

Stéphane Zinty

La constitution du droit réel par l'effet de la tradition

ZINTY Stéphane. *La constitution du droit réel par l'effet de la tradition*, sous la direction de William Dross. -
Lyon : Université Jean Moulin (Lyon 3), 2014.
Disponible sur : www.theses.fr/2014LYO30025



Document diffusé sous le contrat Creative Commons « Paternité – pas de modification » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer ni l'adapter.



Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit privé

STEPHANE ZINTY

LA CONSTITUTION DU DROIT REEL PAR L'EFFET DE LA TRADITION

Soutenance du mercredi 28 mai 2014

Université Jean Moulin Lyon 3

COMPOSITION DU JURY DE SOUTENANCE

Directeur de thèse : **Monsieur William DROSS**
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Membres du Jury : **Monsieur Philippe SIMLER**
Professeur à l'Université de Strasbourg

Monsieur Frédéric DANOS (Rapporteur)
Maître de Conférences à l'Université Panthéon Sorbonne

Monsieur Philippe CHAUVIRE (Rapporteur)
Professeur à l'Université de Lorraine

Madame Françoise PEROCHON
Professeur à l'Université de Montpellier 1

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier

Monsieur le Professeur William DROSS pour ses précieux conseils et sa disponibilité. Qu'il trouve ici l'expression de ma profonde reconnaissance ;

Odette et Gérard, qui ne pourront pas assister à l'aboutissement de ces longues années de travail ;

Mon épouse, ma mère, ma belle-mère et mes proches, pour leur grande patience et leur soutien indéfectible pendant toutes ces années ;

Et Lilie, pour tant d'autres choses encore.

SOMMAIRE

1^{ère} PARTIE : LA CONSTITUTION DU DROIT REEL PAR LA TRADITION

Titre 1^{er} : La constitution du droit de propriété par la tradition

Chapitre 1^{er} : Le transfert de propriété par la remise matérielle

Chapitre 2^{ème} : Le transfert de propriété par la remise dématérialisée

Titre 2^{ème} : La constitution du droit réel démembre par la tradition

Chapitre 1^{er} : La constitution *de lege feranda* du droit réel démembre par la tradition

Chapitre 2^{ème} : La constitution *de lege lata* du droit réel démembre par la tradition

2^{ème} PARTIE : L'OPPOSABILITE DU DROIT REEL CONSTITUE PAR LA TRADITION

Titre 1^{er} : La tradition envisagée comme le fondement technique de l'opposabilité

Chapitre 1^{er} : Le rejet de la convention

Chapitre 2^{ème} : L'affirmation de la tradition

Titre 2^{ème} : L'opposabilité envisagée à travers le fondement technique de la tradition

Chapitre 1^{er} : L'opposabilité du droit réel constitué

Chapitre 2^{ème} : L'opposabilité de la propriété réservée

TABLE DES ABREVIATIONS

Al.	Alinéa
Act.	Actualité
<i>Act. Proc. Coll.</i>	Actualité des procédures collectives
<i>Ann. Prop. Ind.</i>	Annales de la propriété industrielle
<i>Arch. phil. dr.</i>	Archives de philosophie du droit (Sirey-Dalloz)
Art.	Article
AJ	Actualité jurisprudentielle (Dalloz)
<i>BTL</i>	Bulletin des transports et de la logistique
<i>Bull. ass. mut.</i>	Bulletins de l'association mutuelle des Conservateurs
<i>Bull. ass. plén.</i>	Bulletin de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. Civ.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre civile de la Cour de cassation
<i>Bull. Crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin Joly Sociétés
CE	Arrêt du Conseil d'Etat
Cass. Civ.	Arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Civ. 1 ^{ère}	Arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Civ. 2 ^{ème}	Arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Civ. 3 ^{ème}	Arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>C. Civ.</i>	Code civil
<i>C. Com.</i>	Code de commerce
Chron.	Chronique
Col.	Collection
Comp.	Comparer
<i>Contra.</i>	En sens contraire
<i>Contrats Conc. Cons.</i>	Contrats, Concurrence, Consommation
Chap.	Chapitre
<i>CPI</i>	Code de la propriété industrielle
Cass. Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. Affaires</i>	Dalloz Affaires
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>DH</i>	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (années antérieures à 1941)
<i>DP</i>	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (années antérieures à 1941)
<i>Dr. Sociétés</i>	Revue droit des Sociétés (Lexis Nexis)
<i>Ed.</i>	Edition
<i>Fasc.</i>	Fascicule
<i>GP</i>	La Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	Dans le même ouvrage

<i>In</i>	Dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>Inf. rap.</i>	Informations rapides (du Recueil Dalloz)
<i>JCP</i>	La semaine juridique (Jurisclasseur périodique), édition générale
<i>JCP E</i>	La semaine juridique (Jurisclasseur périodique), édition entreprises
<i>JCP N</i>	La semaine juridique (Jurisclasseur périodique), édition notariale
<i>JO</i>	Journal officiel
<i>Juris.</i>	Jurisprudence
<i>Liv.</i>	Livre
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
<i>n°</i>	Numéro
<i>Obs.</i>	Observations
<i>Op. cit.</i>	Ouvrage cité
<i>Ord.</i>	Ordonnance
<i>p.</i>	Page
<i>PIBD</i>	Propriété industrielle, Bulletin documentaire
<i>Préc.</i>	Précité
<i>Rappr.</i>	Rapprocher
<i>Req.</i>	Requête
<i>Rev.</i>	Revue
<i>Rev. Crit.</i>	Revue critique législative et jurisprudentielle
<i>RD imm.</i>	Revue de droit immobilier (Sirey-Dalloz)
<i>Rev. dr. banc. et bourse</i>	Revue de droit bancaire et de la bourse
<i>Rev. dr. banc. et financier</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>Rev. Dr. Fiscal</i>	Revue de droit fiscal
<i>Rev. Juris. Com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>Rev. loyers</i>	Revue des loyers
<i>Rev. proc. coll.</i>	Revue des procédures collectives
<i>RIDA</i>	Revue internationale des droits de l'antiquité
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>Rev. intern. droit comparé</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>Rev. Lamy dr. Affaires</i>	Revue Lamy de droit des affaires
<i>Rev. dr. Civil</i>	Revue Lamy de droit civil
<i>Rev. prat. dr. fr</i>	Revue pratique de droit français
<i>RTD Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD Com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>Sect.</i>	Section
<i>Somm.</i>	Sommaires commentés
<i>Spéc.</i>	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessous
<i>T.</i>	Tome
<i>Tit.</i>	Titre
<i>V.</i>	Voir
<i>v.</i>	Voir
<i>Vol.</i>	Volume

INTRODUCTION

« *S'il y avait des principes et des lois fixes, les peuples n'en changeraient pas comme nous changeons de chemises* »¹

Honoré de Balzac,

« *Le père Goriot* »

1. « *Les biens constituent, avec les personnes et les obligations, la dimension essentielle de l'univers juridique* »². Ce triptyque occupe une place essentielle au sein de l'architecture même du Code civil. En effet, tandis que le Livre 1^{er} du Code traite « *des personnes* », le Livre 2^{ème} aborde la matière des « *biens et des différentes modifications de la propriété* ». Le livre 3^{ème} traite « *des différentes manières dont on acquiert la propriété* » et constitua pendant longtemps le dernier livre du Code civil en intégrant la matière des sûretés³. Il est fondamental dans la mesure où il organise le lien entre l'être et l'avoir à travers l'appropriation dont on estime qu'elle est « *un besoin vital de l'âme* »⁴. Les articles 711 et 712 du Code civil représentent les dispositions inaugurales du livre 3^{ème} en énumérant les principaux modes d'acquisition dérivés et originaires de la propriété : par succession, par l'effet des obligations, par prescription ou par accession. Mode d'acquisition dérivée de la propriété, le transfert par l'effet des obligations occupe une place significative au sein de ce schéma au vu de l'importance de l'activité juridique entre les personnes. L'analyse de sa perfection est complexe et représente une donnée essentielle, située au carrefour du droit des biens et du droit des obligations. Elle nécessite cependant préalablement de bien comprendre ce qui constitue la substance du droit de propriété.

2. ***Absolutisme et exclusivisme du droit de propriété.*** L'article 544 du Code civil énonce que « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue,*

¹ H. De BALZAC, *Le Père Goriot*, éd. Gallimard, Col. Bibliothèque de la Pléiade, 1976, p. 144.

² F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Droit civil, Les biens*, PUF, 3^{ème} éd. 2008, remise à jour et augmentée, n° 1, p. 17.

³ Il fut créé un Livre 4^{ème} au Code civil avec l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, portant réforme du droit des sûretés.

⁴ S. WEIL, *L'enracinement, Préludes à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, éd. Gallimard 1949, p. 31 : « *La propriété privée est un besoin vital de l'âme. L'âme est isolée, perdue, si elle n'est pas dans un entourage d'objets qui soient pour elle comme un prolongement des membres du corps* ».

pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Il est ainsi nécessaire de déterminer précisément le contenu de l'absolutisme du droit de propriété qui représente l'élément central de la définition posée par l'article 544. A cet égard, il est classiquement considéré que le droit de propriété est par essence absolu⁵ car il offre au bénéficiaire, de façon exclusive et perpétuelle, la plénitude des prérogatives sur la chose à travers l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*⁶. Le droit de propriété renvoie ainsi à « *la forme la plus complète du droit subjectif* »⁷. Cette idée conduit alors à celle selon laquelle l'exclusivité du droit de propriété ne serait qu'une conséquence de son absolutisme dans la mesure où la consistance de la jouissance d'un droit dicte celle du pouvoir d'exclure les tiers⁸. Cette analyse est néanmoins discutable tant la notion d'exclusivité est substantiellement liée au concept de propriété privée. Inutile à une personne seule au monde, la propriété devient nécessaire en société. C'est alors parce qu'un bien est la propriété d'une personne qu'il ne peut être approprié par une autre de sorte que le droit de propriété porte substantiellement la marque de l'exclusivisme⁹. L'idée selon laquelle l'absoluité du droit de propriété correspond davantage à l'absence totale de concurrence sur le bien approprié a ainsi été émise en doctrine¹⁰. Selon cette analyse, l'exclusion des tiers est la cause efficiente du pouvoir complet de jouissance¹¹ tandis que la plénitude des prérogatives du propriétaire sur le bien représente la conséquence du rapport d'exclusivité sur ce dernier. La jouissance du droit de propriété apparaît ainsi comme une jouissance d'exclusivité, où l'accès aux utilités est l'effet de l'exclusivité¹².

3. Cette approche permet d'expliquer les aménagements dont les utilités du bien peuvent faire l'objet. Lorsque l'on définit l'absoluité du droit de propriété par la plénitude des

⁵ W. DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, n° 41, p. 83.

⁶ En ce sens, AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, d'après ZACHARIAE, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, T. II, §190, p. 151 : « *la propriété, dans le sens propre de ce mot (dominium), exprime l'idée du pouvoir juridique le plus complet d'une personne sur une chose, et peut se définir, le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une manière absolue et exclusive, à la volonté et à l'action d'une personne* ».

⁷ ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963, p. 29.

⁸ En ce sens, Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, Thèse Université Panthéon-Assas, 2012, n° 168, p. 161.

⁹ JOSSERAND avait incidemment remarqué que le Code français insiste sur l'absolutisme du droit de propriété plutôt que sur l'exclusivisme, à la différence de son homologue allemand, cité par M. LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Thèse Paris II, Economica, 1989, n° 14, p. 22.

¹⁰ En ce sens notamment, F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Préface L. AYNES, Economica, 2007, n° 209, p. 232 : « *Bien plus que la plénitude des pouvoirs sur la chose, l'absolutisme de la propriété exprime le fait que ce droit s'impose à tous...* ».

¹¹ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, 208, p. 332 ; F. DANOS, *op. cit.*, n° 145 et s., p. 154 et s.

¹² F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique du droit de propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse Lyon III, 1981, n° 421, p. 582 : « *L'utilité n'est que l'effet dont l'exclusivité est la cause. Une fois de plus, il faut affirmer que les utilités ne sont que des épiphénomènes de la propriété et non la propriété elle-même* ».

utilités du bien, il n'est pas possible de conclure au maintien du droit de propriétaire alors qu'il n'a temporairement plus la jouissance de son bien. En revanche, dès lors que l'on définit essentiellement l'absoluité par l'exclusivité, la jouissance qui est la conséquence de cette exclusivité peut être aménagée sans altérer la substance absolue du droit de propriété. En réalité, il s'agit de dissocier opportunément le droit de son exercice. Etre propriétaire est une chose, profiter des utilités de son bien en est une autre¹³. Il en résulte l'idée qu'une personne peut être propriétaire d'un bien sans pouvoir l'utiliser, comme si l'essentiel en matière de propriété était de maintenir le rapport d'exclusivité vis-à-vis d'autrui. Tel est le cas en présence de la constitution d'un droit d'usufruit, où le nu-propriétaire demeure bien propriétaire de la chose malgré qu'il n'en ait plus la jouissance¹⁴. Il en va de même en présence d'une vente assortie d'une clause de réserve de propriété, où le vendeur, bien qu'il n'ait plus la jouissance de la marchandise transmise à l'acquéreur, n'en demeure pas moins propriétaire jusqu'au complet paiement du prix. L'absoluité du droit de propriété est liée à l'exclusivité, ce qui rapproche au demeurant l'analyse juridique de la propriété de son analyse sociologique¹⁵. En cela, le droit de propriété se distingue du droit personnel, lequel n'implique qu'une relation entre deux personnes qui ne peut être par nature exclusive¹⁶ et ce bien qu'il soit un droit subjectif¹⁷.

¹³ Rappr. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, Paris, 1960, n° 12, p. 32: « la propriété n'est pas nécessairement le droit de retirer de la chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de procurer ; mais si le propriétaire ne peut toujours la retirer effectivement, il en conserve à tout moment l'expectative, la potentialité ».

¹⁴ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, préface M. GOBERT, n° 98, p. 79 : « pourquoi le nu-propriétaire ou le propriétaire du fonds servant sont-ils demeurés des propriétaires malgré les limitations de leurs prérogatives ? Pourquoi n'est-ce pas l'usufruitier qui est qualifié de propriétaire alors qu'il a lui un droit réel de jouissance de la chose et que le nu-propriétaire n'a aucun pouvoir sur celle-ci ? Il est ici particulièrement net que l'existence actuelle de la plénitude des prérogatives du propriétaire sur le bien n'est pas l'essence du droit de propriété ».

¹⁵ DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, PUF, Coll. Quadrige, 2010, p. 171-172 : « le droit de propriété consiste essentiellement dans le droit de retirer une chose de l'usage commun... Le droit de propriété se définit beaucoup plus par un côté négatif que par un contenu positif, par les exclusives qu'il implique que par les attributions qu'il confère ».

¹⁶ La convention conclue entre deux personnes peut certes prévoir un engagement exclusif de l'une des parties, mais il ne s'agit là que d'un aménagement conventionnel. A la différence du droit de propriété, le droit personnel n'est pas exclusif par nature puisque le débiteur d'une obligation doit demeurer par principe libre de fournir la même prestation à autrui.

¹⁷ Certains auteurs estiment que l'exclusivité n'est pas l'apanage du droit de propriété et que le droit personnel est également exclusif en ce qu'il est un droit subjectif. L'idée même de droit subjectif, qui est un pouvoir de droit, implique alors que le droit personnel soit aussi exclusif que le droit de propriété. En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583 et s., n° 3-7. Le raisonnement se heurte néanmoins à la même objection : l'obligation liant deux personnes ne peut en principe être exclusive sous peine de revêtir un certain aspect liberticide. L'exclusivité du droit subjectif est nécessairement différente de celle du droit de propriété.

4. ***Absolutisme et opposabilité erga omnes du droit de propriété.*** Définir la propriété par l'exclusivisme aboutit à l'idée selon laquelle l'opposabilité *erga omnes* est la structure même du droit de propriété. Cette thèse est soutenue par M. Danos pour lequel la propriété peut être définie dans sa plénitude comme le droit qui détermine ce qui appartient à tel ou tel, par référence à tout autre qui en est exclu, afin que celui qui bénéficie de la chose puisse en jouir pleinement¹⁸. Selon l'auteur, « *la propriété se ramène donc dans sa structure fondamentale à un rapport d'exclusion d'autrui relativement à une chose déterminée, constituée par l'opposabilité erga omnes à laquelle elle s'identifie pleinement* »¹⁹. L'analyse proposée opère en conséquence un rapprochement entre les notions d'absolutisme et d'opposabilité *erga omnes* puisque l'opposabilité « *identifie le rapport absolu, le rapport aux tiers, auquel correspond le droit de propriété et elle met en lumière le lien d'exclusion en lui donnant une qualification juridique spécifique au sein de ce droit* »²⁰. Elle place ainsi l'opposabilité *erga omnes* au cœur de la notion de propriété privée, raisonnement qui trouve par ailleurs un certain écho en doctrine²¹.
5. Il n'en demeure pas moins que ce raisonnement opère un gonflement excessif du concept d'exclusivité²² qui présente l'inconvénient de méconnaître l'aspect interne du droit de propriété, c'est-à-dire le rapport entre une personne et une chose²³. Certes, le propriétaire peut aménager son droit de jouissance par démembrement de telle sorte qu'il ne puisse plus profiter des utilités de son bien²⁴ mais il s'agit là d'un schéma auquel il consent et qui traduit sur un plan négatif le droit de ne pas jouir de la chose. Par ailleurs, les restrictions légales dont peut faire l'objet le droit de propriété, notamment à travers le

¹⁸ F. DANOS, *op. cit.*, n° 210, p. 234.

¹⁹ F. DANOS, *op. cit.*, n° 211, p. 235.

²⁰ F. DANOS, *op. cit.*, n° 210, p. 233-234.

²¹ CAPITANT, « Sur la nature des droits réels », in *Mélanges Sugiyama*, Paris Sirey, 1940, p. 29 : « Si le droit réel comporte indiscutablement un pouvoir de fait sur la chose, sa véritable nature juridique consiste dans l'opposabilité de ce pouvoir aux tiers, c'est-à-dire dans l'obligation qui incombe à ceux-ci de le reconnaître et de s'abstenir de tout ce qui pourrait en entraver l'exercice » ; Ch. ATIAS, *Le transfert conventionnel de la propriété immobilière*, Thèse Poitiers, 1975, n° 104, p. 161-162 : « Le droit de propriété existe par essence adversus omnes... Le droit réel de propriété n'existe pas, s'il est inopposable aux tiers. Prérogative exercée directement sur une chose, il tient sa valeur juridique de son exclusivité, c'est-à-dire de la possibilité d'écarter autrui de cette chose. Dépouiller la propriété de son caractère absolu, c'est lui enlever son essence même » ; Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, Préface Th. REVET, LGDJ, 2013, *Bibl. de droit privé*, T. 547, n° 446, p. 285, pour qui l'opposabilité « n'est qu'une autre façon d'exprimer l'exclusivité, c'est-à-dire de décrire par d'autres mots ce qui constitue l'essence même de la propriété ».

²² En ce sens, W. DROSS, *op. cit.*, n° 42-1, p. 94, lequel relève que ce gonflement du concept d'exclusivité est discutable car il conduit à confondre sur un plan étymologique exclusivité et totalité des pouvoirs.

²³ En ce sens, W. DROSS, *op. cit.*, n° 490-4, p. 896 ; Ch. GIJSBERS, *op. cit.*, n° 168, p. 159 : « En centrant la propriété sur la relation aux autres, la théorie moderne évacue (...) ce qui constitue le point essentiel de l'institution dans la vie des hommes : la jouissance des richesses ».

²⁴ V. *supra* n° 3.

régime des servitudes légales, constituent des exceptions à la jouissance du propriétaire n'altérant cependant pas le principe. La jouissance comme l'exclusion des tiers représentent les composantes essentielles de l'absolutisme du droit de propriété²⁵, la consistance de la première marquant l'étendue de la seconde. L'absolutisme du droit de propriété ne peut donc se réduire à l'opposabilité *erga omnes*, qui ne concerne que les rapports du droit avec les tiers. Il n'apparaît donc pas concevable de situer la substance du droit de propriété dans l'opposabilité, cette dernière ne renvoyant qu'à l'aspect externe de ce droit.

6. Absolutisme du droit de propriété et mécanisme translatif. « Pour la constitution et la transmission d'un droit absolu, il faut une publicité absolue »²⁶. Derrière l'apparente simplicité de cette phrase, se cache en réalité toute la complexité des rapports entre la propriété et son mécanisme translatif. En premier lieu, il n'est pas question dans le cadre de cette étude de prendre part au débat relatif à la nature juridique du droit de propriété mais seulement de déterminer le moment de sa constitution. Le droit de propriété sera par conséquent considéré comme un droit réel au sens large, ce qu'il est dans la mesure où il représente avant tout un rapport juridique entre une personne et un bien. Toutefois, la distinction opérée précédemment entre le droit et son exercice²⁷ conduit à distinguer le droit de propriété de son objet, indépendamment de la question de sa nature patrimoniale ou extra-patrimoniale²⁸. En second lieu, s'agissant du mécanisme translatif, il est une évidence que celui-ci doit logiquement correspondre à la substance du droit de propriété, et plus précisément à son absolutisme. Ce point est en réalité fondamental. Si, au plan théorique, l'absolutisme de la propriété repose sur l'idée d'une jouissance sans partage du propriétaire, sa perfection ne requiert sur un plan technique que l'accomplissement d'un formalisme d'opposabilité *erga omnes*. En effet, parce qu'il est un droit subjectif, c'est-à-dire un pouvoir de droit d'un sujet sur un objet donné²⁹, le droit de propriété implique un pouvoir de jouissance qui ne nécessite pas de mettre la personne directement en contact avec la chose. Au-delà de la jouissance effective du bien, seul compte le pouvoir de jouissance sur ce bien, ce qui est en définitive conforme à la distinction opérée

²⁵ F. DANOS, *op. cit.*, n° 210, p. 234.

²⁶ HUC, « Du transfert de propriété en droit français par l'effet des obligations », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, Tome XII, 1863, p. 246 et s., spéc. 252-254.

²⁷ V. *supra* n° 3.

²⁸ Sur la question, v. les développements de W. DROSS, *op. cit.*, n° 490-3 et s., p. 896 et s.

²⁹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, éd. Dalloz, 1952, p. 80 et s. qui définit ce pouvoir par la relation d'appartenance-maîtrise : appartenance dans la mesure où la personne peut dire qu'un droit est le sien, maîtrise en tant que pouvoir de libre disposition de la chose objet du droit, résultat de l'appartenance.

précédemment entre le droit et son exercice. Une personne peut parfaitement acquérir un bien dont il ne peut pas jouir immédiatement, en raison par exemple d'un éloignement géographique. N'ayant alors qu'un pouvoir de jouissance sur le bien, nul doute cependant qu'il peut parfaitement en être le propriétaire au moyen du lien juridique et abstrait qu'il noue avec la chose à travers le transfert de propriété. Il s'ensuit que la constitution du droit de propriété, au plan technique, ne suppose que le respect de l'aspect externe de ce dernier, c'est-à-dire son opposabilité *erga omnes*. Ainsi, peut-on dire que le mécanisme translatif de propriété doit assurer l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété, ce qui suppose qu'il associe les tiers. Il est en conséquence nécessaire de retracer l'évolution du mécanisme translatif de propriété afin d'apprécier si le système actuellement consacré en droit positif est conforme à la substance du droit de propriété.

