

ACTUALITÉ

Page 2

■ En bref

Page 4

■ Ile-de-France

Entretien avec Julien Tuillier
« L'acheminement des marchandises
est un enjeu crucial
pour le e-commerce en IDF »
Propos recueillis par
Emmanuelle Bernard

DOCTRINE

Page 6

■ Obligations / Contrats

Marc Mignot
Commentaire article par article
de l'ordonnance du 10 février 2016
portant réforme du droit des contrats,
du régime général et de la preuve
des obligations (XI)

JURISPRUDENCE

Page 20

■ Successions / Libéralités

Paul-Ludovic Niel
Retour sur le formalisme de
l'acceptation du don manuel
(Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2016)

CULTURE

Page 23

■ Ventes publiques

Bertrand Galimard Flavigny
Des offrandes sur une table



DOCTRINE

Obligations / Contrats

Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) ^{115b0}

Marc MIGNOT, professeur à l'université de Strasbourg

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 opère une réforme importante du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. On se propose dans ces colonnes d'en faire un commentaire article par article. Celui-ci se poursuit avec l'analyse des articles 1347 à 1352-9 sur la compensation, la confusion, la remise de dette, l'impossibilité d'exécution et les restitutions. Sur le fond, les modes d'extinction cités connaissent peu de changement. Seule la compensation est nouvellement conçue. Celle légale produisant son effet de plein droit est remplacée par la compensation par acte unilatéral du créancier (art. 1347, al. 2^e). Malheureusement, les autres textes relatifs à la compensation demeurent rédigés comme si la compensation avait lieu de plein droit. Les restitutions donnent lieu à un ensemble de règles plus substantielles qui couvrent l'essentiel des situations pratiques (art. 1352 à 1352-9). Globalement assez bonnes, ces règles ne sont pas assez systématisées et ne font pas apparaître suffisamment le lien naturel qui les lie à la répétition de l'indu et à l'enrichissement injustifié.

Section 2. La compensation

Commentaire général des articles 1347 à 1348-2. Les articles 1347 à 1348-2 remplacent les articles 1289 à 1299 anciens. Ces derniers ne réglementaient que la compensation dite légale qui était conçue comme un cas d'extinction de plein droit des obligations réciproques (art. 1290 anc.). La jurisprudence avait ajouté à la

compensation légale, la compensation dite judiciaire. La pratique connaissait également la compensation par la volonté des parties, c'est-à-dire de la compensation conventionnelle. Les dispositions nouvelles, plus substantielles que les anciennes, souffrent de nombreux défauts.

Suite en p. 6

Édition quotidienne des Journaux Judiciaires Associés

petites-affiches.com

Petites **a**ffiches

annonces@petites-affiches.com
2, rue Montesquieu - 75041 Paris Cedex 01
Tél. : 01 42 61 56 14

gazettedupalais.com

 Gazette du Palais

annonceslegales@gazette-du-palais.com
12, place Dauphine - 75001 Paris
Tél. : 01 44 32 01 50

le-quotidien-juridique.com

Le
Quotidien
Juridique

annonces@le-quotidien-juridique.com
12, rue de la Chaussée d'Antin - 75009 Paris
Tél. : 01 49 49 06 49

lalo.com

La Loi
ARCHIVES COMMERCIALES DE LA FRANCE

loiannonce@lalo.com
33, rue des Jeûneurs - 75002 Paris
Tél. : 01 42 34 52 34



Directeur de la publication :

Bruno Vergé

Rédactrice en chef :

Emmanuelle Filiberti

Responsables de rédaction :

Valérie Boccara et Céline Slobodansky

Comité de rédaction :

Pierre Bézard, président honoraire de la chambre commerciale de la Cour de cassation

Jean-Pierre Camby, professeur associé à l'université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

Jean-Marie Coulon, premier président honoraire de la cour d'appel de Paris

Alain Couret, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Michel Grimaldi, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Jean-François Guillemain, secrétaire général, groupe Bouygues

Paul Le Cannu, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Jacques Massip, conseiller doyen honoraire à la Cour de cassation

Denis Mazeaud, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Nicolas Molfessis, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Jacqueline Morand-Deville, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Bernard Reynis, conseiller à la Cour de cassation, président honoraire du Conseil supérieur du notariat

Alain Sauret, avocat au barreau de Paris, président du conseil scientifique de Fidere avocats

Rédaction :

70, rue du Gouverneur Général Félix Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

Tél. : 01 40 93 40 51

Fax : 01 41 08 16 05

E-mail : redaction@lextenso.fr

Merci de nous envoyer vos articles à :
redaction@lextenso.fr

Abonnements :

70, rue du Gouverneur Général Félix Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

Tél. : 01 40 93 40 40

Fax : 01 41 09 92 10

E-mail : abonnementpa@lextenso.fr

Édition quotidienne des journaux judiciaires associés /
Groupement d'intérêt économique
Siège social : 2, rue Montesquieu, 75041 Paris Cedex 01
Commission paritaire N° 1216181038 / ISSN 09992170 /
Numéro J.J.A. : 7583
Imprimé par Jouve, 1, rue du docteur Sauvé, 53100 Mayenne

A B O N N E M E N T S

1 an France (TTC) 110 €

1 an Étranger (HT) UE 295 €

Hors UE 595 €

Pour tarifs particuliers

(enseignants, étudiants, ...) nous consulter

Direction Artistique : Agences Louisiane et Samarcande

■ Revue des revues

Droits bancaire et boursier, droit comptable

M. ASSELAIN, « Assurance facultative et obligation de conseil du banquier » (Cass. com., 9 mars 2016) : LEDA avr. 2016, n° 047, p. 1.

T. TAURAN, « Le contrôle URSSAF et la comptabilité des entreprises » : JCP S 12 avr. 2016.

F. MARTIN LAPRADE, « Actualisation de la doctrine AMF en matière d'*equity lines* : une clarification raisonnable bienvenue » (AMF n° 2012-18, 10 févr. 2016) : BJB avr. 2016, n° 113f2, p. 160.

E. BENDELAC, « Quelle place l'ordonnance du 29 janv. 2016 accorde-t-elle à la liberté contractuelle dans le gage d'un stock ? » : LPA 23 mars 2016, p. 8.

N. BORGA, « Réforme du gage des stocks : l'art législatif au plus mal ! » : BJE mars 2016, n° 113d4, p. 53.

A. ARSAC, « 3 questions : quel avenir pour le gage de stocks en banque ? » : JCP E 24 mars 2016.

A. PANDO, « Les notions d'« investisseur professionnel » et d'« opérateur averti » ne se confondent pas » : LPA 21 mars 2016, p. 3.

M.-E. BOURSIER, « ACPR, un an de jurisprudence. Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme » : JCP E 31 mars 2016.

J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Appréciation des critères réglementaires permettant la qualification de la clientèle fragile » (CE, 15 févr. 2016) : LEDB avr. 2016, n° 054, p. 1.

A.-C. BUISSON et coauteurs, « Les modalités d'application de la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances instituées par la loi *Macron* viennent d'être fixées » : DO 17 mars 2016.

Droit fiscal

F. PERROTIN, « Les expatriés face au prélèvement de l'impôt à la source » : LPA 18 mars 2016, p. 4.

A. MALLARET, « Les plus-values de cession de l'habitation principale ou de la

résidence secondaire réalisées par les non-résidents » : RDF 24 mars 2016.

B. LACOMBE, « La TVA sur les ventes de terrains à bâtir par les professionnels de l'immobilier » : Defrénois 15 avr. 2016, n° 122u8, p. 28.

M. LEROY, « Intégration fiscale de la valeur des contrats non dénoués : le mieux est de ne rien changer » : APSP n° 1, 2016.

F. DOUET, « Une mesure attendue de neutralité fiscale en matière d'assurance-vie » (Rep. min. n° 78192, JOAN 23 févr. 2016, p. 1648) : LEFP avr. 2016, n° 063, p. 7.

Cercle de prospective fiscale, « La TVA dans l'économie numérique : mine d'or ou champ de mine ? » : RDF 14 avr. 2016.

O. DANTIL, « Artiste-interprètes : la TVA sur le devant de la scène » : Juris art avr. 2016.

F. PERROTIN, « Solidarité fiscale des conjoints : des progrès » : LPA 24 mars 2016, p. 3.

J. AGOSTINI et coauteurs, « Plus-values sur titres » : DO 24 mars 2016.

M. THOMAS-MAROTEL, « Le contrat non-dénué d'un époux commun en biens n'est pas un actif fiscal de la succession de son conjoint » (Rép. min. AN n° 78192, JO 23 févr. 2016, p. 1648) : LEDA avr. 2016, n° 057, p. 6.

R. SALOMON et coauteurs, « *Non bis in idem* en matière fiscale : la Cour de cassation renvoie deux QPC » (Cass. crim., 30 mars 2016) : RDF 7 avr. 2016.

Droit sanitaire et social

Y.-M. DOUBLET, « La loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie » : LPA 18 mars 2016, p. 7.

H. BARBIER, « Une société dépourvue de personnalité morale, considérée comme employeur, peut recevoir un avis de contrôle de l'URSSAF » : BJS avr. 2016, n° 114v4, p. 198.

F. ADVIELLE et **P. VAN-HERZELE**, « Les chambres régionales et territoriales des comptes et le contrôle des établissements sociaux et médico-sociaux » : AJDA 21 mars 2016.

M. LAMOUREUX, « Les probabilités négligeables de causalité ; à propos de l'indemnisation des victimes d'essais nucléaires » : *ÉEI* avr. 2016.

J.-M. LARRALDE, « Limitation de l'utilisation des moyens de contrainte à l'égard des personnes souffrant de troubles psychiatriques » (L. n° 2016-41 du 26 janv. 2016) : *LEFP* avr. 2016, n° 054, p. 2.

V. VIOUJAS, « De la loi HPST à la loi Touraine. Convergences et inflexions dans l'effort de modernisation de notre système de santé » : *JCP A* 4 avr. 2016.

O. AKYUREK et C. de PERTHUIS, « Le préjudice d'anxiété reconnu en France pour la première fois dans l'affaire du *Mediator* » : *LPA* 31 mars 2016, p. 7.

Droit du travail, professions

X. HUERTAS, « Nous ne sommes ni des machines ni des entrepreneurs en compétition pour gagner des parts de marché sur le marché de la défaillance » : *LPA* 29 mars 2016, p. 3.

G. DEHARO, « Prescription de l'action des avocats pour le paiement de leurs honoraires » : *Daloz Avocats* mars 2016.

D. PIAU, « L'inter-professionnalité est morte, vive la pluri-professionnalité, et salut à toi ! » : *Gaz. Pal.* 12 avr. 2016, n° 262q4, p. 11.

H. de FRÉMONT, « Droit à l'indemnité compensatrice de congés payés même en cas de licenciement pour faute lourde » (Cons. const., 2 mars 2016) : *LEDEN* avr. 2016, n° 059, p. 6.

D. CASTEL, « Relations de travail : abus de virtuel, sanctions bien réelles ! » : *Juris ass.* 15 avr. 2016.

A. MORIN-GALVIN, « Harcèlement moral et annulation des avertissements : portée de la présomption simple » (CA, Bourges, ch. soc., 12 févr. 2016) : *Cah. soc.* avr. 2016, n° 118f6, p. 189.

L. MONVILLE-ROUSTAND et S. BÉAL, « Budget du comité d'entreprise et salariés mis à disposition » : *JCP S* 22 mars 2016.

G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « Licenciements et cession : de la préparation à l'exécution » : *LPA* 29 mars 2016, p. 16.

■ Bibliographie

■ Le droit des données personnelles ^{115a6}

La seconde édition de l'ouvrage *Le droit des données personnelles* publié par les éditions Eyrolles, augmentée et mise à jour, fait le point sur le droit applicable en France aux traitements de données personnelles. Elle intéressera aussi bien les juristes en quête d'un ouvrage de synthèse ou les informaticiens préparant un nouveau développement, que les directeurs informatiques et les dirigeants d'entreprises ou d'administrations désireux de connaître leurs obligations légales. Ils y trouveront un exposé méthodique des lois applicables, ainsi que l'analyse des jurisprudences les plus récentes, afin de pouvoir répondre aux questions concrètes qu'ils peuvent se poser : quelles formalités administratives accomplir ? Quels sont les droits des personnes concernées ? Y a-t-il des données dont le traitement est interdit ou encadré ? Combien de temps peuvent-ils conserver les données personnelles collectées ? Peut-on envoyer des données personnelles hors d'Europe, et notamment aux États-Unis ? Quel risque pénal prennent-ils en négligeant leurs obligations ? Quelles évolutions du cadre européen sont prévues dans les années à venir ? Le Parlement européen vient d'adopter définitivement le règlement sur la protection des données personnelles qui sera applicable d'ici deux ans et dont l'analyse constitue le chapitre 9 de cet ouvrage.

L'auteur, Fabrice Mattatia, est à la fois ingénieur spécialisé dans le numérique (ancien élève de l'École polytechnique, ingénieur général des Mines, ingénieur Télécom ParisTech) et juriste (docteur en droit). Ancien conseiller de la secrétaire d'État au numérique, il a contribué à plusieurs projets numériques d'ampleur nationale, mêlant les problématiques techniques aux questions d'ordre juridique. Chercheur associé et chargé de cours à l'université Paris I, il intervient également dans d'autres universités de droit ainsi que dans des écoles d'ingénieur pour diffuser la culture numérique aux juristes et la culture juridique aux techniciens.

Fabrice Mattatia, *Le droit des données personnelles*, Eyrolles, 2^e éd., 2016, 240 pages, 35 €.

En vente sur www.lgdj.fr et à la librairie LGDJ, 20, rue Soufflot, 75005 Paris.

■ Les frontières de la laïcité ^{115c0}

L'affirmation constitutionnelle de la laïcité de la République est celle d'un modèle politique fondé sur la séparation entre la sphère publique, commune à tous, et la sphère privée, celle des individus libres dans le respect de la loi, afin de garantir les libertés de conscience et de culte.

Comme toutes les valeurs républicaines, la laïcité est une valeur reconnue, mais toujours en débat. Fondée initialement sur l'unité et le bien commun à travers le principe de séparation de l'État et des églises, elle a évolué vers une laïcité « plurielle » conçue en termes de diversité, laissant le champ libre à la prise en compte des expressions religieuses dans la sphère publique.

La remise en cause de la frontière entre sphère publique et sphère privée pose un certain nombre de difficultés dans la mise en œuvre du principe constitutionnel de laïcité qui connaît des limitations matérielles et territoriales.

Les frontières de la laïcité sont aujourd'hui de plus en plus remises en cause.

Les frontières de la laïcité, publié par les éditions LGDJ, s'attache à identifier la laïcité et à en présenter les traductions juridiques, le retour au droit étant nécessaire pour comprendre les enjeux contemporains et proposer des réponses conformes à la laïcité républicaine telle qu'elle a été construite en France.

