

Obligation de donner et transfert de propriété

Contribution à la question de la classification des obligations

*Philippe SIMLER**

Résumé

La gestation en cours d'une réforme du droit français des obligations est l'occasion d'un retour sur un vieux débat relatif à la classification des obligations et, en particulier, à la pertinence d'une hypothétique obligation de donner. La présente étude tend à montrer que le concept d'obligation de donner, définie comme étant celle de transférer la propriété, ne trouve aucune application concrète dans un système fondé sur le transfert de la propriété *solo consensu*, même lorsque ce transfert est différé; que la traditionnelle trilogie «faire, ne pas faire, donner» a perdu tout caractère opérationnel et n'est pas en mesure de rendre compte de la variété effective des obligations; enfin que, si une classification revisitée peut être créditée de vertus didactiques certaines, elle n'a pas forcément sa place dans un code.

Abstract

The ongoing reform of the French law of obligations offers the opportunity to reopen an old debate on the classification of obligations in general and on the relevance of the obligation to give in particular. The present study demonstrates that the concept of the obligation to give, defined as an obligation to transfer, finds no application in a system founded on the transfer of property *solo consensu*, even when the transfer is deferred. It also shows that the traditional trilogy (obligation to perform, obligation not to perform, obligation to give) has lost its operational character and does not render the actual variety of obligations. Finally, if revisiting the classification of obligations has certain educational virtues, it may not be appropriate in a code.

* Professeur émérite de l'Université de Strasbourg, Doyen honoraire de la Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion.

—

|

|

—

—

|

|

—

Plan de l'article

Introduction	191
I. À la recherche de l'obligation de donner perdue	192
A. Genèse de la problématique.....	192
B. Transfert instantané et transfert différé de la propriété	194
1. Transfert instantané.....	194
2. Transfert différé	197
II. Pour une autre classification des obligations	200
A. État des avant-projets.....	201
B. Nouvelles propositions	203
1. Abandon de l'obligation de donner.....	203
2. Hypertrophie et hétérogénéité de la catégorie des obligations de faire	204
3. Particularisme de l'obligation de payer une somme d'argent	204
4. Spécificité des obligations de livrer ou de restituer une chose.....	206
5. Obligations de couverture ou de garantie	207
6. Obligations de fournir une prestation personnelle	208
Conclusion : Faut-il faire figurer une classification des obligations dans le Code civil?	209

—

|

|

—

—

|

|

—

L'obligation de donner existe-t-elle? Depuis l'époque de l'avènement du Code civil, et avec une intensité accrue depuis le milieu du siècle passé, un débat récurrent agite la doctrine française autour de cette question.

Le Code civil mentionne à diverses reprises la trilogie « donner, faire, ne pas faire », censée constituer la *summa divisio* des obligations. Et les traités et manuels consacrent d'abondants développements à l'obligation de donner, communément définie comme l'obligation de transférer la propriété. C'est donc qu'elle existe et joue un rôle important. Comment douter que le transfert de propriété, qui est au cœur du commerce juridique, ne soit pas une question majeure? Une réflexion plus poussée a pourtant conduit certains à douter de l'existence de l'obligation de donner, voire à la nier¹. Ils observent que, si elle répond à première vue à une évidence, lorsqu'on se met concrètement à sa recherche pour l'identifier et pour l'illustrer, tel un mirage, elle se dérobe chaque fois que l'on croit pouvoir la toucher et la saisir.

Ce débat s'est trouvé relancé à l'occasion des travaux initiés dans le contexte du bicentenaire du Code civil de 1804, qui a ravivé le besoin de réécriture et de modernisation des parties importantes du code qui sont restées pour l'essentiel inchangées. Plusieurs commissions et groupes de travail ont élaboré des avant-projets. La réforme (partielle) des sûretés et celle de la prescription ont abouti². Celles du contrat, du régime général des obligations et de la responsabilité sont, semble-t-il, en bonne voie. Un avant-projet de réforme du droit des biens est entre les mains du ministère de la Justice.

Or, s'agissant de la classification des obligations, les deux avant-projets proposés à la Chancellerie, dont celle-ci, si l'on en croit des documents officiels, s'est largement inspirée pour l'élaboration des versions successives de son propre projet, ont adopté des positions opposées. Alors que l'« avant-projet Catala »³ est resté fidèle à la trilogie classique, l'« avant-

¹ Muriel FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996.85; Anne-Sylvie COURDIER-CUISINIER, « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner », *RTD civ.* 2005.521, n° 16.

² *Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, J.O. 24 mars 2006; C. civ., art. 2284 et suiv.; *Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile*, J.O. 18 juin 2008; C. civ., art. 2213 et suiv.

³ Pierre CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation Française, 2006.

projet Terré»⁴ et celui de la Chancellerie, dans son dernier état, l'ont abandonnée, sans d'ailleurs – et l'on peut à première vue s'en étonner – lui substituer une autre classification des obligations.

La question liminairement formulée mérite donc un nouvel examen. Paraphrasant audacieusement Proust, on se mettra donc à la recherche de l'obligation de donner perdue (I). Si, comme le temps perdu, elle s'avère introuvable, il y a lieu de s'interroger sur l'opportunité d'un renouvellement de la classification des obligations, à supposer qu'une telle classification soit réellement utile (II).

I. À la recherche de l'obligation de donner perdue

La question est simple: dès lors que le transfert de la propriété résulte de plein droit de l'échange des consentements (*solo consensu*), selon un principe unanimement reconnu en droit français, reste-t-il une place pour une obligation de donner, définie comme étant celle, précisément, de transférer la propriété? La réponse à cette question paraît bien devoir être négative. Le transfert *solo consensu* connaît cependant d'assez nombreuses et importantes exceptions, dont la clause de réserve de propriété offre l'illustration la plus typique. Est-ce là que gît le secret de l'obligation de donner? Nombreux sont ceux qui le pensent. Il conviendra donc d'examiner très attentivement cette hypothèse (B). Mais préalablement, il est indispensable de revenir aux origines historiques de la problématique, qui éclairent les données du débat doctrinal, dont la récurrence, deux siècles après l'avènement du Code civil, peut paraître étonnante (A).