7. ***Droit romain : mancipatio et in jure cessio.*** Le droit romain fut, dans un premier temps tout du moins, très attaché à une conception matérielle du transfert de la propriété centrée sur la remise de la chose. Deux procédés de droit civil étaient utilisés à cette fin : la mancipation et *l'in jure cessio*³⁰. Schématiquement, toute aliénation ayant pour objet une *res Mancipi* devait revêtir l'une ou l'autre de ces procédures afin de produire l'effet translatif escompté.
8. S'agissant de la *mancipatio*, outre la prononciation de paroles destinées à rendre compte du changement de propriétaire, le rituel comportait une appréhension de la part de l'acquéreur³¹. La perfection du transfert de propriété coïncidait avec l'accomplissement de rituels qualifiés « *d'acte d'appréhension matériel* »³². L'acquéreur tenant la chose entre ses mains, prononçait quelques paroles³³ et frappait une balance avec un lingot. L'aliénateur recevait alors le paiement du prix et accordait son *auctoritas*. Sur ce point, les interprètes s'accordent à penser, malgré qu'aucun texte ne l'expose véritablement, que le paiement du prix représentait une condition de l'effet de la mancipation³⁴, dans la mesure

³⁰ ACCARIAS, *Précis de droit romain, avec l'exposé des principes généraux des Institutes de Justinien*, t. 1^{er}, 1886, Paris, p. 560 et s. ; ORTOLAN, *Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien*, 5^{ème} édition, 1851, Paris, Videcoq ; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz 2003, Réédition par J.-Ph. LEVY, p. 307 et s. ; OURLIAC et De MALAFOSSE, *Droit privé et ancien droit français, Les biens*, PUF, 1961.

³¹ GAIUS, *Institutes*, I, 119 et 122.

³² GIRARD, *op. cit.*, p. 309, note n° 4, lequel parle de "*rem tenens*".

³³ GAIUS, *Institutes*, I, 119, 122. GAIUS, qui rapporte seul la formule de la mancipation, ne fait pas état de cette indication, mais elle est attestée par PAUL, F. V. 50. De plus, tous les actes relatifs aux mancipations mentionnent le paiement du prix, v. GIRARD, *op. cit.*, p. 309, note 6.

³⁴ GIRARD, *op. cit.*, p. 313 : « *La règle ne s'applique pas seulement...à la mancipation. Elle a été faite pour elle...* ».

où la remise de la chose était incontestablement encadrée par un rituel s'achevant par le paiement de l'aliénation. La ritualisation de l'opération translatrice, dans laquelle s'inscrivait la remise de la chose, s'étendait au paiement du prix de sorte que le transfert de propriété était indissolublement lié au paiement du prix par l'acquéreur.

9. L'*in jure cessio* reposait également sur un geste de remise de la chose aliénée. Technique de pur droit civil, s'étendant aux choses *mancipi* et *nec mancipi*, elle consistait en un abandon de la chose aliénée effectuée devant un magistrat³⁵. L'acquéreur, se présentant devant le magistrat, détenait alors la chose entre ses mains s'il s'agit d'un meuble³⁶, et prononçait une formule de revendication³⁷. Procès imaginaire se déroulant devant un magistrat, il est cependant admis que l'*in jure cessio* n'était aucunement tributaire du paiement du prix de la chose³⁸. Pour l'*in jure cessio*, la matérialité du passage du bien d'une main à une autre revêtait une importance particulière dans le processus d'acquisition de la propriété.

10. **Publicité des transactions par « ritualisation ».** L'ancien droit romain pratiquait ainsi une ritualisation du transfert de propriété, où l'important était avant tout de marquer les esprits des tiers. Comme l'*in jure cessio*, « la mancipation procurait aux justiciables une preuve préconstituée de la propriété et assurait indirectement la publicité des transactions »³⁹. Acte d'appropriation rituel organisé autour de la délivrance de la chose, la mancipation va toutefois peu à peu devenir une vente au comptant, puis même une vente fictive lorsque la pesée du métal devint elle-même symbolique⁴⁰. Le procédé a ainsi rejoint le régime d'autres systèmes juridiques où la ritualisation du transfert s'effectua indépendamment de la remise du bien. Dans certains textes de la Bible, le transfert de propriété d'un terrain coïncidait avec le paiement du prix et l'accomplissement de la pesée, en dehors de toute prise de possession matérielle⁴¹. De même, en droit grec, un passage de Théophraste mentionne que « le contrat de vente est parfait en ce qui concerne la propriété quand le prix est payé et que les formalités légales sont accomplies, telles que l'inscription ou le

³⁵ GIRARD, *op. cit.*, p. 315.

³⁶ GIRARD, *op. cit.*, p. 315.

³⁷ V. GAIUS, *Institutes*, II,1 24.

³⁸ GIRARD, *op. cit.*, p. 316.

³⁹ A. RABAGNY, *L'image juridique du monde*, PUF, Col. Droit, éthique, société, 2003, p. 138-139.

⁴⁰ A. RABAGNY, *op. cit.*, p. 139.

⁴¹ JEREMIE, XXXII, 8-15 et 9-15. Jérémie, *Les lamentations*, le livre de Baruch, traduit par A. GELIN, Paris, 1951 p. 155 : « J'achetais donc ce champ à mon cousin Hanaméel et lui payais le prix : dix-sept sicles d'argent. Je rédigeai l'acte et le scellai, je pris des témoins et je pesai l'argent avec la balance... ».

serment ou l'appel aux voisins ... »⁴². Ce texte souligne non seulement les liens étroits qu'entretiennent l'effet translatif de la vente et le paiement du prix⁴³, indépendamment de la livraison de la chose, mais surtout l'importance de l'association des tiers dans le transfert des biens immobiliers, comme le souligne Dareste dans une lettre adressée à Caillemer⁴⁴.

11. Droit romain : tradition. La tradition, par laquelle la chose est simplement remise de la main à la main, représentait avant l'époque classique une technique dont l'effet translatif de propriété était doté d'un domaine résiduel, limité aux biens sans grande valeur. Elle supplanta progressivement les formes rigides de la mancipation et de l'*in jure cessio* et devint à l'époque classique l'unique procédé d'acquisition volontaire de la propriété, sans distinction selon la nature des choses comme des personnes pouvant s'en prévaloir⁴⁵. La tradition est alors l'élément suffisant et indispensable au transfert de la propriété, sans lequel aucune aliénation ne produit d'effet translatif⁴⁶. Néanmoins, par la tradition, le vendeur risquait de se trouver dans une situation où s'étant dessaisi de la chose, il ne disposait pas encore du prix. Même s'il disposait de la possibilité de stipuler une clause de réserve de propriété⁴⁷, cette perspective apparut insupportable aux juristes romains qui décidèrent que le vendeur ne devait se dessaisir de la chose qu'en contrepartie du paiement du prix. Cette position fut affirmée par Justinien⁴⁸ et traduit la persistance d'une certaine ritualisation du mécanisme translatif. Elle connut deux exceptions. Tout d'abord, elle ne trouvait pas application dès lors que le vendeur avait exigé et obtenu de l'acheteur

⁴² M. BERCEANO, *La vente consensuelle dans les comédies de Plaute*, thèse, Paris 1907, Librairie des sciences politiques et sociales, Part. 1, Chap. 2, Sect. 1, §8, p. 53

⁴³ En ce sens, J. DEMEYERE, « La formation de la vente et le transfert de la propriété en droit grec classique », *RIDA*, 1952, p. 262 et s. ; *Contra*. CAILLEMER, « Le contrat de vente à Athènes », *Revue de Législation ancienne et moderne française et étrangère*, 1870-1871, p. 631 et s.

⁴⁴ Lettre du 9 novembre 1871, citée en note par CAILLEMER, *Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère*, 1870-1871, p. 635 : « je crois comme vous que le contrat de vente à Athènes est purement consensuel et parfait par le seul consentement ; j'ai seulement voulu dire que la propriété n'est transférée même entre les parties que par l'accomplissement des formalités de publication ». Plus nuancé, J. DEMEYERE, *op. cit.*, p. 262 : « Si le paiement du prix suffit à transférer la propriété inter partes, certaines formalités sont requises pour rendre cette translation opposable aux tiers, du moins quand il s'agit d'immeubles ».

⁴⁵ Signe, pour TROP LONG, de l'influence du christianisme dans le système juridique de l'époque. V. TROP LONG, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains*, édition Paris, 1843, spéc. p. 136 et s.

⁴⁶ *Code Justinien, De Pactis*, liv. II, tit. 3, I, 20 : « Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur ».

⁴⁷ Comme le souligne J. MACQUERON, bien que la réserve de propriété n'a dû apparaître que tardivement, « dès l'époque classique, les vendeurs ont pu songer à joindre à la tradition une clause laissant entendre que l'acheteur recevait pour le moment la chose à titre de louage ou de précaire, en attendant que le prix soit payé », *Histoire des obligations, Le droit romain*, 2^{ème} éd., 1975, Publication du Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'antiquité classique, Aix-en-Provence, p. 150.

⁴⁸ JUSTINIEN, *Institutes*, II, I, § 41. « Les choses vendues et livrées ne deviennent la propriété de l'acheteur qu'autant que celui-ci en a payé le prix... ».

une sûreté réelle ou personnelle spéciale⁴⁹. L'idée était avant toute chose de permettre au créancier du prix de disposer d'un recours efficace contre le débiteur ce qui est le cas dès lors que ce dernier offrait au créancier une garantie adéquate. La seconde exception amène à considérer la volonté du vendeur qui a suivi la foi de l'acheteur⁵⁰ : dès lors que ce dernier avait librement consenti un délai pour le paiement du prix, l'acquisition de la propriété s'opérait par la seule tradition.

12. Révélation du transfert du bien. Le développement de la tradition est lié à la simplicité de sa technique, qui repose sur un geste naturel de remise⁵¹. Le succès rencontré par la tradition en la matière tenait à ce que « *la remise de la chose constituait en effet un geste naturel qui révélait le transfert de propriété. Les tiers en étaient informés en observant l'évolution de la situation apparente de la chose. La puissance avait changé de mains* »⁵². Le choix du droit romain fut alors de faire coïncider le droit et l'apparence à travers un procédé simple et ostensible, permettant ainsi d'associer les tiers au transfert de propriété. Cependant, parce qu'il n'existait pas à Rome une volonté d'assurer la publicité du transfert, un phénomène de dématérialisation de la tradition s'est rapidement produit⁵³.

13. Aménagements de l'élément matériel de la tradition. La tradition connut sous Justinien des aménagements présentés comme une dématérialisation⁵⁴. En effet, le geste de remise matérielle fit l'objet d'atténuations sensibles dans la mesure où l'on admit des cas où la tradition pouvait porter sur un symbole au lieu du bien aliéné. Les nécessités croissantes du commerce conduisirent également à d'autres assouplissements de sorte que la pratique valida dans certains cas les traditions feintes⁵⁵, où une clause, insérée au contrat, fait office de tradition réelle⁵⁶. Le contrat devint ainsi un élément significatif du mécanisme

⁴⁹ JUSTINIEN, *Institutes*, II, I, § 41. Le texte vise le cas d'un gage ou d'un expromisneur, mais la liste n'est aucunement limitative et peut fort bien s'étendre à l'hypothèque par exemple, v. ACCARIAS, *op. cit.*, p. 583.

⁵⁰ JUSTINIEN, *Institutes*, II, I, § 41.

⁵¹ En ce sens, ORTOLAN, *op. cit.*, p. 396 et p. 397.

⁵² A. RABAGNY, *op. cit.*, p. 140. Dans le même sens, S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, Préface P. LAGARDE, LGDJ 2003, Bibl. de droit privé, T. 388, n° 31, p. 36 : « *Cette remise matérielle, lorsqu'elle avait eu lieu effectivement, permettait de rendre public le transfert* ».

⁵³ S. CORNELOUP, *Ibid.*

⁵⁴ En ce sens, Y. LOUSSOUARN, *Cours de droit civil, Le transfert de propriété par l'effet des contrats*, Cours DES 1969/1970, p. 22.

⁵⁵ ACCARIAS, *op. cit.*, p. 571 ; ORTOLAN, *op. cit.*, p. 400. Pour une analyse détaillée, POTHIER, *Traité de droit du domaine de propriété*, éd. 1772, n° 193 et s.

⁵⁶ Ainsi en est-il de la clause de réserve d'usufruit, par laquelle le vendeur conserve la chose à titre d'usufruitier. La chose aliénée n'est ainsi pas remise corporellement à l'acquéreur lors de la vente. Dès le II^e siècle après J.-C., GAIUS, *D.*, 41, 1, 9, 5, constatait cette pratique.

translatif. Le droit romain connut ainsi une dégradation⁵⁷ de l'élément matériel de la tradition, par le recours à des fictions de tradition qui coexistèrent néanmoins avec la tradition matérielle⁵⁸.

14. Ancien droit français. L'Ancien droit reconduisit l'exigence de la tradition dématérialisée par une évolution peu ou prou continue dans les pays de droit écrit du Midi de la France, imprégnés de droit romain, et plus chaotique dans les pays de droit coutumier où elle fut écartée au profit de la publicité des transferts⁵⁹ pour revenir dès le XII^{ème} siècle⁶⁰. Il s'ensuivit une multiplication des fictions de tradition, menant à la pratique couramment admise des clauses de dessaisine-saisine, véritable déclaration de tradition⁶¹, en vertu desquelles la tradition matérielle était réputée accomplie⁶² et où la question du paiement du prix ne se posait plus. A la fin de l'ancien régime, une partie importante de la doctrine considère qu'il n'est besoin d'aucune tradition pour transférer la propriété. Ainsi, pour Loysel, « *on a pas plu tost vendu la chose qu'on y a plus rien* »⁶³. Argou, se référant à la pratique contractuelle des clauses de dessaisine-saisine, affirma que la vente transférait la propriété⁶⁴. Telle était également l'opinion de Bourjon, qui observa que « *l'effet de l'achat des meubles est d'en faire passer la propriété dans la personne de l'acheteur ; C'est son effet naturel...* »⁶⁵ ou bien encore de Lamoignon⁶⁶. Le développement des fictions de tradition marqua un tournant significatif dans l'évolution du mécanisme translatif, lequel n'associe plus les tiers au transfert de propriété.

15. Cependant, la pratique commerciale vit d'autres règles prévaloir où le transfert de propriété était rattaché non pas à la livraison mais au paiement du prix. Ainsi, le vendeur disposait dans la vente au comptant de la possibilité d'une revendication en nature à

⁵⁷ OURLIAC et De MALAFOSSE, *Les biens*, *op. cit.*, n° 155.

⁵⁸ ACCARIAS, *op. cit.*, p. 571.

⁵⁹ Sur ce point, A.M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, *Droit civil*, PUF, éd. 1989, n° 171 et s. ; S. CORNELOUP, *op. cit.*, n° 32, p. 36, soulignant qu'à cette époque « *dans les pays de droit coutumier, toute modification de l'appropriation était conçue comme une donnée sociale* ».

⁶⁰ OURLIAC et DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, T. 1^{er}, *Les obligations*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1969, n° 275 et s. et 258 et s.

⁶¹ AUBRY et RAU, *op. cit.*, TIII, §207 249.

⁶² POTHIER, *op. cit.*, p. 206 et s.; DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, 1, 2, 2, 2, 8.

⁶³ LOYSEL, *Institutes coutumières*, nouv. éd. par DUPIN et LABOULAY, Paris, Durand, 1846, T. 1, n° 392.

⁶⁴ ARGOU, *Institutes de droit français*, édition 1787, II, p. 23 et s.

⁶⁵ BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principe*, 2^{ème} édition, 1770, Liv. III, Tit. II, chap. 1, n° 1 et 2.

⁶⁶ LAMOIGNON, Président du Parlement de Paris, affirme que le transfert consensuel « *sans autre tradition ni prise de possession* » est « *l'usage commun de la France coutumière et de droit écrit* », *Arrêts de M. le P. P. LAMOIGNON*, édition 1702, 1^{ère} partie, p. 360.

l'égard de l'acheteur qui valait résolution du contrat faute de paiement du prix, solution qui reposait sur l'idée qu'il espère « *être payé promptement* »⁶⁷. Cette position fut également le signe d'une méfiance de la pratique commerciale vis-à-vis de la dématérialisation du transfert de propriété. Des atténuations apparurent néanmoins où les acquéreurs se virent accorder de brefs délais de paiement⁶⁸, en contrepartie de garanties⁶⁹ et sans préjudice de la possibilité pour le vendeur d'une revendication de la chose⁷⁰. Un renforcement des droits de l'acquéreur apparut dès la fin du XIII^{ème} siècle, lorsque le droit commercial adopta une position singulière pour certaines ventes au détail où « *l'évidente pauvreté des clients impose le crédit* »⁷¹. C'est ainsi que se développèrent de véritables ventes sur gage, où l'acheteur remettait pour sûreté de sa dette un bien mobilier d'une valeur suffisante, avec l'abandon corrélatif de l'action en revendication du vendeur. A partir du XVI^{ème} siècle, le développement du commerce et le souci d'une circulation rapide des biens⁷² et des richesses amenèrent les juristes à se pencher sur la situation du sous acquéreur pouvant faire les frais de la turpitude de l'acheteur ayant revendu l'objet de la vente initiale alors qu'il n'en avait pas payé le prix. Un délai de prescription extinctive propre à la revendication du vendeur fut décidé par la plupart des tribunaux⁷³. Il fut consacré par la Coutume de Paris⁷⁴, où la revendication de la chose fut enfermée dans le bref délai de huit jours. Le souhait de supprimer toute possibilité de revendication, dès lors que le bien se trouve être en la possession d'un tiers contractant de bonne foi, apparaît clairement⁷⁵ et préfigure le contenu de l'actuel article 2276 du Code civil. A l'aube du Code civil, une vision civiliste du droit de propriété du vendeur, qui s'acquiert de façon dématérialisée, s'oppose à une vision commercialiste selon laquelle le transfert de propriété s'opère par la remise de la chose et le paiement du prix.

⁶⁷ DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, édition 1775, T. IV, v. *Revendication*.

⁶⁸ Pour des raisons de commodité, les statuts concédèrent aux acheteurs quelques jours : sept jours à Saint-Omer, ou un mois à Douai, tout comme dans les foires, où le règlement est reporté aux derniers jours, v. B. DURAND, in *Faut-il retarder le transfert de propriété, L'évolution historique de la règle*, Colloque Montpellier, *JCP E*, 5/95, Cahier de droit de l'entreprise, p. 2 et s.

⁶⁹ B. DURAND, art. préc. Par exemple, interdiction était faite à l'acquéreur de quitter places et foires avant le règlement tout comme le fait de revendre les marchandises avant le complet paiement du prix.

⁷⁰ BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvaisis*, éd. 1899-1974, *Commentaires historiques et juridiques* de G. HUBRECHT, Chap XXXIV, *Des convenances*.

⁷¹ B. DURAND, *Ibid.*

⁷² DUMOULIN écrivit que les biens meubles peuvent « *changer de mains cent fois en une heure* », cité par A.M. PATAULT, *op. cit.*, n° 251.

⁷³ FERRIERE, *Nouveau commentaire sur la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, éd. 1770, p. 383.

⁷⁴ O. MARTIN, *Histoire de la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, rééd. 1972, Cujas, II, 123.

⁷⁵ A cet égard, l'idée selon laquelle la possession posait une présomption irréfragable de propriété s'imposa. V. O. MARTIN, *op. cit.*, II, p. 125, n° 4, qui rapporte des arrêts rendus au Châtelet où la solution fut pratiquée.

16. Code civil de 1804 : principe du transfert de propriété dématérialisé. Napoléon Bonaparte affirmait que « *ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil* »⁷⁶. Cette affirmation souligne l'éloge adressée à une œuvre résolument novatrice mais aussi la satisfaction devant un long travail d'unification et de clarification du droit. Cependant, tandis que la fidélité au droit romain s'impose avec évidence⁷⁷, les rédacteurs du Code civil ont mené à son terme l'évolution amorcée en doctrine en faveur du transfert de propriété dématérialisé. En effet, le droit français opta en faveur du principe du transfert de propriété *solo consensu* à la différence du droit anglais lequel, bien que consensualiste, ne fixe pas le moment du transfert qui est laissé par principe à l'appréciation des parties⁷⁸. Quelle que soit la nature du bien transmis, le transfert de la propriété s'opère dorénavant *solo consensu*, autrement dit par l'échange des consentements et dès cet instant⁷⁹. L'éviction de la tradition matérielle hors du processus translatif apparaît comme un progrès de la technique juridique. De l'aveu de Troplong, l'avènement du Code civil marque sur la question l'aboutissement d'une étape où « *le droit civil s'associe avec liberté* »⁸⁰. La règle s'est par ailleurs imposée en droit belge, luxembourgeois et italien⁸¹. Tandis que le transfert de la propriété *solo consensu* devient le reflet d'une spiritualité triomphante⁸², la *traditio* romaine renvoie désormais à un droit considéré comme archaïque.

17. Pourtant, on a fait justement observer en doctrine que l'idée d'un transfert de propriété par la seule force des volontés, à l'exclusion de toute tradition, est contredite par la lecture de

⁷⁶ P. DUBOUCHET, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, 4^{ème} édition, 1998, Col. L'Hermès, p. 111.

⁷⁷ La fidélité envers Rome est flagrante comme l'évoque PORTALIS : « *Quant aux autres contrats (dont le contrat de vente), nous nous sommes réduits à retracer les règles communes. Sur cette matière, nous n'irons jamais au-delà des principes qui nous ont été transmis par l'antiquité* », *Discours préliminaire*, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, éd. 1836, Vol. I, p. 517.

⁷⁸ SALE OF GOODS ACT, 1893 et 1979, Section 17 : « *Where there is a contract for the sale of specific or ascertained goods the property in them is transferred to the buyer at such time as the parties to the contract intend it to be transferred* ».

⁷⁹ V. notamment DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, édition 1813, T. II, liv. III, chap. IV, p. 36 ; TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon*, édition 1811, t. VI, n° 202 ; MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, édition 1809, t. 13, v. *Tradition* ; DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, Paris, 1855, éd. Plon, T. 3, art. 711 et 712, p. 3, n°5 bis ; AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. II, §174, p. 46. La jurisprudence applique avec constance le transfert de la propriété *solo consensu* : v. notamment Cass. Com. 19 décembre 2000, n° 98-11453 ; RJDA 5/ 2001, n° 573.

⁸⁰ TROPLONG, *Le droit civil expliqué, De la vente*, édition 1837, p. 46, commentaire de l'article 1583.

⁸¹ M. WAELBROECK, *Le transfert de propriété dans la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé*, Bruxelles, établissements E. Bruylant, 1961.

⁸² MARCADE, relève un principe nouveau dans le monde, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 1866, 6^{ème} éd., Paris, Cotillon, T. IV, Liv. III, Tit. II, Chap. III, Sect. II, art. 1138, n° 480.

certaines dispositions du Code civil⁸³. Ainsi en est-il avec l'article 938 du Code civil énonçant que l'échange des consentements rend le donataire propriétaire, « *sans qu'il ne soit besoin d'aucune autre tradition* », comme si cette dernière demeurait, même dématérialisée, active dans le processus translatif. L'intervention d'une fiction de tradition explique également la formule de l'alinéa 2^{ème} de l'article 1138 du Code civil, selon laquelle l'obligation de livrer rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques « *dès l'instant où elle a dû être livrée* ». Qualifiée d'énigmatique par certains auteurs⁸⁴, cette rédaction laisse entendre que l'obligation de livrer permet le transfert au profit de l'acquéreur car dès sa naissance, on considère que la chose a dû être livrée, par une fiction de tradition⁸⁵. En réalité, le transfert de propriété dématérialisé consacré par le Code civil ne s'est pas définitivement détaché du rôle de la tradition. La persistance d'une tradition feinte, appelée également tradition civile⁸⁶, se déduit clairement de la lecture du discours général de Portalis lors des travaux préparatoires⁸⁷. D'une certaine manière, l'intervention d'une tradition civile, c'est-à-dire d'une livraison fictive de la chose par les parties, montre que le transfert de propriété ne parvient pas véritablement à s'abstraire de la phase de l'exécution du contrat⁸⁸. Il n'en demeure pas moins que, même qualifié de tradition civile, l'échange des consentements confère au mécanisme translatif un caractère occulte qui pose dès lors que l'on cherche à opposer aux tiers le droit de propriété.