Frédérique de la Morena est maître de conférences en droit public à l'université Toulouse 1 Capitole, membre de l'IDETCOM (EA 785). Elle a été membre de la mission Laïcité auprès du Haut Conseil à l'intégration (2010-2013).

F. de la Morena, *Les frontières de la laïcité*, LGDJ, 2016, 176 pages, 24 €.

En vente sur www.lgdj.fr et à la librairie LGDJ, 20, rue Soufflot, 75005 Paris.

« L'acheminement des marchandises est un enjeu crucial pour le e-commerce en IDF » 115b2

Entretien avec Julien TUILLIER



© D. Delaporte/CCI Paris Ile-de-France

● Julien TUILLIER

Chargé de mission
au CROCIS de la CCI
Paris-Ile-de-France

Selon une récente étude du Centre régional d'observation du commerce de l'industrie et des services, l'Ile-de-France est un terrain propice au développement du e-commerce. Pour maintenir le cap, la région aux 8 millions de cybers-acheteurs doit combattre son éternel problème d'engorgement quotidien des axes routiers qui freine l'acheminement des colis. Chargé de mission au CROCIS, Julien Tuillier revient sur les chiffres de cette étude et les pistes d'évolution pour fluidifier le transport des colis en Ile-de-France.

Les Petites Affiches – Pourquoi le secteur du e-commerce, qui progresse de 10 % cette année¹, tire-t-il son épingle du jeu ?

Julien Tuillier – Aujourd'hui 65 % des Français achètent sur internet et de manière de plus en plus fréquente². Internet offre à la fois du choix, des prix imbattables et la facilité d'acheter sans se déplacer. Les Français sont de plus en plus connectés, notamment via leur tablette numérique et leur *smartphone* qui représentent aujourd'hui plus de 10 % du marché total du e-commerce. La dynamique d'achat via le e-commerce est fulgurante : hausse des ventes de 39 % en 1 an, ce qui représente 6 milliards d'euros en 2015.

LPA – En quoi l'Ile-de-France joue-t-elle un rôle important dans le développement du e-commerce ?

J.T. – La région francilienne contient une part importante de « profil type » du e-consommateurs (8 millions en IDF). Bien que tout le monde soit concerné par les achats sur internet, les jeunes

continuent d'être majoritaires (90 % d'entre eux consomment en ligne), or 20 % des Français âgés entre 18 et 34 ans habitent en IDF. L'achat sur le web est également fonction du niveau de revenu du consommateur, quel que soit son âge. Plus de 70 % des cadres et des professions intellectuelles supérieures, dont 36 % habitent la région francilienne, déclarent avoir consommé en ligne au cours de l'année écoulée, contre 30 à 60 % pour les autres catégories. Sans oublier que la région regroupe 25 % de l'effectif des salariés français et que ces derniers sont payés en moyenne 26 % plus élevé qu'ailleurs en France.

LPA – L'encombrement des routes d'IDF n'est donc pas une contrainte réhibitoire pour le e-commerce ?

J.T. – Les contraintes liées au e-commerce se multiplient (accroissement du nombre de transactions, augmentation du volume de colis, zones géographique de livraison de plus en plus vaste) et contribuent à complexifier la logistique et l'organisation urbaine francilienne. Actuellement, la moitié des clients optent pour une livraison à domicile (48 %) l'autre en points relais (45 %) et seuls 6 % d'entre eux choisissent de venir récupérer leur colis en boutique (*click and collect*). L'avantage

du e-commerce est que le client n'a pas ou peu à se déplacer, c'est pourquoi l'acheminement des marchandises et des moyens utilisés pour y parvenir est un enjeu crucial en IDF. Une logistique maîtrisée est l'une des clés de la réussite d'un e-commerce.

LPA – Quelles sont les pistes d'amélioration pour fluidifier le réseau francilien ?

J.T. – Placées dans les lieux de passage, notamment les gares du réseau francilien, les consignes numériques pourraient répondre aux besoins de proximité des consommateurs (retrait des colis à la fin de la journée de travail par exemple) et permettraient surtout de regrouper les livraisons dans un endroit unique. Cette solution existe déjà dans certaines stations de RER, à Nogent-le-Perreux par exemple sur la ligne E du RER. Le Grand Paris Express qui prévoit de créer 68 gares supplémentaires, réparties sur l'ensemble de la région, constitue autant d'opportunités de mettre à disposition des usagers, et donc des clients potentiels, des lieux de retrait de marchandises.

Le développement des « hôtels logistiques » pourrait également simplifier les contraintes du « dernier kilomètre ». L'initiative de la Sogaris, qui a aménagé 42 000 mètres carrés d'em-

1) Chiffres issus du Bilan 2015 du e-commerce en France réalisé par la FEVAD (fédération e-commerce et vente à distance).

2) Chiffre issu comme les suivants de l'étude réalisée par la CCI Paris IDF sur 1 000 commerces en Ile-de-France.

prise ferroviaire en base fret durable dans le XVIII^e arrondissement de Paris, mérite d'être pris en exemple.

Enfin, le colis-voiturage, mode de livraison collaboratif, est aussi une solution envisagée par 15 % des sites.

LPA – Le commerce traditionnel a-t-il encore de l'avenir en IDF ?

J.T. – Oui, bien que certains secteurs souffrent plus que d'autres de la concurrence d'internet. C'est le cas du secteur culture/loisirs et de celui de l'habitat dont le nombre d'enseigne physique a baissé respectivement de 12 % et 21 % en dix ans dans la mé-

tropole. À l'inverse, les agences de voyages ont connu une hausse de plus de 11 % alors qu'elles constituent l'une des demandes les plus fortes sur internet.

Aujourd'hui, tout est imbriqué. Il ne faut pas opposer commerce et e-commerce alors qu'ils se complètent. Le client veut vivre une expérience globale, et cela se renforce, avec l'ouverture des points de vente physique par certains *pure players* (LDLC, Spartoo, etc.). L'an passé 68 % des clients en magasin se sont d'abord renseignés sur internet avant de concrétiser leur achat, et 41 % se sont déplacés en

boutiques avant d'acheter en ligne. Le commerce électronique n'est pas une menace pour le commerce de proximité mais plutôt un canal de vente complémentaire.

En 2013, un commerçant francilien sur deux déclarait disposer d'un site web permettant de commercialiser ses produits, 73 % utilisaient internet dans le cadre de leur activité. Ce taux atteignait même 88 % dans les commerces de 10 à 49 salariés (selon une étude de la CCIR IDF).

**Propos recueillis
par Emmanuelle BERNARD**

■ La CCI Paris Ile-de-France accompagne les entreprises dans leur transformation digitale

L'Échangeur PME, espace de démonstration et de formation aux usages numériques de la CCI Paris Ile-de-France, accompagne les dirigeants et commerçants dans la transformation digitale de leur entreprise.

Ses ateliers – une dizaine par mois – ont pour objectif d'aider les créateurs à créer leur site, optimiser son référencement, booster ses ventes en ligne, construire une stratégie de marketing digital, réseaux sociaux, etc. la plupart du temps payants (de 50 euros à 395 euros), les ateliers sont ouverts à tous sur inscription.

Des formations peuvent également être financées pour les commerçants dans le cadre d'accords avec les OPCA de la profession.

Un diagnostic et un accompagnement individuel, associé à des modules de formation en ligne, sont également proposés.

Toute la programmation est disponible sur : www.echangeur-pme.fr.

Marc MIGNOT

Professeur à l'université de
Strasbourg

Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) ^{115bo}

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 opère une réforme importante du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. On se propose dans ces colonnes d'en faire un commentaire article par article. Celui-ci se poursuit avec l'analyse des articles 1347 à 1352-9 sur la compensation, la confusion, la remise de dette, l'impossibilité d'exécution et les restitutions. Sur le fond, les modes d'extinction cités connaissent peu de changement. Seule la compensation est nouvellement conçue. Celle légale produisant son effet de plein droit est remplacée par la compensation par acte unilatéral du créancier (art. 1347, al. 2^e). Malheureusement, les autres textes relatifs à la compensation demeurent rédigés comme si la compensation avait lieu de plein droit. Les restitutions donnent lieu à un ensemble de règles plus substantielles qui couvrent l'essentiel des situations pratiques (art. 1352 à 1352-9). Globalement assez bonnes, ces règles ne sont pas assez systématisées et ne font pas apparaître suffisamment le lien naturel qui les lie à la répétition de l'indu et à l'enrichissement injustifié.

Section 2. La compensation

Commentaire général des articles 1347 à 1348-2. Les articles 1347 à 1348-2 remplacent les articles 1289 à 1299 anciens. Ces derniers ne réglementaient que la compensation dite légale qui était conçue comme un cas d'extinction de plein droit des obligations réciproques (art. 1290 anc.). La jurisprudence avait ajouté à la compensation légale, la compensation dite judiciaire. La pratique connaissait également la compensation par la volonté des parties, c'est-à-dire de la compensation conventionnelle.

Les dispositions nouvelles, plus substantielles que les anciennes, souffrent de nombreux défauts. D'abord, plusieurs dispositions anciennes paraissaient contestables (art. 1295 anc.) ou d'un intérêt pratique limité (art. 1293 anc.). Malheureusement, elles ont été reprises pratiquement à l'identique (art. 1347-5, 1347-2). Ensuite, la loi a répudié, au moins à titre général, la compensation légale (art. 1290 anc.) pour consacrer la compensation par acte unilatéral de volonté (art. 1347, al. 2^e). Il s'agit d'un progrès porteur sur le principe de sécurité juridique. Néanmoins, le mécanisme de la compensation par acte unilatéral est insuffisamment réglementé. La loi ne donne aucune précision sur la nature de l'acte, ses conditions de fond et de forme, ses effets précis en cas de conflit et ses conditions d'opposabilité aux tiers. Le mécanisme de la compensation par acte unilatéral

Suite de la
lecture de
l'article de
couverture

est isolé dans l'article 1347, alinéa 2^e et aucunement coordonné avec les autres textes (art. 1347-4, 1347-6, 1347-7, 1348, 1348-1). En outre, la loi continue à consacrer un cas de compensation légale avec la compensation judiciaire prévue à l'article 1348-1. On ne sait pas vraiment si les articles 1348 et 1348-1 forment un seul cas de compensation légale ou respectivement un cas de compensation réellement judiciaire et un cas de compensation légale dans lequel le juge se borne à liquider l'une des créances. Enfin, le découpage entre les deux sous-sections de la section 2 est artificiel. L'article 1347-1 donne à penser que les articles 1348 à 1348-2 dérogent aux règles prévues à cet article. Les règles de la sous-section 2 sont *a priori* plus spéciales que celles de la sous-section 1. Après analyse, on s'aperçoit que la spécialité n'est qu'apparente. Pour s'en tenir à l'essentiel, les articles 1348 et 1348-1 sont rédigés comme si la compensation pouvait avoir lieu sans liquidation de la créance. En réalité, le juge doit liquider la créance et ne peut prononcer ou constater la compensation en passant outre cette condition. Il n'y a donc aucune dérogation à la condition. Finalement, il aurait été préférable de traiter de la matière plus méthodiquement en commençant par l'exposé des sources et conditions de la compensation légale (art. 1348-1), volontaire (art. 1347, al. 2^e), judiciaire (art. 1348) et conventionnelle (art. 1348-2), puis l'exposé des effets de celle-ci entre les créanciers et débiteurs (art. 1347), puis à l'égard des tiers (art. 1347-7).

Sous-section 1. Règles générales

Art. 1347. Le texte énonce une condition (réciprocité) et les effets de la compensation (double extinction simultanée) (al. 1^{er}). L'extinction se

NDLR : V. les dix premières parties parues in LPA 26 févr. 2016, p. 8 à 13 ; LPA 7 mars 2016, p. 7 à 13 ; LPA 14 mars 2016, p. 7 à 15 ; LPA 22 mars 2016, p. 6 à 13 ; LPA 30 mars 2016, p. 7 à 15 ; LPA 4 avr. 2016, p. 5 à 11 ; LPA 13 avr. 2016, p. 7 à 14 ; LPA 21 avr. 2016, p. 4 à 12 ; LPA 26 avr. 2016, p. 6 à 15 ; et LPA 6 mai 2016, p. 10 à 21.

produit à concurrence de la somme la plus faible. Le texte consacre comme principe le caractère volontaire de la compensation (al. 2^e). Il y a là une innovation importante (art. 1290 anc.). La solution était déjà consacrée indirectement en droit international privé français¹. L'extinction aura lieu lorsque les conditions de la compensation seront réunies et que l'un des débiteurs l'aura invoquée. La solution est porteuse de sécurité juridique, pour peu que certaines précisions soient apportées. La compensation résulte de l'exercice d'un pouvoir légal par un acte unilatéral de l'un ou de l'autre créancier. Il aurait été utile que le texte se prononce sur la sanction d'un acte unilatéral relatif à des créances qui ne sont pas compensables. Il faudrait distinguer deux hypothèses selon l'importance de la condition manquante. Si elle est fondamentale, l'acte est inexistant. Il en sera ainsi en cas d'absence de réciprocité ou d'absence de certitude. L'acte sera nul d'une nullité relative si la condition manquante est moins essentielle. Tel sera le cas en l'absence de disponibilité ou de saisissabilité d'une créance (art. 1347-2). Il aurait été souhaitable que le texte détermine la forme de cet acte. On peut penser que l'acte unilatéral du débiteur est réceptice. Il est consensuel (art. 1100-1, al. 2^e, art. 1172, al. 1^{er}). Concrètement, le créancier provoquera la compensation par notification adressée à son débiteur mentionnant les deux créances, leurs sources, caractères, modalités et montants. De par sa précision, la notification vaut imputation le cas échéant (art. 1347-3). En cas de conflit avec des tiers, il faut que le créancier qui a provoqué la compensation puisse prouver la date de sa réalisation. Il aurait été utile que la loi se prononce sur l'opposabilité de l'acte unilatéral aux tiers.

Art. 1347-1. Le texte énumère les caractères des obligations à compenser. Dans l'ordre d'importance (qui n'est pas celui du texte), il faut qu'elles soient certaines, fongibles, liquides et exigibles (al. 1^{er}). Le texte ne tient pas compte du caractère volontaire de la compensation (art. 1347, al. 2^e). Le caractère exigible ne devrait plus être systématiquement requis. Le débiteur peut renoncer au terme prévu à son bénéfice en invoquant la compensation entre sa dette et une créance exigible (art. 1305-3). La liquidité peut aussi, dans une certaine mesure, résulter de l'acte unilatéral du créancier s'il indique les éléments suffisants au débiteur. Le texte définit la fongibilité (al. 2^e) d'une façon plus restrictive que par le passé (art. 1291, al. 2^e anc.)². La conversion entre

sommes d'argent en différentes monnaies devra s'opérer à la date de l'acte unilatéral.

