créanciers postérieurs à l'ouverture de la faillite : le paiement immédiat et prioritaire sur les revenus du débiteur

- 1/ Les prestations destinées au débiteur professionnel en faillite
- 2/ Les frais de survie de la personne physique en faillite

III/ Les créanciers exerçant un moyen de pression sur le débiteur

- 1/ Le paiement sur autorisation du juge
- 2/ Le paiement autorisé de plein droit : le paiement par compensation

Conclusion générale