⁸³ J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations », *RTD Civ.* 2000, p. 477 et s.

⁸⁴ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 189, p. 307.

⁸⁵ BUFNOIR, *Propriété et contrat, Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Paris 1900, *Librairie nouvelle de droit et de Jurisprudence*, 4^{ème} Leçon, Art. 1138, p. 44-45 : « *Cette tradition (fictive), indispensable au transfert de propriété, est considérée comme faite. L'autre, qui ne concerne que le transfert de la possession, se fera plus tard* ». Dans le même sens, MARCADE, *op. cit.*, art. 1138, n° 482 ; Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 378, p. 252 : « (...) *le rôle de la tradition civile ou intellectuelle ne fait aucun doute : se substituant à la remise effective de la chose, elle reprend le fonctionnement de la clause de dessaisine-saisine en permettant de supposer, dès la formation du contrat, que l'obligation de donner à laquelle il a donné naissance a été exécutée* ».

⁸⁶ On évoque la tradition civile dans l'ancien droit français, où celle-ci s'assimile à une tradition feinte notamment lorsque le donateur se réserve l'usufruit de la chose donnée ou la conserve à titre précaire. En ce sens, DE BOUTARIC, *Explication des Ordonnances de Louis XV. Roi de France et de Navarre*, Volume 1^{er}, 1751, François Giraud Imprimeur, *Explication de l'Ordonnance de Louis XV du mois de février 1731 concernant les donations*, 1754, Article XVI, p. 68. « *Par le droit, la tradition acquiert cette préférence* », PAPE, *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape, dans ses décisions avec plusieurs remarques importantes*, Lyon 1692, chez Jean Certe, Liv. IV, Sect. IV, Art. 1^{er}, p. 235.

⁸⁷ « *Par la seule expression de notre volonté, nous acquérons pour nous même et nous transportons à autrui tous les choses qui peuvent être l'objet de nos conventions : il s'opère par le contrat une sorte de tradition civile qui consomme le transport du droit* », Exposé des motifs devant le Corps législatif, cité par FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, éd. 1836, vol. 9, *De la vente*, p. 15 et s.

⁸⁸ Rappr., Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 438, p. 279-280, pour lequel l'expression *solo consensu* « *signifie que seule l'exécution de l'obligation de donner s'opère par le truchement des manifestations de volonté du débiteur et du créancier* ».

18. Clandestinité du transfert de propriété solo consensu. Dès son adoption, le Code civil instaura pleinement le consensualisme dans le transfert de la propriété foncière à l'égard des tiers comme entre les parties⁸⁹. Cependant, cette dématérialisation du transfert de propriété posa rapidement la question de la connaissance des tiers des mutations immobilières. Une controverse s'éleva alors sur le point de savoir si la transcription, applicable localement dans l'ancien droit coutumier⁹⁰, était définitivement condamnée par l'avènement de la règle du transfert de propriété *solo consensu*. Ceux qui y étaient favorables étaient partisans d'une clandestinité des transferts immobiliers, destinée à préserver le secret des patrimoines⁹¹. Lors de l'adoption de la loi du 23 mars 1855, la question de la portée de la transcription fut âprement discutée et cristallisa les difficultés posées par la règle du transfert *solo consensu*. Droit absolu, comment le droit de propriété peut-il nécessiter l'intervention d'une publicité alors qu'il est transféré dès l'échange des consentements⁹² ? Malgré cette apparente contradiction, le législateur trancha en faveur de la publicité des transactions immobilières, ce que consacra la loi du 23 mars 1855 qui fut renforcée dans ses effets par le décret du 4 janvier 1955⁹³. Cette publicité, d'ordre public⁹⁴, a vocation à assurer la sécurité des rapports juridiques et souligne la nécessité d'une révélation aux tiers du transfert de propriété. Surtout, elle invite désormais à percevoir systématiquement le transfert de propriété à travers une dissociation entre le moment de la constitution du droit de propriété et celui de son opposabilité aux tiers⁹⁵.

19. Opposabilité du transfert de propriété solo consensu. La notion d'opposabilité a été pendant longtemps ignorée en doctrine. En effet, ni le droit romain, ni d'illustres auteurs, tels que Domat ou Pothier, ne l'évoquent. En outre, la notion est inconnue des rédacteurs

⁸⁹ A.M. PATAULT, *op. cit.*, n° 179.

⁹⁰ A. M. PATAULT, *op. cit.*, n° 176 et s.

⁹¹ A. M. PATAULT, *op. cit.*, n° 177.

⁹² H.-F. RIVIERE et A. FRANCOIS, *Explication de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*, 2^{ème} éd., Marescq et Dujardin, Paris 1856, p. 3-4 : « Il en est qui pensaient que l'on ne pouvait pas consacrer le principe de la transcription comme une formalité nécessaire pour la consolidation des droits de propriété et autres à l'égard des tiers seulement sans commettre pour ainsi dire une inconséquence : on ne conçoit guère, disaient-ils, comment le même individu pourrait simultanément être et ne pas être propriétaire réel... Dans ce système, il faudrait ou rejeter le principe de la transcription ou bien bannir le principe spiritualiste du Code Napoléon par suite duquel les droits sont transmis par le seul effet du consentement et restaurer l'antique règle romaine et coutumière de la tradition ». V. aussi, F. MOURLON, *Traité théorique et pratique de la transcription et des innovations introduites par la loi du 23 mars 1855 en matière hypothécaire*, T. 2, Paris, 1862, Marescq Aine, p. 11-12.

⁹³ NERSON, « La réforme de la publicité foncière », *D.* 1955, Chron. 151.

⁹⁴ A.M. PATAULT, *op. cit.*, n° 183.

⁹⁵ On retrouve déjà trace de cette dissociation dans l'ancien droit en matière d'insinuation des donations où la jurisprudence du Parlement de Paris décida au début du 17^{ème} siècle que l'absence de cette formalité de publicité rendait la donation inopposable aux tiers. Celle-ci demeurait pour autant valable entre le donateur et le donataire. V. S. CORNELOUP, *op. cit.*, n° 33, p. 38.

du Code civil et est absente de la lettre du Code⁹⁶, qui ne connaît que la notion distincte⁹⁷ de la relativité des conventions prévue à l'article 1165. Ce n'est qu'à partir du début du 20^{ème} siècle que l'on se pencha sur la notion d'opposabilité et qu'on chercha à la théoriser, qu'il s'agisse de l'opposabilité des conventions⁹⁸ qui représente « *un complément nécessaire de la force obligatoire du contrat ...un phénomène général qui tend à faire reconnaître l'existence du contrat par les tiers...* »⁹⁹, ou plus spécifiquement de l'opposabilité du droit réel¹⁰⁰. Néanmoins, il convient de souligner qu'il est aujourd'hui communément admis que l'opposabilité représente un principe de droit des contrats¹⁰¹, schéma dans lequel se coule le processus de constitution du droit de propriété. Parce qu'il nait de la convention depuis l'avènement du Code civil de 1804, le droit de propriété est intrinsèquement opposable dès cet instant de sorte que son extériorisation ultérieure¹⁰² n'est requise qu'afin de mettre en œuvre cette opposabilité « *solo consensu* » à travers la connaissance des tiers¹⁰³. Systématisée à la différence du droit allemand¹⁰⁴, l'opposabilité est ainsi actuellement appréhendée en droit français comme un mouvement ayant pour point de départ la convention et qui s'étend en direction des tiers¹⁰⁵.

20. Difficultés théoriques du transfert de propriété solo consensu. La règle du transfert *solo consensu* n'est pas sans poser des difficultés vis-à-vis de l'absolutisme du droit de propriété. Ainsi, pour Ginossar, « *ce serait le comble de la confusion si, après avoir admis l'effet absolu des droits dits relatifs, nous avions à reconnaître un effet purement relatif à un droit absolu* »¹⁰⁶. D'autres, bien qu'admettant pourtant la thèse de l'acquisition consensuelle, mettent en avant la difficulté pour le droit de propriété de s'accommoder de

⁹⁶ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, les effets du contrat*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2001, n° 724, p. 766, qui observent que la notion est « *formellement inconnue du Code civil* ».

⁹⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2009, n° 793, p. 411.

⁹⁸ Selon Y. FLOUR, « *le concept d'opposabilité du contrat n'a rien de classique dans la deuxième partie du 19^{ème} siècle* », *L'effet du contrat à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse dactyl. Paris II, 1977, n° 167. Sur l'opposabilité des conventions : SAVATIER, « *Du prétendu principe de l'effet relatif des contrats* », *RTD Civ.* 1934, 525 et s. ; WEILL, *La relativité des conventions en droit français*, thèse Strasbourg, Préface M. Nast, Dalloz, 1938, n° 99 et s., p. 172 et s. ; F. BERTRAND, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, Thèse Paris II, 1979.

⁹⁹ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 724.

¹⁰⁰ M. LEVIS, *op. cit.*, n°6, p.15.

¹⁰¹ En ce sens, R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité, les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Préface de J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 2, p. 2.

¹⁰² Notamment en matière immobilière avec l'accomplissement des formalités de publicité foncière.

¹⁰³ Tel est l'apport central de la thèse de DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, LGDJ 1984, Préface D. MARTIN.

¹⁰⁴ R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 4, p. 3-4, qui fait remarquer que le principe d'opposabilité est « *propre au droit français* ».

¹⁰⁵ V. *infra* n° 397 et s.

¹⁰⁶ GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créances*, *op. cit.*, n°29, p. 72.

la relativité de l'obligation d'où il est censé désormais naître. Ainsi Bufnoir indique qu'il y a « *quelque chose de contradictoire à parler d'un droit de propriété qui serait transmis sans cependant exister erga omnes. Il est de l'essence d'un droit réel d'être forcément existant erga omnes, et opposable à tous dès qu'il existe* »¹⁰⁷. Il est, en effet, difficile de concevoir sans contradiction dans les termes que l'acquéreur peut avoir un droit réel qui soit « *en même temps relatif, puisqu'il ne pourrait l'opposer qu'au vendeur* »¹⁰⁸. Ginossar va même plus loin lorsque, associant la propriété relative à une figure de style exprimant une idée morale plutôt que juridique¹⁰⁹, il souligne que « *le droit de l'acquéreur ne méritera le nom de propriété, droit absolu, qu'après avoir été dûment rendu opposable à tous* »¹¹⁰. L'inquiétante fragilité du droit de l'acquéreur d'un bien corporel, lors de la conclusion du contrat, est une bonne illustration de ces propos. Pourtant propriétaire dès la conclusion du contrat, il risque de subir l'exercice d'une « *quasi-expropriation* »¹¹¹ de la part d'un ayant cause sur le même bien, lequel, bien que postérieur en droit, aura plus rapidement satisfait aux formalités d'opposabilité.

21. Difficultés pratiques du transfert de propriété solo consensu. Nonobstant son caractère novateur, la règle du transfert de propriété *solo consensu*, est jugée idéaliste¹¹² et fait en pratique fréquemment l'objet d'aménagements. En effet, la pratique des affaires et les nombreux actes juridiques conclus l'aménagent fréquemment ce qui fait douter de sa pertinence à l'heure actuelle¹¹³. En écho à la distinction d'Aubry et Rau selon laquelle le transfert de propriété relève de l'essence de la vente tandis que le moment de ce transfert ne relève que de la nature du contrat de vente¹¹⁴, nombreuses sont les dispositions

¹⁰⁷ BUFNOIR, *op. cit.*, p. 89. Cependant, pour l'auteur la difficulté est surmontable dans la mesure où l'inopposabilité résultant du défaut de publicité foncière ne concerne que certains tiers (ceux qui ont acquis des droits concurrents sur le bien) de sorte que par principe « *la propriété est transférée par la convention* », *op. cit.*, p. 91. Le raisonnement n'est pas pleinement convaincant car le droit de propriété doit en principe être opposable *erga omnes*, y compris à l'égard des tiers qui ont acquis des droits concurrents sur l'immeuble concerné.

¹⁰⁸ MINEI, *Essai sur la nature juridique des droits réels et des droits de créance*, thèse, Paris, 1912, n° 187, p. 281-282. Dans le même sens, ROUBIER, *op. cit.*, p. 262-263, relevant une « *antinomie* » entre la création ou le transfert des droits réels par la convention et le régime de leurs effets. COLIN et CAPITANT affirmèrent également qu'il y a « *évidemment contradiction à dire : par l'effet du contrat, l'acquéreur obtient un droit réel, c'est à dire un droit absolu ; mais tant qu'il n'y aura pas eu publicité, ce droit absolu ne sera pas opposable aux tiers, c'est à dire, en définitive, qu'il restera relatif* », *Traité de droit civil*, 3^{ème} édition, 1920, T. I, n° 937.

¹⁰⁹ GINOSSAR, *op. cit.*, n° 29, p. 76.

¹¹⁰ GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers, émergence du délit civil de fraude*, LGDJ, 1963, n° 15, p. 37.

¹¹¹ M. LEVIS, *op. cit.*, n° 217, p. 191, s'agissant de la publicité foncière.

¹¹² G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13^{ème} éd., Montchrétien, 2007, Col. Domat droit privé, n° 36, p. 84.

¹¹³ V. Colloque Montpellier : « Faut-il retarder le transfert de la propriété », *JCP E 5/1995, Cahiers de droit de l'entreprise*, sup. n° 5.

¹¹⁴ Cité par F. PEROCHON, *La clause de réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, Litec, 1988, *biblio. Dr. Entr.*, T. 21, préf. J.-M. MOUSSERON, n° 11, p. 11, note 57. La jurisprudence a clairement reconnu cette possibilité, Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juin 1904, *DP* 1904, 1, 455.

contractuelles ayant pour objet de différer l'effet translatif et de le subordonner à l'exécution du contrat. Ainsi, mettant à profit le caractère supplétif du transfert de propriété *solo consensu*, la pratique des ventes immobilières dissocie systématiquement¹¹⁵ la volonté des parties, à travers la conclusion d'une promesse synallagmatique de vente, du transfert de la propriété qui s'effectue lors de la réitération notariée de la vente où interviennent également la remise des clefs ainsi que le paiement du solde des comptes entre les parties. Plus rarement, certains actes subordonnent, en sus, le transfert de propriété à l'accomplissement effectif des formalités de publicité foncière¹¹⁶.

22. Ensuite, le développement de la clause de réserve de propriété, par laquelle l'effet translatif d'une vente est retardé jusqu'au complet paiement du prix, a été remarquable, à tel point qu'« elle a conquis une place de premier plan dans la vie des affaires »¹¹⁷. D'origine romaine, elle a été depuis généralisée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006¹¹⁸ ayant introduit dans le Code civil un chapitre IV relatif à « la propriété retenue à titre de garantie »¹¹⁹. Applicable à tous rapports contractuels¹²⁰, la faculté de différer le transfert de la propriété est utilisée de façon si fréquente que certains auteurs ont relevé un recul contemporain du principe du transfert de propriété *solo consensu*¹²¹, signe de l'inadaptation de ce dernier à la vie des affaires¹²². Le besoin de sécurité juridique prévaut sur la parole donnée, nécessitant que le transfert de propriété soit subordonné à l'exécution du contrat à des fins de garantie. Cependant, si le droit de propriété peut ainsi se voir affecter une fonction de garantie, cette perspective est, et a toujours été, un aménagement conventionnel à l'initiative des parties¹²³. Lorsqu'il ne représente pas la garantie d'une créance, le moment de l'acquisition du droit de propriété ne peut par

¹¹⁵ Ph. SIMLER, *Juris Classeur, Code civil*, Art. 1136 à 1145, Fasc. 10, « Contrats et obligations », 2004, n° 46 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Le rôle de l'acte authentique dans la vente immobilière », *RD imm.* 1989, p. 147.

¹¹⁶ En ce sens, Cass. Civ. 3ème 12 mars 1974, n° 72-13675, *Bull. Civ. III*, n° 114.

¹¹⁷ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 830, p. 625.

¹¹⁸ P. CROCQ, « La réserve de propriété », *JCP E*, n° 20 du 18 mai 2006, 6.

¹¹⁹ Dorénavant, l'article 2367 du Code civil reconnaît que « la propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie ».

¹²⁰ Consacrant une solution jurisprudentielle selon laquelle la clause de réserve de propriété peut figurer dans n'importe quel type de contrat : Cass. Com. 19 novembre 2006, n° 01-01137, *Bull. Civ. IV*, n° 174, *D.* 2003, p. 3049, obs. A. LIENHARD, *D.* 2004, p. 801, note A. et F.X. LUCAS, *RTD Com.* 2004, p. 599, obs. A. MARTIN-SERF.

¹²¹ En ce sens, F. PEROCHON, thèse préc., n° 11.

¹²² F. PEROCHON, thèse préc., n° 12 : « Peu de dispositions révèlent aussi nettement le manque de pragmatisme de notre droit que le principe de l'effet translatif immédiat du contrat, qui précipite la réalisation d'un effet du contrat relevant naturellement non de sa formation mais de son exécution ».

¹²³ F. PEROCHON, thèse préc., n° 164, p. 144.

principe coïncider avec celui du paiement de la créance du prix car celui-ci ne peut correspondre à la substance absolue du droit de propriété.

23. Enfin, les inconvénients de la règle du transfert *solo consensu* se sont manifestés en matière de vente en libre-service. Plus précisément, la qualification pénale de vol fut discutée en présence d'une personne qui s'empare d'un bien et passe les caisses d'un magasin tout en refusant d'en payer le prix de vente¹²⁴. Cette dernière n'est-elle pas fondée à se considérer propriétaire lorsqu'elle se saisit du ou des biens mis à sa disposition ? Une réponse positive permettrait au client de ne pas commettre d'acte de vol au cas où il quitterait le magasin sans payer immédiatement le prix du bien emporté. La jurisprudence, un temps hésitante¹²⁵, décida ainsi dans un arrêt du 4 juin 1915 que « *dans une vente au comptant, la remise définitive de l'objet vendu n'est consentie par le vendeur à l'acheteur qu'au moment du versement du prix ; jusque-là, il n'y a qu'un dessaisissement provisoire qui ne modifie pas les droits du vendeur* »¹²⁶. Cette position a fait l'objet d'une confirmation car la Cour de cassation indiqua que les marchandises restent la propriété du vendeur tant que le prix n'a pas été acquitté, l'acheteur « *n'ayant jusque-là qu'une détention purement matérielle* »¹²⁷. Si la position de la chambre criminelle de la Cour de cassation est pragmatique, il n'en demeure pas moins qu'elle est discutable au plan juridique tant la qualification pénale de vol suppose une soustraction frauduleuse de la chose d'autrui¹²⁸. Propriétaire *solo consensu*, c'est-à-dire lorsque le client se sert en magasin, la qualification de vol n'apparaît pas véritablement fondée. Critiquée en doctrine¹²⁹, la solution de la chambre criminelle méconnaît tant la règle civile du transfert de propriété *solo consensu* que la qualification de vol. Néanmoins, cette solution est établie de sorte qu'il doit logiquement être considéré aujourd'hui qu'en matière de vente en libre-service, le transfert de propriété est différé au moment du paiement du prix en caisse. Afin de donner plus d'ampleur à l'analyse juridique, la doctrine récente considère, de façon plus cohérente vis-à-vis de la règle du transfert *solo*

¹²⁴ CORLAY, *La notion de soustraction frauduleuse et la conception objective de la possession*, LGDJ, 1978 ; C. OPHELLE-ROSSETTO, « Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens », *RTD Com.*, 1995, 87 et s.

¹²⁵ La Cour de cassation avait semblé adopter une position où était affirmée l'impunité de l'individu qui, après avoir choisi un objet dans un magasin et avoir reçu la monnaie qui lui revient sur une pièce d'or, s'enfuit avec la marchandise, v. Cass., Crim. 17 mars 1899, *DP* 1899, 1, 461.

¹²⁶ Cass. Crim. 4 juin 1915, *D.* 1921, 1, 57, note NAST.

¹²⁷ Cass. Crim. 30 mai 1958, *JCP*, 1958, II, 10808, obs. CHAVANNE. V. également, Cass. Crim. 14 novembre 1964, *JCP* 1965, II, 140066.

¹²⁸ V. art. 311-1 du Code pénal.

¹²⁹ V. l'analyse judiciaire de NAST, obs. sous Cass. Crim. 4 juin 1915, préc. Également ROUX, obs., *S.* 1918, I, 225.

consensu, que la vente ne se forme véritablement qu'avec le passage aux caisses¹³⁰. Quoiqu'il en soit, la solution jurisprudentielle procède d'un aménagement de la règle du transfert de propriété *solo consensu* afin d'en éviter les inconvénients techniques.

24. Remise en cause du transfert de propriété *solo consensu*. La perspective d'un transfert de propriété différé n'est pas absente du Code civil. Il a été souligné en doctrine que certaines dispositions peuvent s'entendre comme liant le transfert de propriété à l'exécution matérielle du contrat translatif¹³¹. En présence d'un conflit né de ventes successives portant sur un même meuble corporel, elle est suggérée par l'article 1141 du Code civil qui donne préférence à l'acquéreur de bonne foi ayant été mis en « *possession réelle* » du bien, quoique son titre soit postérieur en date. Là où la doctrine majoritaire voit dans cette règle une émanation de l'article 2276 du Code civil¹³², d'autres auteurs soutiennent que la disposition consacre un véritable transfert de propriété s'accomplissant à l'égard des tiers par la tradition réelle¹³³. Hormis l'article 1141, un autre exemple du transfert de propriété différé est de citer l'article 2332 4° du Code civil lequel, après avoir évoqué le privilège spécial du vendeur d'effets mobiliers impayés, énonce que celui-ci peut revendiquer dans le délai de 8 jours ces effets tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur. Si la doctrine considère que ce mécanisme concerne les modalités d'exercice du privilège¹³⁴ ou autorise une reprise de rétention sur les biens vendus¹³⁵, la formulation de la disposition est critiquable en raison de l'antinomie de la coexistence d'un privilège et de la revendication¹³⁶. L'action en revendication du vendeur de meubles laisse davantage

¹³⁰ F. PEROCHON, thèse préc., n° 94, p. 86, pour qui, en l'absence de paiement, il est « *plus simple et plus réaliste de considérer que l'acheteur, dont l'acceptation était en passe d'être donnée, a finalement abandonné son projet d'achat* » ; J. GHESTIN et B. DESCHE, *La vente, Traité des contrats*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 1990, n° 552, p. 617 ; CORLAY, *op. cit.*, n° 61 et s. ; Cl. OPHELLE-ROSSETTO, art. préc., p. 92.

¹³¹ Sur l'ensemble de la question, v. J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, art. préc.

¹³² DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 169 ; MARCADE, *op. cit.*, n° 489, AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. II, §174, p. 48.

¹³³ DELVINCOURT, *op. cit.*, T. II, Liv. III, Chap. IV, p. 36 ; TOULLIER, *op. cit.*, T. VI, Liv. III, Tit. III, Chap. III, Sect. II, n° 61 ; ROGRON, *op. cit.*, Art. 1141, p. 600 qui souligne qu'en matière de meubles, « *la tradition est encore nécessaire pour transférer la propriété (...) Comme on le voit, l'art. 1141 conserve encore à la possession une de ses anciennes prérogatives, et forme exception au grand principe sur la transmission de la propriété* ». Cette analyse est aujourd'hui soutenue à juste titre par F. DANOS, *op. cit.*, n° 357, p. 395 : « *L'article 1141 du Code civil n'est pas issu (...) de l'article 2279 du Code civil. Ils n'ont ni le même fondement, ni le même champ d'application et ne visent pas les mêmes hypothèses (l'article 1141 vise les ventes doublées mais effectuées a domino, tandis que l'article 2279 vise les cessions a non domino et figure à cet effet dans les dispositions du Code relatives à la prescription, comme mode d'acquisition originaire)* ».