Art. 1347-2. Certaines créances ne peuvent se compenser. Les créances sont en principe saisissables (CPC exéc., art. L. 112-1). Par exception, certaines créances sont insaisissables et ne peuvent dès lors se compenser avec d'autres créances. Tel est le cas des créances alimentaires (CPC exéc., art. L. 112-2, 3^o, art. 1293 3^o anc.) ou des créances de salaire pour une fraction (C. trav, art. L. 3252-2). Il aurait fallu aussi subordonner la compensation à la disponibilité de la créance. Le paiement étant un acte de disposition, la compensation suppose qu'elle soit disponible. Le texte reprend les hypothèses, dénuées d'intérêt pratique, prévues par l'article 1293 1^o et 2^o ancien. La dette de restitution visée au texte porte en général sur un corps certain de telle sorte que la compensation est presque inenvisageable. Pour qu'elle le soit, il faudrait qu'elle porte sur une chose fongible et que le créancier soit lui-même débiteur à l'égard du créancier de la même chose. Autant dire que le cas sera rarissime. Le texte prévoit nouvellement que le créancier peut consentir à la compensation. Ce consentement est inutile et se confond avec l'acte par lequel il provoque la compensation (art. 1347, al. 2^e).

Art. 1347-3. Le texte reprend l'article 1292 ancien. Le délai de grâce est une faveur faite au débiteur qui ne peut s'exécuter (art. 1343-5). Le débiteur qui est également créancier de son créancier n'est pas dans cette situation.

Art. 1347-4. Le texte considère qu'en cas de pluralité de dettes compensables, les règles sur l'imputation s'appliquent à la compensation. Le renvoi est restrictif. La question de l'imputation se pose dans les cas où il y a paiement et pas seulement dans ceux d'une pluralité de dettes (v. art. 1342-10). La question de l'imputation va se poser notamment lorsqu'une créance au moins sera productive d'intérêts (art. 1343-1, al. 1^{er}) et qu'en raison de son montant elle ne sera payée que partiellement. Elle se posera de la même façon lorsqu'une créance au moins sera garantie par une sûreté personnelle ou réelle et qu'en raison de son montant elle ne pourra être éteinte en totalité. Par ailleurs, il aurait fallu mettre cette règle en relation avec celle consacrée par l'article 1347, alinéa 2^e. L'acte unilatéral par lequel le créancier provoque la compensation se confond avec celui par lequel il décide de l'imputation (art. 1347, al. 2^e, 1342-10, al. 1^{er}). Si le créancier provoque la compensation sans décider également de l'imputation, il y aura lieu de recourir à l'imputation légale (art. 1342-10, al. 2^e).

1) Règl. n° 1346/2000, 29 mai 2000, art. 6 – Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 9 – Règl. n° 593/2008, 17 juin 2008, art. 17.

2) V. *Travaux de la Commission de réforme du Code civil. Année 1946-1947*, 1948, Sirey, p. 999. La fongibilité est aussi définie par référence au caractère interchangeable (cité *TCRCC 1946-1947*).

Art. 1347-5. Le texte est imprécis et incomplet (art. 1295 anc.). Il doit être mis en relation avec la réciprocité des créances (art. 1347, al. 1^{er}) et l'opposabilité de la cession de créance (art. 1324, al. 1^{er}). La cession est opposable au cédé si elle lui est notifiée et s'il en a pris acte. Le texte ne traite pas de la notification mais seulement de la prise d'acte. Cette dernière est une reconnaissance par le cédé de l'existence de la cession. Elle prouve cette condition fondamentale inhérente à l'opposabilité (v. art. 1200). Le texte admet que la prise d'acte contienne une réserve. Cette précision est difficilement compréhensible parce qu'elle ne correspond pas avec la nature de l'acte du cédé. La réserve est une manifestation de non-vouloir qui suppose la possibilité d'une volonté de son auteur à l'origine d'effets directs produits dans son patrimoine. Or, par la prise d'acte, le cédé ne fait que reconnaître l'existence de la cession réalisée en dehors de lui. La prise d'acte est ou n'est pas mais ne peut contenir de réserve de non-vouloir. Le texte distingue arbitrairement entre les deux modalités de l'opposabilité que sont la notification et la prise d'acte. Dès que la cession est opposable au cédé, ce dernier ne peut plus se prévaloir de la compensation faute de réciprocité des créances, quel que soit le procédé utilisé pour aboutir à l'opposabilité. En outre, le texte considère que le cédé ne peut opposer la compensation après le moment auquel la cession lui est opposable. Il faudrait plutôt considérer qu'il ne peut provoquer la compensation par sa volonté unilatérale après ce moment (art. 1347, al. 2^e). L'acte unilatéral par lequel il tenterait de provoquer la compensation après ce moment serait inexistant (v. art. 1347).

Art. 1347-6. La caution peut opposer la compensation intervenue entre le créancier et le débiteur (al. 1^{er} ; art. 1294, al. 1^{er} anc.). Le texte est rédigé comme si la compensation se produisait comme par le passé de plein droit (art. 1290 anc.). Il faudrait distinguer deux situations selon que l'une des parties au rapport principal a provoqué la compensation ou qu'aucune ne l'a provoquée. Dans le premier cas (art. 1347, al. 2^e), la compensation a produit ses effets. La caution n'oppose pas la compensation mais s'en prévaut (art. 1200, al. 2^e ; comp. al. 2^e). Elle est libérée à due concurrence (art. 1347, al. 1^{er}, 2311, 2313). Dans le second, la caution peut provoquer par la voie oblique (art. 1341-1) la compensation par représentation objective du débiteur principal, en se prévalant de son recours anticipé (art. 2309) ou en anticipant son recours personnel et/ou subrogatoire (2305, 2306), à condition que la carence du débiteur principal soit de nature à lui porter préjudice.

Le codébiteur solidaire peut se prévaloir de la compensation intervenue entre le créancier et un autre codébiteur (al. 2^e). Le texte est encore rédigé comme si la compensation se produisait de plein droit (art. 1290 anc.). Les deux hypothèses distinguées à propos du cautionnement, s'appliquent de la même façon à l'obligation solidaire. Le texte prévoit que la compensation ne vaut que pour la part divise du codébiteur dont la dette a été compensée. Cette restriction ne se justifie aucunement. Si l'on se réfère à la première hypothèse, sans doute la plus fréquente, la compensation produira ses effets selon l'acte unilatéral du codébiteur qui en est à l'origine (art. 1347, al. 2^e). Ils se produiront à concurrence des sommes compensées au bénéfice de tous les codébiteurs (art. 1313, al. 1^{er}). Ne pas l'admettre, c'est considérer sans raison aucune que la compensation ne puisse être invoquée par le codébiteur que pour sa part divise. Si les conditions de l'article 1347-1 sont réunies, et on suppose qu'elles le sont, et que le codébiteur le veut (art. 1347, al. 2^e), la compensation doit produire ses effets à concurrence de la plus faible des créances, même si elle dépasse la part divise du créancier (art. 1100-1, al. 2^e, 1103). S'il ne le veut pas, elle produira des effets moindres qui dépendront de sa volonté. Un codébiteur pourrait aussi utiliser la voie oblique pour provoquer la compensation si les conditions sont réunies (art. 1341-1).

Art. 1347-7. La compensation ne peut porter préjudice aux tiers. Le texte est relativement inutile : la règle découle des principes généraux et des caractères des créances compensables (art. 1347-1). L'indisponibilité d'une créance résultant notamment d'une saisie conservatoire (CPC exéc., art. L. 523-1) ou d'un nantissement (art. 2357) empêche la compensation. La disponibilité de la créance est en effet l'une des conditions de validité de l'acte unilatéral de l'article 1347, alinéa 2^e. La cession de la créance empêche la compensation ultérieure faute de réciprocité (art. 1347, al. 1^{er}). L'article 1298 ancien ajoutait que la saisie l'emporte sur la compensation. Il en est de même de la cession de l'une des créances qui empêchera, dès la date de son existence, toute compensation provoquée par le débiteur (art. 1323, al. 2^e).

Sous-section 2. Règles particulières

Art. 1348. Le texte est relatif à la compensation judiciaire (1^{re} phrase). Dans la conception traditionnelle, le juge procédait seulement à la liquidation d'une créance en vue de permettre à la compensation légale d'avoir lieu³. Le texte énonce que le juge prononce la compensation

³ Cass. civ., 22 août 1865 : DP 1865, 1, p. 358 ; S. 1866, 1, p. 153 - Cass. req., 19 déc. 1871 : DP 1872, 1, p. 139 ; S. 1872, 1, p. 230.

même si l'une des obligations n'est pas liquide ou exigible. Il est très imprécis. Le juge peut admettre le principe de la compensation sans liquider mais il ne peut pas prononcer la compensation sans y procéder. Il aurait été préférable de l'énoncer clairement. Une fois la liquidation réalisée par le juge, on peut considérer l'hypothèse de deux façons. Il est possible de suivre le texte et d'admettre que la compensation est prononcée par le juge. La mission du juge serait plus étendue que par le passé. Ou l'on considère que le rôle du juge se limite à la liquidation. Concrètement, la compensation judiciaire résulte d'une demande reconventionnelle d'une partie (CPC, art. 64, 70, al. 2^e, 564 ; anc. CPC, art. 464) que l'on peut facilement assimiler à l'acte unilatéral par lequel le créancier entend produire la compensation (art. 1347, al. 2^e). On notera ici que l'article 1348-1 consacre la conception traditionnelle de la compensation judiciaire dans laquelle le juge se borne à liquider la créance (v. art. 1348-1, al. 2^e). Si l'on considère que les articles 1348 et 1348-1 ne forment qu'une seule et même hypothèse, il faut alors décider que la compensation judiciaire de l'article 1348 ne constitue qu'un cas particulier de compensation légale, voire qu'un cas particulier de compensation volontaire si l'on assimile la demande en justice à l'acte de l'article 1347, alinéa 2^e.

Par dérogation à l'article 1347-1, alinéa 1^{er}, l'une des deux créances peut ne pas être liquide ou exigible pourvu qu'elle soit certaine. Le texte est encore imprécis. Il y a un lien naturel entre le caractère liquide et le caractère exigible de la créance. Comme on vient de le voir, le juge doit au moins liquider la créance. Celle-ci est très généralement une créance d'indemnité qui n'est pas exigible parce qu'elle n'est pas liquide. Le juge rend la créance exigible en la liquidant. Si la créance apparaît fondée dans son principe et facilement liquidable, il doit d'abord admettre le principe de la compensation⁴. Il doit ensuite déterminer son quantum et soumettre la question à la discussion des parties⁵. Si la créance est incertaine ou difficilement liquidable, le juge doit rejeter la demande reconventionnelle en renvoyant le demandeur à mieux se pourvoir dans une autre instance⁶.

Le texte énonce que la compensation produit ses effets à la date du jugement, sauf décision contraire du juge la faisant remonter à une date antérieure (2^e phrase). La solution de principe est parfaitement fondée. La rétroactivité prévue à titre d'exception peut être expliquée de

deux façons : soit la décision du juge est réellement constitutive mais avec un effet rétroactif voulu par lui, soit elle est déclarative et, de ce fait, rétroactive parce qu'il se borne, comme par le passé, à liquider la créance.

Art. 1348-1. Le texte décide que le juge ne peut refuser la compensation de dettes connexes au seul motif que l'une des obligations ne serait pas liquide ou exigible (al. 1^{er}). L'exigence de connexité procède de la généralisation d'une condition propre au droit des procédures collectives par un raisonnement dont la rigueur prête le flanc à la critique (C. com., art. L. 622-7)⁷. En cas de procédure collective, elle justifie l'atteinte portée à l'interdiction des paiements antérieurs⁸. En dehors d'une procédure collective, la connexité ne reçoit aucune justification. Elle n'est pas une condition requise en général des créances compensables (art. 1347-1) et n'est pas non plus une condition requise de la prétention formée par demande reconventionnelle (CPC, art. 70, al. 2^e, 564 ; anc. CPC, art. 464). Si la condition n'est requise ni au fond, ni d'un point de vue procédural, la précision découlant du texte est parfaitement inutile.

Il reste à déterminer l'hypothèse visée par le texte. Il faut raisonner en l'appréciant dans son ensemble. L'hypothèse est celle d'une compensation légale facilitée par la liquidation judiciaire d'une créance. Il déroge donc plutôt à la compensation par acte unilatéral (art. 1347, al. 2^e) qu'à la compensation judiciaire (art. 1348)⁹. Le texte suppose que le juge va liquider une créance qui ne l'est pas pour permettre à la compensation légale de produire son effet¹⁰. Il ne dit pas que le juge prononce la compensation comme l'article 1348 mais qu'il ne peut la refuser. Précisément, il ne peut refuser de liquider la créance, ce qui est une évidence (art. 4 ; CPC, art. 5).

L'alinéa 2^e du texte corrobore cette interprétation. Il énonce que *dans ce cas* (celui de l'alinéa 1^{er}) la compensation est réputée *s'être produite* au jour de l'exigibilité de l'une des créances. La liquidation de la créance étant déclarative, la compensation se produit de plein droit à la date indiquée (art. 1290 anc.). L'alinéa 3^e fait aussi référence à la compensation légale. Il énonce que *dans le même cas* (celui de l'alinéa 1^{er} toujours), l'opposabilité est celle d'une compensation réalisée par l'effet de la loi (art. 1294 anc.).

7) Mazeaud J. in D. 1967, p. 358-359 et les auteurs cités.

8) Soinne B. avec la collaboration de Kerckhove E., *Traité des procédures collectives*, 1995, Litec, n° 1312.

9) Sur l'origine du texte : Cass. 2^e civ., 10 janv. 1963, n° 58-50094 : Bull. civ. II, n° 37 – Cass. 1^{re} civ., 18 janv. 1967, n° 65-10721 : Bull. civ. I, n° 27.

10) Chabas F., « Réflexions sur la compensation judiciaire » : JCPG 1966, I, 2026, II, B.

4) Fenet P.-A., t. XIII, p. 363.

5) Cass. civ., 15 avr. 1942 : Bull. civ. 1942, n° 104.

6) Cass. req., 5 févr. 1940 : DH 1940, p. 101.

Une fois réalisée, elle produit ses effets en sorte que les tiers ne peuvent acquérir de droits sur la créance.

Art. 1348-2. Le texte est relatif à la compensation conventionnelle. Le créancier et le débiteur peuvent conclure une convention prévoyant l'extinction présente ou future des créances selon qu'elles sont présentes ou futures. Dans le premier cas, la compensation conventionnelle produira des effets immédiats et, dans le second, des effets différés. Le texte n'exige pas que les créances soient fongibles, liquides et exigibles. Si elles ne sont pas fongibles, les parties devront s'accorder sur la valeur monétaire de l'obligation qui n'est pas de somme d'argent. Si elles ne sont pas liquides, les parties devront préalablement les liquider. Les parties sont censées renoncer aux termes par la compensation conventionnelle (art. 1305-3, al. 2^e). Elles ne peuvent grâce à elle porter atteinte à l'indisponibilité de l'une des créances.

Section 3. La confusion

Commentaire général des articles 1349 et 1349-1.