A. Genèse de la problématique

La trilogie « donner, faire, ne pas faire » est un héritage du droit romain et de l'Ancien droit, légué par Domat et Pothier. L'on sait que le seul accord des volontés n'était pas, alors, translatif de la propriété, mais seulement créateur d'obligations. Le cédant restait véritablement tenu envers le cessionnaire d'une obligation de lui transférer la propriété, qui s'opérait par la « *traditio* » ou mise en possession du cessionnaire, au moyen d'une double opération de désaisine/saisine. Cette « *traditio* » a cependant elle-même pris, progressivement, des formes de plus en plus symboliques

⁴ François TERRÉ, *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009.

(remise des clés ou du titre, voire simple échange de paroles), de sorte que le transfert, *de facto*, pouvait être quasiment instantané.

Les rédacteurs du Code de 1804 ont franchi un dernier pas en formulant le principe du transfert par le seul échange des consentements. Mais ils l'ont fait de manière passablement maladroite, au moyen de formules empruntées, précisément, au système abandonné. « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes », dispose ainsi l'article 1138 du Code civil, qui poursuit : « Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques [...] ». C'est donc, si l'on s'en tient à la lettre du texte, l'obligation de livrer qui rendrait le créancier propriétaire, proposition qui, au demeurant, est difficilement compréhensible. L'influence des anciens schémas de pensée est évidente. Il eût fallu écrire non pas « elle », mais « il (le seul consentement) rend le créancier propriétaire... ». L'article 1583, lui, est heureusement plus clair et dissipe l'ambiguïté de l'article 1138 : « Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix [...] ». Toujours est-il que ces dispositions du Code sont interprétées comme formulant le principe nouveau du transfert de la propriété *solo consensu*. Il subsiste bien, alors, une obligation de livrer, exécutoire immédiatement ou non, mais qui est sans rapport avec le transfert de la propriété. Entre les deux, reste-t-il néanmoins un espace pour une hypothétique obligation de donner ?

Afin de donner une consistance concrète – une épaisseur, pourrait-on dire – à l'obligation de donner, présente dans diverses dispositions du Code civil, une partie de la doctrine, au lendemain de sa promulgation, mais encore plus récemment⁵, a tenté de lui reconnaître un périmètre plus large que le seul transfert de la propriété, en y incluant, précisément, l'obligation de livrer. Cette démarche s'inscrit à l'évidence dans la continuité des solutions de l'Ancien droit : c'est bien par l'obligation de livrer que s'exécutait celle de donner. Cependant, dépourvue de l'effet translatif, la livraison changeait profondément de nature et, corrélativement, cette prétendue obligation de donner, ayant pour seul objet la livraison, était

⁵ Voir, notamment : Robert BEUDANT, Paul LEREBOURG-PIGEONNIÈRE et Gaston LAGARDE, *Cours de droit civil français*, t. 8 « Les contrats et les obligations », 2^e éd., Paris, Rousseau, 1936, n° 309 ; Natacha PRYBYS-GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse, Montpellier, 1997 ; Julien COULET, *L'exécution forcée en nature*, thèse, Paris, Paris II, 2007.

étrangère au transfert de propriété, alors pourtant que « *dare* » ne peut avoir d'autre traduction que « transférer la propriété » (voir : « dation en paiement »). Cette approche permettait certes de reconnaître la réelle différence entre les obligations de livrer, remettre ou restituer une chose et les véritables obligations de faire quelque chose, c'est-à-dire d'accomplir une prestation (un travail, un ouvrage, un service... ; voir, sur l'opportunité d'une telle distinction : *infra*, II), mais au prix d'une dénaturation du concept d'obligation de donner. Aussi la doctrine très largement majoritaire rejette-t-elle cette vision et classe-t-elle les obligations de livrer dans la vaste catégorie des obligations de faire.

Cette thèse marginale étant écartée, il convient de s'en tenir à l'analyse, partagée par l'immense majorité de la doctrine⁶, que l'obligation de donner est et ne peut être que celle de transférer la propriété. Il faut donc se mettre à sa recherche. Si elle paraît d'emblée introuvable dans l'hypothèse où le transfert de propriété s'est effectivement opéré par le seul échange des consentements, elle refait plus plausiblement surface dans celles, nombreuses, où le transfert de propriété est différé, par la force des choses ou par la volonté des parties.

B. Transfert instantané et transfert différé de la propriété

1. Transfert instantané

Lorsque, conformément au principe, le transfert de propriété est l'effet instantané de l'échange des consentements, il paraît impossible d'identifier, ne serait-ce qu'un instant de raison, l'existence d'une obligation de donner. Faut-il rappeler cette autre évidence première que l'existence d'une obligation, de quelque nature qu'elle soit, suppose qu'un lien de droit entre deux personnes permette à l'une d'exiger quelque chose de l'autre. Dans l'intervalle, aussi court soit-il, entre le moment où l'obliga-

⁶ Voir, notamment : Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD et Philippe JESTAZ, *Les obligations*, t. 2 « Le régime », 2^e éd., Paris, Sirey, 1989, n° 6 ; Henri, Léon, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1998, n° 19 ; François COLLART-DUTILLEUL et Philippe DELEBECQUE, *Les contrats civils et commerciaux*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2007, n° 200 ; Jacques GHESTIN et Bernard DESCHÉ, *Traité des contrats, la Vente*, Paris, LGDJ, 1990, n° 524 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2009, n° 1111.

tion est née et celui où elle est exécutée, une dette aura existé, qui aura conféré au créancier un pouvoir de contrainte sur le débiteur. Or, si le transfert de propriété est l'effet instantané de l'échange des consentements, ce processus est totalement absent.