¹³⁴ En ce sens, ROGRON, *op. cit.*, Art. 2102 4°, p. 995. Dans le même sens, AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. II, § 261, p. 619, note 57.

¹³⁵ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, 9^{ème} éd., Litec 2010, n° 720, p. 537-538.

¹³⁶ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 720, p. 537, pour lesquels les rédacteurs du Code civil « *ont consacré l'antinomie que constitue la coexistence du privilège et de la revendication* ».

penser que ce dernier peut ainsi revendiquer la chose dont il reste propriétaire à défaut de paiement du prix. Au-delà, la coexistence au sein même du Code civil de dispositions liant le transfert de propriété tantôt à l'échange des consentements¹³⁷ tantôt à l'exécution du contrat a été mise en évidence par MM. Chazal et Vicente¹³⁸, pour lesquels ce syncrétisme provient d'une mauvaise assimilation de l'enseignement jusnaturaliste par la doctrine française, en particulier de la conception polysémique bien particulière du transfert de propriété chez Pufendorf¹³⁹.

25. Au terme d'une étude des liens existants entre les notions de propriété, de possession et d'opposabilité, M. Danos a récemment conclu à une remise en cause de la règle du transfert de propriété *solo consensu* qui ne permet pas de respecter l'opposabilité substantielle du droit de propriété. A partir du constat d'une dépendance fonctionnelle de la propriété vis-à-vis de la possession, l'auteur estime que le transfert de propriété doit être fonction de la mise en possession du cessionnaire¹⁴⁰. Pour l'auteur, c'est la prise de possession, en raison de son extériorité, qui permet de porter l'opération translative à la connaissance des tiers et de parfaire ainsi le transfert de propriété. L'analyse repose sur une appréhension large de la notion de possession, entendue non seulement comme la remise matérielle de la chose aliénée mais aussi à travers la notion de « possession-publicité » ou « possession juridique »¹⁴¹, ce qui permet d'expliquer que le transfert de propriété puisse naître, le cas échéant, des mécanismes publicitaires. Le raisonnement conduit à concevoir la prise de possession comme le mécanisme translatif de propriété.

¹³⁷ V. *supra* n° 16-17.

¹³⁸ J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, art. préc.

¹³⁹ L'auteur propose un système où la propriété est tout d'abord appréhendée comme une « *qualité purement morale* », qui s'acquiert dès l'acte de volonté car chacun doit respecter la parole donnée : PUFENDORF, *Droit de la nature et des gens*, éd. 1740, Liv. II, chap. IX. Cependant, la propriété pleine et entière n'est transmise qu'avec la délivrance de la chose : PUFENDORF, *op. cit.*, Liv. IV, Chap. X. L'appréhension polysémique de la propriété poursuit chez l'auteur un but déterminé. Il s'agit de fonder juridiquement l'exécution forcée à laquelle peut recourir l'acheteur à l'égard de son vendeur, lorsque celui-ci ne s'exécute pas : PUFENDORF, *op. cit.*, Liv. IV, Chap. IX. Mais, il s'agit aussi de procurer un fondement juridique cohérent au transfert des risques qui s'opère dès l'échange des consentements : PUFENDORF, *op. cit.*, T. II, Liv. V, Chap. V, § III.

¹⁴⁰ F. DANOS, *op. cit.*, n° 326, p. 363 : « *La propriété est un lien d'opposabilité substantielle et comme l'opposabilité substantielle résulte de la mise en possession de l'acquéreur, la propriété n'est transférée et acquise à l'acquéreur que par la mise en possession de ce dernier* ».

¹⁴¹ F. DANOS, *op. cit.*, n° 285, p. 315 : « *si la possession est traditionnellement définie comme la jouissance de la chose et/ou ses utilités, elle tend à être de plus en plus analysée comme une publicité du droit de propriété* ». L'idée du développement d'une appréhension de la possession à travers la conscience sociale qu'induit son extériorité a déjà été évoquée en doctrine afin d'adapter la notion de *corpus* possessoire au développement des biens incorporels. V., A. PELISSIER, *Possession et meubles corporels*. Dalloz, 2001. Col. Nouvelle bibliothèque de Thèses, n° 219, p. 100 et n° 230, p. 105, pour qui le *corpus* possessoire s'analyse en un pouvoir de fait qui constitue « *un rapport de puissance conscient sur une chose dont l'existence se traduit naturellement par sa conscience chez les tiers* ».

L'idée d'un transfert de propriété différé au moment de la représentation sociale du lien d'appartenance s'impose tant elle correspond à la substance absolue du droit de propriété.

26. Cependant, si la remise matérielle d'un bien peut faire apparaître un lien entre la prise de possession et l'opposabilité du transfert de propriété, il paraît excessif de systématiser ce lien à travers la notion de possession-publicité. En effet, certains auteurs ont assimilé la publicité légale à une véritable prise de possession¹⁴² mais la doctrine moderne prend aujourd'hui ses distances vis-à-vis de cette analyse¹⁴³. La possession comporte un effet publicitaire lié à son caractère sensible mais elle ne représente pas pour autant une publicité légale, c'est-à-dire un système organisant l'information des tiers¹⁴⁴. Réciproquement, la publicité légale ne peut s'assimiler au pouvoir de fait que procure la possession d'un bien. Il en va de même s'agissant de la signification de l'opération translative, applicable en matière de cession de créances où il est désormais admis que la signification au débiteur-cédé n'entretient aucun lien avec la possession et a une fonction essentiellement informative¹⁴⁵. En réalité, la publicité légale a été assimilée à tort à la prise de possession parce que l'on a cherché à en faire l'équivalent technique de la tradition en matière d'opposabilité du transfert de propriété. Le raisonnement inverse doit prévaloir : c'est la prise de possession qui représente l'équivalent technique des procédés informatifs concernés dans la mesure où seule sa dimension sensible, extérieure, satisfait l'opposabilité substantielle du droit de propriété.

27. Nécessité d'un transfert de propriété *sola traditione*. Au-delà de la prise de possession, c'est au moyen de la tradition qu'il faut concevoir la perfection du transfert de propriété. Geste matériel de remise, la tradition s'inscrit depuis toujours dans le dynamisme du passage d'un bien d'une personne à une autre¹⁴⁶, c'est-à-dire d'une transmission. Plus précisément, la fonction cardinale de la tradition en matière de transfert de propriété a toujours été l'extériorisation de l'opération translative. En raison de son caractère ostensible, la tradition révèle une opération patrimoniale risquée pour les tiers de sorte que son exécution permet corrélativement au propriétaire d'opposer le droit qu'il a acquis. L'opposabilité protège ainsi la relation exclusive d'appartenance parce que les tiers sont

¹⁴² V. *infra* n° 218 pour la publicité foncière et n° 232 pour la signification de la cession de créance.

¹⁴³ V. *infra* n° 218 et n° 232.

¹⁴⁴ V. *infra* n° 218.

¹⁴⁵ V. *infra* n° 218 et n° 232.

¹⁴⁶ Rapp., Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 351, 237 : « Si le contrat devait être symbolisé par une poignée de mains, la tradition civile, elle, ressemblerait plutôt au passage d'un bien de la main à la main ». Même dématérialisée au maximum, la tradition conserve son dynamisme caractéristique.

également protégés par l'extériorisation de l'opération translatrice. Caractérisée par cette réciprocité, l'opposabilité substantielle du droit de propriété repose donc sur l'accomplissement d'un procédé ostensible¹⁴⁷. Cette perspective s'articule mal cependant avec la règle de la constitution *solo consensu* du droit de propriété où l'opposabilité de ce dernier est nécessairement appréhendée de façon duale : à l'état « virtuel » lors de l'échange des consentements et à l'état « effectif » avec l'accomplissement de la tradition de la chose. Un droit est opposable ou ne l'est pas si bien que l'idée même d'une opposabilité virtuelle ou *solo consensu* est un concept creux car sans effet juridique¹⁴⁸. L'analyse montre en réalité que la relation entre la tradition et l'opposabilité *erga omnes* est exclusive, de sorte que la figure d'une opposabilité *solo consensu* du droit de propriété est spécieuse. Il s'ensuit que l'idée d'un droit de propriété né de l'échange des consentements méconnaît l'opposabilité substantielle de ce dernier. Se trouve ainsi fondée la règle du transfert *sola traditione*, où la tradition, au-delà de sa matérialité originelle, est dotée d'un effet translatif de propriété car elle extériorise le transfert d'un bien et permet ainsi au droit de propriété du cessionnaire d'être opposable *erga omnes*. La tradition s'entend d'une tradition « réelle » car elle est essentiellement centrée sur la chose en exprimant son passage d'une personne à une autre. Ne pouvant ainsi être feinte par une clause prévue au contrat, elle s'entend en conséquence d'un mécanisme protéiforme pouvant prendre les traits d'une remise matérielle ou d'une remise dématérialisée à travers l'accomplissement d'un procédé destiné à assurer une publicité de de l'opération translatrice auprès d'une ou plusieurs personnes¹⁴⁹.

28. Droit comparé. Le droit allemand pratique une distinction marquée entre le droit des obligations et le droit des biens. En présence d'un acte translatif, le contrat donne naissance aux obligations entre les parties, dont l'obligation de transférer la propriété. Cependant, le transfert de propriété procède quant à lui d'une opération séparée du contrat

¹⁴⁷ On ne saurait donc considérer que le rapport d'appartenance doit être en principe respecté du seul fait que chacun sait qu'un bien qui ne lui appartient pas est la propriété d'un autre. Pourtant en ce sens, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 215, p. 344 ; Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 450, p. 288 : « *La relation d'appartenance n'a pas besoin en principe d'être extériorisée pour avertir les tiers. Chacun sait, en effet, qu'un bien qui ne lui appartient pas est la propriété d'un autre, dans la mesure où tous les biens sont appropriés. Par suite, il n'est pas besoin d'une mesure de publicité pour être tenu de ne point troubler la propriété d'autrui* ».

¹⁴⁸ Rappr. AUBRY et RAU, *op. cit.*, §207, p. 253, à propos de la clandestinité du régime de l'opposabilité du transfert de propriété immobilière issu du Code Napoléon de 1804 : « *le système du Code Napoléon, d'après lequel les transmissions à titre onéreux de propriété immobilière sont opposables aux tiers indépendamment de la tradition et de la transcription, ... peut sans doute se justifier en pure théorie ; mais il est incompatible avec les exigences pratiques* ».

¹⁴⁹ F. DANOS, « Publicité foncière et transfert de propriété », *Droit et patrimoine* 2012, Analyse, p. 22 et s., spéc. p. 23 : « *la publicité opère ainsi un transport ou une tradition juridique de l'immeuble (...)* ».

initial¹⁵⁰. Cette séparation entre le moment de la formation du contrat et celui de la naissance du droit réel est renforcée par le principe d'abstraction, en vertu duquel la validité du droit réel ne dépend pas de celle de l'acte qui l'a prévu¹⁵¹. A travers les principes de séparation et d'abstraction, le droit allemand consacre ainsi la règle du transfert de propriété différé tant en matière mobilière¹⁵² qu'immobilière¹⁵³. Il en va de même en droit suisse où l'article 714 du Code civil précise en matière mobilière que « *la mise en possession est nécessaire pour le transfert de la propriété mobilière* ». De même, le droit espagnol, bien qu'influencé par le Code napoléonien, rejette fermement le principe du transfert de propriété *solo consensu*. En effet, le système juridique espagnol, notamment à travers les articles 609 et 1095 de son Code civil¹⁵⁴, subordonne clairement la transmission de la propriété à la remise de la chose vendue : c'est le principe de la « *tradicion real* ».

29. Domaine d'intervention de la tradition : la constitution du droit réel. Le domaine de la règle est vaste et embrasse les cas où il est question d'un transfert conventionnel de propriété. Deux cas particuliers doivent néanmoins être soulignés. La perspective d'un transfert de propriété par tradition doit être appliquée aux transferts de créances. En effet, au-delà du débat sur la titularité ou la propriété des créances¹⁵⁵, le droit positif reconnaît aujourd'hui que les créances peuvent être appropriées¹⁵⁶, ce dont il doit être tenu compte. Par ailleurs et surtout, il convient de souligner que le schéma du transfert *sola traditione* a

¹⁵⁰ M. FROMONT, *Droit allemand des affaires, droit des biens et des obligations, droit commercial et du travail*, éd. Montchrétien, 2001, Col. Domat droit privé, n° 241, p. 127-128 : « *En d'autres termes, la conclusion du contrat de vente ne suffit pas pour transférer la propriété. C'est ce qu'on appelle le principe de séparation* ». Adde. M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^{ème} éd. 2004, LGDJ, Col. Droit des affaires, n° 7, p. 5.

¹⁵¹ M. FROMONT, *op. cit.*, n° 242, p. 128 : « *Bien plus en droit allemand, l'opération de transfert de droits réels est abstraite, c'est-à-dire que sa validité est indépendante de la validité de l'acte qui l'a prévue. C'est ce que les juristes allemands appellent le principe d'abstraction* ». Sur cette question, v. *infra* n° 581 et s.

¹⁵² L'article 929 BGB allemand énonce que « *pour transférer la remise d'un meuble, il faut que le propriétaire remette la chose à l'acquéreur et que tous deux soient d'accord, pour que la propriété soit transférée. Si l'acquéreur est déjà en possession de la chose, l'accord sur le transfert de propriété suffit* ».

¹⁵³ L'article 873 BGB prescrit que « *pour le transfert de la propriété d'un immeuble, pour grever un immeuble d'un droit, ou pour transférer un tel droit, il faut l'accord de celui qui se voit conférer le droit et de l'autre partie, ainsi que l'inscription de la modification juridique dans le livre foncier* ».

¹⁵⁴ L'article 1095 du Code civil espagnol énonce que l'acheteur n'a pas de droit réel sur la chose « *tant qu'elle ne lui aura pas été remise* ».

¹⁵⁵ Un courant doctrinal reconnaît la propriété des créances : GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créances*, *op. cit.*, n° 34, p. 85-86 ; F. DANOS, *op. cit.*, n° 222, p. 247 ; Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, Préface de F. ZENATI-CASTAING, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé T. 469.

¹⁵⁶ F. ZENATI-CASTAING, Préface Thèse Y. EMERICH, préc., p. V : « *Les hypothèses de propriété ou de droit réel portant sur une créance déjà évoquée par les Codes ne font plus figure d'exception ou de maladresse législative. Les créances sont aujourd'hui pleinement reconnues comme des biens et la loi n'hésite plus à employer l'expression autrefois jugée incorrecte de propriété des créances* ».

vocation à régir le processus de constitution du droit réel démembré¹⁵⁷. L'analyse révèle que la constitution du droit réel, droit absolu¹⁵⁸, repose généralement sur un phénomène de transmission¹⁵⁹ justifiant que son opposabilité requière l'intervention d'un formalisme ostensible doté alors d'un effet constitutif. La tradition doit ainsi intervenir au sein du processus de constitution de tout droit réel, signe de la particularité de l'opposabilité de ce dernier.

30. Apports de la règle de la constitution du droit réel *sola traditione*. La première partie de cette étude aura pour objet d'identifier tant *de lege lata* que *de lege feranda* la règle de la constitution du droit réel par la tradition en raison de sa conformité à l'essence même du droit réel. Par ailleurs et surtout, l'intérêt de cette règle se mesure à l'aune de son apport au droit positif. Il sera alors question de démontrer que la règle de la constitution *sola traditione* du droit réel conduit à une rationalisation du droit. Nombre de principes juridiques sont en réalité « forcés » par la règle de la constitution *solo consensu*, si bien que la perspective d'une constitution s'effectuant *sola traditione* est préférable. Un exemple permet d'ores et déjà de s'en rendre compte. Dès lors qu'il a été partie à une première vente immobilière même non publiée, le vendeur ne peut en principe vendre une seconde fois l'immeuble concerné car il ne peut transférer à nouveau une propriété qu'il a perdue par l'effet de la première vente¹⁶⁰. Cette situation est la conséquence de la règle de l'acquisition dérivée dans laquelle s'inscrit en principe le transfert de propriété *solo consensu* en droit français. Pourtant, en présence d'un conflit d'ayants cause d'un même auteur, la préférence accordée par la jurisprudence au second acquéreur dont le titre a été publié méconnaît le principe de l'acquisition dérivée du droit de propriété¹⁶¹. La propriété étant censée être transférée *solo consensu* à l'égard du premier acquéreur, comment concevoir sans conférer une vigueur particulière à la publicité foncière que l'acquéreur ayant publié le premier son titre soit préféré ? Derrière cette question apparaît en filigrane l'inconsistance d'un droit de propriété acquis *solo consensu*, dont l'opposabilité aux tiers n'existe pas à défaut d'accomplissement des formalités de publicité foncière¹⁶². La règle

¹⁵⁷ V. *infra* n° 257 et s.

¹⁵⁸ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 311, p. 471, pour lesquels le droit réel a emprunté à la propriété « son caractère absolu qui la rend opposable erga omnes ».

¹⁵⁹ Non pas d'un bien mais de certains avantages économiques inhérents à ce bien. V. *infra* n° 262 et s.

¹⁶⁰ En ce sens, Th. REVET, v. *infra* n° 222.

¹⁶¹ V. *infra* n° 222.

¹⁶² En ce sens, Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 447, p. 286 : « (...) l'importance de l'opposabilité au regard de la conception française de la propriété est telle que son octroi, au moment de l'inscription, revient en fait à accor-

du transfert de propriété *sola traditione*, en application de laquelle le transfert est parfait par l'accomplissement des formalités de publicité foncière, permet de pallier cette difficulté.

31. La seconde partie de cette étude traitera des effets de la règle de la constitution du droit réel par la tradition sur l'opposabilité de ce dernier. Or, il doit être constaté que cette règle comporte un effet déterminant sur cette opposabilité. Elle lui procure tout d'abord un fondement technique distinct de la convention. Au sein du système de la constitution *solo consensu* du droit réel, il est considéré que le fondement technique de l'opposabilité ne procède pas tant du formalisme d'opposabilité la mettant pourtant en œuvre que de la convention dont elle est issue¹⁶³. Le développement en droit positif de situations où le droit réel ne naît pas de la convention mais de son formalisme d'opposabilité infirme nécessairement cette analyse. Constitutive de droit, la tradition devient ainsi le véritable fondement technique de l'opposabilité du droit réel au lieu et place de la convention. Ce constat conduit corrélativement à analyser les caractéristiques du fondement technique de l'opposabilité que représente la tradition. Il s'ensuit l'idée selon laquelle la mise en œuvre de l'opposabilité par la connaissance générale des tiers présente des insuffisances liées à son caractère artificiel¹⁶⁴. Le fondement distinct de l'extériorisation de l'opération translatrice est préférable et explique de façon plus cohérente la diversité du formalisme d'opposabilité relevée en droit positif. Simple extériorisation de la convention en dehors du cercle des parties, le formalisme d'opposabilité ne porte pas généralement l'opération translatrice à la connaissance des tiers mais permet avant tout de prévenir une éventuelle fraude aux droits de ceux-ci¹⁶⁵.

32. L'apport de la constitution *sola traditione* du droit réel se situe ensuite au niveau du régime juridique de l'opposabilité de ce dernier. Dans le cadre du transfert de propriété *solo consensu*, l'opposabilité n'est pas constitutive de droit mais simplement confortative, de sorte que rien n'interdit que la connaissance des tiers la mettant en œuvre puisse être appréhendée tantôt subjectivement tantôt objectivement. Au sein de ce schéma, l'opposabilité devient un véritable « corps gazeux » pouvant être modulé en fonction des intérêts en présence au prix d'une certaine insécurité juridique. Ces attermoiements

der à cet instant seulement la qualité de propriétaire. Avant que le transfert ne soit opposable erga omnes, les pouvoirs de l'acquéreur sont nuls, si bien que sa qualité de propriétaire peut être niée ».

¹⁶³ V. *infra* n° 367 et s.

¹⁶⁴ V. *infra* n° 435 et s.

¹⁶⁵ V. *infra* n° 451 et s.

n'existent pas avec la règle de la constitution *sola traditione* du droit réel qui conduit nécessairement à une approche objective de l'opposabilité. Parce que le droit réel naît alors de son formalisme d'opposabilité et non de la convention entre les parties, l'opposabilité ne peut être appréhendée subjectivement : le droit réel est constitué ou ne l'est pas si bien que son mécanisme constitutif ne saurait être patiné de subjectivité¹⁶⁶. L'opposabilité *erga omnes* fait alors l'objet d'une approche objective, détachée de la considération de la bonne ou mauvaise foi du titulaire du droit¹⁶⁷. Derechef, le développement en droit positif de cas où le droit réel ne naît pas de la convention mais de son formalisme d'opposabilité fonde cette analyse. La règle de la constitution *sola traditione* détermine ainsi le régime juridique de l'opposabilité du droit réel soit en corrigeant les orientations inopportunément prises en droit positif soit en validant les choix retenus comme c'est le cas avec la solution de l'opposabilité par l'écrit de la propriété réservée¹⁶⁸.

33. Plan. Ainsi s'explique que soit étudiée dans une première partie la règle de la constitution du droit réel par la tradition (1^{ère} partie), avant d'aborder dans une seconde partie l'impact de cette règle sur l'opposabilité du droit réel (2^{ème} partie).

1^{ère} partie : La constitution du droit réel par la tradition

2^{ème} partie : L'opposabilité du droit réel constitué par la tradition

¹⁶⁶ V. *infra* n° 493 et s.

¹⁶⁷ V. *infra* n° 531 et s.

¹⁶⁸ V. *infra* n° 560 et s.

1^{ère} PARTIE : LA CONSTITUTION DU DROIT REEL PAR LA TRADITION

34. Etant par essence absolu, il est difficile d'envisager que le droit de propriété ne se constitue pas par un mécanisme permettant d'en préserver l'opposabilité substantielle. Le schéma n'est pas inconnu du droit positif qui le consacre dans de nombreuses matières, au point de concurrencer le principe du transfert *solo consensu*¹⁶⁹. Outre sa présence au sein même de certaines dispositions du Code civil¹⁷⁰, il se rencontre fréquemment en droit commercial où certains textes délaissent la règle du transfert *solo consensu* au profit d'un transfert différé au moment où le droit de propriété devient opposable *erga omnes*. L'étude des mécanismes constitutifs de droit concernés montre que ceux-ci présentent une donnée commune : le transfert de propriété s'opère au moyen d'un procédé extériorisant auprès des tiers le passage du bien d'une personne à une autre, c'est-à-dire au moyen d'une tradition. Parce qu'elle garantit ainsi l'opposabilité substantielle du droit réel, cette extériorisation de l'opération translatrice représente l'élément fondamental du mécanisme translatif de propriété.
35. Un raisonnement identique prévaut à l'égard du processus de constitution du droit réel démembré. La constitution d'un usufruit, d'une servitude ou même d'une sûreté réelle implique la transmission non pas d'un bien mais d'un avantage économique procuré par le bien grevé. Par nature risquée pour les droits des tiers, cette transmission détermine le régime juridique de l'opposabilité substantielle du droit réel démembré, à l'instar du droit de propriété. L'exclusivité du rapport juridique sur la chose est nécessairement le produit d'une extériorisation préalable de l'opération translatrice destinée à assurer une certaine sécurité juridique. Cette donnée doit alors être intégrée au mécanisme constitutif de droit : le droit réel naît de l'accomplissement d'un procédé ostensible, c'est-à-dire d'une tradition.