La confusion était réglementée par deux textes au titre des causes d'extinction de l'obligation (art. 1234, 1300, 1301 anc.). C'est encore le cas (art. 1349, 1349-1). Le mécanisme est difficile à appréhender d'un point de vue législatif parce que d'une rare complexité. Il concerne à la fois les droits réels (art. 617, 705) et personnels¹¹. Si l'on s'en tient aux droits personnels, la confusion présente deux aspects qu'il importe de bien distinguer. Elle est d'abord le résultat d'une transmission dans le même patrimoine des aspects actif et passif d'un même droit ou ensemble de droits. Il résulte de cette transmission une paralysie dans l'exercice du droit. La confusion n'est pas en soi une cause d'extinction du droit dont les deux aspects sont cumulés. C'est au plus une situation empêchant son exercice. Ensuite, la confusion peut être une cause d'extinction du droit qu'elle concerne. Elle ne le devient que si la situation de cumul est destinée à demeurer. Si elle n'est que provisoire, la confusion n'est nullement extinctive. Le cumul provisoire peut disparaître par la dissociation retrouvée des aspects du droit résultant de son transfert actif ou passif à un tiers (C. com., art. L. 225-209)¹². Il aurait été possible de subordonner l'extinction du droit à un acte de volonté unilatéral du titulaire cumulant les deux aspects de celui-ci¹³.

11) Guével D., « La confusion ou les confusions : Théorie générale ou relativité générale ? » : Gaz. Pal. 1999, 2, doct. p. 1641.

12) En ce sens : CA Chambéry, 18 mars 1884 : Gaz. Pal. 1884, 2, suppl. p. 22 ; Jur. gen. suppl., t. 11, v.^o Obligations, n^o 1237.

13) En ce sens : CA Orléans, 11 janv. 1973 : AJDI 1974, p. 13 ; Rev. loyers 1974, note Viatte J.

La réglementation de la confusion demeure lacunaire. La loi ne règle pas la difficile question du traitement de la succession active ou passive, en cas de pluralités d'héritiers dont l'un est le débiteur ou le créancier. Il y a deux façons de raisonner selon qu'on applique les règles du droit des obligations ou des successions. En droit des obligations, la succession conduit à une confusion partielle éventuellement extinctive à concurrence de la part du débiteur ou du créancier dans la succession (art. 1309, al. 1^{er}), sauf lorsque l'obligation porte sur une prestation indivisible (art. 1320, al. 3^e). En droit des successions, le raisonnement est autre. D'une façon générale, le principe de division s'applique pleinement dans les rapports entre les cohéritiers et le débiteur. En revanche, dans les rapports des cohéritiers entre eux, il y a lieu de considérer que les créances relèvent du partage et de son effet déclaratif¹⁴. Plus spécialement, les créances du défunt à l'égard d'un héritier figurent dans la masse indivise et font l'objet d'un partage (art. 864). L'héritier débiteur de la succession est alloti de la créance que la succession détient à son égard en sorte que l'obligation s'éteint à concurrence de la valeur de ses droits. Si la dette du copartageant égale ses droits dans la masse partageable, elle s'éteint entièrement par confusion puisque l'héritier devient créancier pour le total de lui-même. Si le montant de sa dette est supérieur à ses droits dans la masse, il doit le solde, c'est-à-dire la différence entre la valeur de son lot et le montant de sa dette. Lorsque le copartageant est à la fois créancier et débiteur à l'égard de la succession, il n'est alloti de la créance de la succession contre lui que si le solde de son compte est positif en faveur de la masse (art. 867).

Art. 1349. Le texte définit la confusion (1^{re} phrase) (art. 1300 anc.). La confusion résulte de la réunion des qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation dans la même personne. Pour être précis, elle procède du transfert de la créance ou de la dette au débiteur ou au créancier. Le mode de transfert n'a aucune importance. Il peut résulter d'une succession légale, d'un legs, d'une saisie-attribution sur soi-même, d'un contrat de cession de créance du créancier au débiteur (art. 1321) ou de dette du débiteur au créancier (art. 1327). Le texte énonce que la confusion porte sur une obligation. Il faut préciser que le créancier doit avoir un rapport direct et individuel à la créance. La confusion est impossible en cas d'indivision ou d'usufruit de celle-ci. La confusion peut aussi porter sur un contrat pour les mêmes raisons.

14) Cass. ch. réunies, 5 déc. 1907 : DP 1908, 1, p. 113, concl. Baudouin M.-A., note Colin A. ; S. 1908, 1, p. 5, note Lyon-Caen C.

Le texte considère que la confusion éteint la créance et ses accessoires (2^e phrase). La solution manque singulièrement de nuance¹⁵. La confusion résulte d'un transfert de créance au débiteur ou de dette au créancier. Le transfert n'est pas en soi extinctif. La confusion est moins un mode d'extinction de l'obligation qu'une situation produisant l'impossibilité d'exécution du droit¹⁶. Il aurait été possible de traiter de la confusion en parallèle avec l'impossibilité d'exécution due à la force majeure (art. 1351). La confusion ne produira aucun effet extinctif si elle est temporaire ; elle en produira un si elle est définitive (*comp.* art. 1218)¹⁷. Les droits accessoires sont maintenus lorsque la confusion ne produit aucun effet extinctif. Ils disparaissent par voie accessoire si elle en produit.

Le texte réserve les droits acquis par des tiers ou par le créancier ou le débiteur contre des tiers (2^e phrase). Il est restrictif car il semble subordonner l'absence d'effet extinctif de la confusion à l'existence de droits des tiers contre le créancier ou le débiteur ou de droits du créancier ou du débiteur contre les tiers. Les deux questions doivent être dissociées. La confusion ne produit aucun effet extinctif même si l'intérêt d'aucune autre personne n'est en cause. Tout dépend de la durée probable de la confusion. Si un tiers a des droits contre le créancier ou le débiteur, ils sont maintenus malgré la confusion¹⁸. Si le créancier ou le débiteur a acquis des droits opposables aux tiers, la confusion demeure non extinctive pendant la durée d'existence de ces droits¹⁹. Si l'un ou l'autre a des droits contre le tiers, il peut les exercer²⁰.

Art. 1349-1. Le texte reprend dans l'ensemble des solutions connues (art. 1301 anc.). La confusion entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires ou entre le débiteur et l'un des cocréanciers solidaires libère les autres codébiteurs ou préjudicie aux autres cocréanciers seulement pour la part divise du codébiteur ou cocréancier (al. 1^{er}). La solution est fondée. La confusion entre le créancier et le débiteur principal libère la caution (al. 2^e). La solution est également fondée. La confusion opérée dans la personne d'une caution ne libère pas le débiteur principal mais les autres cautions à concurrence de la part divise de la caution concernée par la confusion. On peut faire ici la même réserve qu'à propos de l'article 1335. Il faudrait distinguer selon

que les cautions sont engagées chacune pour le tout par acte distinct ou qu'elles le sont ensemble par un même acte de cautionnement (v. art. 1335). La solution consacrée au texte ne vaut que dans la seconde hypothèse.

Section 4. La remise de dette

Commentaire général des articles 1350 et 1350-2. Les articles 1350 à 1350-2 remplacent les articles 1282 à 1287 anciens. Les règles des articles 1282 à 1284 anciens sont fusionnées en une seule à l'article 1342-9. Les articles 1350 et 1350-2, alinéa 2^e, 2^e phrase, sont nouveaux. Les articles 1285, 1198, alinéa 2^e et 1287, 1288 anciens deviennent les articles 1350-1 et 1350-2. L'article 1286 ancien disparaît. Sur le fond, les textes ne modifient rien. Ils procèdent à un toilettage formel et intègrent une solution jurisprudentielle (art. 1350-2, al. 2^e, 2^e phrase). Les textes sont souvent rédigés comme si la remise résultait de la volonté du seul créancier. Cette inclination rédactionnelle est en décalage avec la définition de la remise comme convention (art. 1350).

Art. 1350. Le texte définit la remise. Elle est le contrat par lequel le créancier libère son débiteur sans exécution directe ou indirecte. On notera que l'ordonnance admet plusieurs cas de remise par acte unilatéral (art. 1216-1, 1327-2, 1332).

Art. 1350-1. Le texte reprend des solutions classiques (art. 1285 anc.). La remise conclue entre le créancier et un codébiteur libère les autres à concurrence de la part divise du codébiteur libéré (al. 1^{er} ; art. 1315). Il faut préciser que la remise concerne toute la dette du codébiteur. Une solution identique est consacrée *mutatis mutandis* en cas d'obligation solidaire active (al. 2^e).

Art. 1350-2. Le texte reprend encore des solutions classiques (art. 1287 anc.). La remise contractée par le créancier et le débiteur principal libère les cautions (al. 1^{er}). La remise contractée par le créancier avec l'une des cautions ne libère pas le débiteur principal mais les autres cautions à concurrence de sa part (al. 2^e). Cette dernière solution mérite exactement la même réserve que celle faite à propos des articles 1335 et 1349-1.

Le texte dispose que ce qui est reçu par le créancier doit être imputé sur la dette et décharger le débiteur principal à due concurrence (al. 2^e, 1^{re} phrase, 1288 anc.). La règle n'est guère explicite. Le texte consacre une solution jurisprudentielle (al. 2^e, 2^e phrase)²¹. Il faut supposer plusieurs cautions engagées ensemble par le même acte de cautionnement. Si l'une des cautions paye partiellement son obligation et obtient en même temps la remise de son obligation (et non

15) V. commentaire général des articles 1349 et 1349-1.

16) En ce sens : Cass. req., 18 juill. 1820 : S. 1821, 1, p. 97.

17) Mortier R., *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, préf. Daigre J.-J., 2003, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, t. 27, n° 638.

18) Cass. 3^e civ., 2 oct. 2002, n° 00-16867 : Bull. civ. II, n° 188.

19) Cass. req., 11 mai 1926 : DH 1926, p. 314.

20) Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992, n° 89-17045 : Bull. civ. I, n° 150.

21) Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 1984, n° 82-16837 : Bull. civ. I, n° 229.

du cautionnement), cette caution est entièrement libérée. Les autres cautions sont libérées soit du montant de la part divise de celle-ci si le paiement est inférieur à son montant, soit du montant payé s'il est supérieur à elle. En revanche, contrairement à ce qu'énonce le texte, ce qui a été payé par la caution n'est pas imputé sur la créance garantie en vue de libérer le débiteur à due concurrence. En réalité, la caution *solvens* est subrogée dans les droits du créancier à concurrence de son paiement. Elle viendra en concurrence avec lui pour le paiement mais à titre subsidiaire (art. 1346-3). Dans cette hypothèse, le paiement de la caution est extinctif dans les rapports avec les autres cautions et translatif de la créance garantie.

Section 5. L'impossibilité d'exécution

Commentaire général des articles 1351 et 1351-1. Les articles 1351 et 1351-1 remplacent les articles 1302 et 1303 anciens. Ces derniers avaient l'inconvénient de considérer le cas de la perte de la chose due comme le plus général alors qu'il ne constitue qu'une espèce d'un genre plus large, l'impossibilité d'exécution. Les deux textes nouveaux corrigent ce défaut en faisant de l'impossibilité d'exécution, le genre (art. 1351), et la perte de la chose due, l'espèce (art. 1351-1). L'impossibilité d'exécution est susceptible de concerner toute obligation, quelle que soit sa source, dès lors qu'elle ne concerne pas une obligation portant indirectement sur une chose de genre (*Genera non pereunt*). Ceci étant considéré, elle pourrait concerner une obligation de source quasi contractuelle ou extra-contractuelle. En règle générale, elle concerne plutôt les obligations de source contractuelle, toujours à supposer qu'elle ne porte pas sur une chose de genre. La question qui se pose est alors moins celle des conséquences de l'impossibilité d'exécution sur l'obligation concernée que sur l'obligation réciproque de l'autre partie (art. 1106, al. 1^{er}). Cette question demeure non résolue par les textes.

Il faut approuver la généralisation opérée par les textes nouveaux, tout en ayant conscience qu'une généralisation plus grande encore est possible. L'impossibilité d'exécution dans le droit des obligations est une application d'une théorie plus vaste qui concerne tous les droits sans exception (v. art. 1360). Et la perte de la chose due est une application qui relève avant tout du droit des biens. En cas de perte de la chose due, le droit de propriété disparaît du fait de la disparition de son objet. La perte de la chose due est une cause d'extinction de la propriété. Son extinction entraîne celle de l'obligation par voie de conséquence²².

Art. 1351. Le texte généralise utilement les dispositions anciennes qui ne concernaient que la perte de la chose due (art. 1302 anc.). En cas de force majeure définitive (art. 1218) rendant l'exécution impossible, le débiteur est libéré de l'obligation (art. 1307-2, 1307-5, 1308, al. 2^e). Le texte ne concerne que les obligations portant sur un pur service ou indirectement sur un corps certain. Il n'y a aucune impossibilité d'exécution d'une prestation portant indirectement sur une chose de genre. L'extinction est à la mesure de l'impossibilité. Si elle est totale, l'extinction est totale. Si elle est partielle, l'extinction est partielle (*comp.* art. 1601). En cas d'obligation alternative, le débiteur doit exécuter la prestation qui peut l'être lorsque l'autre ne peut l'être par suite d'un cas de force majeure (art. 1307-3, 1307-4).

Le texte pose une exception à la règle lorsque le débiteur s'est chargé de la force majeure ou a été mis en demeure de s'exécuter avant sa survenance. Dans le premier cas, le débiteur garantit l'exécution de l'obligation même en cas de force majeure. La clause devra être licite (art. 1171). Il en sera de même s'il a été mis en demeure. Il est alors en faute de ne pas avoir exécuté. La faute est exclusive de la force majeure, à condition que le débiteur ait pu éviter ses effets par une exécution en temps utile. S'il n'est pas libéré et que l'obligation initiale ne peut plus être exécutée en nature, l'exécution ne pourra avoir lieu que par équivalent, c'est-à-dire par le versement d'une somme d'argent représentant la valeur de la prestation non exécutée (art. 1343, al. 3^e).

Le texte ne se prononce pas sur les conséquences de cette extinction sur l'obligation de l'autre partie lorsque le contrat est synallagmatique. L'article 1218, alinéa 2^e prévoit qu'en cas de force majeure définitive, les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues par l'article 1351 et que le contrat est résolu de plein droit. Il résulte de la théorie des risques appliquée à un contrat synallagmatique non translatif de la propriété que l'extinction d'une obligation doit entraîner celle de l'autre obligation. La solution est implicitement reconduite ici (art. 1106, al. 1^{er}). Il aurait été préférable de l'énoncer explicitement.

Le texte ne se prononce pas sur l'impossibilité d'exécution du créancier. On sait que le paiement suppose l'exécution d'une prestation par le débiteur et d'une autre par le créancier (art. 1342). Il est fréquent que le débiteur soit dans l'impossibilité de s'exécuter. Il est non moins fréquent que le créancier le soit. La jurisprudence considère que ce dernier est libéré s'il prouve que l'impossibilité dans laquelle il se trouve de

22) TCRC 1946-1947, *op. cit.*, p. 17, art. 9 et art. 10, al. 1^{er}.

remplir sa prestation est due à un cas de force majeure²³.