La doctrine la plus autorisée, que l'on ne contredit pas sans scrupules, reconnaît pourtant l'existence éphémère d'une obligation de donner dans l'hypothèse du transfert instantané de la propriété, l'opération en question étant censée avoir donné naissance à une telle obligation qui serait instantanément exécutée ou réputée l'avoir été à l'instant même de sa naissance⁷.

Cette vision des choses ne résiste pas à l'analyse. Une obligation peut certes être exécutée quasi instantanément après son apparition : il en est ainsi dans la vente au comptant. Néanmoins, un laps de temps, même minime, aura séparé la naissance de l'obligation de payer le prix convenu et son exécution, à moins que, inversement, la remise de la chose ait été subordonnée à un paiement préalable, auquel cas c'est l'obligation de délivrance qui aura été différée pendant le même bref laps de temps. Dans l'une et l'autre hypothèse, le paiement ou la remise de la chose aura exigé un acte de volition distinct de l'expression du consentement à l'opération juridique et aura exigé un fait ou une prestation de la part du débiteur, concrétisée dans la remise du numéraire ou de la chose. Le débiteur, dans l'un et l'autre cas, avait donc la possibilité, à tort ou à raison, de se refuser à l'exécution immédiate convenue.

Rien de tel ne peut être observé dans l'hypothèse du transfert *solo consensu* : ni acte distinct de volonté, ni acte ou prestation matérielle quelconque, ni possibilité de faire obstacle à la réalisation du transfert, une fois le contrat conclu, le transfert étant consubstantiel du consentement. Aucun des éléments constitutifs essentiels de la notion d'obligation ne

⁷ Voir : Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 20^e éd., n° 10, p. 35 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, préc., note 6, n° 285 ; Pascale BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988.673 ; Jean-Marc TRIGEAUD, « Réserve de propriété et transfert de propriété », *JCP E* 1882.II.13744, n° 6 ; Jérôme HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », dans *Mélanges en l'honneur de Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 425 suiv. ; Yves PICOD, v° *Obligations*, Paris, Rép. civ. Dalloz, 2000, n° 27 ; Frédéric ZÉNATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris, PUF, 2008, n° 177 et suiv. ; Thierry REVET, obs. sous Com., 10 janv. 2006, *RTD civ.* 2006.343.

vient à existence. Une obligation implique, faut-il le redire, un devoir pour le débiteur et un pouvoir de contrainte pour le créancier. Rien de tel ne prend corps en cas de transfert de propriété *solo consensu*. Même l'analyse dualiste de l'obligation est ici sans ressource: cette fugace obligation de donner instantanément exécutée ne comporte ni *Schuld*, ni *Haftung*. Demeure seulement, le cas échéant, l'obligation de livrer la chose au propriétaire, qui est constitutive, au regard de la trilogie classique, d'une pure obligation de faire. Telle est aujourd'hui l'opinion dominante de la doctrine, ou du moins de celle qui ne reproduit pas purement et simplement les schémas classiques⁸. Dire que l'obligation de donner n'existe que pendant un « instant de raison » et qu'elle s'exécute en même temps qu'elle naît est dépourvu de sens: « Il est impossible de dire d'un fait qui se produit de plein droit qu'il correspond à une obligation pesant sur une partie »⁹.

La jurisprudence, quant à elle, n'a guère éprouvé le besoin de fonder ses solutions sur l'existence d'une hypothétique obligation de donner dans les espèces dans lesquelles était en jeu la question du transfert *solo consensu* d'un droit de propriété. Ce constat n'est pas dépourvu de signification. Si l'obligation de donner avait une importance pratique à la mesure de la place que lui réserve la doctrine, elle n'aurait manqué de donner lieu à un abondant contentieux. S'il arrive que le débat judiciaire porte sur le moment du transfert de la propriété, ce n'est jamais en termes d'existence ou d'exécution d'une obligation de donner¹⁰.

⁸ Voir: Christian ATIAS, *Le transfert conventionnel de la propriété immobilière*, t. 1, thèse de doctorat, Poitiers, Université de Poitiers, 1974, p. 7; Jacques GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », D. 1981.chr.1, spécialement le n° 13; Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », dans *Mélanges Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz/Sirey, 1985, p. 733, n° 25; M. FABRE-MAGNAN, préc., note 1; voir aussi la longue liste de références doctrinales citées par A.-S. COURDIER-CUISINIER, préc., note 1.

⁹ M. FABRE-MAGNAN, préc., note 1, n° 5.

¹⁰ Voir, à propos d'une dation en paiement: Civ. 1^{re}, 27 janv. 1993, *Bull. civ. I*, n° 39, *JCP G* 1994.II.22195, note Pétel-Teyssié, *RTD civ.* 1994.132, obs. Zénati. (En l'espèce, un assureur refusait de couvrir le sinistre ayant affecté des caravanes qu'un créancier avait accepté de recevoir en paiement de son débiteur, au motif que la dation en paiement n'aurait opéré transfert de propriété que par la réception effective de la chose donnée. Est cassé l'arrêt ayant fait droit à cette prétention.) À propos de la vente d'un bateau, voir: Civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, *Bull. civ. I*, n° 361, *JCP G* 1995.IV.2527, D.1995.246. À propos d'une donation de somme d'argent, instantanément compensée avec une dette du donataire envers la donatrice, voir: Civ. 1^{re}, 22 févr. 2005, *Juris-Data*, n° 027077, *Bull.*

2. Transfert différé

À première vue, l'analyse paraît devoir être différente dans les hypothèses où le transfert de propriété est différé. Selon l'opinion dominante, il y a bien, au moins dans ce cas, une obligation de transférer la propriété qui pèse sur celui qui est resté provisoirement propriétaire. Les apparences sont indéniablement en ce sens.