¹⁶⁹ En ce sens, Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 465, p. 299 : « Le législateur a en effet introduit un certain nombre de textes dérogatoires au droit commun de l'acquisition contenu dans le Code civil. Or, la multiplication de ces régimes spéciaux soulève l'épineuse question de l'équilibre à trouver entre un principe, qui semble concurrencé, et ses exceptions ».

¹⁷⁰ V. *supra* n° 24.

- 36.** Le transfert de propriété *solo consensu* exerce pourtant un pouvoir d'attraction certain. Il conduit, en premier lieu, à rejeter la signification la plus vraisemblable de certains textes pouvant pourtant constituer des manifestations du transfert différé de propriété. Est alors préférée, tant en jurisprudence qu'en doctrine, une interprétation conforme au transfert *solo consensu* au prix de contorsions juridiques. Le transfert de propriété *sola traditione* est alors ignoré, refoulé, si bien qu'il est nécessaire de prendre conscience de l'ensemble de ses manifestations *de lege lata*.
- 37.** La même attraction consensualiste se constate en présence du processus de constitution du droit réel démembré, où ce dernier se forme par la convention et indépendamment de son opposabilité *erga omnes*. La matière des sûretés réelles est particulièrement significative puisque dans certains cas la doctrine dominante, au-delà de la lettre des textes, opte pour une analyse qui correspond au schéma du transfert de propriété *solo consensu*, où la constitution du droit réel accessoire est dissociée de son opposabilité aux tiers. Là encore, il importe de considérer toutes les manifestations *de lege lata* de la constitution du droit réel démembré par l'effet de la tradition.
- 38.** Dans la mesure où il repose sur une opération translative, le droit réel doit généralement se constituer *sola traditione*, afin de correspondre à la spécificité de son opposabilité substantielle. Cette analyse est commune au droit de propriété et au droit réel démembré. Ainsi s'explique que soient abordées dans une première partie les manifestations de la constitution du droit de propriété par la tradition (Titre 1^{er}) avant les manifestations de la constitution du droit réel démembré par la tradition (Titre 2^{ème}).

TITRE 1^{er} LA CONSTITUTION DU DROIT DE PROPRIETE PAR LA TRADITION

39. La manifestation de la règle de la constitution *sola traditione* du droit de propriété se déduit tout d'abord de l'examen du droit positif, où nombre de dispositions la consacrent clairement. En premier lieu, celles-ci peuvent être la conséquence d'une perception essentiellement matérielle de l'opération translative : tel est le cas en présence d'un don manuel qui est une opération « au comptant » où la perfection de la convention et son effet translatif procèdent ostensiblement de la remise matérielle de la chose. Ce schéma correspond à celui d'un transfert de propriété *sola traditione*, valable pour tous les contrats réels translatifs.
40. En second lieu, la consécration du transfert *sola traditione* peut résulter d'une approche purement économique de l'opération translative : tel est le cas en matière comptable et fiscale où le moment du transfert de propriété correspond à celui de la livraison dans la mesure où le profit tiré de la chose transmise est alors considéré par le législateur. Là encore, l'analyse révèle que l'appréhension par le droit positif de la notion de livraison correspond au plan juridique à une véritable « tradition de la chose », dont le caractère ostensible justifie que l'effet translatif de propriété puisse s'effectuer dès cet instant et *erga omnes*.
41. Enfin, d'autres dispositions positives consacrent la règle du transfert de propriété *sola traditione* car elle est plus adaptée à la spécificité des biens concernés que celle du transfert *solo consensu*. Tel est le cas du transfert de monnaie scripturale à travers l'opération de virement. Tel est également le cas en présence d'une cession de titres financiers, où le droit positif reconnaît depuis longtemps en la matière une dérogation à la règle du transfert *solo consensu*. Dans un cas comme dans l'autre, le transfert de propriété s'effectue par le procédé unique de l'inscription au compte du cessionnaire. Cette inscription est dotée d'un effet translatif car elle extériorise l'opération translative auprès de l'intermédiaire teneur de compte.

42. Quel que soit le cas de figure concerné, le résultat est le même : le transfert de propriété s'effectue *sola traditione* car il s'agit de le subordonner à un mécanisme unique et ostensible correspondant à l'opposabilité substantielle du droit réel. Pour autant, il n'est pas possible d'affirmer que ces exceptions à la règle du transfert *solo consensu* sont dictées par la spécificité des biens concernés, notamment en raison de leur incorporelité¹⁷¹. Compte tenu de l'importance et de la diversité des situations rencontrées, relatives au transfert de biens corporels et incorporels, les solutions issues du droit positif amènent à prendre conscience de la nécessité d'adopter un mécanisme translatif de propriété associant les tiers et permettant ainsi l'acquisition d'un droit opposable *erga omnes*.
43. Il ressort ainsi de l'étude du droit positif que le transfert de propriété *sola traditione* peut être fonction soit d'une remise matérielle (Chapitre 1^{er}), soit d'une remise dématérialisée (chapitre 2^{ème}), schéma devant de surcroît être généralisé *de lege feranda* afin que le principe du transfert de propriété corresponde à l'absolutisme du droit de propriété.

¹⁷¹ En ce sens pourtant Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 455 et s., p. 291 et s.

CHAPITRE 1^{er} LE TRANSFERT DE PROPRIETE PAR LA REMISE MATERIELLE

44. Malgré l'autorité de la règle du transfert *solo consensu*, le droit positif consacre des hypothèses où le transfert de propriété s'opère par la tradition matérielle. Il convient alors de s'interroger sur la raison d'être de ces différents cas de figure. S'agit-il d'exceptions à la règle générale se justifiant simplement par les spécificités des matières rencontrées? S'agit-il d'exceptions révélant plus profondément les insuffisances du principe du transfert de propriété *solo consensu*? L'examen des différentes solutions du droit positif permet d'apporter une réponse positive à cette seconde interrogation (Section 1^{ère}). *De lege feranda*, cette affirmation rend nécessaire une systématisation de la règle du transfert de propriété par la tradition matérielle (Section 2^{ème}).

Section 1ère Les solutions issues du droit positif

45. L'effet translatif de la tradition matérielle se déduira de l'exposé de certaines solutions positives. C'est le cas en matière de procédures collectives avec la remise des marchandises dans les magasins de l'acheteur (§1). C'est également le cas en matière comptable et fiscale où le transfert de propriété coïncide avec le dénouement de l'opération de livraison (§2). C'est enfin le cas en présence d'opérations de mobilisation de créances, tels que la cession Dailly, la titrisation de créances ou bien l'endossement de la lettre de change, la remise matérielle du titre matérialisant le transfert étant dotée d'un effet translatif (§3).

§1) L'effet translatif de la tradition dans les « magasins de l'acheteur »

46. Bien que délaissée en pratique¹⁷², l'hypothèse est aujourd'hui contenue à l'article L. 624-13 aliéna 1^{er} du Code de commerce, dans sa dernière version issue de la loi de sauvegarde

¹⁷² Sans être pour autant devenu une hypothèse d'école, le recours à l'article L. 624-13 du Code de commerce s'est rarifié en pratique en raison des performances accrues des moyens de transport mais aussi du développement de la pratique des clauses de réserve de propriété, offrant une revendication même lorsque les biens concernés ont été livrés à l'acheteur.

du 26 juillet 2005¹⁷³, applicable en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'acheteur d'un bien : « *Peuvent être revendiquées les marchandises expédiées au débiteur tant que la tradition n'en a point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour son compte* ». Deux lectures opposées de cette disposition peuvent être proposées : l'une correspondant à l'analyse classique (A), l'autre, exégétique, montrant que le législateur n'a pas souhaité en réalité s'abstraire de la matérialité de la tradition au titre du transfert de propriété (B).

A) L'analyse classique de l'article L. 624-13 du Code de commerce

47. L'analyse proposée par la doctrine classique concilie la règle avec celle du transfert de propriété *solo consensu*, soit à travers le fondement du droit de rétention (1), soit à travers celui du stoppage *in transitu* (2).

1) L'exercice d'un droit de rétention

48. **Contenu de l'analyse.** Considérant que la disposition ne consacre pas un retard du transfert de propriété¹⁷⁴, la doctrine est aujourd'hui majoritairement fixée autour de l'idée que la possibilité offerte au vendeur en l'application de l'article L. 624-13 du Code de commerce procède de l'exercice d'un droit de rétention, à travers une reprise de rétention¹⁷⁵. Pour fédératrice qu'elle soit, cette thèse fait pourtant souvent office, chez ceux qui la consacrent, de pis-aller tant elle s'accommode mal de la revendication littéralement prévue par le texte. C'est qu'assimiler revendication et rétention ne va pas de soi¹⁷⁶ tant la revendication suppose que le vendeur ait conservé la propriété du bien vendu, ce qui rend inutile l'idée de l'exercice par ce dernier d'un droit de rétention. La difficulté a été relevée

¹⁷³ Ancien article 118 de la loi du 25 janvier 1985. La disposition figurait déjà à l'article 62 de la loi du 13 juillet 1967 et, antérieurement, à l'article 576 du Code de commerce : « *Pourront être revendiquées les marchandises expédiées au failli tant que la tradition n'en aura point été effectuée dans ses magasins...* ».

¹⁷⁴ Parmi l'abondante littérature à la fin du 19^{ème} siècle : DESTICKER, *Des droits du vendeur de marchandises non payées en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur*, thèse Paris, 1891, p. 68 : « *Il est admis par tous qu'il ne s'agit pas de l'action qui appartient au propriétaire* ». Dans le même sens, HOT, *Des droits du vendeur de meubles non payés en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur*, thèse Paris, 1893, p. 75 et s.

¹⁷⁵ ARGENSON et TOUJAS, *Règlement judiciaire, Liquidation des biens, Faillite, Traité et formulaire*, 4^{ème} éd., *Librairies techniques*, 1973, n° 919, p. 853 : « *il paraît plus logique et plus simple d'analyser cette prétendue revendication comme un cas particulier du droit de rétention...une récupération de ce droit sur les marchandises en Cours de livraison* » ; B. SOINNE, *Traité des procédures collectives, Commentaires et formules*, Litec, 2^{ème} éd., 1995, avec la collaboration de E. Kerckhove, n° 1895, p. 1528, observant qu'il est plus exactement question d'une « *forme d'action en revendication de l'article 2102 4° permettant une reprise de la possession à titre conservatoire afin de permettre l'exercice d'un droit de rétention* ».

¹⁷⁶ BLUMENTHAL, *Des droit du vendeur non payé en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur*, thèse Paris, 1890, n° 29, p. 34, note 1, lequel relève que « *l'admission du droit de revendication a fait grande difficulté* ».

en doctrine. Ainsi, pour Thaller, le nom de revendication est « *assez mal choisi* »¹⁷⁷ au regard de la règle du transfert *solo consensu*, de sorte que de nombreux auteurs estiment que l'objet de la revendication n'est pas le droit de propriété mais la possession. Il en va ainsi pour MM. Ripert et Roblot¹⁷⁸, de même que MM. Toujas et Argenson qui évoquent une « *prétendue revendication* »¹⁷⁹. M. Soinne précise qu'il ne s'agit pas ainsi « *à proprement parler d'une réelle revendication* »¹⁸⁰. La construction laisse indéniablement planer un parfum d'incertitude en doctrine, en dépit pourtant de la clarté de la référence à la revendication du vendeur. Mais elle présente l'avantage de préserver la règle de l'acquisition *solo consensu* de la propriété¹⁸¹ : ayant perdu la propriété de la chose dès l'échange des consentements, le vendeur ne peut alors qu'exercer un droit de rétention, peu importe la façon dont on estime qu'il récupère ce bien.

49. Inconvénients de l'analyse. L'hypothèse de l'exercice d'un droit de rétention par le vendeur sur des biens en cours de transport est envisageable, puisqu'il est admis que la chose peut valablement être retenue par un tiers agissant pour le compte du rétenteur¹⁸² sans dessaisissement volontaire de ce dernier¹⁸³. Pourtant, cette analyse de l'article L. 624-13 du Code de commerce suscite différentes difficultés. La première, qu'il ne faut pas mésestimer, est d'ordre sémantique. L'analyse du droit du vendeur de biens en transit en un droit de rétention s'oppose à la lettre du Code de commerce, lequel distingue expressément, dans le cadre d'une procédure collective, les cas de rétention et ceux qui n'en sont pas¹⁸⁴. En évoquant l'hypothèse d'une revendication, l'article L. 624-13 semble

¹⁷⁷ THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime*, 3^{ème} éd. refondue et augmentée, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1904, n° 1943, p. 969. Rapp. Les propos de Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 2^{ème} éd., T. VIII, *Des faillites, Banqueroute et Liquidations judiciaires*, 1899, Paris, *Librairie Cotillon*, éd. F. Pichon, p. 122 selon lesquels la « *dénomination est assurément impropre* ».

¹⁷⁸ RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par Ph. Delebecque et M. Germain, T. 2, 16^{ème} éd., 2002, LGDJ, n° 3152, p. 1058.

¹⁷⁹ ARGENSON et TOUJAS, *Ibid.*

¹⁸⁰ B. SOINNE, *Ibid.* Dans le même sens, J. VALLANSAN, *Juris-Classeur, Procédures collectives*, fasc.2540, « Redressement et liquidation judiciaire, Situation du vendeur de meubles », 1999, n° 35, parlant de « *fausse revendication* ».

¹⁸¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^{ème} éd., LGDJ 2012, n° 1417, p. 773, considérant pour acquise la solution même si l'acheteur a déjà obtenu la propriété du bien vendu.

¹⁸² Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^{ème} éd., 2012, Dalloz, Col. Droit privé, n° 588, p. 530.

¹⁸³ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 633, p. 471.

¹⁸⁴ Ainsi l'article L. 624-14 mentionne clairement, sans référence à une revendication, que les marchandises non encore livrées pourront être « *retenues* » par le vendeur.

bien évoquer en réalité un droit d'une nature différente de celle du droit de rétention¹⁸⁵. La seconde difficulté concerne le cas où le transport des biens cédés s'effectue à l'initiative du cessionnaire, le transporteur n'agissant pas alors pour le compte du cédant. En remettant les biens au transporteur, le cédant s'est nécessairement dessaisi volontairement au profit du cessionnaire de sorte qu'il ne saurait en cours de transport se prévaloir d'un quelconque droit de rétention. La troisième difficulté porte sur le sort des éventuels acomptes versés par l'acquéreur à la suite de l'exercice du droit du vendeur de meubles. En effet, il est fréquemment admis par la doctrine classique que celui-ci voyant sa revendication réussir en application de l'article L. 624-13 du Code de commerce, doit restituer les acomptes reçus de l'acquéreur¹⁸⁶. La solution est parfaitement cohérente puisqu'il est acquis en jurisprudence¹⁸⁷, en dehors du cas de l'article L. 624-13, que le propriétaire qui obtient la restitution de la chose à la suite d'une action en revendication doit restituer à l'acheteur les éventuels acomptes reçus puisqu'il est payé en nature à hauteur de la valeur du bien repris. Le droit de rétention, qui ne consiste qu'« *en la faculté pour une personne de conserver entre ses mains une chose qu'on lui réclame à bon droit* »¹⁸⁸, ne peut être doté d'un tel effet, puisqu'il ne confère à son titulaire ni droit de préférence, ni droit de suite¹⁸⁹. Face à ces difficultés, une autre analyse de l'article L. 624-13 du Code de commerce a vu le jour.

2) L'exercice d'un stoppage in transitu

50. Contenu de l'analyse. Les limites de la théorie de la reprise de rétention incitent à la consolider à l'aide de certains mécanismes issus du droit du transport. S'est ainsi répandue l'idée selon laquelle l'article L. 624-13 du Code de commerce ne serait qu'une application de la maîtrise conservée par l'expéditeur dans le cadre du contrat de transport¹⁹⁰. Il est, en effet, admis depuis longtemps que l'expéditeur, qu'il s'agisse du vendeur ou du commissionnaire, a la faculté de modifier unilatéralement le contrat de transport, en suspendant la livraison, en changeant la destination de celle-ci ou bien en la grevant d'un

¹⁸⁵ D'autant plus qu'à chaque fois que le Code de commerce mentionne la revendication, c'est en évoquant le cas du propriétaire. Ainsi en est-il de l'article L. 624-11, L. 624-12 et L. 621-16 où il est, à ce dernier titre, question de la revendication du vendeur bénéficiant de l'effet d'une clause de réserve de propriété.

¹⁸⁶ En ce sens, THALLER, *op. cit.*, n° 1952, p. 973; BLUMENTHAL, thèse préc., n° 34, p. 39 ; DESTICKER, thèse préc., p. 70 ; HOT, thèse préc., p. 75.

¹⁸⁷ En ce sens, Cass. Com. 5 mars 1996, *Bull. Civ. IV*, n° 72, *RTD Civ.* 1996, 443, obs. P. CROCQ, *JCP E* 1996, 584, n° 11, obs. M. CABRILLAC, *D.* 1996, somm. 222, obs. F. PEROCHON.

¹⁸⁸ R. DERRIDA, *Recherches sur le fondement du droit de rétention*, thèse Alger, 1940, p. 15.

¹⁸⁹ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 628, p. 467.

¹⁹⁰ B. SOINNE, *op. cit.*, n° 1895, p. 1528.

remboursement, tant que le destinataire n'a pas fait valoir ses droits¹⁹¹. Indifférente à l'exercice du droit de propriété¹⁹², cette prérogative conférée à l'expéditeur, qui se matérialise par un ordre écrit adressé au transporteur¹⁹³, fut initialement justifiée par le mécanisme de la stipulation pour autrui prévue à l'article 1121 du Code civil¹⁹⁴ : l'expéditeur, stipulant, peut révoquer la stipulation, autrement dit le contrat de transport, tant que le tiers, en principe le destinataire, ne l'a pas acceptée. Ce droit de disposition en cours de transport de la marchandise reconnue au donneur d'ordre, explique, selon de nombreux auteurs, le droit de revendication reconnu au vendeur en vertu de l'article L. 624-13 du Code de commerce. Ce droit représente ni plus ni moins qu'un droit de stoppage en transit, permettant au vendeur de reprendre « en main » les marchandises vendues en cours de livraison, afin d'y exercer son droit de rétention¹⁹⁵.

51. Inconvénients de l'analyse. Cette interprétation n'est pourtant pas pleinement convaincante tant il est difficile de trouver dans le stoppage *in transitu* un parfait équivalent à la technique offerte au vendeur par l'article L. 624-13 du Code du commerce. En effet, à la différence de l'action en revendication, le stoppage *in transitu* n'est pas une action réelle mais une action personnelle qui s'inscrit dans le cadre d'une modification du contrat de transport. Cette différence de nature explique les effets particuliers du stoppage en transit, à plus forte raison depuis la loi Gayssot du 6 février 1998. Avant cette loi, le droit de stoppage reconnu à l'expéditeur était unilatéral car il s'expliquait par la règle de la stipulation pour autrui. Les choses sont différentes depuis la modification de l'article L. 132-8 du Code de commerce par la loi n° 98-69 du 6 février 1998, dite loi « Gayssot »¹⁹⁶,

¹⁹¹ RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, éd. 2000, n° 2720, p. 725, notant que le droit de disposition « appartient en principe à l'expéditeur » ; B. MERCADAL, *Mémento pratique Francis Lefebvre, Droit commercial*, 2011, n° 24369.

¹⁹² RIPERT et ROBLOT, *Ibid.*

¹⁹³ B. MERCADAL, *Ibid.*

¹⁹⁴ THALLER, *op. cit.*, n° 1164.

¹⁹⁵ RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, éd. 2002, n° 3151, p. 1057, selon lesquels l'article L. 624-13 « rejoint le droit de disposition qui est reconnu à l'expéditeur dans le contrat de transport ». Dans le même sens, J. VALLAN-SAN, *op. cit.*, n°37 : « C'est en ce sens que l'on parle de stoppage *in transitu* » ; M. ALLEGRET et Ph. TAIANA, *Juris-Classeur transport*, Fasc. 625, « Transport ferroviaire interne, Contrat de transport de marchandises », éd. 2011, mis à jour par S. CALME, n° 85. Plus nuancé, THALLER, *op. cit.*, n° 1951, p. 972, lequel, au regard de la réglementation du transport, se demande si l'ancien article 576 du Code de commerce n'a pas introduit dans la loi « une disposition surabondante ».

¹⁹⁶ Article L. 132-8 : « la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur, le voiturier et le destinataire ou entre l'expéditeur, le destinataire, le commissionnaire et le voiturier. Le voiturier a ainsi une action directe en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire, lesquels sont garants du paiement du prix du transport... ». V., Ph. DELEBECQUE, « Loi du 6 février 1998 : améliorations des conditions d'exercice de la profession de transporteur routier », *D. Affaires* 1998, p. 870 ; Ph. DELEBECQUE, « Le destinataire de la marchandise : tiers ou partie au contrat ? », *D. Affaires* 1995, p. 189.

qui a revisité le contrat de transport¹⁹⁷. Loin d'être purement unilatéral, le droit de modification de l'expéditeur apparaît au contraire désormais « négocié » avec le transporteur et le destinataire¹⁹⁸, devant ainsi être réglé conventionnellement avant le commencement du déplacement de la marchandise et par écrit. Il s'ensuit que le destinataire, qui est devenu une partie au contrat de transport, a la possibilité de bloquer l'action de l'expéditeur dès lors qu'il fait valoir ses droits. Ainsi, tandis que le stoppage *in transitu* permet au destinataire de faire échec au droit de l'expéditeur, l'action en revendication incarne l'unilatéralisme le plus dur, en permettant au vendeur de récupérer sans condition les biens en transit. La lettre de l'article L. 624-13 du Code de commerce paraît s'inscrire dans cet unilatéralisme, certains auteurs reconnaissant même que l'action qu'il renferme est « plus énergique »¹⁹⁹ que le stoppage *in transitu*. Ainsi, il est délicat de voir dans la revendication mentionnée à l'article L. 624-13 du Code de commerce l'exercice d'un stoppage en transit. Malgré ses inconvénients, est pourtant majoritairement admise l'analyse selon laquelle la prérogative reconnue au vendeur de meubles traduit l'exercice d'un droit de rétention ou d'un stoppage *in transitu* issu du droit du transport.

B) L'analyse exégétique de l'article L. 624-13 du Code de commerce

52. Rompant avec l'analyse dominante, destinée à préserver la règle du transfert de propriété *solo consensu*, une analyse exégétique révèle au contraire que l'article L. 624-13 du Code de commerce se réfère à une revendication à titre de propriétaire (1), consacrant du même coup le principe du transfert de propriété *sola traditione* (2).

1) Une revendication à titre de propriétaire

53. Les thèses en présence lors de l'adoption du Code de commerce. Les travaux relatifs à l'élaboration du Code de commerce mirent en opposition deux conceptions. La première se proposait de supprimer purement et simplement le droit de revendication offert au vendeur parce qu'il n'était plus en phase avec le principe de l'acquisition consensuelle de

¹⁹⁷ V. notamment, Ph. DELEBECQUE, art. préc., *D. Affaires* 1998, p. 870 ; J. VALLANSAN, « Grande distribution et prix du transport », *JCP E*, 2000, n° 37, p. 1415.