Art. 1351-1. Le texte poursuit le précédent lorsque le débiteur doit un corps certain. Il ne se prononce pas sur le cas général mais directement sur une exception (« néanmoins »). Il faut revenir aux autres textes pour déterminer la solution de principe. La règle d'après laquelle les risques de la chose sont supportés par le propriétaire n'est d'aucune utilité. Elle est évidente et ne renseigne pas sur les risques du contrat (art. 1196, al. 3^e, 1^{re} phrase). En revanche, il en est question quand ceux de la chose sont à nouveau transférés au débiteur de l'obligation de délivrance, alors que le créancier demeure propriétaire (art. 1196, al. 3^e, 2^e phrase, 1344-2). L'article 1218, alinéa 2^e prévoit également qu'en cas de force majeure définitive, les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues par l'article 1351-1 et que le contrat est résolu de plein droit. La règle est erronée toutes les fois que le créancier de la délivrance supporte les risques du contrat. Le débiteur est libéré de son obligation de délivrance, mais le créancier ne l'est pas de celle d'en payer le prix. Il y a extinction des deux obligations corrélatives et résolution de plein droit lorsque les risques du contrat sont supportés par le débiteur de l'obligation de délivrance, soit qu'il les ait conservés à sa charge, soit qu'ils lui aient été transférés en retour par une mise en demeure.

Cette solution comporte des inconvénients majeurs. Elle fait supporter les risques au créancier de l'obligation de délivrance, alors qu'il n'a jamais exercé le moindre contrôle sur la chose, simplement en raison du transfert immédiat de la propriété. Or, l'existence de la force majeure est en partie liée à ce contrôle. Elle n'existe pas lorsque ses effets peuvent être évités par des mesures appropriées que seul le débiteur peut prendre (art. 1218). Le créancier supporte donc les risques sans pouvoir les éviter parce qu'il n'a pas la détention de la chose. Il est plus juste de considérer que les risques doivent être supportés par le débiteur de la chose tant qu'il en a la maîtrise matérielle²⁴. Ils doivent passer au créancier seulement lorsque le débiteur exécute son obligation de délivrance. Cette solution peut se réclamer directement de droits étrangers (C. civ. québécois, art. 1456, al. 2^e) ou de la CVIM (art. 69). Elle est, en France, celle du droit de la consommation (C. consom., art. L. 138-4).

23) En ce sens : Cass. soc., 18 mai 1953, n° 2.097 : Bull. civ. IV, n° 374 – Cass. soc., 28 oct. 1957, n° 5.595 : Bull. civ. IV, n° 1016 – Cass. soc., 24 mars 1971, n° 70-40239 : Bull. civ. V, n° 240 – Cass. soc., 25 janv. 1978, n° 76-40819 : Bull. civ. V, n° 60 – Cass. soc., 27 mai 1998, n° 96-42303 : Bull. civ. V, n° 280.

24) Sacco R., « Le transfert de la propriété des choses mobilières déterminées par acte entre vifs en droit comparé » : *Rivista di diritto civile* 1979, n° 23, p. 479 et note n° 83.

Elle résulte d'une conception concrète des contrats translatifs de la propriété d'un corps certain. De cette façon, le transfert n'est pas abstrait des obligations des parties, de l'obligation de délivrance et de celle relative au prix. Le système français maintenu par l'ordonnance abstrait le transfert de la propriété et des risques des obligations des parties contre toute réalité économique. L'obligation essentielle du vendeur dans la vente est celle de livrer ou de délivrer la chose²⁵. Si l'on admet cette conception de l'économie du contrat translatif, il faut considérer que le transfert de la propriété et des risques est situé dans la dépendance de l'obligation de livrer ou de délivrer. En reconduisant la solution classique, le droit français maintient une solution injuste, dépassée et passablement abstraite.

Il y a libération du débiteur malgré la mise en demeure s'il prouve que la perte aurait eu lieu également si l'obligation avait été exécutée (al. 1^{er} ; art. 1302, al. 2^e anc.). Ce faisant, le débiteur prouve qu'il n'est pas en faute et que la perte est effectivement due à un cas de force majeure. Les risques de la chose étant supportés par lui, il y a lieu d'appliquer littéralement les dispositions de l'article 1218, alinéa 2^e. Le débiteur doit alors céder les droits et actions attachés à la chose (al. 2^e ; art. 1303 anc.). Cette dernière solution ne cadre pas avec l'hypothèse. Il n'y a aucune raison que le débiteur cède ses droits et actions si les deux parties sont libérées et le contrat résolu de plein droit. Ces droits et actions sont siens parce qu'il est censé être demeuré propriétaire par l'effet de la résolution de plein droit du contrat. Le débiteur doit céder ses droits et actions seulement lorsqu'il ne supporte pas les risques et qu'en conséquence le créancier demeure tenu de payer le prix. Dans cette hypothèse, le contrat n'est pas résolu et le créancier est propriétaire. La cession des droits et actions « attachés à la chose » en est la conséquence.

CHAPITRE V. LES RESTITUTIONS

Commentaire général des articles 1352 à 1352-9. Les textes sont à l'origine d'un ensemble de règles plus substantielles que par le passé (art. 1378 anc. à 1381 anc.). Ils couvrent l'essentiel des situations factuelles. Néanmoins, ils présentent plusieurs défauts dus à une certaine approximation de rédaction et à un manque évident de coordination avec les autres textes.

Les articles 1352 à 1352-9 s'appliquent d'une façon générale en cas d'anéantissement rétroactif dû à une annulation (art. 1178, al. 3^e), en cas

25) Règl. n° 1215/2012, 12 déc. 2012 (*Bruxelles I bis*), art. 7, § 1 b – CJUE, 25 févr. 2010, n° C-381-08, *Car Trim GmbH c/ KeySafety Systems Srl*.

de caducité (art. 1187, al. 2^e) et de résolution ou résiliation (art. 1218, al. 2^e) rétroactives. Seul l'article 1352-4 est limité à l'annulation pour cause d'incapacité d'une partie. Ces renvois (art. 1178, al. 3^e, art. 1187, al. 2^e, art. 1218, al. 2^e) sont trompeurs. Ils donnent à penser que l'anéantissement rétroactif fonde directement les restitutions. En réalité, l'anéantissement révèle une situation de paiement de l'indu qui conduit aux restitutions. Autrement dit, c'est la répétition de l'indu qui fonde les restitutions (art. 1302-3).

Le fondement des restitutions peut encore être précisé. Le fondement le plus général des restitutions est l'équité et l'enrichissement injustifié. L'obligation de rendre ce qui a été payé sans être dû est fondée sur l'équité naturelle et le principe selon lequel nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui²⁶. Il aurait été souhaitable de placer en tête des dispositions sur les restitutions un article similaire à celui que l'on trouve à propos de l'accession mobilière (art. 565). Le fondement technique des restitutions réside dans deux quasi-contrats. Elles relèvent de la répétition de l'indu et de l'enrichissement injustifié (art. 1302 à 1303-4, 1378 à 1381 anc.). Le tout est mélangé avec la responsabilité civile extracontractuelle (art. 1240, 1241).

Les textes utilisent le mot restitution, sans se soucier du sens précis de ce terme. Au sens strict, l'obligation de restituer consiste pour son débiteur à rendre à son créancier la chose même qui lui avait été remise préalablement. La restitution a alors lieu en nature (art. 1353). Le créancier dispose d'une action personnelle et d'une action réelle en revendication ayant le même objet. On peut véritablement considérer qu'il y a restitution. Par assimilation, il est possible de considérer comme une restitution celle d'une chose fongible équivalente en quantité et qualité. Il ne peut y avoir restitution au sens le plus strict lorsque le débiteur de la prétendue restitution n'a pas préalablement reçu la chose à restituer de son créancier ou lorsqu'il doit restituer autre chose que ce qu'il avait préalablement reçu de lui. Il n'y a pas alors restitution mais indemnisation. La restitution en valeur est une forme d'indemnisation (art. 1352, 1352-2, 1352-3, 1352-6, 1352-8). La moins-value (art. 1352-1) et la plus-value (art. 1352-5) sont aussi indemnisées. Le créancier dispose tout au plus d'une action personnelle en paiement contre son débiteur mais d'aucune action réelle en revendication.

Il importe de bien distinguer les restitutions et de fonder chacune sur la règle adéquate. Pour être parfaitement précis, il faut considérer que

la restitution du principal en nature relève de la répétition de l'indu (art. 1352, 1352-6)²⁷. En revanche, l'indemnisation du principal en valeur (art. 1352)²⁸, des fruits et de la jouissance (art. 1352-3), des plus-values (art. 1352-5)²⁹, des moins-values (art. 1352-1) et des frais³⁰ relève de l'enrichissement injustifié (art. 1303). Il devrait en être de même de l'indemnisation du service (art. 1352-8). Le principal mis à part (art. 1352), le tout varie en fonction de la bonne ou de la mauvaise foi du débiteur de la restitution (art. 1352-1, 1352-2, 1352-7, 1352-8).

La bonne foi n'est pas définie par les textes. Est de bonne foi, celui qui a la conviction d'être définitivement propriétaire de la chose reçue en paiement. Est de mauvaise foi, celui qui sait ou doit savoir qu'il doit restituer. D'après la jurisprudence, est de mauvaise foi celui qui reçoit un paiement qu'il sait être dépourvu de cause objective. La connaissance par l'*accipiens* du vice de ce paiement sans cause constitue la mauvaise foi visée à l'article 1378 ancien³¹. La bonne et la mauvaise foi doivent s'apprécier *in concreto* (art. 1130, al. 2^e). L'obligation de restituer les fruits est une peine sanctionnant la mauvaise foi³². Dans le détail, il est possible de puiser à plusieurs sources. La mauvaise foi peut consister dans la connaissance par l'*accipiens* des vices de son titre (art. 550, 1352-7). La mauvaise foi peut être envisagée dans le cadre de l'enrichissement sans cause (art. 1303-4, 2^e phrase) ou de la répétition de l'indu (art. 1378 anc.). Est de mauvaise foi, celui qui a reçu l'indu en connaissance de cause. La mauvaise foi peut être envisagée dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle (art. 1240, 1241)³³. La mauvaise foi est alors une faute non intentionnelle. Sur le principe, il faut distinguer en fonction de la nullité³⁴. Lorsque la nullité est relative, le contractant est présumé de bonne foi (art. 2274). Il sera de mauvaise foi lorsqu'il aura une connaissance effective du vice du contrat. Est de mauvaise foi, l'auteur d'une faute dans la conclusion du contrat et précisément celui d'une faute dolosive (art. 1137) ou d'une violence (art. 1140, 1143) à l'origine d'une crainte. Si la nullité est absolue, le contractant

26) Pothier R.-J., *Traité du quasi-contrat appelé Promutuum*, 1861, Cosse et Marchal, t. V, n° 140.

27) Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1960, n° 59-10744 : Bull. civ. I, n° 548 – Cass. 1^{re} civ., 18 juin 1969, n° 67-12690 : Bull. civ. I, n° 238.

28) Cass. soc., 2 févr. 1961, n° 57-12323 : Bull. civ. IV, n° 160.

29) Cass. civ., 18 févr. 1952, n° 1.269 : Bull. civ. I, n° 71.

30) CA Nîmes, 2^e ch., 4 févr. 1898 : DP 1898, 2, p. 381, 2^e esp.

31) Cass. civ., 11 déc. 1900, 3 arrêts : DP 1901, 1, p. 257.

32) de Creuille B., Fenet P.-A., *Communication officielle au Tribunal*, 1827, Imp. de Marchand du Breuil, t. XIII, p. 473.

33) En ce sens : Cass. ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302 : Bull. mixte, n° 2.

34) Bousiges A., *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat*, thèse, 1982, université de Poitiers, t. I, p. 168.

est présumé d'une façon irréfragable de mauvaise foi³⁵.

Les héritiers et successeurs de l'*accipiens* continuent sa personne et sont donc considérés de la même façon que lui. Ils sont de bonne foi s'il était de bonne foi et de mauvaise foi, s'il était de mauvaise foi. Lorsque les deux parties sont de bonne foi, chacune doit à l'autre les fruits et/ou la compensation de la jouissance seulement à compter de la demande. Lorsque les deux parties sont de mauvaise foi, chacune doit à l'autre les fruits et/ou la compensation de la jouissance dès leur perception ou l'entrée en jouissance (art. 1352-7)³⁶.

Parfois, le moment auquel la bonne foi est appréciée n'est pas précisé (art. 1352-1). Sinon, elle doit l'être au moment où le débiteur de la chose à restituer en a eu la détention (art. 1352-2, 1352-7, 1^{re} phrase). Souvent, le débiteur des restitutions entré en détention de bonne foi est considéré comme étant de mauvaise foi par la demande formée contre lui par le créancier (art. 1352-7, 2^e phrase). Mais dans certains cas, la demande n'est pas considérée comme ayant pour effet de rendre le débiteur de mauvaise foi (art. 1352-1). Ces variations ne sont pas rationnelles. Il n'y a que deux hypothèses : celle du débiteur de mauvaise foi *ab initio* et celle du débiteur de bonne foi rendu de mauvaise foi par la demande.

Les textes font grand usage du mot *valeur* (art. 1352, 1352-1, 1352-2, 1352-3, 1352-5, 1352-7, 1352-8). Les règles ne sont pratiques que si le mode d'évaluation de la valeur est précisé. Or, ils précisent la date d'évaluation de la valeur par le juge (art. 1352, 1352-3, al. 2^e et 3^e, 1352-5) mais pas les modalités d'évaluation. La façon d'évaluer la jouissance, les fruits, les services, les plus-values, les moins-values et la chose revendue n'est pas précisée. Il aurait été utile que les textes précisent le mode d'évaluation. Sur le principe, le juge devra se référer aux règles sur l'enrichissement injustifié (art. 1303).

Les textes ne sont pas homogènes sur la date d'appréciation de la valeur. Elle est appréciée tantôt à la date de la fourniture (art. 1352-8), tantôt à celle du jugement (art. 1352-3, al. 2^e), tantôt à celle de la restitution (art. 1352, 1352-3, al. 3^e, 1352-5), sans que les raisons de ces variations apparaissent avec évidence. Dans le cadre de l'enrichissement injustifié, l'évaluation se fait au jour du jugement (art. 1303-4, 1^{re} phrase). C'est la solution la plus simple et la plus juste.

L'indemnisation est une dette de valeur (art. 1343, al. 3^e) dont le montant est liquidé lors du jugement. Il est donc logique que l'évaluation se fasse à ce moment ou dans cette période de temps. En période de dépréciation monétaire, plus l'évaluation est tardive et plus la valorisation est importante. L'évaluation au jour de la fourniture initiale n'est donc pas équitable pour le créancier. L'évaluation au jour de la restitution est aléatoire car ce jour n'est pas connu du juge. Il dépend du bon vouloir du débiteur, de sa solvabilité, du prononcé de l'exécution provisoire, de l'exercice des voies de recours suspensives, de la suspension de l'exécution provisoire le cas échéant, etc. Tous ces paramètres ne sont pas maîtrisés par le juge parce qu'ils dépendent de la volonté du créancier et du débiteur.