Les parties à une convention ayant pour objet le transfert d'un droit réel peuvent, en effet, librement écarter l'effet translatif immédiat, qui a seulement valeur de principe supplétif. Tel est l'objet des très nombreuses clauses de réserve de propriété, auxquelles une loi du 12 mai 1980 a conféré une pleine efficacité en les déclarant opposables aux tiers, pourvu qu'elles aient été concrétisées par un écrit (C. com., art. L. 624-16). Il se peut aussi que la nature de la chose qui est l'objet de la convention – chose de genre ou chose future – rende impossible un transfert instantané. Il en est encore ainsi dans les conventions qui impliquent l'obligation de restituer la propriété à celui qui l'avait initialement transférée, en particulier dans l'hypothèse de la fiducie, le fiduciaire ayant l'obligation de retransférer au constituant la propriété qui lui a été transférée à titre fiduciaire.

Ce constat ne dispense cependant pas de vérifier s'il existe réellement, dans ces hypothèses, une obligation de donner et si cette obligation remplit les conditions et produit les effets qui sont ceux inhérents au concept d'obligation. Or, une analyse plus précise révèle que, si l'on peut, en effet, admettre qu'il existe bien une obligation de transférer la propriété, celle-ci est toujours tributaire d'une obligation de faire, qui seule est susceptible – ou non, dans certains cas – d'exécution forcée, et que le transfert de la propriété est un effet instantané de l'exécution de cette obligation de faire. En d'autres termes, l'obligation de donner n'est jamais elle-même susceptible d'exécution forcée. Elle ne remplit donc aucune fonction propre, de sorte que sa reconnaissance peut paraître inutile. On peut encore exprimer cette conclusion en affirmant que le transfert de propriété est toujours un effet, soit de l'échange des consentements, soit de l'exécution d'une autre

civ. I, n° 91, D. Pan. 2005.2123, obs. Nicod, *RTD civ.* 2005.442, obs. Grimaldi, Dr. Famille mars 2005, n° 115, obs. Beignier. (L'arrêt ajoute la précision intéressante « que la nécessité, édictée par l'article 894 du Code civil, d'un dépouillement actuel et irrévocable de la chose donnée, qui marque le transfert définitif de la propriété, n'a pas pour corollaire obligatoire le paiement immédiat de la chose donnée, lequel ne constitue qu'une modalité... du transfert de jouissance ».)

obligation, et qu'il n'est jamais, en soi, l'objet d'une véritable obligation. Cette assertion, qui peut paraître téméraire, mérite de plus amples explications et vérifications, dans les diverses hypothèses où le transfert de propriété se trouve différé.

Lorsque la nature des choses tient en échec le transfert *solo consensu* de la propriété, parce qu'il s'agit d'une **chose indéterminée**, d'une **chose de genre** ou d'une **chose future**, ce transfert ne pourra se réaliser que lorsque cette chose sera identifiée avec précision, individualisée ou créée. Une opération matérielle, constitutive d'une obligation de faire, est ainsi dans tous les cas nécessaire de la part du débiteur. Cette obligation, et elle seule, sera ou ne sera pas (par exemple, pour une création intellectuelle) susceptible d'une exécution forcée, directe ou indirecte, au besoin en ayant recours à la technique de l'astreinte. Le transfert en sera l'effet instantané, de la même manière qu'il est l'effet instantané de l'échange des consentements lorsque rien ne s'y oppose. Si l'on tient à reconnaître l'existence sous-jacente d'une obligation de donner, celle-ci est rétive à toute mesure d'exécution directe, y compris volontaire. Même dans ce dernier cas, le débiteur ne pourra obtenir ce résultat que par une action ou prestation dont découlera le transfert. Celui-ci constitue certes la fin de l'opération, mais qui ne peut être atteinte que par un moyen constitué par une obligation de faire.

Les hypothèses que connaît la pratique dans lesquelles le transfert de la propriété est progressif illustrent également ce propos. Ainsi est-il fréquemment stipulé dans les ventes de navires à construire que l'acquéreur sera propriétaire du navire au fur et à mesure de sa construction. Cette modalité est également celle retenue par la loi pour les ventes d'immeubles en l'état futur d'achèvement (VEFA: « Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution »¹¹). Seule l'obligation de construire répond pleinement à la définition du concept d'obligation et en produit les effets. Le transfert de la propriété est l'un de ces effets, mais n'a pas, par lui-même, les caractères d'une obligation.

Le même constat s'impose dans les hypothèses où les parties ont **volontairement différé le transfert de la propriété**: jusqu'au paiement du prix, jusqu'à la livraison ou encore, en matière immobilière, jusqu'à la passation de l'acte authentique. On peut certes soutenir qu'une obligation de

¹¹ C. civ., art. 1601-3.

donner existe dans ces hypothèses. Mais elle n'est pas davantage susceptible, en elle-même, d'exécution forcée que dans les hypothèses précédentes. Seules l'obligation de payer, celle de livrer la chose ou celle de comparaître devant notaire se prêtent, sous des modalités variables, à l'exécution forcée. Et si celle-ci est obtenue, le transfert de propriété en sera l'effet instantané.

Au surplus, dans certaines de ces hypothèses, le transfert de la propriété dépend d'un fait non pas de celui qui est resté provisoirement propriétaire et qui serait débiteur d'une obligation de donner, mais de l'acquéreur, qui serait le créancier de cette hypothétique obligation. Il en est ainsi en particulier dans les innombrables cas de réserve de propriété : c'est le paiement du prix qui emporte alors transfert de la propriété. Tel est le cas encore dans l'hypothèse de la promesse unilatérale de vente : c'est l'exercice de l'option d'achat qui rend le bénéficiaire propriétaire. De manière moins systématique, il en est encore ainsi lorsque le transfert est subordonné à la souscription de l'acte notarié : s'il y a difficulté, elle vient infiniment plus souvent de l'acquéreur que du vendeur. Le vendeur ou promettant resté provisoirement propriétaire n'assume dans ces hypothèses ni obligation de faire, ni obligation de donner. Vouloir raisonner en termes d'obligation de donner est alors proprement dépourvu de sens.