¹⁹⁸ B. KERGUELEN-NEYROLLES, *Lamy transport*, T. 1er, *op. cit.*, n° 215, p. 94 : « Du fait de l'association originelle du destinataire au contrat de transport introduite par la loi « Gayssot », il n'apparaît plus aujourd'hui loisible de parler de droit unilatéral mais bien plutôt de droit partagé, droit appartenant à parts égales et entières à deux co-titulaires, l'expéditeur et le destinataire »

¹⁹⁹ RIPERT et ROBLOT, *Ibid.*

la propriété consacré par le Code civil de 1804²⁰⁰. Théorique, la position se veut également pragmatique en souhaitant éviter les plaintes des créanciers qui vivent mal une situation où le vendeur, au mépris du principe de l'égalité entre les créanciers, a la possibilité de reprendre les marchandises vendues²⁰¹.

54. Le second système se voulait l'héritier du passé. Ses partisans ont argué de ce que le vendeur disposerait, comme il a toujours été, d'une action en revendication. L'idée d'un maintien en matière commerciale des anciens usages de la revendication trouva d'ardents défenseurs au Conseil d'Etat²⁰². Ainsi, on fit observer que celui qui a livré des marchandises sans en recevoir le prix doit pouvoir les reprendre quand il les trouve aux mains de son débiteur, « *parce qu'il ne fait réellement que reprendre sa propre chose* »²⁰³, position maintenant les anciens usages applicables en matière mobilière où le transfert de propriété était subordonné au paiement du prix²⁰⁴. La position repose sur le souci de maintenir une certaine sécurité juridique, surtout lorsque le débiteur fait l'objet d'une faillite²⁰⁵. Admettre une revendication à l'initiative du vendeur impayé présente l'avantage de pallier la fraude du débiteur, lequel, à la veille de faillir, s'empresse de multiplier les commandes, en sachant qu'il ne paiera point, dans le but de grossir fictivement son actif et se créer les moyens d'offrir un dividende et d'obtenir un concordat²⁰⁶.

²⁰⁰ Comme le note RENOARD, cette position « *invoquait pour se refuser à la revendication, les principes du droit civil sur la vente. Elle est parfaite par le consentement et la propriété ne peut, en passant sur la tête de l'acheteur, continuer à résider sur celle du vendeur* », *Traité des faillites et banqueroutes*, seconde édition revue et augmentée, Paris, 1844, Guillaumin Librairie, T. 1^{er}, p. 342. Dans le même sens, MASSIGLI, *De l'envoi en possession et de la vente en masse des biens d'un débiteur, De la revendication en matière de faillites*, Thèse Aix, 1877, p. 177, pour lequel ceux qui épousent cette acception considèrent que lorsque la vente « *est parfaite par le seul consentement, lorsqu'un contrat légalement consommé a transmis la propriété de la marchandise à l'acheteur, lorsqu'elle est aux risques de celui-ci et qu'il vient à faillir, il faut que, dans le désastre commun, tous ceux qui sont de même condition, subissent les mêmes pertes et doivent être traités de même* ».

²⁰¹ V. l'exposé de RENOARD, *op. cit.*, 343.

²⁰² Ch. MASSIGLI, thèse préc., p. 171.

²⁰³ Ch. MASSIGLI, thèse préc., *Ibid.*

²⁰⁴ V. *supra* n° 15.

²⁰⁵ Ch. MASSIGLI, thèse préc., *Ibid.*, qui fait valoir que refuser au vendeur « *ce droit qui fait sa sûreté, c'est ruiner les fabricants qui ne peuvent se dispenser d'accorder des crédits pour se procurer le débouché de leurs produits, c'est gratifier les créanciers et le failli du bien d'autrui* ».

²⁰⁶ V. les propos de TRIPIER, cité par RENOARD, *op. cit.*, p. 347-348 : « *« Les partisans de cette innovation (le transfert solo consensu) ont dit, pour la justifier, qu'elle serait conforme aux principes du droit civil ; que la vente ayant transmis la propriété de la marchandise, tout est consommé, et le vendeur, non payé, ne peut plus exercer que les droits du créancier. Si la rigueur des principes pouvait être portée jusqu'à ce point en matière civile, conviendrait-il de l'appliquer aux matières commerciales ? Elles ont leurs règles spéciales qui reposent sur la bonne foi et sur la confiance ; rien ne serait plus contraire à la bonne foi, plus propre à altérer la confiance, que l'annulation de tous les droits du vendeur non payé sur la marchandise expédiée ».*

55. Une solution de compromis : le maintien de la revendication à titre de propriétaire limitée aux biens en transit. Le législateur opta pour une solution médiane²⁰⁷. Par conséquent, le législateur décida la suppression de l'ancien article 2102 4° du Code civil²⁰⁸ en présence d'une faillite²⁰⁹ : dès lors que s'ouvre une telle procédure, il est admis de façon dérogatoire que le vendeur impayé ne peut revendiquer les marchandises si celles-ci ont été livrées à l'acquéreur, même si le prix ne lui a pas été réglé. En revanche, la revendication demeure possible lorsque les marchandises sont en transit lors de la déclaration de faillite²¹⁰. L'esprit de transaction du législateur est patent et repose sur le souci de préserver la bonne foi et la confiance, indispensables aux relations commerciales en laissant au vendeur la possibilité de revendiquer les biens tant qu'ils n'ont pas été livrés à l'acheteur défaillant. Cependant, à l'instar de l'ancien article 2102 4° du Code civil²¹¹, le législateur a écarté la règle du transfert de propriété *solo consensu* au profit d'un système où le vendeur demeure propriétaire jusqu'à l'entrée des biens dans les magasins de l'acheteur. Ainsi, seule la qualité de propriétaire représente le véritable fondement de la revendication offerte au vendeur relativement aux biens vendus et non entrés dans les magasins de l'acheteur.

56. Résistances doctrinales. Loin de tirer les conséquences d'une analyse exégétique, certains auteurs tentèrent de concilier la solution prévue à l'article L. 624-13 du Code de commerce avec la règle du transfert de propriété *solo consensu* en mettant en avant l'idée que la récupération des biens est l'effet d'une résolution préalable du contrat de vente à défaut de paiement du prix par le débiteur failli²¹², à l'instar de la règle prévue à l'article 1654 du Code civil.

57. Néanmoins, les termes de revendication et de résolution ont des significations juridiques bien distinctes. On peut ainsi objecter à cette analyse que l'on ne voit pas pourquoi les

²⁰⁷ Ch. MASSIGILI, thèse préc., p. 173 : « Entre les deux systèmes, les rédacteurs du Code s'arrêtèrent à un moyen terme : ils permirent la revendication des marchandises en route, non encore revendues de bonne foi, et ils proscrivirent celle des marchandises entrées dans les magasins du failli ».

²⁰⁸ Devenu l'article 2332 4° du Code civil.

²⁰⁹ Ancien art. 550 du Code de commerce : « Le privilège et le droit de revendication, établis par le n° 4 de l'article 2102 du Code civil au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne seront point admis en cas de faillite ».

²¹⁰ J. BLUMENTHAL, thèse préc., n° 30, p. 34, observant que « le droit de revendication a fini par triompher ».

²¹¹ A cet égard, le nouvel article 2332 4° *in fine* du Code civil indique de façon significative qu'« il n'est en rien innové aux lois et usages du commerce sur la revendication », signe de la persistance de l'usage selon lequel en matière mobilière, le transfert de propriété est subordonné à la remise de la chose et au paiement du prix.

²¹² En ce sens, MM. LYON-CAEN et RENAULT consacrant cette thèse en matière commerciale, précisément en matière de faillite, à travers l'ancien article 576 du Code de commerce, *op. cit.*, n° 834 et 840 ; THALLER, n° 1952, p. 973 : « l'article 576 établit...une véritable action en résolution pour défaut de paiement du prix... » ; L. HOT, thèse préc., p. 75 et s. ; M. DESTICKER, thèse préc., p. 70.

rédateurs du Code de commerce auraient regroupé sous une même dénomination des droits d'une nature différente. Qui plus est, la perspective d'une revendication paraît suggérer une action réelle et non simplement personnelle comme l'est l'action en résolution. Une interprétation contraire procèderait, au prix de contorsions²¹³, à une dénaturation de l'action prévue à l'article L. 624-13 du Code de commerce. Enfin, on fit remarquer que la théorie de la résolution de plein droit s'accommodait assez mal de la possibilité offerte en droit positif à l'administrateur judiciaire, consistant à désintéresser le vendeur en lui réglant le prix de vente afin d'éviter la restitution des biens²¹⁴; ce faisant, l'administrateur maintiendrait le bien au sein des actifs du débiteur, en totale méconnaissance d'une résolution censée pourtant être préalablement intervenue. L'argument parut tellement embarrassant qu'il suscita un ré-ajustement de la théorie.

58. Selon M. Massigli²¹⁵, le fondement de l'article L. 624-13 procède en réalité de l'article 1184 du Code civil, lequel énonce, en cas de condition résolutoire, d'une part que le contrat n'est pas résolu de plein droit et d'autre part que le débiteur de l'obligation inexécutée a le choix entre forcer l'autre à s'exécuter ou demander la résolution avec dommages et intérêts. Cette option justifierait que le vendeur puisse, préalablement à la résolution, demander à l'administrateur d'être payé. Le raisonnement permet d'expliquer l'exercice de la faculté dont jouit l'administrateur judiciaire, mais elle n'est pas pour autant exempte de critique. Deux objections peuvent être avancées. Tout d'abord, l'article L. 624-13 du Code de commerce ne postule pas que le juge doive autoriser la revendication dès lors qu'on la rapproche de l'article 1184 du Code civil. Pourtant, l'application de l'article 1184 du Code civil, comme celle de l'article 1654, dicte bien une démarche judiciaire, ce qui représente une différence notable. En outre, l'article L. 624-13 du Code de commerce ne laisse pas au vendeur la possibilité de demander et d'obtenir en sus l'octroi de dommages et intérêts, comme l'y invite pourtant l'article 1184 du Code civil²¹⁶. Le contenu de l'article L. 624-13 paraît ainsi bien éloigné de ceux des articles 1654 et 1184 du Code civil.

²¹³ La théorie de la résolution conduit à certaines contorsions. Ainsi, MM. LYON-CAEN et RENAULT affirment que « sans doute la revendication dans le sens propre du terme suppose que la propriété appartient à celui qui l'exerce. Mais, en matière de faillite, dans l'article 576 C. Com., le mot revendication est employé dans un sens spécial qui n'est pas son sens rigoureux; il désigne l'action en résolution du vendeur d'effets mobiliers pour défaut de paiement du prix », *op. cit.*, n° 840, p. 123-124.

²¹⁴ Article L. 624-16 alinéa 4 du Code de commerce : « Dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si le prix est payé immédiatement ».

²¹⁵ MASSIGLI, thèse préc., p. 181.

²¹⁶ THALLER relève bien l'argument sans pourtant réaliser l'objection qu'il représente, *op. cit.*, n° 1952, p. 973.

59. L'appréhension du mécanisme prévu à l'article L. 624-13 en une résolution du contrat de vente n'est pas satisfaisante, si bien que la doctrine lui préfère aujourd'hui une analyse reposant sur la théorie de la reprise de rétention²¹⁷. En réalité, l'une et l'autre des ces analyses s'efforcent de concilier l'inconciliable : le transfert *solo consensu* et la perspective d'une revendication commerciale, en présence d'une faillite, tant que les biens n'ont pas été livrés au débiteur. La revendication n'est en réalité envisageable que parce que le revendiquant conserve la qualité de propriétaire jusqu'à la livraison des biens dans les magasins de l'acheteur²¹⁸, raisonnement par ailleurs conforme à l'exégèse de l'article L. 624-13 du Code de commerce.

2) Un transfert de propriété *sola traditione*

60. **Rejet du fondement de la solvabilité apparente.** Certains auteurs ont justifié l'article L. 624-13 du Code de commerce par la théorie de la solvabilité apparente²¹⁹ : l'impossibilité pour le vendeur de revendiquer les biens appréhendés par l'acquéreur s'expliquerait par le fait que ceux-ci expriment dorénavant auprès des tiers la consistance du patrimoine du débiteur. Cependant, une partie de la doctrine réfute cette justification²²⁰ en mettant en avant trois arguments.

61. Le premier consiste à se prévaloir du fait que certaines personnes ont la possibilité de revendiquer des biens qui, bien qu'entrés dans les magasins du failli, ne sont pas pour autant la propriété de ce dernier. Sont concernés par cette situation les biens par lui détenus à titre de prêt, de location, de mandat ou de dépôt, où l'alinéa 1^{er} de l'article L. 624-16 du Code de commerce affirme qu'ils peuvent faire l'objet d'une revendication. Bien qu'étant susceptibles de représenter des éléments de la solvabilité apparente du débiteur, ces biens ne tombent pas pour autant sous le coup d'une interdiction de revendication. Comme le souligne M. Calais-Auloy, « *si l'on appliquait l'idée d'apparence à celles-ci, il n'y aurait aucune raison de ne pas l'appliquer à ceux-là* »²²¹ de

²¹⁷ V. *supra* n° 48 et s.

²¹⁸ Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *op. cit.*, n° 840, p. 122 indiquant que « *ce qui justifie quelque peu l'expression de droit de revendication, c'est qu'en définitive, le vendeur qui obtient la résolution, est traité comme s'il n'avait jamais cessé d'être propriétaire de la chose vendue...* ». Ainsi, même s'ils expliquent la disposition sur le fondement de la résolution de la vente, les auteurs admettent que le vendeur conserve la propriété de la chose vendue.

²¹⁹ V. les propos de MM. ARGENSON et TOUJAS, *op. cit.*, n° 923, p. 854, selon lesquels la revendication est possible tant que la marchandise n'a pas encore procuré à l'acheteur « *une façade de solvabilité apparente* ».

²²⁰ J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Préf. H. Cabrillac, Paris, 1959, LGDJ, n° 48 à 50.

²²¹ J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, n° 48, p. 51.

sorte qu'aucune action en revendication ne devrait pouvoir être possible à l'égard des biens entrés dans les magasins du débiteur. En admettant le contraire, le droit positif rejette l'application de la théorie de la solvabilité apparente. Corrélativement, celle-ci ne peut justifier l'action en revendication du vendeur impayé de meubles en transit prévue à l'article L. 624-13 du Code de commerce.

62. En second lieu, l'article L. 624-16 alinéa 2^{ème}, en autorisant la revendication des biens vendus avec clause de réserve de propriété, méconnaît la théorie de l'apparence car le créancier revendiquant peut ainsi obtenir la restitution de biens se trouvant dans les locaux du débiteur. L'apparence est la même à l'égard des meubles objets de la clause qu'à l'égard des autres biens meubles impayés par le débiteur, puisque les uns et les autres sont bel et bien entrés dans les magasins de ce dernier²²². Admettre la revendication à l'égard des premiers et la refuser à l'égard des seconds, c'est admettre que le droit des procédures collectives n'applique pas de façon homogène la théorie de l'apparence, ce qui est difficilement envisageable. Comme précédemment, il doit être considéré que l'article L. 624-13 du Code de commerce ne consacre pas tant en réalité une application de la théorie de l'apparence qu'il justifie la revendication par la conservation de la qualité de propriétaire du créancier revendiquant.

63. Enfin, comme il fut relevé en doctrine, les créanciers antérieurs à l'entrée des marchandises dans les magasins du failli n'ont pu véritablement être trompés par la solvabilité apparente du débiteur tant ces biens n'étaient alors pas encore détenus par le débiteur lorsqu'ils s'engagèrent²²³. Fonder un refus général de la revendication des marchandises sur le fondement de la solvabilité apparente du débiteur est alors discutable en raison de l'antériorité de l'engagement du créancier par rapport à l'opération de livraison. En outre, même en présence de créanciers dont l'engagement est postérieur à l'entrée des marchandises dans les magasins du failli, une distinction pourrait être effectuée entre ceux qui ont été effectivement trompés et ceux qui ne l'ont pas été, « *pour exclure ces derniers de tout droit sur les marchandises non payées* »²²⁴. Par ailleurs, les arguments qui précèdent sont renforcés par la considération de la place occupée de nos jours par la vente à crédit. Comme l'explique M. Vasseur, il n'est pas conforme aux habitudes du commerce de considérer qu'un créancier puisse être trompé par la présence

²²² J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, n° 48, p. 52.

²²³ J. CALAIS-AULOY, *Ibid.*

²²⁴ J. CALAIS-AULOY, *Ibid.*

de marchandises dans les magasins de son débiteur tant il n'est pas sans savoir que la vente à crédit est usuelle aujourd'hui et que les marchandises ne sont pas forcément payées²²⁵. Partant de ces constatations, la considération qu'un créancier puisse faire l'objet d'une erreur ayant pour origine la solvabilité apparente est faible et quelque peu abandonnée à ce jour²²⁶. En tout état de cause, elle ne peut exclusivement justifier le mécanisme de l'article L. 624-13 du Code de commerce.

64. Assimilation des « magasins de l'acheteur » à une prise de possession de l'acquéreur-Transfert sola traditione. Il fut proposé de modifier la rédaction de l'article 576 du Code de commerce de la façon suivante²²⁷ : « *pourront être revendiquées les marchandises expédiées au failli, tant que la tradition réelle n'aura point été effectuée au lieu de destination* ». La référence au lieu de destination est plus large que celle aux magasins de l'acheteur et est destinée à réduire les cas d'application de l'action en revendication du vendeur. Cette proposition traduit une volonté de tirer les conséquences du transfert de propriété *solo consensu* : ce dernier s'opérant *solo consensu*, indépendamment de toute prise de possession par l'acquéreur, il n'est pas d'obstacle à une conception plus large du lieu de destination des marchandises, pouvant différer de celle des seuls magasins de l'acheteur²²⁸. Cette position se retrouva également dans une proposition voisine, formulée par M. Gaillard-Kerbertin, qui souhaita supprimer l'adjectif « *réelle* » pour ne parler que d'une « *tradition* » pouvant ainsi devenir feinte²²⁹. Ces propositions restèrent lettre morte²³⁰ et la référence aux magasins de l'acheteur s'est maintenue et figure actuellement au sein de la rédaction de l'article L. 624-13 du Code de commerce. La revendication du

²²⁵ VASSEUR, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, thèse Paris, 1947, n° 38 et 201 ; J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, n° 50, p. 52.

²²⁶ Sur la raréfaction actuelle de la théorie de la solvabilité apparente en doctrine et en jurisprudence, v. *infra* n° 582.

²²⁷ RENOUARD, *op. cit.*, p. 351.

²²⁸ Rappr. RENOUARD, *op. cit.*, p. 351-352, qui justifia cette nouvelle rédaction en indiquant que « *l'article 577 ne parlait que de l'entrée dans les magasins du failli ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour son compte. Il se taisait sur les entrées en entrepôt, sur les arrivages à port ou à quai, lorsque l'usage est d'y effectuer des ventes, partiellement ou en totalité, avant le débarquement. Votre Commission a cherché une rédaction générale qui s'étendit nettement à tous les cas, et qui posât clairement la limite jusqu'à laquelle la revendication pourra être admise. Elle s'est attachée à l'époque de la mutation de propriété réalisée par le fait matériel de la tradition* ».

²²⁹ « *...car la livraison peut se faire par la remise des clefs des bâtiments où les marchandises auront été déposées* », cité par RENOUARD, *op. cit.*, p. 352.

²³⁰ RENOUARD, *Ibid.* : « *Cette commission, sans expliquer ni indiquer ses motifs, modifia dans ce paragraphe la rédaction voté par la Chambre des députés ; elle parla, non plus de tradition effectuée au lieu de destination des marchandises, termes généraux qui manquaient peut-être de précision, mais, en se rapprochant davantage des expressions employées par l'ancien article 577, de la tradition effectuée dans les magasins du failli ou dans ceux du commissionnaire chargé de vendre pour compte du failli ; termes trop restrictifs et qui induiraient en erreur si l'on s'attachait judaïquement à leur sens littéral* ».

vendeur n'est donc possible qu'à la condition que les marchandises n'aient pas regagné les magasins de l'acheteur par leur remise matérielle. Cette remise est ainsi translative de propriété car elle empêche la revendication du vendeur, qui est une prérogative attachée à la qualité de propriétaire. L'article L. 624-13 du Code de commerce démontre donc que le transfert de propriété ne peut s'abstraire de l'intervention d'un procédé ostensible permettant, dans le cadre de la procédure collective de l'acheteur, de déterminer objectivement le moment de sa perfection. La tradition matérielle incarne alors ce mécanisme translatif. L'analyse exégétique de l'article L. 624-13 du Code de commerce révèle que cette disposition écarte la règle du transfert de propriété *solo consensu*, qui est immatériel et n'associe par les tiers à son processus.

§2) L'effet translatif de la livraison en matière comptable et fiscale

65. La règle du transfert *solo consensu* est également battue en brèche en droit comptable et en droit fiscal. En effet, le traitement comptable et fiscal de l'opération de livraison (A) montre que celle-ci est dotée d'un effet translatif de propriété, ce qui permet de conclure à une manifestation de la règle du transfert *sola traditione* (B).

A) Le traitement comptable et fiscal de l'opération de livraison de marchandises

66. Il est question d'aborder tour à tour les solutions ayant cours en droit comptable (1), et en droit fiscal (2), qui font de la matérialité de l'opération de livraison la substance même du mécanisme translatif.

1) Le traitement comptable de l'opération de livraison de marchandises

67. De la comptabilisation des créances.... Le droit et la comptabilité sont étroitement liés mais leur union s'exprime tantôt par des rapports de symétrie, tantôt par des situations de dissymétrie²³¹. A l'instar du droit fiscal²³², le droit comptable est devenu autonome. Cette autonomie se vérifie dès lors que l'on aborde la question de l'appréhension par le droit comptable du transfert de propriété. Par application de la règle générale, il semblerait cohérent de comptabiliser toute opération acquisitive de propriété dès l'échange des consentements. Outre sa conformité vis à vis de l'article 1138 du Code civil, l'analyse

²³¹ P. QUADEN, « Symétrie et dissymétrie du droit et de la comptabilité, in La compatibilité et le droit », séminaire d'octobre 1973 de la Commission droit et vie des affaires de la Faculté de droit de Liège, éd. Bruylant, Bruxelles, 1974, p. 43 et s.

²³² M. COZIAN, « Propos désobligeants sur une « tarte à la crème : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal », in *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 3^{ème} édition, 1996, p. 3. et s.

trouverait une certaine cohérence avec les règles comptables qui font correspondre l'enregistrement comptable et la naissance des créances²³³. Dès lors, pourrait-on penser que le transfert de propriété doit être comptabilisé lors de la naissance de l'obligation de livrer la chose.

68. ... à la comptabilisation de la livraison du bien en présence d'une opération translatrice.

Mais le droit comptable privilégie une position où la comptabilisation du transfert de propriété est subordonnée à l'exécution de l'opération translatrice. La difficulté principale réside alors dans la signification de cette exécution. Sur ce point, il est admis que les entreprises comptabilisent les opérations d'achat et de vente au moment de leur facturation²³⁴, pouvant ainsi laisser penser que la facturation représente l'élément qui doit être pris en considération. Cette idée est pourtant erronée car il existe fréquemment une coïncidence entre le moment de la livraison et celui de la facturation. Ainsi, une opération translatrice telle que la vente n'est le plus souvent comptabilisée qu'une fois le bien livré et facturé au cessionnaire²³⁵. Cependant, le critère de la livraison dépasse celui de la facturation. En atteste le cas spécifique des marchandises livrées mais non facturées lors de la clôture de l'exercice comptable. En pareil cas, la question se pose de la détermination de l'exercice auquel rattacher cette opération. La solution consiste alors à relier cette dernière à l'exercice écoulé en raison de la survenance de la livraison²³⁶, signe de ce que le droit comptable considère que le transfert de propriété s'opère à cet instant précis. Seule la livraison, qui correspond du point de vue comptable, à la délivrance figurant à l'article 1604 du Code civil²³⁷, représente le critère pris en considération afin d'enregistrer comptablement les opérations patrimoniales. Son exécution marque ainsi l'instant où le bien passe d'une personne à une autre et permet la comptabilisation du transfert de propriété. Cette analyse est validée par la doctrine qui relève que « (...) le transfert de propriété se produit lors de la livraison du bien, qui en pratique correspond le plus souvent à la facturation »²³⁸. L'effet translatif attaché à la livraison des biens se vérifie également dans une discipline voisine, le droit fiscal.