Art. 1352. Le texte distingue la restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent et celle d'une somme d'argent. La restitution d'une chose de la première catégorie doit avoir lieu en principe en nature et, par exception, en valeur, en cas d'impossibilité de restitution en nature. La restitution a lieu en valeur sous la forme d'une somme d'argent lorsque la chose n'est pas restituée en nature. La distinction faite au texte n'est pas pertinente. Il aurait été préférable de distinguer la restitution d'un corps certain et celle d'une chose de genre. D'abord, la restitution d'un corps certain peut être impossible s'il a disparu ou si sa propriété a été cédée à autrui. En revanche, la restitution d'une chose de genre n'est pas impossible en principe, sauf hypothèse rarissime de disparition du genre dans son ensemble (*Genera non pereunt*). Ensuite, l'économie de la restitution n'est pas la même selon que la chose est un corps certain ou une chose de genre. La restitution d'un corps certain a lieu en nature par principe. L'anéantissement rétroactif de l'acte à l'origine de l'obligation entraîne sa disparition rétroactive et l'anéantissement conséquent de son paiement et du transfert de la propriété. Dès lors, le débiteur doit restituer la chose même qu'il avait reçue dont la propriété revient au créancier de la restitution. Le créancier bénéficie à la fois d'une action réelle en revendication et d'une action personnelle en restitution. En revanche, la restitution des choses de genre a lieu par équivalent parce que leur paiement n'est pas anéanti malgré la disparition de l'obligation leur ayant servi de cause. Le paiement d'une telle chose est abstrait de sa cause. Le débiteur doit alors compenser en payant au créancier une chose équivalente en quantité et qualité. L'anéantissement rétroactif de l'acte donne naissance à une obligation de restituer nouvelle portant sur des choses équivalentes. S'il s'agit d'une somme d'argent, le dé-

35) Cass. req., 3 janv. 1849 : S. 1849, 1, p. 282 – Cass. req., 3 déc. 1849 : S. 1850, 1, p. 380 – Cass. civ., 31 janv. 1853 : S. 1853, 1, p. 349 – Cass. civ., 28 mai 1856 : S. 1856, 1, p. 587 – Cass. com., 28 févr. 1967, n° 65-10131 : Bull. civ. III, n° 97.

36) En ce sens : Cass. com., 28 févr. 1967, n° 65-10131, préc. *Comp.* : Cass. ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302, préc. qui préconisait des solutions partiellement distinctes.

biteur doit une somme d'un même montant de la même monnaie (art. 1343).

En outre, le texte est relativement incomplet. D'abord, il considère que la restitution d'un corps certain se fait en valeur lorsque sa restitution est impossible. Il aurait été souhaitable qu'il énonce le mode de détermination de la valeur et invite à prendre en considération l'état du bien. La valeur est celle de ce corps certain au jour de l'acte, compte tenu de son état à cette date³⁷. Lorsque le contrat anéanti est à titre onéreux, cette valeur peut être soit le prix payé, augmenté des taxes et frais divers, soit celle sur le marché. Ensuite, le texte ne traite pas de l'hypothèse de la restitution des choses de genre d'une façon spécifique. Certes, ce sont des choses autres qu'une somme d'argent comprises dans le champ d'application du texte. La règle consacrée au texte n'est pas adaptée. Si l'*accipiens* les a conservées en nature, il les restituera sous cette forme. Le cas sera vraisemblablement rare. S'il les a vendues ou consommées, il les restituera par équivalent (égalité de quantité et de qualité) (art. 860-1). La restitution n'obéit pas aux règles de l'enrichissement injustifié. Il n'est pas tenu compte de l'emploi de la chose de genre. Il importe peu que l'*accipiens* l'ait dissipée. Il est réputé s'être enrichi à concurrence de ce qu'il a reçu. Il n'est fait exception à la règle de l'équivalence que dans l'hypothèse d'un incapable (art. 1352-4 ; 1312 anc.). Dans le détail, on peut distinguer les choses de genre autres que la monnaie et celle-ci. Les premières sont restituées pour leur quantité numérique et pour une qualité identique. L'*accipiens* doit livrer une chose équivalente à compter du prononcé de l'anéantissement de l'acte. Lorsque la chose de genre ne peut être restituée en nature, elle l'est en valeur. La valeur à prendre en compte est celle réelle, à l'exclusion du bénéfice du vendeur³⁸. L'hypothèse de la restitution d'une somme d'argent est réglée par l'article 1352-6.

Art. 1352-1. Le texte ne s'applique qu'aux corps certains (art. 1352-1). *Genera non pereunt*. En effet, il vise l'hypothèse de celui qui doit restituer la chose et non une chose (v. art. 1352). Il ne définit pas les détériorations et dégradations. Il faut considérer que sont visées les détériorations ou dégradations anormales, qui ne résultent pas de la seule utilisation du bien. Les dégradations ou détériorations normales dues à son utilisation sont indemnisées par la prise en considération de la jouissance du bien (art. 1352-3, al. 1^{er}). Au titre des dégradations anormales, il faudra prendre en considération la perte de valeur due à une détérioration matérielle ou celle due à la

constitution d'un démembrement de propriété ou à la constitution d'une sûreté réelle sur le bien.

L'*accipiens* doit indemniser le *solvens* des dégradations et détériorations subies par la chose qui ont diminué sa valeur s'il est de mauvaise foi et si elles résultent de sa faute. Le texte distingue artificiellement la mauvaise foi et la faute, sauf à considérer que cette dernière tient à la seule demande en justice du *solvens*. La mauvaise foi conditionne la faute et la bonne foi l'exclut en principe. S'il est de mauvaise foi, l'*accipiens* doit apporter tous les soins raisonnables à la conservation du corps certain (art. 1197). Il est en faute s'il est détérioré par sa faute prouvée, quelle que soit sa qualification. L'*accipiens* ne doit pas indemniser le *solvens* s'il est de bonne foi car alors il ne peut être en faute (art. 544). Lorsqu'elle est due, l'indemnisation est égale à la valeur des dégradations ou détériorations. Concrètement, l'*accipiens* devra la plus faible des deux sommes entre la différence de valeur de la chose sans les détériorations et avec les détériorations, d'une part, et le coût du service nécessaire à leur suppression, d'autre part (art. 1303).

Les moins-values peuvent résulter des produits prélevés sur la chose. Ils sont restitués en nature au *solvens* lorsque cela est possible (art. 1352). Si l'*accipiens* a mobilisé des éléments d'un immeuble, il doit au *solvens* tout ce dont il s'est enrichi, c'est-à-dire la plus faible des deux sommes entre le prix de vente des éléments vendus et leur valeur sur le marché (art. 1303). Tel est le cas s'il a vendu les arbres ou les matériaux issus de la démolition de l'immeuble. Dans tous les cas, il faudrait évaluer les moins-values au jour du jugement (art. 1303-4).

La question se pose de savoir si le texte s'applique lorsque les dégradations et détériorations sont dues à un cas fortuit. Il semble qu'il faille donner une réponse négative. L'article 1352-1 s'inscrit dans le contexte de la responsabilité et non celui des risques. La précision que donnait l'article 1379 *in fine* a disparu. La logique veut que l'on s'en remette au droit commun des risques. Il faut alors appliquer l'adage *res perit domino* (art. 1196, al. 3^e). Après le prononcé de l'anéantissement rétroactif de l'acte, les risques pèsent sur le *solvens*. Ce dernier les transfère à l'*accipiens* en le mettant en demeure de restituer la chose (art. 1344-2).

Art. 1352-2. Le texte détermine le régime des restitutions en cas de vente du corps certain. Il ne déroge nullement à l'article 2276 ou 2272. Il est fondé sur les principes de l'enrichissement injustifié (art. 1303, 1304-4, 2^e phrase). En cas de revente de la chose, l'*accipiens* de bonne foi doit en restituer le prix, même s'il est inférieur

37) Cass. com., 18 nov. 1974, n° 73-12660 : Bull. civ. IV, n° 291.

38) Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 1979, n° 78-14604 : Bull. civ. I, n° 318.

à la valeur de la chose (art. 1380 anc.). En revanche, l'*accipiens* de mauvaise foi doit restituer la valeur de la chose et non le prix, sans préjudice de dommages et intérêts le cas échéant. Le texte considère que la valeur est appréciée au jour de la restitution. Il aurait été préférable de considérer qu'elle est appréciée au jour de la vente (art. 860, al. 2^e, art. 1469, al. 3^e) ou, au plus tard, au jour où le juge prononce l'anéantissement rétroactif de l'acte, et non au jour de la restitution, inconnue à l'avance. La bonne ou la mauvaise foi est appréciée au jour de l'exécution de l'obligation de délivrance issue de l'acte ultérieurement anéanti. Le texte ne vise que la vente (art. 1352-2, 1380 anc.). Il doit être étendu aux autres cas de transmission de la propriété. Si la chose a fait l'objet d'une donation par l'*accipiens* de bonne foi, celui-ci est dispensé de toute restitution parce qu'il ne s'est pas enrichi (art. 1303). Si l'*accipiens* est de mauvaise foi, il devra la valeur de la chose donnée au *solvens*, sans préjudice d'éventuels dommages et intérêts s'il y a lieu (art. 1304-4, 2^e phrase).

Art. 1352-3. La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance (al. 1^{er}). Le texte est imprécis. D'abord, il n'y a pas de restitution au sens strict des fruits et de la jouissance. Les fruits sont directement perçus par l'*accipiens*. Et la jouissance résulte de l'usage de la chose par lui. Le mot compensation est utilisé ici dans un sens assez vague. Il faudrait considérer qu'il y a indemnisation pour les fruits et pour la jouissance. Ensuite, il faut comprendre le lien entre les fruits et la jouissance. Au sens strict, la jouissance est le *fructus* (fruits) ; au sens large, c'est l'usage (*usus*) et la jouissance. Puisque le texte nomme les fruits, d'une part, et la compensation de la jouissance, d'autre part, il faut comprendre que la jouissance est l'usage. Il aurait donc été préférable de considérer que la restitution porte sur les fruits et/ou sur la jouissance ou plus simplement que la jouissance est un fruit civil³⁹. En pratique, il faudrait traiter distinctement les hypothèses d'une chose frugifère (immeuble en général) exploitée par le débiteur de la restitution ou par un tiers pour lui ou celle d'une chose (meuble en général) dont la valeur tient à l'usage seulement. Il faut traiter séparément les fruits et la jouissance.

Tous les fruits sont concernés, qu'ils soient naturels, industriels, civils (art. 547). Pour une somme d'argent, les fruits sont les intérêts qu'elle produit (art. 1352-6). Pour un immeuble, il s'agit des loyers ou fermages dus en raison de sa location. En revanche, les intérêts et arrérages ne sont pas considérés comme des fruits

s'ils sont payés à titre principal. Il y a lieu de régler le sort des fruits en combinant tous les textes qui s'appliquent à la question (art. 547 à 550, 1352-3, 1352-7, 1378 anc.) et en donnant la préférence aux plus spéciaux (*Specialia generalibus derogant*) (v. art. 1352-7).

Les fruits sont restitués en nature s'ils existent encore sous cette forme (al. 3^e). S'ils ont été consommés, ils sont restitués par équivalent. L'indemnité est égale à leur valeur, estimée à la date de leur paiement. L'*accipiens* devra la plus faible des deux sommes entre le prix obtenu des fruits en cas de vente et leur valeur sur le marché. Le texte prévoit la possibilité pour les parties de déroger par une clause aux règles relatives au mode de restitution (en nature ou en valeur), à la date ou au mode d'évaluation ou encore à la prise en compte du l'état du bien. Cette référence au pouvoir de la volonté peut être comprise de deux façons. Il est possible que les parties au contrat finalement anéanti aient prévu une clause réglant la question des restitutions. Cette clause échappera à l'anéantissement rétroactif du fait de sa relative autonomie par rapport au contrat anéanti (art. 1230). Si les parties n'ont pas réglé les restitutions dans le contrat anéanti, elles peuvent contracter ultérieurement une convention à cet effet. On peut donc s'étonner que cette « stipulation contraire » ne soit mentionnée que s'agissant des fruits alors qu'elle concerne toutes les restitutions sans distinction aucune (art. 1102, al. 1^{er}). Le mieux aurait été de prévoir par une disposition générale que les restitutions relèvent de la liberté contractuelle.

Le texte ne donne aucune précision sur la façon dont il faut évaluer l'indemnité de jouissance. Sa compensation est l'indemnisation de celle-ci fondée sur l'enrichissement injustifié (art. 1303)⁴⁰. Il faudrait alors distinguer l'enrichissement de l'*accipiens* et l'appauvrissement du *solvens*. Concrètement, il faudrait raisonner comme si le bien avait été loué. L'enrichissement est égal au montant du loyer que l'*accipiens* aurait accepté de payer. L'appauvrissement est égal au loyer que le *solvens* aurait obtenu d'une autre personne sur le marché⁴¹. L'indemnité est évaluée par le juge au jour où il se prononce (art. 1352-3, al. 2^e), c'est-à-dire au jour du jugement (art. 1303-4, 1^{re} phrase).

Il aurait fallu coordonner la compensation de la jouissance avec l'indemnisation de la détérioration ou dégradation du corps certain lorsqu'elle est due à son utilisation normale (v. art. 1352-1).

39) En ce sens : Pothier R.-J., *Traité du droit de domaine de propriété*, 1861, Cosse et Marchal, t. IX, n° 334.

40) Cass. com., 16 déc. 1975, n° 74-14021 : Bull. civ. IV, n° 308 – Cass. 3^e civ., 12 mars 2003, n° 01-17207 : Bull. civ. III, n° 63.

41) Pothier R.-J. par Bugnet J.-J., *Traité du quasi-contrat appelé Promutuum*, op. cit., n° 169.

Le créancier des restitutions ne pourra cumuler une indemnité pour détérioration de l'état du bien et une indemnité pour jouissance de celui-ci. La détérioration est une conséquence de la jouissance et est indemnisée avec elle. Le texte ne donne aucune précision sur le mode d'évaluation de l'indemnité (v. art. 1352-7).

Art. 1352-4. Le texte a un champ d'application restreint aux restitutions consécutives à une annulation prononcée d'un acte auquel est partie un incapable. Il s'applique à toutes les restitutions sans exception, c'est-à-dire aux restitutions au sens strict et aux indemnités fondées sur l'enrichissement injustifié. Il reprend et modifie les dispositions de l'article 1312 ancien. Ce dernier ne concernait que les mineurs et les majeurs en tutelle, à l'exclusion de ceux en curatelle ou sous sauvegarde de justice. Le présent texte concerne désormais tous les incapables, sans exception. En principe, la restitution porte sur tout ce qui a été reçu. Son étendue ne dépend nullement de l'emploi de la chose par le débiteur de celle-ci (art. 1352). Il est ici fait exception à cette règle. L'incapable ne restitue que ce qui lui a profité, c'est-à-dire seulement à concurrence de ce qui a donné lieu à emploi utile. Il y a là une application des règles sur l'enrichissement injustifié (art. 1303).