Le cas de la fiducie n'est différent qu'en apparence. Le fiduciaire semble bien, à première vue, être tenu de retransférer la propriété et cette fois ce transfert n'est pas tributaire d'une obligation de faire particulière. Mais la fiducie est nécessairement à durée déterminée (C. civ., art. 2018 (3°), qui précise que cette durée « *ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans* ») et les biens qui en sont l'objet « *font de plein droit retour au constituant* » lorsque le contrat prend fin¹². La prétendue obligation de donner est tout aussi dépourvue de consistance que dans les situations précédentes.

En définitive, si l'obligation est ce « *vinculum juris* par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plus sieurs autres, le ou les créanciers », selon la définition que donne Gérard Cornu dans le *Vocabulaire juridique* édité sous l'égide de l'Association Henri Capitant, il n'existe pas, avec certitude, d'obligation de donner dans le cas où le transfert de propriété,

¹² C. civ., art. 2030.

conformément au principe, résulte de plein droit de l'échange du consentement. Cette obligation n'existe pas davantage dans les cas où le transfert de la propriété dépend d'un fait de son soi-disant créancier. Dans les autres cas de transfert différé, l'obligation de procurer la propriété au créancier qui pèse apparemment sur le débiteur est elle-même toujours tributaire d'une obligation de faire dont l'exécution sera de plein droit translatrice de la propriété. Cette prétendue obligation de donner ne répond pas à la définition du *vinculum juris*, qui implique un pouvoir de contrainte, dans la mesure où son exécution passe toujours par celle d'une obligation de faire, seule susceptible de cette contrainte. Le concept même d'obligation de donner apparaît donc inutile. Seule importe la détermination du moment du transfert de la propriété et des circonstances qui le déterminent.

Si le transfert de la propriété peut certes donner lieu à litige, notamment quant à la détermination du moment précis où il intervient, jamais la jurisprudence n'a été saisie de l'exécution d'une obligation de transférer la propriété. Les litiges ne peuvent porter que sur l'exécution d'une prestation ou sur l'accomplissement d'un acte dont le transfert de la propriété sera une conséquence. Il est symptomatique que, dans les deux pages que le *Vocabulaire juridique* précité consacre au mot « obligation » et qui détaillent les différentes sortes d'obligations, l'expression « obligation de donner » n'apparaît à aucun moment, et aucun autre *verbo* ne lui est consacré. Il est donc légitime de s'interroger sur la pertinence du maintien de la trilogie classique et sur l'opportunité de proposer un renouvellement ou une modernisation de la classification des obligations.

II. Pour une autre classification des obligations

Qu'il existe diverses sortes d'obligations n'est pas douteux. On pourrait en dresser une très longue liste. Dans l'ouvrage de Cornu précité, le mot « obligation » au sens de *vinculum juris* est suivi de 24 tirets relatifs à autant d'épithètes identifiant un type d'obligation, parmi lesquels ne figure d'ailleurs pas la distinction selon leur objet: faire, ne pas faire, donner.

Les divers avant-projets de réforme du droit des obligations ont tantôt reproduit l'ancienne trilogie, tantôt passé sous silence toute classification. Ces deux partis peuvent l'un et l'autre paraître surprenants. Abstraction

faite du débat relatif à l'obligation de donner, il est communément admis que la distinction faire – ne pas faire est notoirement insuffisante et sans grand intérêt. La réalité est plus complexe et il ne paraît pas impossible de proposer des distinctions plus pertinentes entre les obligations selon leur objet.

Reste la question subsidiaire de savoir s'il est utile de faire figurer une telle classification, quelle qu'elle soit, dans le Code civil. Une proposition de réponse tiendra lieu de conclusion.

A. État des avant-projets

Le premier en date des avant-projets en la matière, dénommé « projet Catala », est celui élaboré par un groupe d'universitaires et de praticiens, sous la direction du professeur Pierre Catala¹³. S'y trouve reprise la distinction traditionnelle entre les obligations de faire, de ne pas faire et de donner, définies respectivement aux articles 1144, pour les deux premières, et 1145, pour la dernière. Celle-ci, est-il dit, « a pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit... ». Un article 1146 y ajoute cependant une quatrième espèce : l'obligation « de donner à usage », définie comme ayant pour objet « la concession de l'usage d'une chose à charge de restitution, comme dans le bail ou le prêt à usage » et présentée comme n'étant ni une obligation de donner, ni une obligation de faire¹⁴. En outre, un article 1147 est consacré à l'obligation monétaire, également traitée comme une catégorie en soi. Renversant, par ailleurs, la solution de l'actuel article 1142, mais en harmonie avec l'évolution de la jurisprudence, l'article 1154 précise que « l'obligation de faire s'exécute si possible en nature » et les articles suivants proposent la même solution pour l'exécution de l'obligation de donner à usage.

Un second avant-projet, élaboré sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques et de son président, le professeur François Terré, relatif au seul contrat, adopte une position très différente, en faisant silence sur une quelconque classification des obligations¹⁵. Il est seulement dit à l'article 60 que « l'obligation a pour objet une prestation consistant à

¹³ P. CATALA, préc., note 3.

¹⁴ Voir : Geneviève PIGNARRE, « L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala. Analyse critique », D. 2007.384.

¹⁵ F. TERRÉ, préc., note 4.

faire ou à ne pas faire». Nulle trace d'une obligation de donner. Un article 93 traite certes du transfert de propriété, « en principe dès la conclusion du contrat », mais pouvant être différé, sans que soit évoquée ni une obligation de donner ni une obligation de transférer la propriété. Quant à l'exécution, il est dit à l'article 97 que le créancier « a le choix, selon les circonstances, de poursuivre contre l'autre l'exécution forcée en nature de l'engagement, de suspendre l'exécution de sa propre obligation, de réduire le prix, de résoudre le contrat, ou de réclamer des dommages et intérêts ». Et un article 105 répète que « le créancier peut, après mise en demeure du débiteur, exiger l'exécution en nature d'une obligation chaque fois qu'elle est possible ».