²³³ A condition toutefois qu'il s'agisse de créances et de dettes nées d'opérations réalisées.

²³⁴ J.-J. FRIEDRICH, *Comptabilité générale, et gestion des entreprises*, Hachette Supérieur, 1993, p. 68.

²³⁵ P. DUFILS, Cl. LOPATER, et E. GUYMARD, *Mémento pratique Francis Lefebvre Comptable*, 2000, n° 503.

²³⁶ P. DUFILS, Cl. LOPATER, et E. GUYMARD, *op. cit.*, n° 507, pour lesquels les produits qui correspondent à la vente de biens « sont rattachés à l'exercice au Cours duquel les biens sont livrés ».

²³⁷ P. DUFILS, Cl. LOPATER, et E. GUYMARD, *op. cit.*, n° 507.

²³⁸ P. DUFILS, Cl. LOPATER, et E. GUYMARD, *op. cit.*, n° 502. *Adde.* n° 507 : « un produit est acquis lorsque les prestations ont été effectuées ou lorsque les fournitures ont été livrées ». Dans le même sens, M. BIALES-

2) Le traitement fiscal de l'opération de livraison de marchandises

69. Le système légal : l'appréhension de la livraison des biens comme un transfert du jus disponendi. La taxe sur la valeur ajoutée est en principe acquittée à partir du paiement du prix de la prestation caractéristique, laquelle peut concerner une prestation de service ou le transfert d'un bien. Cette dernière hypothèse retiendra plus précisément l'attention en ce qu'il est question de déterminer le traitement fiscal du moment du transfert de propriété. Il doit être tout d'abord noté que l'exigibilité de la TVA coïncide la plupart du temps avec son fait générateur. La règle est rappelée tant par le paragraphe 1-a de l'article 269 du Code général des impôts, aux termes duquel le fait générateur de la TVA intervient lorsque la livraison est effectuée, que par le paragraphe 2-a énonçant que la taxe est exigible pour ces mêmes opérations lors de la réalisation du fait générateur. Il en résulte que, pour les opérations translatives, le fait générateur et l'exigibilité de la TVA sont constitués par le même événement, à savoir l'accomplissement de la livraison du bien. Il convient donc, pour appréhender plus finement ce fait générateur, de se reporter à la définition fiscale de l'opération de livraison. A cet égard, l'article 256-II du CGI, dans sa rédaction issue de l'article 1er de la loi n° 92-677 du 17 juillet 1992, prévoit qu'est considéré comme une livraison de bien, « *le transfert du pouvoir de disposer d'un bien meuble corporel comme un propriétaire* ». A l'instar du droit comptable, la taxe semble pour ainsi dire fonction de l'instant où le bien est livré. Qui plus est, la définition fiscale de la livraison des biens paraît conférer à cette dernière un effet translatif de propriété²³⁹. La doctrine s'est alors employée à faire correspondre la formule de l'article 256-II du CGI avec la règle du transfert de propriété dès l'échange des consentements.

70. Tentatives de conciliation avec la règle du transfert de propriété solo consensu. La formule utilisée par l'article 256 II 1° heurte la règle du transfert de propriété *solo consensu* et suscite des difficultés d'interprétation pour qui entend concilier sur ce terrain

GINESTAR et A. HENRIET, *Les bases de la comptabilité*, Technipus, 1993, p. 59 : « *Sauf stipulation contraire dans un contrat de vente, on considère que le transfert de propriété a lieu au moment de la livraison du bien* » ; J.-J. FRIEDRICH, *Ibid.*, pour lequel la « *comptabilisation d'une transaction commerciale est effectuée à la livraison des produits ou marchandises* ».

²³⁹ La rédaction de la disposition est issue de la loi n° 92-677 du 17 juillet 1992. Auparavant, l'ancienne rédaction de l'article 256-II était plus éloquente car elle mentionnait que « *la livraison d'un bien meuble s'entend du transfert de propriété d'un bien meuble corporel* ».

lois civile et fiscale. Aussi, n'est-il guère surprenant que la formulation de la disposition n'apparaisse pas comme « *des plus lumineuses* »²⁴⁰.

71. Afin de concilier la règle de l'acquisition consensuelle avec la position fiscale, une première interprétation peut consister à considérer que le transfert du « *pouvoir de disposer du bien comme un propriétaire* » intervient lors de l'échange des consentements, même si le bien n'a pas été délivré ou le prix payé. La taxe serait en conséquence exigible par le simple transfert juridique de la propriété du bien sans que soit nécessairement intervenue la livraison matérielle²⁴¹. Cependant, ainsi entendue, la livraison apparaît alors comme une notion incorporelle et se détache de la matérialité qui en représente pourtant l'essence. La livraison s'assimilerait ainsi à une tradition fictive des biens, et prendrait ses distances vis à vis de la notion de délivrance, dans son acception matérielle dominante. On mesure les limites de ce raisonnement qui, s'il respecte la règle du transfert *solo consensu*, dénature radicalement la notion de livraison. C'est pourtant bien en considération de la matérialité de la livraison que l'article 269 CGI précise que le fait générateur de la TVA existe lors de l'exécution de la livraison. A l'instar de son traitement comptable²⁴², la livraison s'entend davantage d'une opération matérielle, de sorte que la justification proposée de la formule de l'article 256 II 1° du CGI n'est pas satisfaisante.

72. Une autre est d'affirmer que l'expression « *comme un propriétaire* » rend compte d'un cas où l'on jette sur l'opération de livraison un regard métaphorique²⁴³. Afin de mettre en relief toute son importance, la livraison est alors l'objet d'une appréhension selon laquelle son bénéficiaire est identique à celui que retire un propriétaire. Cependant, la qualité de propriétaire resterait sur un plan juridique acquise préalablement, dès l'échange des consentements. Cette argumentation ne convainc pas. Si elle préserve la matérialité de la livraison, elle offre une explication insuffisante de la liaison que la disposition établit

²⁴⁰ M. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, 1998, 21^{ème} éd., n° 1553. V. M. COZIAN et F. DEBOISSY, *op. cit.*, éd. 2010/2011, n° 927, indiquant sans autre précision que « *la livraison s'entend du transfert de propriété plus précisément du pouvoir de disposer d'un bien corporel comme un propriétaire* ». Le passage ne dit pas clairement si la livraison est ou non entendue comme un acte matériel au sens de l'article 256 II 1° CGI.

²⁴¹ Telle paraît être l'opinion de P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, 2^{ème} éd. 2001, n°720, p. 472-473 : « *la livraison de biens meubles corporels s'entend du transfert de propriété de ce bien ou plus exactement du transfert du pouvoir de disposer d'un bien comme un propriétaire* ». Et d'ajouter que « *bien que la livraison suppose un transfert de propriété, la délivrance y est parfois assimilée. Ainsi, la remise matérielle du bien faite en exécution d'un contrat de vente à tempérament ou d'une location-vente est soumise à TVA* ».

²⁴² V. *supra* n° 68.

²⁴³ P. VINCENT, *Juris Classeur Fiscal*, éd. 1996, fasc. 150, n° 8.

entre la livraison et l'acquisition du droit de propriété, à travers l'évocation du *jus disponendi* qui est l'élément fondamental de la qualité de propriétaire. La livraison paraît bien cristalliser le moment du transfert de propriété.

73. Une dernière interprétation consiste à dire que la lettre de l'article 256-II-1° est limitée au cas particulier des ventes dont le transfert de propriété est conventionnellement différé au moment de la livraison. Cette acception présente l'inconvénient de ne pas correspondre à la généralité de la lettre de l'article 256-II-1° du CGI, dont l'application ne peut être ainsi restreinte. Elle doit donc être rejetée.

74. *L'analyse dominante : l'effet translatif de propriété de la livraison.* Une lecture plus fidèle de l'article 256-II-1° CGI est d'affirmer que la livraison est un acte matériel doté d'un effet translatif de propriété²⁴⁴. Si l'article 256-II-1° CGI considère, au titre de la TVA, le passage des biens d'une personne à une autre à travers l'opération de livraison, c'est qu'il estime qu'il s'agit là du moment où les biens concernés quittent le patrimoine du cédant pour rejoindre celui du cessionnaire. Loin d'être ignorée, cette interprétation des textes fédère nombre d'auteurs. Ainsi, selon MM. Casimir et Chadeaux, « *la livraison ne correspond pas à la simple remise matérielle d'un bien. Celle-ci doit s'accompagner du transfert du pouvoir de disposer de ce bien comme un propriétaire* »²⁴⁵. Ainsi, outre sa matérialité, la livraison est ainsi appréhendée comme un acte translatif de propriété au sens de l'article 256 II 1° CGI. M. Alcade indique, pour sa part, qu'il ne servirait à rien en matière de TVA de retarder le transfert de propriété car la solution est déjà contenue à l'article 256 du Code général des impôts²⁴⁶. Certains auteurs vont plus loin dans l'analyse et la notion de livraison est considérée comme une application fiscale de la notion de propriété économique, d'origine communautaire²⁴⁷. La livraison est une notion à

²⁴⁴ L'analyse est confortée par l'article 256 II-3° du CGI qui précise clairement qu'est également considéré comme une livraison de biens « *le transfert de propriété d'un meuble corporel opéré en vertu d'une réquisition de l'autorité publique* ».

²⁴⁵ J.-P. CASIMIR et M. CHADEFaux, *Droit fiscal, Manuel et applications*, éd. 2009/2010, Groupe Revue Fiduciaire, Nathan, p. 402.

²⁴⁶ F. ALCADÉ, « Les conséquences fiscales », in Colloque Montpellier, *Faut-il retarder le transfert de propriété ?*, préc., p. 38.

²⁴⁷ G. BERNIER, L. CHETCUTI et A. COURTOIS-FINAZ, *La TVA racontée aux dirigeants et à leurs conseils*, 2^{ème} éd., 2010, Litec, n°9, p. 9 : « *Cette notion de livraison de biens est une notion de droit communautaire : dans la directive TVA, la livraison ne correspond pas uniquement au transfert de propriété (au sens de transfert juridique), mais aussi à toute opération de transfert d'un bien corporel par une partie qui habilite l'autre partie à en disposer en fait comme si elle en était propriétaire. La définition de la directive TVA correspond à la fois à la lettre du texte (comme un propriétaire) mais aussi à sa finalité. Cette notion de propriété économique, bien qu'inconnue en droit français, devrait pourtant s'appliquer quand on parle de TVA parce que le système com-*

dimension économique consistant dans la remise du bien concerné dans le cadre de l'opération génératrice de TVA, qui peut fort bien ne pas être translatrice de propriété. Ainsi s'explique que l'on estime que le fait générateur de la TVA se situe dans l'émission de la facture²⁴⁸, dont on a vu qu'elle correspondait à l'exécution de la livraison²⁴⁹. Mais la livraison, lorsqu'elle intervient dans le cadre d'un transfert de propriété, affiche aussi une dimension juridique puisqu'en « transférant » le pouvoir de disposer du bien, elle cristallise l'instant où s'acquiert le droit de propriété.

75. *Autonomie du droit fiscal et du droit comptable ?* Autonomie, singularité du droit fiscal, du droit comptable. Tel peut être l'argument permettant de relativiser la définition fiscale et comptable de la livraison. Il ne serait alors question que de branches spécifiques du droit des affaires, d'une zone dérogatoire au droit commun sans autre explication. Si l'argument peut être entendu, l'explication des solutions fiscales et comptables est en réalité ailleurs et repose sur une volonté de considérer, de façon plus concrète que ne le permet la règle du transfert *solo consensu*, la transmission d'un bien dans le cadre de son cheminement économique. En réalité, il semble qu'il faille voir, au-delà de la manifestation d'une autonomie du droit comptable et fiscal, une application de la règle du transfert par tradition.

B) Les manifestations d'un transfert de propriété par tradition matérielle

76. Si la livraison incarne le mécanisme translatif de propriété en droit fiscal et en droit comptable, il reste à déterminer si elle peut véritablement être assimilée à une tradition du bien. Se pose alors la question de la compatibilité des notions de livraison et de remise matérielle. En la matière, la correspondance des notions de livraison et de tradition matérielle doit être affirmée (1), ce qui permet de conclure que le traitement fiscal et comptable de l'opération de livraison traduit une application de la règle du transfert de propriété *sola traditione* (2).

mun de TVA implique une définition uniforme de la notion de livraison dans tous les états membres, qui ne doit pas dépendre des définitions posées par les différentes législations nationales ».

²⁴⁸ B. LAGARDE, *Traité économique et fiscal de la sauvegarde de l'entreprise*, éd. 2007, Préface de J. DEHARVENG, § 110.2 A, p. 282 : « Le fait générateur de la TVA se situe lors de la livraison du bien qui correspond en pratique à la date d'émission de la facture faisant mention de la TVA ».

²⁴⁹ V. *supra* n° 68.

1) La compatibilité des notions de livraison et de tradition matérielle

77. Notion de livraison : conception matérielle ou conception juridique ? Le Code civil ne définissant pas la notion de livraison²⁵⁰, le droit des transports dût s'y employer afin de déterminer avec précision une notion cardinale. Sa signification posa des difficultés car deux acceptions sont envisageables, l'une juridique, l'autre matérielle. La question est de savoir si la livraison consiste dans le fait de prendre possession de la marchandise de manière effective, ou dans la simple possibilité de prendre possession de celle-ci. La conception matérielle, voit dans la livraison la prise de possession physique des marchandises. Elle coïncide avec le moment du retrait effectif des marchandises, par le destinataire, des mains du transporteur, à travers le véhicule ou les magasins de ce dernier. Elle a été retenue par diverses décisions de juridictions du fond²⁵¹. La conception juridique, a été développée par le Doyen Rodière²⁵², qui reprochait à l'analyse matérielle d'opérer une confusion entre l'enlèvement de la marchandise et sa livraison. Selon lui, la livraison se produit lorsque le transporteur met la marchandise à la disposition du transporteur, qui l'accepte et apparaît alors comme un acte purement consensuel, indépendamment de toute appréhension matérielle de la marchandise par le destinataire.

78. Solution jurisprudentielle : conception mixte. La jurisprudence a évolué, après des hésitations. Elle a tout d'abord adopté une définition matérielle de la livraison, vue comme la prise effective de possession²⁵³. Puis elle a ébauché une synthèse des deux analyses, qualifiant la livraison d'opération par laquelle « *le transporteur remet la marchandise à l'ayant droit qui l'accepte* »²⁵⁴. L'acceptation s'effectue selon différentes modalités qui se rapprochent de celles de la prise en charge. Les juges du fond préfèrent l'analyse de la

²⁵⁰ V. les articles 1136 et suivants où seule l'obligation de livrer est évoquée sans être définie.

²⁵¹ CA Paris, 19 févr. 1993, *BTL* 1993, p. 495.

²⁵² RODIERE, *Droit des transports. Transports terrestres et aériens*, Sirey, 2e éd., 1977 n°438. En jurisprudence, CA Aix-en-Provence, 13 mars 1987, *DMF* 1989, p. 123 : « *le concept de livraison n'est pas lié à un déplacement matériel de marchandises mais résulte de l'accord des parties exprimé par des documents* ».

²⁵³ Cass. Com., 23 mai 1977, n° 75-15025, *Bull. Civ. IV*, n° 153 : « *En relevant que le destinataire d'un transport international par route, n'a pas accepté la livraison des denrées, lorsque celles-ci lui ont été offertes par le transporteur, un arrêt fait ressortir que les avaries de la marchandise sont survenues, sans doute une fois leur déplacement achevé, mais avant que le contrat de transport ait pris fin* ».

²⁵⁴ Cass. Com. 17 novembre 1992, n° 90-22147, *Bull. Civ. IV*, n° 365 : « *La livraison, qui met fin à l'exécution du contrat de transport, est l'opération par laquelle le transporteur remet la marchandise à l'ayant droit qui l'accepte ou qui est mis en mesure d'en vérifier l'état et, le cas échéant, d'assortir son acceptation de réserves puis d'en prendre effectivement possession* ». Un arrêt ultérieur fut cependant plus ambigu en évoquant « *la possibilité matérielle d'appréhender, caractéristique de la livraison (...)* » : Cass. Com., 19 mars 1996, n° 94-15628, *Bull. Civ., IV*, n° 92.

livraison matérielle : la livraison requiert la prise de possession physique²⁵⁵, indépendamment de l'acceptation de la livraison. Les contrats types soulignent les deux composantes de la livraison²⁵⁶ et requièrent tant une prise de possession de nature physique, matérielle, qu'une acceptation de nature juridique, donnée après examen et vérification de la marchandise. Cette définition est reprise actuellement par la Cour de cassation qui indique « *que le voiturier est responsable des pertes et dommages subis par la marchandise jusqu'à sa livraison et que celle-ci s'entend de la remise physique de la marchandise au destinataire ou à son représentant qui l'accepte* »²⁵⁷. Cette position est opportune car l'exigence d'une acceptation du destinataire procure à ce dernier un moyen supplémentaire au cas où la livraison n'est pas souhaitée. Il en résulte qu'une marchandise laissée aux mains du transporteur dans l'attente de déchargement n'est pas considérée comme livrée²⁵⁸. Corrélativement, si, après avoir pris possession de la marchandise, le destinataire la refuse ensuite, il y a bien eu une livraison qui fait courir les délais de forclusion²⁵⁹ et de prescription. L'analyse positive de l'opération de livraison est importante car elle repose sur la remise du bien de l'expéditeur au destinataire de sorte qu'elle nécessite ainsi le concours actif de ce dernier à travers sa prise de possession. Livraison et tradition sont à cet égard semblables.

2) Un transfert de propriété *sola traditione*

79. Un effet de l'extériorité de l'appréhension du bien par l'acheteur. En l'état du droit positif, la livraison est une opération matérielle qui peut être assimilée à une tradition matérielle du bien concerné. Certes, la jurisprudence requiert une remise matérielle « acceptée » par le destinataire, mais celle-ci accompagnera nécessairement la prise de possession par ce destinataire. Soit le destinataire refuse la livraison et ne prend pas possession du bien ; soit il l'accepte et prend alors possession de ce bien. Dans ce dernier cas, la remise matérielle, autrement dit la tradition réelle du bien, est alors parfaite. Il s'ensuit que le droit comptable et le droit fiscal en matière de TVA, en procurant un effet

²⁵⁵ CA Dijon, Ch. Civ., 27 juin 2002, *BTL* 2002, p. 643. La marchandise doit être retirée du véhicule ou des locaux du transporteur : CA Paris, 19 févr. 1993, *BTL* 1993, p. 495 ; CA Aix-en-Provence, 8 févr. 1996, *BTL* 1996, p. 481.

²⁵⁶ Contrat type "général", art. 2.9, définissant la livraison comme « *la remise physique de la marchandise au destinataire ou à son représentant qui l'accepte* ».

²⁵⁷ Cass. Com. 11 juin 2003, n° 01-15.663, *Bull. Civ.*, IV, n° 98, en matière de transport routier. Dans le même sens, Cass. Com., 30 juin 2004, n° 03-10.751, *Bull. Civ.* IV, n° 140.

²⁵⁸ Cass. Com., 11 juin 2003, n° 01-15.663, *BTL* 2003, p. 443 et 454 ; CA Aix-en-Provence, 15 nov. 1995, *BTL* 1996, p. 133.

²⁵⁹ C. Com., art. L. 133-3.

translatif de propriété à la livraison, consacrent des manifestations positives de la règle du transfert *sola traditione*. Au-delà, le transfert de propriété par l'effet de la tradition matérielle des biens permet d'assurer l'unité des différentes « approches » de la propriété en faisant coïncider les notions de propriété juridique et de propriété économique.

80. Coïncidence de la propriété juridique et d'une propriété « économique ». Si le droit comptable et le droit fiscal adoptent des solutions subordonnant le transfert de propriété d'un bien à sa remise au cessionnaire, c'est essentiellement sur la base du circuit économique de ce bien. En effet, la comptabilité s'inscrit dans un contexte spécifique où sa fonction essentielle est de saisir les flux qui modifient la composition ou la répartition d'un patrimoine. Elle s'emploie à enregistrer les mouvements de valeurs d'un patrimoine, en utilisant comme unité de mesure l'unité monétaire²⁶⁰. Par conséquent, lorsqu'une personne comptabilise une opération translatrice, elle saisit essentiellement un flux économique, débutant par l'expédition des marchandises concernées et se terminant par leur livraison. Cette approche économique du transfert de propriété est identique en matière de TVA. La taxe représente un impôt général de consommation²⁶¹ car elle est liée à la consommation du ou des biens acquis. En conséquence, la taxe considère logiquement au titre de son fait générateur un élément qui traduit cette particularité et l'a trouvé à travers la notion de livraison du bien. Ainsi, la livraison cristallise le moment du transfert de propriété en droit comptable et en droit fiscal car elle marque l'instant où l'acquéreur est véritablement en mesure de tirer profit du bien²⁶². Cette solution conduit au constat d'une coïncidence entre la propriété juridique du bien et une propriété « économique ». Au plan conceptuel, l'une et l'autre sont différentes car l'acquisition de la propriété économique repose sur la mise en possession du bien tandis que l'acquisition de la propriété juridique ne nécessite qu'une extériorisation, indifférente aux utilités du bien et

²⁶⁰ P. DUFILS, C. LOPATER et E. GUYOMARD, *op. cit.*, n° 114, p. 19. Egalement J.-J. FRIEDRICH, *op. cit.*, p. 9.

²⁶¹ *Mémento pratique Francis Lefebvre*, Fiscal, 2008, n° 4000.

²⁶² En droit fiscal, l'attractivité de la notion de livraison est forte. La jurisprudence l'applique au contrat d'entreprise, et ce malgré que la valeur de la prestation de service soit par définition plus importante que celle de la fourniture de la matière. Elle décide que le fait générateur de la TVA réside ainsi dans la livraison de l'ouvrage et non lors de l'encaissement du prix de ce dernier selon le régime applicable en matière de prestation de service. Par conséquent, se trouve appliqué au contrat d'entreprise le régime fiscal de la vente plutôt que celui des prestations de services, parce que l'ouvrage est appréhendé en la matière sous l'angle de son transfert de propriété « économique ». En ce sens, CE 5 juin 2002, n° 204741, *Juris Data* n° 2002-0880164, *Rev. Droit fiscal* 2002, comm. 792 : « (...) les opérations effectuées par cette société consistant à fabriquer et livrer des biens meubles corporels, nécessaires aux activités de production de leurs acquéreurs, sont constitutives de livraisons de biens meubles corporels au sens du II de l'article 256 du code général des impôts, nonobstant les circonstances que la société concourt à la conception de ces produits et que la valeur de la matière première n'entre dans le prix de ces derniers que pour une faible part ».

destinée à assurer l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété²⁶³. Cependant, elles convergent en droit comptable et en droit fiscal à travers la notion de livraison. Le transfert de propriété *solo consensu* n'est pas sensible de sorte qu'il ne peut correspondre au transfert de propriété, tel qu'il est entendu dans les matières comptable et fiscale ; seule la livraison le permet. Au-delà, cette situation souligne, si besoin était, les limites inhérentes à un mécanisme translatif qui n'est pas ostensible.