La règle consacrée par le texte est fondée sur la volonté de protéger les incapables concernés. Si elle n'existait pas, ils ne seraient pas réellement protégés car ils devraient restituer y compris ce qu'ils ont dépensés et que l'on ne retrouve plus dans leur patrimoine. Elle incite le contractant de l'incapable à contrôler sa capacité et à ne pas contracter avec lui si le contrôle révèle son état d'incapable (v. art. 1149, al. 2^e). Le texte apporte une modification importante à l'article 1312 ancien. Seul l'incapable bénéficiait des faveurs de la loi. L'autre contractant devait tout restituer, sans pouvoir se prévaloir de l'absence de restitution de l'incapable. Désormais, ce contractant peut limiter ses propres restitutions au prorata de celles dont il sera créancier de l'incapable. Cette modification introduit l'idée de justice commutative dans les restitutions.

Art. 1352-5. Le débiteur de la restitution est créancier d'une indemnité pour la conservation et l'amélioration du corps certain à restituer dans la limite de la plus-value (art. 1381 anc.). Le fondement de cette indemnité réside dans les règles sur l'enrichissement injustifié (art. 1303). Il apparaît avec la distinction entre les dépenses nécessaires et utiles. Il était d'usage de distinguer entre trois types de dépense. Les dépenses nécessaires sont celles ayant pour objet de préserver la chose d'une perte ou détérioration. Elles visent à assurer sa conservation.

Les dépenses utiles sont celles qui améliorent la chose (art. 861 anc., 1673, al. 1^{er}). Les dépenses voluptuaires sont celles qui servent à l'embellissement, l'agrément et les décors de la chose (art. 599, al. 3^e).

Le texte est d'application subsidiaire au profit des textes sur l'accession. *Specialia generalibus derogant*. En matière mobilière, il y a lieu d'appliquer les règles de l'accession mobilière (art. 566 à 577). En matière immobilière, il faut appliquer l'article 555 lorsque les conditions qu'il pose sont réunies. Si ces textes spéciaux sont inapplicables, le présent texte pourra s'appliquer. Il reprend de façon synthétique les solutions classiques, avec quelques modifications. Il intègre l'indemnité des dépenses nécessaires et utiles et exclut implicitement celle des dépenses voluptuaires. D'après le texte, les dépenses nécessaires et utiles sont indemnisées par application de l'article 1303, c'est-à-dire à hauteur de la plus faible des deux sommes entre la dépense elle-même et la plus-value procurée au bien. La solution est nouvelle s'agissant des dépenses nécessaires qui étaient par le passé intégralement indemnisées, peu important qu'elles soient supérieures à l'enrichissement. Le juge pourra modérer l'indemnité si l'appauvri est fautif (art. 1303-2, al. 2^e). Il devrait évaluer l'enrichissement au jour du jugement (art. 1303-4, 1^{re} phrase). Le texte prévoit néanmoins que les plus-values sont évaluées au jour de leur restitution (art. 1352-5). La solution est irréaliste car elle suppose que le juge connaisse d'avance la date de la restitution.

Art. 1352-6. Les sommes d'argent sont restituées pour leur montant numérique, incluant le capital et les accessoires (intérêts, taxes). Les intérêts restitués sont les intérêts payés par le *solvens* à l'*accipiens*. En outre, la dette globale (capital et accessoires) est productive d'intérêts sans mise en demeure à compter du paiement effectué par le *solvens* à l'*accipiens* lorsque ce dernier est de mauvaise foi⁴² et, à compter de la demande, lorsqu'il est de bonne foi (art. 1352-7, 1378 anc.)⁴³.

Art. 1352-7. Le texte est à mettre en relation avec l'article 1352-3 dont il ne fait que compléter le dispositif. Il fait varier l'ampleur des restitutions en fonction de la bonne ou mauvaise foi de l'*accipiens*. Il concerne les fruits et notamment les intérêts des sommes d'argent et la jouissance du corps certain. L'*accipiens* de mauvaise foi doit les fruits et l'indemnité de jouissance à comp-

42) Cass. civ., 20 févr. 1928 : Bull. civ. n° 34 – Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1961, n° 60-13778 : Bull. civ. I, n° 581.

43) Par le passé, les intérêts courraient à compter de la sommation et non de la demande : Cass. civ., 3 févr. 1904 : DP 1904, 1, p. 215 ; S. 1904, 1, p. 264 ; Gaz. Pal. 1904, 1, p. 281 – Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1961, n° 60-13778 : Bull. civ. I, n° 581, p. 464.

ter du paiement et celui de bonne foi, à compter de la demande (sur la bonne ou mauvaise foi, v. *infra* le commentaire général des articles 1352 à 1352-9)⁴⁴. Il faut noter que le texte impose une appréciation de la bonne ou de la mauvaise foi personne par personne (« celui qui a reçu »). Il faudra donc regarder si l'*accipiens* est de bonne ou de mauvaise foi et faire de même avec le *solvens*. Le texte exclut le règlement global de la situation consistant à dispenser une partie de la restitution parce que l'autre en est déchargée en raison de sa bonne foi. Dès lors, il y aura trois situations à distinguer : 1° l'*accipiens* et le *solvens* sont de bonne foi ; 2° l'*accipiens* est de bonne foi et le *solvens* de mauvaise foi ; 3° le *solvens* est de bonne foi et l'*accipiens* de mauvaise foi. La bonne ou la mauvaise foi doit être appréciée *in concreto* (art. 1130, al. 2^e).

L'*accipiens* de bonne foi est en droit de conserver les fruits produits par la chose possédée (art. 1378 anc. *a contrario*). Il les conserve jusqu'à ce qu'il soit constitué de mauvaise foi. Il l'est par la demande en justice (2^e phrase ; art. 1682, al. 2^e)⁴⁵. Il faudrait aussi considérer qu'il l'est par la mise en demeure (art. 1344-1). L'*accipiens* de mauvaise foi est tenu de restituer les fruits (art. 1378 anc.). Il est tenu compte de l'état du bien au jour de sa remise à l'*accipiens* (art. 549, 1352-3, al. 3^e). L'*accipiens* de mauvaise foi ne doit pas les fruits produits par l'amélioration de la chose (art. 1352-5)⁴⁶. Il devrait ceux que la chose aurait produits si elle n'avait pas été dégradée par lui (*comp.* art. 1352-1). Il doit restituer non seulement les fruits perçus mais ceux qu'il a négligés de percevoir. Les fruits restitués sont les fruits nets, déduction faite des frais faits pour les obtenir dont la valeur est estimée à la date du remboursement (art. 548).

L'indemnité de jouissance est d'un montant correspondant à la valeur de l'usage de la chose pendant la durée séparant l'entrée en détention et la restitution effective du corps certain faisant suite à l'anéantissement rétroactif de l'acte lorsque l'*accipiens* est fautif ou pendant la durée séparant la demande et la restitution effective du corps certain faisant suite à l'anéantisse-

ment rétroactif lorsque l'*accipiens* est non fautif. L'indemnité de jouissance dépend des règles de l'enrichissement injustifié (v. art. 1352-3). Lorsque l'*accipiens* est non fautif, elle est égale à la plus faible des deux sommes entre l'appauvrissement et l'enrichissement (art. 1303). Lorsqu'il est fautif, elle est égale à la plus forte des deux sommes (art. 1303-4, 2^e phrase).

Art. 1352-8. Le service n'est pas restituable en nature mais indemnisable en valeur. Le texte est imprécis. Il se détache formellement des règles sur l'enrichissement injustifié. Néanmoins, il n'y a aucune raison de ne pas les appliquer comme par le passé. Il faudrait tenir compte de la bonne ou mauvaise foi de l'*accipiens* et de la différence entre son appauvrissement et son enrichissement. La valeur à prendre en compte sera soit celle de l'avantage reçu par l'*accipiens*, soit celle du service fourni par le *solvens*, c'est-à-dire du prix reçu par lui en contrepartie (art. 1303). L'*accipiens* de bonne foi devra la plus faible des deux sommes entre la valeur du service et son prix (art. 1303). L'*accipiens* de mauvaise foi devra la plus forte des deux sommes (art. 1303-4, 2^e phrase). La valeur du service est appréciée au jour de sa fourniture (art. 1352-8).

Art. 1352-9. Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer. Il n'est pas distingué selon que les sûretés sont réelles ou personnelles, constituées par le débiteur ou par un tiers. La règle pourra s'appliquer sans difficulté aux sûretés personnelles, cautionnement⁴⁷ ou obligation solidaire⁴⁸. Elle s'appliquera plus difficilement aux sûretés réelles monovalentes ou aux sûretés réelles polyvalentes dans lesquelles le principe de spécialité est conçu de façon stricte⁴⁹. La solution procède d'une conception fonctionnelle et pratique des sûretés concernées. Elle ne signifie pas que l'obligation de restituer a la même cause que celle initiale au titre du contrat avant anéantissement. La caution n'est pas privée du bénéfice du terme. La solution pourrait être généralisée.

(À suivre)

44) En ce sens : Cass. ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16302, préc.

45) Cass. 1^{er} civ., 1^{er} févr. 1955, n° 32328 : Bull. civ. I, n° 48.

46) Cass. 1^{er} civ., 20 juin 1967, n° 65-12963 : Bull. civ. I, n° 227.

47) Cass. com., 17 nov. 1982, n° 81-10757 : Bull. civ. IV, n° 357.

48) Cass. 1^{er} civ., 5 juill. 2006, n° 03-21142 : Bull. civ. I, n° 357.

49) Cass. com., 2 nov. 1994, n° 92-14487 : Bull. civ. IV, n° 321 – Cass. 1^{er} civ., 1^{er} juill. 1997, n° 95-15642 : Bull. civ. I, n° 224.

Paul-Ludovic NIEL

Docteur en droit

chargé d'enseignement

Sciences Po Aix

Retour sur le formalisme de l'acceptation du don manuel ^{113x9}

Encourt la cassation l'arrêt qui, pour retenir la validité de l'acceptation du don manuel, se fonde sur l'exigence d'une délibération expresse du conseil municipal.

Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2016, n° 14-28297, FS-PB

La Cour :

(...)

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 932 du Code civil et L. 2242-1 du Code général des collectivités territoriales ;

Attendu que l'acceptation d'une donation dans les formes prescrites par la loi n'est exigée que pour la donation passée en la forme authentique ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, le 18 juillet 2008, M. X a acquis, de M^{me} Y et de M. Z, un tableau lors d'une vente publique aux enchères organisée par M. A, commissaire-priseur ; que, soutenant qu'elle avait acquis la propriété de cette œuvre en 1986 à la suite du don manuel que lui en avait fait la fille de l'artiste et qu'elle avait déposé plainte pour vol le 8 septembre 2008, après avoir découvert sa disparition, la commune de Marseille a assigné les vendeurs, l'acquéreur et le commissaire-priseur en revendication ;

Attendu que, pour rejeter la demande, l'arrêt retient que l'acceptation ne peut résulter d'une simple tradition et exige au contraire des conditions de forme précisées à l'article L. 2242-1 du Code général des collectivités territoriales, et que, faute de produire une délibération du conseil municipal d'acceptation du don, la commune de Marseille ne justifie pas être propriétaire du tableau qu'elle revendique ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'acceptation du don manuel, qui échappe à tout formalisme et peut être simplement tacite, n'avait pas à faire l'objet d'une délibération expresse du conseil municipal, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du moyen :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 23 septembre 2014, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

(...)

NOTE

1 Alors que beaucoup voyaient un renforcement du formalisme des libéralités, la Cour de cassation fait montre, en matière d'acceptation du don manuel, qu'il n'en est rien. Les faits à l'origine de la présente espèce n'étonnent guère tant la question de l'articulation des principes civils du droit des libéralités avec le droit de propriété des personnes publiques est prégnante. Le 18 juillet 2008, les époux X soutenaient qu'ils avaient acquis un tableau de maître lors d'une vente publique aux enchères organisée par M. A, commissaire-priseur. La commune de Marseille soutenait qu'elle avait acquis la propriété de cette œuvre artistique en 1986 à la suite du don manuel que lui en avait fait la fille de l'artiste et qu'elle avait déposé plainte pour vol le 8 septembre 2008, après avoir découvert sa disparition. Cette situation a conduit la commune de Marseille à assigner les vendeurs, l'acquéreur et le commissaire-priseur en revendication¹. Les juges du fond ont considéré que l'article L. 2242-1 du Code général des collectivités territoriales trouvait à s'appliquer en matière d'acceptation du don manuel par une collectivité. La haute juridiction casse l'arrêt d'appel aux visas de l'article 931 du Code civil et de l'article L. 2242-1 du Code général des collectivités territoriales. Même si le don manuel constitue une libéralité, son formalisme est allégé conformément aux prescriptions de l'article 931 du Code civil, ce que ne manque pas de rappeler la Cour de cassation **(I)** dans le but de maintenir la désolennisation du don manuel même lorsque le donataire est une collectivité **(II)**.

I. Exception à la règle de la solennité des donations entre vifs

2 L'on prend conscience que la force de la tradition de la chose donnée **(B)** impose à la haute juridiction de préciser l'articulation de l'article 931 du Code civil avec l'article L. 2242-1 du Code général des collectivités territoriales **(A)**.

¹ R. Mésa, « Formes de l'acceptation d'un don manuel » : Dalloz actualité, 29 janv. 2016.

A. L'articulation de l'article 931 du Code civil avec l'article L. 2242-1 du Code général des collectivités territoriales

3 Les dispositions de l'article 931 du Code civil précisent que « tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité ». L'intervention du notaire instrumentaire est prévue par l'article R. 1121-2 du Code général de la propriété des personnes publiques en cas de dons et legs faits à l'État et à ses établissements publics². En l'espèce, la libéralité prend la forme d'un don manuel dont la commune de Marseille estime être la donataire d'une œuvre artistique. L'article L. 2242-1 du Code général des collectivités territoriales précise que « le conseil municipal statue sur l'acceptation des dons et legs faits à la commune ». Or, en l'espèce, la Cour de cassation estime que l'acceptation authentique d'un don manuel n'est exigée que si cette libéralité a été authentifiée par un notaire ou par un acte administratif tant est si bien que ce don manuel n'a pas à faire l'objet d'une délibération expresse du conseil municipal. En revanche, dans le cas d'une donation avec charges d'un particulier à une commune, l'article L. 2242-1 du Code général des collectivités territoriales retrouve son empire et implique que le conseil municipal doit statuer sur l'acceptation de cette donation³.

4 En sorte que, dans la décision qui nous occupe, la question posée à la Cour de cassation se pose avec d'autant plus d'acuité que l'une des difficultés d'insertion du droit des libéralités en droit administratif résulte de l'articulation des règles de droit privé avec de droit administratif. On sait, en effet, que ce dernier se caractérise par l'autonomie du juge administratif dans l'application des règles de droit privé.