S'inspirant dans une mesure variable des propositions formulées par les avant-projets précités, la Chancellerie a élaboré d'autres avant-projets provisoires, qui témoignent des hésitations de ses rédacteurs. Une première version, fidèle à la trilogie, précise que « les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire s'exécutent en principe en nature », et, s'agissant de l'obligation de donner, reprend la définition du « projet Catala », ajoutant qu'elle « s'exécute en principe par le seul échange des consentements ». Dans une autre version, plus succincte sur la question, était d'abord simplement reproduite la formule précitée selon laquelle « les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire s'exécutent en principe en nature », un autre article traitant du transfert de propriété, mais sans référence à l'obligation de donner. Puis, dans le dernier état, toute référence à la trilogie a été rayée et remplacée par la simple proposition « toute obligation s'exécute en principe en nature ».

Un traitement aussi contrasté de la question de la classification des obligations et de leurs modes d'exécution ne manque pas d'intriguer : deux sections et pas moins de 21 articles dans l'un des avant-projets, quelques très brèves propositions dans un autre, mutisme d'un autre encore, qui oblige à se demander si, en définitive, une classification des obligations mérite de figurer dans le Code civil. Qu'il existe diverses sortes d'obligations n'est pas douteux. Qu'il soit utile et même nécessaire de les distinguer pour les besoins de l'analyse et de la pédagogie ne l'est pas moins. Qu'il faille graver une classification dans le marbre des tables de la loi l'est davantage.

B. Nouvelles propositions

1. Abandon de l'obligation de donner

On ne reviendra pas sur l'incompatibilité absolue entre le principe du transfert de la propriété *solo consensu* et la reconnaissance dans les contrats opérant un tel transfert instantané d'une obligation de donner, donc d'une obligation de transférer la propriété. La définition de l'obligation de donner proposée par l'avant-projet Catala (Art. 1145: «L'obligation de donner a pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit...») ne mérite pas d'être retenue. Elle ne correspond pas à la réalité des choses et paraît même en contradiction avec le principe du transfert *solo consensu*: si le transfert est un effet légal de l'échange des consentements, il ne peut dans le même temps constituer l'objet de l'obligation du cédant censée résulter de l'accord des volontés.

Il a été démontré précédemment que, lorsque le transfert de la propriété est différé, il est toujours l'effet instantané, soit d'un fait de l'une des parties, soit d'une situation objective (arrivée du terme, comme dans l'hypothèse de la fiducie). Il ne constitue jamais l'objet direct et immédiat d'une obligation. On en veut pour preuve qu'il n'existe pas de contentieux significatif portant exclusivement et directement sur l'exécution d'une obligation de donner, la seule mention d'une telle obligation dans les arrêts, souvent par simple reproduction d'un article du code, étant à l'évidence par elle-même dépourvue de signification. Il faut donc approuver les avant-projets précités qui font silence sur l'obligation de donner.

Mérite en revanche d'être traitée par ailleurs la question du transfert de propriété. Le principe du transfert *solo consensu* répond à un choix législatif¹⁶. D'autres systèmes législatifs, comme celui de l'Allemagne, ont fait un choix différent. Ce choix doit donc être exprimé par une disposition du Code civil, assortie, le cas échéant, de la mention des exceptions. Mais il n'est nul besoin d'une référence à une obligation de donner. Tel est le parti, qui mérite approbation, pris par la Chancellerie dans la dernière version de son avant-projet: « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la

¹⁶ Il fait d'ailleurs périodiquement l'objet de critiques. Pour l'heure, la loi y déroge ponctuellement pour les valeurs mobilières et autres titres figurant sur un compte d'instruments financiers, pour lesquels le transfert de propriété résulte de l'inscription en compte (C. monét. et fin., art. art. 211-17).

propriété ou d'un autre droit, le transfert s'opère en principe dès la conclusion du contrat [al. 1^{er}]. Toutefois, ce transfert peut être différé par la volonté des parties, une disposition de la loi ou la nature des choses [al. 2] ». Telle est aussi la solution retenue par le Code civil québécois, qui admet comme le Code civil français, le principe du transfert de la propriété *solo consensu*. Son article 1373 mentionne simplement les obligations de faire et de ne pas faire, alors que l'article 1058 de l'ancien *Code civil du Bas-Canada* reproduisait la trilogie classique « faire, ne pas faire, donner »¹⁷.

2. Hypertrophie et hétérogénéité de la catégorie des obligations de faire

La trop vaste catégorie des obligations de faire, telle qu'elle est traditionnellement conçue, est elle-même peu utile. Les avatars de l'application de l'article 1142 du Code civil (« Toute obligation de faire (ou de ne pas faire) se résout en dommages et intérêts... ») le démontrent amplement. La doctrine a par ailleurs révélé l'existence d'obligations qui ne sont assurément ni de faire ni de ne pas faire, encore moins de donner (voir ci-après). Les obligations de ne pas faire présentent d'indéniables particularités et constituent, ainsi, une catégorie qui mérite un traitement distinct. L'obligation de donner étant écartée, toutes les autres obligations seraient donc de faire. Une catégorie aussi vaste, aussi diverse et aussi hétérogène est dépourvue d'utilité opérationnelle. Une diversification des régimes s'impose. Plusieurs branches méritent d'en être détachées, à commencer par la vaste catégorie des obligations de somme d'argent.

3. Particularisme de l'obligation de payer une somme d'argent

Le paysage s'éclaire déjà si on reconnaît que les innombrables obligations de payer une somme d'argent présentent des spécificités suffisantes permettant de considérer qu'elles forment une catégorie distincte.

¹⁷ La doctrine québécoise s'interroge pourtant sur la survie latente du concept d'obligation de donner, voir: Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 86 et suiv. qui, traitant de l'obligation de donner, reprennent l'idée d'une obligation qui « n'aura existé qu'un milliardième de seconde... et encore! ».

Un vain débat anime la doctrine au sujet de leur qualification d'obligations de faire¹⁸ ou d'obligations de donner¹⁹. Pour certains, elles appartiendraient à l'une ou l'autre catégorie selon le moyen de paiement mis en œuvre²⁰. La monnaie est chose de genre par excellence, dont la propriété ne peut, pour cette raison, se transférer par le seul échange des consentements. Mais le paiement implique nécessairement un fait positif de la part du débiteur, variable, en effet, selon le mode de paiement, qui n'est que rarement déterminé par avance. Mais il paraît impossible d'admettre que la nature de l'obligation – *dare* ou *facere* – puisse dépendre du choix opéré, généralement par le débiteur, à l'instant même de l'exécution.

À tous égards, le régime des obligations de payer une somme d'argent est différent de celui des obligations de faire en général, ce que révèle l'étude de leur dénouement. Leur exécution forcée est toujours possible, si, bien évidemment, le débiteur n'est pas insolvable. L'article 1142 est donc d'emblée hors jeu : l'argent n'a d'autre équivalent que lui-même. Les moyens de droit pour obtenir l'exécution sont eux-mêmes particuliers : saisie-vente pour les meubles, saisie immobilière, saisie attribution entre les mains de tiers, action paulienne, action oblique, action directe, injonction de payer, sans exclure les moyens ordinaires, y compris l'astreinte. Il est donc pleinement justifié d'en faire une catégorie distincte d'obligations. Il est même proposé de faire de la distinction entre les obligations de somme d'argent et les obligations en nature une nouvelle *summa divisio*²¹. Mais c'est alors cette seconde variété qui s'expose à la critique d'hypertrophie et d'hétérogénéité précédemment adressée à celle des obligations de faire. D'autres variétés méritent d'être reconnues comme telles.

¹⁸ Voir : Chantal BRUNEAU, *La distinction entre l'obligation monétaire et l'obligation en nature*, thèse ronéotypée, Paris, Paris II, 1984.

¹⁹ En ce sens, Charles AUBRY et Charles RAU, *Droit civil français*, t. IV, 7^e éd. par Émile BARTIN, Paul ESMEIN et André PONSARD, n° 299, p. 58 ; Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, 14^e éd., n° 46 ; Laurent LEVE-NEUR, note sous Com., 29 janv. 1991, *JCP G* 1991.II.21751.

²⁰ Gérard SOUSI, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent » *RTD civ.* 1982.514, spécialement aux n° 29 et suiv.

²¹ Louis-Frédéric PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé*, Paris, LGDJ, 2010.

4. Spécificité des obligations de livrer ou de restituer une chose

Dans de nombreuses situations, tant par l'effet de contrats translatifs de propriété que dans d'autres types de contrats, l'une des parties est tenue de remettre une chose à l'autre : le vendeur à l'acheteur, le bailleur au locataire, le déposant au dépositaire, le prêteur à l'emprunteur (sauf dans les cas où le prêt reste un contrat réel)... Inversement, l'une des parties peut être tenue d'une obligation de restitution, après expiration, résolution ou annulation du contrat.

On pressent instantanément que ces obligations sont d'une autre nature et appellent un autre régime que celles de payer une somme d'argent ou encore celle de fournir une prestation personnelle, manuelle ou intellectuelle. On pourrait songer à leur appliquer l'appellation d'obligations de **délivrance**, si elle ne désignait usuellement, en droit positif, des hypothèses particulières parmi celles visées. Il a également été proposé de leur trouver, à l'instar de *dare, facere, non facere*, un identifiant latin qui serait *praestare*²². Dans une acception ancienne, *praestare* signifiait en effet « mettre à disposition ». Le substantif correspondant en langue française – prestation – serait cependant aujourd'hui source d'ambiguïtés. Outre que le terme « prester » n'est guère en usage, le terme prestation évoque plutôt une intervention personnelle (selon le « Petit Robert », prester = accomplir une tâche ou un service), à moins que, dans une acception plus large, on y comprenne toutes les variétés d'obligations²³.

L'avant-projet Catala fait un pas dans le sens d'une redistribution de la trop vaste catégorie des obligations de faire en proposant d'ajouter à la trilogie classique une « obligation de donner à usage [qui] a pour objet la concession de l'usage d'une chose à charge de restitution ». Mais la proposition apparaît insuffisante, en ce qu'elle vise une catégorie trop étroite, propre aux contrats non translatifs de propriété²⁴. Or, le particularisme de la remise ou délivrance de la chose, comme aussi de sa restitution, n'est pas propre à ces contrats. Il suffit pour s'en convaincre de rapprocher les obligations de délivrance du vendeur et du bailleur. Toutes ces obligations

²² Geneviève PIGNARRE, « À la redécouverte de l'obligation de "praestare". Pour une relecture de quelques articles du code civil », *RTD civ.* 2001.41.

²³ En ce sens : J. CARBONNIER, préc., note 7, n° 10, pour qui le concept de prestation peut recouvrir les trois termes donner, faire ou ne pas faire.

²⁴ Voir : Geneviève PIGNARRE, « L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala. Analyse critique », *D.* 2007.chr.384.

se prêtent à l'exécution forcée en nature. La dation en usage n'est que l'une des espèces d'un genre plus vaste, comprenant toutes les « obligations de livrer ou de restituer une chose », dénomination provisoirement retenue, faute d'une autre qui serait plus concise tout en étant aussi précise.

5. Obligations de couverture ou de garantie

Une autre sorte d'obligations ne peut sans artifice être rattachée ni à la trilogie classique, ni aux catégories ci-dessus identifiées : celle des obligations de garantir, qui constituent tantôt des obligations accessoires dans les contrats les plus usuels, tels que la vente, le bail ou le contrat d'entreprise, tantôt l'objet principal du contrat, comme dans le cautionnement ou l'assurance. Christian Mouly, en révélant, à propos du cautionnement, la distinction entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement, a mis en exergue le particularisme de la première, qui était cependant déjà connue en matière d'assurance²⁵. La couverture que doit la caution ou l'assureur n'est ni une obligation de faire ni une obligation de ne pas faire, encore moins une obligation de donner. Certes, le garant peut être tenu de payer, si le débiteur est défaillant ou si un sinistre survient. Mais cette hypothèse n'est qu'une éventualité, constitutive, statistiquement, de l'exception. L'objet principal et immédiat de l'obligation, c'est la garantie, non le paiement²⁶. Le même raisonnement vaut pour les obligations accessoires de garantie (des vices cachés, d'éviction, de jouissance paisible...). La spécificité des obligations de cette nature a été naguère mise en évidence²⁷, mais sans qu'elle soit positionnée au regard de la trilogie classique.