B. La force de la tradition de la chose donnée

5 La Cour de cassation rappelle régulièrement qu'une libéralité matérialisée par la tradition réelle de la chose constitue un don manuel, du seul fait de la dépossession du donateur⁴. Le don manuel se caractérise par la tradition de la chose donnée⁵. De même pour la haute juridiction si un fonds de commerce, faute de pouvoir faire l'objet d'une tradition matérielle, ne peut être donné par voie de don manuel, il n'en va pas de même de la somme représentative de

la valeur du fonds laquelle peut être donnée par voie de tradition⁶. En outre, pour la Cour de cassation le don manuel suppose une possession paisible, publique et non équivoque. Il en résulte un vice d'équivoque caractérisé par un doute sur la qualité en vertu de laquelle le possesseur détient le bien prétendument donné⁷. Or, en l'espèce le tableau *Intérieur à la fenêtre ouverte* donné à la ville de Marseille portait le numéro 733, numéro qui, selon les photographies annexées au constat d'huissier du 30 mars 2010, était apposé au dos du tableau acquis par M. X, ce dont il résultait que le tableau dont la propriété était revendiquée par la ville de Marseille et celui en possession de M. X étaient identiques.

6 Il n'est pas douteux qu'il peut y avoir don manuel sans tradition⁸. Cependant, en l'espèce, la tradition est bien réelle et pas fictive. De plus la tradition matérielle a pour objet les biens meubles corporels⁹. En l'espèce, seul le support matériel de l'œuvre d'art *Intérieur à la fenêtre ouverte* peut faire l'objet d'un don manuel et non les droits patrimoniaux sur l'œuvre, qui constituent des droits intellectuels, ou le droit moral, qui est incessible¹⁰. Ces droits sont protégés par le Code de la propriété littéraire et artistique. Outre la question de la validité de l'acceptation du don manuel, cet arrêt pose tout de même le rôle du formalisme des libéralités¹¹. On est donc fondé à envisager la portée de cette décision au regard de la désolennisation du don manuel.

II. Le maintien de la désolennisation du don manuel

7 Conformément à la dessaisine du donateur, suivie de la saisine du donataire, on considère que le don manuel réalisant par définition cette dessaisine-saisine se traduit par l'adage « donner et retenir ne vaut »¹² (A). L'absence de formalisme du don manuel est tempéré par la jurisprudence qui reconnaît la validité du pacte adjoind (B).

2) Lamy Droit public des affaires, 2015, n° 5014.

3) <http://www.maisondescommunes85.fr>.

4) Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2015, 11-20708, D.

5) C. Lebel, « Évolution de la propriété mobilière et don manuel (Origine et exception à la règle de la solennité des donations entre vifs) » : Dr. et patr. n° 74, sept. 1999, p. 74.

6) Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 2015, n° 14-23662.

7) Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2013, n° 12-16814, D.

8) C. Lebel, *op cit*.

9) *Lamy Patrimoine*, § 1 Conditions de forme, 275-25-Tradition matérielle.

10) *Ibid*.

11) M. Nicod, *Le formalisme en droit des libéralités*, Thèse Paris 12, 1996. J-F Montredon, *La désolennisation des libéralités*, Thèse Montpellier 1, 1987.

12) X. Lagarde, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du code civil » : RTD civ. 1997, p. 25.

A. *Nullo dato vel retinendo* : donner et retenir ne vaut

8 On sait que le formalisme de la donation notariée a notamment pour objet de protéger le consentement des parties et de garantir l'irrévocabilité des donations¹³. De même, la tradition garantit le respect de la règle de l'irrévocabilité des donations qui est demandé à l'article 894 du Code civil, et plus couramment exprimée par la maxime de Loysel : « Donner et retenir ne vaut »¹⁴. En l'espèce, il est précisé que « le don manuel qui existe et produit effet par la seule tradition que fait le donateur de la chose donnée entre les mains du donataire qui y consent, effectuée dans des conditions telles qu'elle assure la dépossession définitive et irrévocable du donateur, échappe à tout formalisme ». Les hauts magistrats vérifient que la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée est « effectuée dans des conditions telles qu'elle assure la dépossession définitive et irrévocable du donateur »¹⁵.

9 Cependant une donation de titres en nue-propiété avec une réserve d'usufruit, d'administration et de libre disposition ne constitue pas une dépossession irrévocable¹⁶. La Cour de cassation rappelle que « le don manuel implique chez le donateur l'intention de se dépouiller irrévocablement du bien donné, tandis que l'usufruitier de deniers doit les restituer au nu-propiétaire en fin d'usufruit ; qu'en rete-

nant tout à la fois que la somme litigieuse avait fait l'objet d'un don manuel au profit de M. Y et que celui-ci en avait seulement reçu l'usufruit, la cour d'appel a statué par des motifs contradictoires, en violation de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile (...) »¹⁷.

B. Le recours à un pacte adjoint au don manuel

10 Ce qui n'est pas précisé dans l'arrêt, car la question n'était pas querellée, c'est que la Cour de cassation admet de manière constante la validité des pactes adjoints au don manuel¹⁸ en faisant respecter le principe de l'irrévocabilité des donations interdisant tout pacte affectant celles-ci d'une condition même simplement potestative. Il en résulte que la violation de cette prohibition est sanctionnée par la nullité de la donation elle-même et non pas seulement de la condition¹⁹. Logiquement le pacte adjoint doit être postérieur à la réalisation de la tradition matérielle de la chose donnée. Cette question du pacte adjoint et analyse subséquente ne se posait pas en l'espèce, car la commune ne rapportait pas la preuve de sa qualité de propriétaire du tableau. On mesure, comme l'observe la doctrine, à quel point la notion de don manuel conserve son unité en tant que contrat réel²⁰. Le don manuel présente une certaine stabilité dont les ramifications, avec d'autres branches du droit, n'ont pas fini de se dévoiler.

13) Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013, n° 12-15618, PB.

14) J. Leprovaux, « Le don manuel : un cadeau empoisonné ? » : *Dr.et patr.* n° 220, déc. 2012, p. 136.

15) *Ibid.*

16) *Ibid.*

17) Cass.1^{re} civ., 25 févr. 1997, n° 94-22022, PB.

18) *Lamy Patrimoine*, 275-70-Validité du pacte adjoint.

19) Cass.1^{re} civ., 25 nov. 1986, n° 84-12796.

20) N. Peterka, *Les dons manuels*, Thèse Paris 2. 1999.



ARCHÉOLOGIE

Des offrandes sur une table ^{115a9}

Dans l'Égypte antique, les tables d'offrandes, des blocs de pierre sculptée, étaient destinées à être déposées devant les statues et les fausses portes magiques des tombeaux. Le Louvre en conserve plusieurs, dont une trouvée à Méroé, une cité antique de Nubie, où furent inhumés les rois de la première civilisation connue d'Afrique noire. Appelé Koush par la Bible, Éthiopie par les Grecs et les Romains, le royaume méroïtique occupa, du III^e siècle av. J.-C. au IV^e siècle de notre ère, un immense territoire de Philae à Khartoum.

Une table de forme hotep, avec canal déverseur (H. : 8 cm, L. : 44 cm, l. : 40 cm), datée du Moyen Empire de la XII^e dynastie (1991 à 1786 av. J.-C.), a été mise en vente à Drouot le 25 mai dernier par la SVV Bergé & Associés, assistée par Christophe Kunicki, avec une estimation de 25 000 à 30 000 €. Cette pièce en calcaire est gravée de deux formules d'offrandes au nom de l'Hôte auprès d'Horus Hapidjefai, commençant à l'angle supérieur droit et se terminant au niveau du bec. On peut lire, du moins ceux qui savent décrypter les hiéroglyphes, sur sa droite, une formule concernant « Anubis qui est sur sa montagne, le Préposé aux bandelettes, le Supérieur de la nécropole qui préside au pavillon divin, le Maître de Sépa, dans toutes ses places ». Et on peut lire sur sa gauche une autre formule concernant « Osiris Seigneur de Bousiris, le Grand dieu, Seigneur d'Abydos, dans toutes ses places », avec les détails des festivités canoniques. Ces inscriptions s'achèvent au niveau du bec destiné à pourvoir aux besoins alimentaires du défunt dans l'au-delà.

Un déversoir, enfin, permettait à l'eau que l'on offrait en libation et pour purifier les aliments de s'écouler sur le sol. « La table d'offrandes fait partie, dans l'Égypte ancienne, des objets indispensables au culte funéraire, lequel se résumait pour l'essentiel en fournitures alimentaires, explique l'expert. Cet accessoire, poursuit-il, servait surtout à des libations qui entretenaient l'illusion d'une consommation de nourriture par le défunt du fait de l'évaporation d'eau ».

Cette table a été découverte durant l'hiver 1913-1914 à Assiout, en Moyenne-Égypte, par Ahmet bey Kamal pour le compte de Sayed bey Khashaba. Ce dernier a commencé les fouilles le 15 novembre 1913 à Deir Dronka, situé au pied de la montagne de Siout, dans un cimetière d'époque copte en majeure partie, rapporte Ahmed bey Kamal dans un article publié, en 1916, dans les Annales du service des antiquités de l'Égypte (ASAE). Après avoir découvert diverses œuvres de l'époque grecque et chrétienne, l'archéologue trouva notamment des sarcophages, oushebtis, momies, vases, datant pour la majeure partie du Moyen Empire. Il mentionne également trois sarcophages emboîtés accompagnés de cette table d'offrandes au nom de Hapidjefai et indique la découverte d'une grande statue de bois, 2,25 mètres, aujourd'hui conservée au musée du Louvre et d'une plus petite, attribuée à Hapidjefai. « Cependant, en l'absence de titulature et de filiation sur notre table d'offrandes, et du nom relativement courant au Moyen Empire, il est difficile de trancher si tous ces monuments appartiennent au même personnage », constate encore l'expert Christophe Kunicki.

Au catalogue figure également une statue représentant la déesse Hathor (H. : 72,5 cm, Nouvel Empire, XVII^e dynastie, XVI^e-XIII^e siècle av. J.-C.), estimée 120 000 à 130 000 €. La jeune femme se tient debout sur une base, les pieds joints, vêtue d'une longue robe moulante descendant à mi-mollets. Elle est coiffée d'une lourde perruque tripartite striée couvrant les oreilles. Elle tend la main gauche vers son pubis et porte la droite sur le sein gauche. Les bras sont travaillés séparément et l'on note des manques. La déesse Hathor, « qui remplit le ciel et la terre de sa beauté », est l'image la féminité divinisée. Durant le premier millénaire avant J.-C., le culte d'Hathor s'est intensifié et a été parfois jumelé à celui d'autres divinités issues des panthéons voisins à l'Égypte. C'est notamment le cas avec Astarté en Mésopotamie ou Aphrodite chez les Grecs.



Cette table d'offrandes de forme hotep, datée du Moyen Empire de la XII^e dynastie (1991 à 1786 av. J.-C.), est estimée 25 000 à 30 000 €.

Infos

Renseignements et catalogues : Bergé & Associés, 92, avenue d'Iéna, 75116 Paris.
Tél. : 01 49 49 90 08.
www.pba-auctions.com.

Bertrand Galimard Flavigny

LA COTE DU JOUR

Surréalisme encore

La dispersion de la collection d'ouvrages Dada-Surréalisme R. & B. L. à Paris le 26 avril 2016 par la SVV Binoche Giquello et Sotheby's, assistés par Claude Oterelo, a totalisé 5, 8 millions d'euros.

De Man Ray, *Champs délicieux*, 1922, un album composé de 12 rayographies originales, a été adjugé 247 000 €. Le livre-objet de Marcel Duchamp et André Breton, *Le Surréalisme en 1947*, a provoqué la dispute de vingt enchérisseurs jusqu'à 147 000 €.

De Hans Bellmer, *Les Jeux de la poupée*, album inédit constitué par 15 photographies originales, illustré de textes de Paul Éluard, 1949, a atteint 135 000 €. Un manuscrit de Salvador Dalí, illustré de nombreux dessins originaux sur 33 pages, a été acquis pour 91 800 €.

Design américain

Le majestueux cabinet en cuivre, acier, laiton et bois, réalisé par Paul Evans (1931-1987), a été adjugé 68 120 €, par Piasa, le 27 avril dernier, lors d'une vacation consacrée au mobilier américain des années 1940 à 1980. La paire de fauteuil en résine et tissu, pièce unique des années 1970, par le même designer, s'est envolée à 83 000 €.

De l'école de New Hope, le buffet *Free Edge* en noyer d'Amérique – matériau de prédilection de George Nakashima (1905-1990) – et rafia, véritable témoin de l'inspiration des lignes modernistes de l'ébéniste, s'est vendu 70 600 €. Le banc *Conoid* en noyer d'Amérique noir et caryer, pièce unique créée en 1961, portant la signature du père de l'American Craft, a, quant à lui, été vendu 54 096 €.

Enfin, les connaisseurs ont été particulièrement attentifs aux créateurs américains des années 1950 à 1970 avec, par exemple, un fort attrait pour les pièces des Laverne père et fils, qui créaient des meubles combinant des techniques innovantes et un style traditionnel. La paire de tables d'appoint en laiton, étain et bois au décor d'inspiration asiatique par Philip (1907-1987) et Kelvin (né en 1937) Laverne a trouvé acquéreur pour la somme de 29 624 € ; leur table basse datée de 1969 a trouvé preneur à 38 640 €.

À noter encore, de T. H. Robsjohn-Gibbings (1905-1976), une paire de commodes en palissandre, paille et laiton vendue 52 808 €, et la table basse de Paul Frankl (1886-1958) en noyer et liège, édition des années 1950, est partie à 21 252 €.

Face à la production industrielle de meubles, dans les années 1920-1930, les *designers* américains ont inventé une nouvelle esthétique empreinte de leur culture américaine et ont su se créer une identité propre. La Pennsylvanie, et New Hope en particulier, furent un lieu de ralliement artistique et créatif important pour ces artistes, et un grand nombre de sculpteurs, *designers*, ébénistes et architectes en ont émergé, donnant naissance à ce que l'on appellera la New Hope School.

LES VENTES FUTURES

Les maîtres de l'humour

La SVV Cornette de Saint Cyr, assistée par François Meyniel, mettra en vente le 30 mai prochain une collection de 280 dessins, aquarelles, huiles sur toile et planches de BD de dessinateurs humoristiques.

À noter, une dizaine de dessins issus de la série parue dans le livre *Traits d'humour sur toiles de maîtres* de 1990, écrit par Daniel Delamare et François Cavanna, avec Siné d'après Cézanne, Cabu d'après Buffet, Testu d'après Degas ou encore Wolinski d'après Vermeer...

• Renseignements : Cornette de Saint Cyr, 6, avenue Hoche, 75008 Paris. Tél. : 01 47 27 11 24.
Fax : 01 45 53 45 24. www.cornettedesaintcyr.fr.