²⁵ Christian MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse de doctorat, Montpellier, Litec, 1979, n° 19 et 255 et suiv.

²⁶ Un auteur qualifie l'obligation de l'assureur, en l'absence de sinistre (ou celle de la caution, en l'absence de défaillance du débiteur), d'obligation purement « imaginaire », puisqu'elle n'est ni de faire, ni de ne pas faire, ni de donner (Véronique NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris, LGDJ, 1996, préface Héron, n° 160). Il faudrait en déduire, semble-t-il, que le contrat est, dans cette hypothèse, sans objet, et le paiement de la rémunération du garant (prime ou commission) sans cause. Ce serait faire fausse route, évidemment.

²⁷ Bernard GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Paris, LGDJ, 1964, préface Tallon. Voir au contraire, dans le sens d'une catégorie distincte : Naoki KANAYAMA, *De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir »*, dans *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998 ; Naoki KANAYAMA, *Donner ou garantir : un siècle après ou une autre histoire*, Mélanges Jacques Ghestin, Paris, LGDJ, 2001, p. 473.

Il est vrai qu'une autre explication a été récemment proposée: ce qui est communément appelé obligation de couverture ne serait pas constitutif d'une véritable obligation, mais relèverait de la force obligatoire du contrat et non de son contenu obligationnel²⁸. Les prémisses de cette remarquable étude, qui a connu un grand retentissement, sont irréfutables, en ce qu'elles fournissent l'explication de ce que le contrat peut produire d'autres effets que la création d'obligations relevant de l'une des catégories usuelles: faire, ne pas faire, donner. Le contrat est, à l'instar de la loi, créateur de normes. Il produit des effets qui ne sont pas seulement constitutifs d'obligations. L'effet translatif de la propriété ou de tout autre droit par le seul échange des consentements, artificiellement rattaché à une insaisissable obligation de donner, en est précisément une illustration probante. Mais peut-on pour autant différencier effet obligatoire et obligation? S'agissant du moins de l'obligation de couverture, l'enjeu paraît finalement relever de la sémantique. Il peut paraître didactiquement plus pertinent de reconnaître l'existence d'une catégorie distincte d'obligations de couverture ou de garantie. Au reste, la couverture souscrite crée bien un « rapport entre un créancier et un débiteur », formule qui, selon l'auteur cité, « donne au terme "obligation" son sens technique ». Tel n'est précisément pas le cas de l'effet translatif de la propriété. On peut ajouter encore que la couverture souscrite n'est pas purement virtuelle ou hypothétique: elle procure réellement au cocontractant un avantage irrévocable, constitué par la sécurité qui lui est assurée et qu'exprime le concept même de garantie ou de sûreté. Mais cet avantage n'est ni une action, ni une omission, ni une prestation quelconque.

6. Obligations de fournir une prestation personnelle

Cette dernière catégorie ne serait autre chose que celle des obligations de faire *stricto sensu*, délestée des importantes variétés d'obligations identifiées dans les rubriques précédentes. Une différence majeure les oppose en effet: ces dernières obligations sont les seules pour lesquelles le principe de l'exécution forcée en nature peut rencontrer un obstacle, en raison des atteintes à la personne ou à ses libertés fondamentales pouvant résulter d'une telle exécution. C'est pour ces obligations seulement que la formule de l'actuel article 1142 pouvait trouver une justification. Cette disposition mérite néanmoins d'être modifiée, comme le font les avant-

²⁸ Voir: Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999.771, spécialement aux n° 40 et suiv.

projets évoqués plus haut, dès lors qu'une exécution forcée indirecte est possible, dans la généralité des cas, sans atteinte à la personne du débiteur. Des exceptions doivent seulement être réservées, ce qui résulte suffisamment de la formule « si elle est possible », qui peut cependant paraître peu « parlante ». Il pourrait être dit, plus explicitement, que les obligations s'exécutent en nature, à moins qu'il n'en résulte une atteinte à l'intégrité, à la liberté ou aux droits fondamentaux de la personne.

*
* * *

Faut-il faire figurer une classification des obligations dans le Code civil ?

Payer, livrer, garantir, faire, ne pas faire : telle pourrait être une approche plus juste et plus conforme à la réalité de la diversité effective des obligations. Nul n'est besoin d'une évanescence catégorie d'obligations de donner.

Selon que l'on souhaitera donner aux dispositions du Code civil une dimension didactique et, d'une certaine manière, doctrinale, ou, au contraire, essentiellement pragmatique, l'énumération et la définition des divers types d'obligations mériteront ou non de figurer dans des articles de ce code. L'option minimaliste, mais parfaitement justifiable, serait celle du dernier état du projet de la Chancellerie, énonçant simplement le principe de l'exécution en nature de toute espèce d'obligation, la question du transfert de la propriété étant réglé par ailleurs, sans référence à une quelconque espèce d'obligation.

L'hésitation entre ces deux solutions est légitime. L'universitaire sera naturellement porté à choisir la première. Qu'il soit permis à un universitaire de rappeler, ce qu'oublie trop souvent nos législateurs, que tout ce qui n'est pas indispensable en législation est superflu. Il est indispensable que la question du transfert de la propriété soit précisée avec clarté. Il est nécessaire que le principe de l'exécution forcée soit affirmé, compte tenu des difficultés passées et parfois présentes. Les classifications, pour instructives qu'elles soient, relèvent, pour le reste, de la mission de la doctrine et de la pédagogie.

—

|

|

—

—

|

|

—