§3) L'effet translatif de la remise du titre juridique dans les opérations de mobilisation de créances

81. Guidée par des impératifs de rapidité et de négociabilité, la mobilisation de créances est apparue incompatible avec la règle du transfert *solo consensu*, impliquant un « transfert » à double détention, entre les parties puis à l'égard des tiers. L'examen du formalisme de la mobilisation de créances (A) permettra de vérifier cette affirmation. Par ailleurs, ce formalisme est renforcé par la nécessité de la remise matérielle et complémentaire du titre juridique établi par les parties, afin de parfaire le transfert des créances concernées (B).

A) Le formalisme de l'opération de mobilisation de créances

82. Seront ainsi successivement étudiés le cas de la cession de créances professionnelles issue de la loi Dailly du 2 janvier 1981 et le cas de la titrisation (1). Puis, l'endossement de l'effet de la lettre de change sera abordé (2).

1) Le transfert de propriété par la datation des bordereaux de cession de créances professionnelles Dailly et de titrisation

83. Formalisme de la cession Dailly. Faisant désormais l'objet d'une codification dans le Code monétaire et financier à travers l'article L. 313-27 alinéa 1^{er}, la cession Dailly représente une illustration de l'idée d'un droit de propriété portant sur des créances²⁶⁴. Titre négociable²⁶⁵, le bordereau de cession de créances professionnelles est un écrit, comportant des mentions obligatoires²⁶⁶, par lequel une personne, appelée cédant,

²⁶³ V. *supra* n° 135 et s.

²⁶⁴ Cass. Com. 22 novembre 2005, n° 03-15669, *Bull. Civ.*, IV, n° 230, évoquant clairement « la propriété de la créance cédée », *D.* 2005, *AJ*, 3081, obs. X. DELPECH, *Deffrénois* 2006, 601, obs. SAVAUX. Sur la question de la propriété des créances, v. *infra* n° 234 et s.

²⁶⁵ D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*. Préface de Ph. REMY, Economica - 1988. Col. *Droit des Affaires et de l'entreprise*, n° 413, p. 236.

²⁶⁶ Ces mentions sont définies à l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier. L'absence de l'une d'elles ne provoque pas la nullité du bordereau, qui ne peut alors valoir acte de cession de créances professionnelles (alinéa 8^{ème}).

transfère à un établissement de crédit, appelé cessionnaire, la propriété de créances professionnelles déterminées afin de garantir un crédit consenti au cessionnaire²⁶⁷. Élément ostensible²⁶⁸, le bordereau de cession est nécessaire afin de céder les créances concernées, si bien que la cession de créances professionnelles représente un acte formaliste²⁶⁹. En énonçant que la cession prend effet non seulement entre les parties mais également vis à vis des tiers lorsque le cessionnaire appose la date sur le bordereau, la datation apparaît comme une phase essentielle de la cession des créances professionnelles. On peut alors s'interroger sur sa portée²⁷⁰. A cet égard, il est admis que la datation du bordereau ne concerne pas l'existence même de la cession²⁷¹ mais uniquement les effets de la cession entre les parties et à l'égard des tiers²⁷². Par conséquent, l'absence de date ou son irrégularité ne peut entraîner la nullité de la cession ; elle traduit en principe seulement une absence d'effet translatif. Il en résulte cependant d'importants effets puisque le cessionnaire, qui ne peut être considéré comme propriétaire des créances cédées, n'a aucune qualité pour réclamer ou recevoir du débiteur-cédé le paiement de ces dernières²⁷³. La datation représente donc un élément essentiel de la cession de créances dans la mesure où elle conditionne le transfert de propriété.

84. Effet translatif erga omnes de la datation du bordereau. La spécificité du système arrêté par le législateur de 1981 réside dans l'effet translatif de propriété attaché à la datation du bordereau de cession de créances. Celle-ci produit effet tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers et déroge ainsi clairement à la règle du transfert de propriété *solo consensu*. A bien y réfléchir, le formalisme de la cession Dailly affiche une certaine

²⁶⁷ R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement*, 10^{ème} éd. 2013, LGDJ, n° 248, p. 190.

²⁶⁸ A. RABAGNY, *op. cit.*, p. 290.

²⁶⁹ R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 255, p. 196.

²⁷⁰ En ce sens, P. CROCQ, thèse préc., n° 472, soulignant l'effet substantiel de la datation du bordereau : « *On peut en conséquence considérer qu'il y a là instauration d'un véritable formalisme de la cession de créances professionnelles qui va bien au-delà d'une simple formalité de publicité* ».

²⁷¹ En ce sens, J.-P. CHAZAL, note D. 2000, n° 26, p. 568 ; R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 258, p. 198 ; Comp. P. CROCQ, thèse préc., n° 472, p. 424, selon lequel le défaut de date a pour effet « *la paralysie des effets de la cession à l'égard des tiers comme à l'égard des parties elles-mêmes, ce qui est bien proche d'une nullité de la cession* ». *Contra*. D. LEGAIS, *op. cit.*, n° 403, p. 231, pour qui la date est requise à peine de nullité.

²⁷² En ce sens, Cass. Com. 28 octobre 1986, n° 85-15612, *Bull. Civ. IV*, n° 194, D. 1986, 592, note VASSEUR ; *JCP* 1987 II, 20735, note J. STOUFFLET ; Cass. Com. 7 mars 1995, n° 93-12257, *Bull. Civ. IV*, n° 66, *RTD Com.* 1995, 632, obs. M. CABRILLAC ; Cass. Com. 6 mai 1996, *RJDA* 1996, n° 1224 ; Cass. Com. 14 juin 2000, n° 96-22634, *Bull. Civ. IV*, n° 121, *RTD Com.* 2000, 992, obs. M. CABRILLAC.

²⁷³ En ce sens, R. BONHOMME, *Ibid.* En jurisprudence, CA Nîmes 23 mai 1991, *JCP* 1991, IV, p. 421, *RD bancaire et bourse*, 1992, n° 4, p. 57, obs. J. CREDOT et Y. GERARD, où il fut décidé que l'absence de date a pour effet que l'établissement de crédit cessionnaire qui a reçu paiement du débiteur cédé doit restituer les fonds reçus au cédant ; en sens contraire, TC Lyon 19 juin 1991, *RTD Com.* 1992, p. 430, obs. crit. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, *Banque* Janvier 1992, n° 523, p. 100, obs. J.-L. RIVES-LANGE, pour qui l'absence de date n'interdit pas la demande en paiement du cessionnaire auprès du débiteur cédé.

ambivalence : d'une part, il durcit la perfection du transfert de propriété *inter partes* qu'il subordonne à l'établissement et la datation d'un bordereau ; d'autre part, il abaisse le formalisme de la cession à l'égard des tiers en écartant l'application de l'article 1690 du Code civil au profit du même bordereau. L'effet translatif de la datation du bordereau de cession est ainsi le fruit de ce subtil équilibre : dès l'apposition de la date par le cessionnaire, celui-ci se trouve titulaire d'un droit de propriété absolu et opposable aux tiers²⁷⁴. Il en résulte que dès cet instant, la créance ne peut plus faire l'objet d'une saisie par les créanciers du cédant²⁷⁵. Le constat de l'antériorité de la date du bordereau par rapport à celle de la saisie attribution ou de l'avis à tiers détenteur pratiqué s'avère décisif et conduit au rejet des prétentions des créanciers du cédant²⁷⁶. De même, le traitement jurisprudentiel des éventuels conflits d'ayant cause pouvant survenir est significatif. La règle *prior tempore, potior jure* joue à plein, en fonction de la date apposée sur le bordereau Dailly. Ainsi, hormis le cas de la fraude²⁷⁷, le cessionnaire Dailly premier en date sera systématiquement préféré au second cessionnaire bénéficiant d'un mode concurrent de transmission de créance, comme peut l'être une autre cession Dailly²⁷⁸, l'endossement d'une lettre de change²⁷⁹ ou encore la subrogation personnelle.

85. L'évolution du droit positif, à travers le nouvel article L. 313-27 alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier, issu de la loi du 1^{er} août 2003, a par ailleurs renforcé les effets de la cession Dailly à l'égard des tiers, en cas de procédure collective du cédant. A la question de savoir si la cession Dailly de créances issues d'un contrat à exécution successive pourrait produire des effets à l'égard des créances naissant de la poursuite de l'activité, la Chambre commerciale répondit tout d'abord par la négative en vertu d'une décision en date du 26 avril 2000²⁸⁰. Pour la Haute Cour, tandis qu'il en est en principe propriétaire

²⁷⁴ J.-P. CHAZAL, obs. préc., *D.* 2000, n° 9, p. 570, pour qui, à l'égard des tiers, la date remplit vis-à-vis de l'opposabilité de la cession le même rôle que la signification de l'article 1690 C. Civ.

²⁷⁵ Cass. Com. 26 novembre 2003, n° 01-03685 ; *Bull. Civ.* IV, n° 176.

²⁷⁶ CA Paris 15 octobre 1993, *Banque* 1994, n° 544, p. 92 ; CE 17 février 1993, *RTD Com.* 1993, 348, obs. M. CABRILLAC.

²⁷⁷ V. par exemple, Cass. Com. 5 juillet 1994, n° 92-14966, *Bull. Civ.* IV, n° 251, *RTD Com.* 1995, 172, obs. M. CABRILLAC.

²⁷⁸ CA Paris 4 janvier 1990, *D.* 1990, somm. 233, obs. VASSEUR ; Cass. Com. 5 juillet 1994, préc.

²⁷⁹ M. CABRILLAC, « La cohabitation de la traite et du bordereau Dailly », *RD bancaire*, 1987, 75 ; J.-L. GUILLOT et O. VANGASSE, « La complémentarité de la traite et du « bordereau Dailly », *Banque*, 1991, 267.

²⁸⁰ Cass. Com. 26 avril 2000, n° 97-10415, *Bull. Civ.* IV, n° 84, *D.* 2000, p. 265, obs. P. PISONI, *Ibid.* p. 717, note Ch. LARROUMET, *JCP E* 2000, p. 1134, note D. LEGEAIS, *Banque* juillet 2000, p. 66, obs. J.-L. GUILLOT, *Act. Proc. Coll.* 2000, n° 12, obs. C. REGNAULT-MOUTIER : « *Le jugement d'ouverture de la procédure collective à l'égard du cédant de créances professionnelles, fait obstacle aux droits de la banque cessionnaire sur les créances nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive postérieurement à ce jugement* ».

dès la datation, le cessionnaire ne pouvait ainsi faire valoir ses droits sur ces créances dont l'échéance est postérieure au jugement d'ouverture. Cette position essuya de nombreuses critiques non seulement en raison de l'opposabilité *erga omnes* résultant de la datation du bordereau Dailly mais également en considération de la position contraire adoptée par la jurisprudence en matière d'avis à tiers détenteur²⁸¹. La réaction fut législative à travers la loi du 1^{er} août 2003 qui revisita l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier. Celui-ci prend désormais soin de préciser que « *la cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances, sans qu'il soit besoin d'autre formalité, et ce quelle que soit la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs* ». Ainsi, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité de la créance faisant l'objet de la cession Dailly, celle-ci est opposable tant aux tiers qu'aux parties dès la date apposée sur le bordereau. Cette solution a pour conséquence de renforcer l'effet translatif de propriété de la cession de créances professionnelles. La jurisprudence modifia en conséquence sa position en affirmant que même si son exigibilité n'est pas encore déterminée, la créance peut être cédée et que, sortie du patrimoine cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture postérieure d'une procédure collective à l'encontre de ce dernier²⁸². Ainsi, l'effet translatif de propriété représente une solution afin d'accélérer la circulation des créances tout en conservant un formalisme à l'opération de mobilisation de créances. Mais, au sein de ce schéma, le rôle de la notification de la cession au débiteur cédé, requise par l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier, doit être précisé.

86. Rôle de la notification de la cession de créance. La notification de la cession au débiteur cédé est prévue par l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier : « *l'établissement*

Contra., jugeant opposable la cession à la date indiquée sur le bordereau, CA Metz 12 septembre 2001, *Banque et droit*, nov.-déc. 2002, 58, obs. J.-L. GUILLOT.

²⁸¹ Les positions de la chambre commerciale et de la seconde chambre civile de la Cour de cassation convergent dorénavant autour de l'idée de l'efficacité de l'avis à tiers détenteur pratiqué antérieurement à la procédure collective du débiteur et portant sur des créances résultant de la poursuite d'activité. V. Cass. Ch. Mixte, 22 novembre 2002, n° 99-13935, *D.* 2002, AJ, p. 3270, obs. A. LIENHARD, *D.* 2003, 445, note Ch. LARROUMET, *RTD Civ.* 2003, p. 146, obs. PERNOT, *JCP* 2003, II, 10033, note D. HOUTCIEFF, *JCP E*, 2003, 397, note D. LEGEAIS. La chambre commerciale a ainsi rallié la position de la seconde chambre civile, Cass. Com. 8 juillet 2003, n° 00-13309, *Bull. Civ. IV*, n° 132, *D.* 2003, n° 30, AJ, p. 2094, obs. A. LIENHARD. Pour une saisie-attribution, Cass. Com. 3 décembre 2003, n° 01-03803, *Dictionnaire Permanent, Difficulté des entreprises*, Janv. 2004, *Bull.* 245, n° 126, p. 5410.

²⁸² Cass. Com. 7 décembre 2004, n° 02-20732, *Bull. Civ. IV*, n° 213, *D.* 2005, 230, note Ch. LARROUMET; *Deffrénois* 2005, 997, obs. D. GIBRILA, *RTD Com.* 2005, 155, obs. critiques de M. CABRILLAC qui relève l'impact économique défavorable à la procédure de la solution.

de crédit peut, à tout moment, interdire au débiteur de la créance cédée ou nantie de payer entre les mains du signataire du bordereau. A compter de cette notification, dont les formes sont fixées par le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 313-35, le débiteur ne se libère valablement qu'auprès de l'établissement de crédit ». La question de sa portée est à l'origine de dissensions. C'est que, nonobstant l'effet acquisitif de propriété attaché à la datation du bordereau, « *tout se passe presque comme si la cession était inopposable au débiteur cédé* »²⁸³ à défaut de notification de la cession au débiteur cédé. En ce cas, ce dernier pourra valablement se libérer entre les mains du cédant²⁸⁴, comme si la cession n'avait aucune existence pour lui. Mais il pourra aussi opposer au cessionnaire la compensation légale avec une créance détenue à l'égard du cédant, intervenue avant la notification de la cession de créance. Ainsi, bien que le cessionnaire en soit propriétaire *erga omnes* par l'apposition de la date sur le bordereau, il est admis que le débiteur cédé puisse se prévaloir, dans ses rapports avec le cédant, d'une créance pourtant sortie du patrimoine de ce dernier. Désireuse de protéger en pareil cas les droits du débiteur cédé²⁸⁵, la jurisprudence, parfois indécise²⁸⁶, semble désormais fixée en ce sens depuis un arrêt rendu par la chambre commerciale le 14 décembre 1993²⁸⁷. Cette position ne recueille pas cependant l'assentiment de tous. Arguant de l'effet translatif attaché à la datation du bordereau, certains auteurs estiment que la solution rendue en matière de compensation est contraire à l'article L. 313-27 alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier aux termes duquel la cession prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le

²⁸³ R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 263, p. 206.

²⁸⁴ Article L. 313-28 du Code monétaire et financier.

²⁸⁵ V. A.-S. HOCQUET-De LAJARTRE, « La protection des droits du débiteur cédé dans la cession Dailly », *RTD Com.* 1996, p. 211 et s., spéc. n° 7, p. 216.

²⁸⁶ Dans le sens du rejet de la compensation légale après la datation du bordereau : CA Paris, 28 juin 1988, *RTD Com.* 1989, p. 508, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, *D.* 1989, somm. p. 185, obs. M. VASSEUR ; CA Chambéry, 22 mai 1989, *D.* 1990, somm. p. 231, obs. M. VASSEUR ; CA Paris 5 janvier 1990, *Banque et droit* 1990, n° 13, p. 232. Dans le sens de l'admission de la compensation légale jusqu'à la notification : CA Paris 14 février 1989, *RTD Com.* 1989, p. 509, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; CA Paris 19 mai 1989, *D.* 1990, somm. p. 231, obs. M. VASSEUR ; Cass. Com. 18 juillet 1989, n° 88-14301, *D.* 1990, somm. p. 232 ; Cass. Com. 21 novembre 1989, n° 88-17564, *D.* 1990, somm. p. 232. Dans le sens, de l'admission de la compensation jusqu'à l'acceptation par le débiteur-cédé de la cession notifiée : Cass. Com. 15 juin 1993, *D.* 1993, 493, note Ch. LARROUMET, *RTD Com.* 1993, 696, n° 7, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la notification de la cession de créance, dès lors que cette cession n'a pas été acceptée par le débiteur, ne met pas obstacle à l'exercice ultérieur par lui des exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant, en particulier sur la compensation entre créances connexes dont ils seraient réciproquement titulaires, la Cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

²⁸⁷ Cass. Com. 14 décembre 1993, n° 91-22033, *Bull. Civ. IV*, n° 469, *RTD Com.* 1994, p. 332, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, *D.* 1994, 269, note Ch. LARROUMET, *JCP E*, 1994, 355, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET. Dans le même sens, Cass. Com. 13 décembre 1994, n° 92-16550, *Bull. Civ. IV*, n° 373, *RTD Com.* 1995, p. 457, obs. M. CABRILLAC ; Cass. Com. 6 octobre 1998, *D. Affaires* 1998, p. 1093, obs. X. DELPECH.

bordereau²⁸⁸. Pourtant, en permettant au débiteur cédé mais aussi réciproquement au cédant de pouvoir opposer au cessionnaire de la créance l'exception de compensation jusqu'à la notification, la Cour de cassation paraît conférer à cette dernière un caractère substantiel. Dès lors, on peut se demander si, nonobstant la lettre de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier, la règle du transfert de propriété par l'effet de la datation du bordereau Dailly ne nécessiterait pas en sus l'accomplissement de la notification auprès du débiteur cédé²⁸⁹.

87. Il est toutefois possible d'objecter à l'idée d'un effet substantiel de la notification, la position de la jurisprudence qui paraît également autoriser la compensation légale en présence de créances connexes, même postérieurement à la notification²⁹⁰ : bien qu'ayant connaissance de la cession par la notification, le débiteur cédé pourra tout de même opposer au cessionnaire la compensation d'une créance qu'il sait cédée, ce qui affaiblirait considérablement le rôle de la notification dans la cession des créances professionnelles au profit de celui de la datation du bordereau. La notification ne concernerait ainsi pas tant l'opposabilité de la cession au débiteur cédé qu'elle ne l'informerait, et ne représenterait pas autre chose qu'un outil guidant le paiement du débiteur cédé²⁹¹. Cette appréhension restrictive de la notification, qui est celle adoptée en matière de titrisation de créances²⁹², n'est pas pleinement convaincante pour deux raisons.

88. En premier lieu, il est considéré que la solution qui autorise la compensation pour créances connexes après la notification de la cession représente une exception fondée sur

²⁸⁸ Ch. LARROUMET, note sous Cass. Com. 14 décembre 1993, préc., p. 270. Dans le même sens, A.-S. HOC-QUET De LAJARTRE, art. préc., n° 8, p. 217 qui pose dès lors la question de « l'utilité du bordereau Dailly ».

²⁸⁹ En ce sens, F. DANOS, *op. cit.*, n° 309 p. 342, indiquant que l'« on s'aperçoit finalement derrière les mots de la loi qu'il n'y a de pleine et véritable opposabilité de la cession Dailly qu'avec la notification de la cession adressée au débiteur cédé ».

²⁹⁰ Cass. Com. 14 décembre 1993, préc. *Adde.*, Cass. Com. 28 janvier 2003, n° 01-15699, non publié : « Mais attendu, en premier lieu, qu'en cas de cession de créance, selon les modalités de la loi du 2 janvier 1981, codifiée sous les articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier, non acceptée par le débiteur, celui-ci peut invoquer contre le cessionnaire l'exception d'inexécution des obligations du cédant ou la compensation de sa créance avec la créance connexe cédée, même si l'exception ou la compensation sont apparues postérieurement à la notification de la cession ».

Selon cette analyse, la notification confère au paiement du cédant par débiteur-cédé un caractère non libératoire, indépendamment de l'opposabilité de la cession. En ce sens, R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 266, p. 209 : « La notification n'a pas pour effet de rendre opposable la cession au débiteur cédé puisqu'elle l'était déjà depuis la date portée sur le bordereau laquelle, en cas de double mobilisation accompagnée de double notification doit seulement guider le paiement du débiteur » ; P. CROCQ, *op. cit.*, n° 348, p. 304.

²⁹² V. *infra* n° 91.

l'existence d'un lien de connexité²⁹³. Ainsi la préexistence du lien de connexité entre les créances explique que la dette du débiteur cédé puisse se compenser avec une créance qu'il détient vis-à-vis du cédant, même postérieurement à la notification de la cession Dailly. Par ailleurs, la réduction de la notification de la cession à un simple instrument de guidage du paiement du débiteur cédé n'est pas satisfaisante. Si ce dernier dispose, jusqu'à la notification de la possibilité de compenser une créance détenue à l'égard du cédant avec une dette supposée être transmise au cessionnaire par la datation du bordereau, on ne voit pas pourquoi réciproquement le cédant ne pourrait pas se prévaloir de cette compensation vis-à-vis du cessionnaire. Dans ce cas, il n'est plus question de guider le paiement du débiteur puisque la notification est invoquée dans les rapports entre les parties à la cession. La notification intéresse alors l'opposabilité de la cession de créance, nonobstant les effets de la date apposée sur le bordereau. Le raisonnement doit être mené plus avant. Si le cédant peut, jusqu'à la notification, faire échec aux droits du cessionnaire, c'est qu'en définitive la cession ne se produit véritablement qu'à compter de ce moment²⁹⁴. Il ressort ainsi de cette analyse que la notification semble parfaite, en sus de la date apposée sur le bordereau de cession, le processus de transfert de propriété de la créance cédée, comme si le transfert de propriété nécessitait une extériorisation qui aille au-delà de la datation du bordereau qui relève de la relation entre les parties. Cependant, ce raisonnement n'est pas actuellement admis en droit positif²⁹⁵, lequel considère que le transfert de la créance naît de la datation du bordereau de cession.

89. La règle du transfert par la datation du bordereau de cession de créances professionnelles représente ainsi un procédé original permettant l'acquisition par le cessionnaire d'un droit de propriété opposable à tous, prenant ses distances vis-à-vis du schéma du transfert de propriété *solo consensu*. La justification de cette situation est simple. L'opération de

²⁹³ M. CABRILLAC, obs. *RTD Com.* 1993, p. 697 : « dès lors que la créance du cédé prend sa source dans la même relation contractuelle que sa dette, la vocation de cette créance à s'imputer sur la dette est acquise avant la cession et a fortiori avant la notification ».

²⁹⁴ Rapp. D. LEGEAIS, *Juris Classeur Commercial*, 2010, Fasc. 357, « Cession et nantissement de créances professionnelles, Conditions de réalisation de l'opération », n° 29, qui souligne que « dans les rapports entre l'établissement de crédit et le débiteur cédé, le choix de la date n'est pas non plus très satisfaisante pour déterminer l'étendue des droits reconnus au cessionnaire. Pour cette raison, les juridictions préfèrent souvent apprécier les droits des parties en se référant à la date de la notification de la cession au débiteur cédé ».

²⁹⁵ Néanmoins, en 1993, lors de la discussion du projet de loi portant diverses dispositions relatives au crédit et aux marchés financiers, le Sénat avait adopté un amendement selon lequel « la cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers dans un délai de cinq jours ouvrables à compter de la date de sa notification au débiteur de la créance cédée ou nantie si celui-ci n'a pas manifesté son opposition dans ce délai ». Cet amendement a été abandonné lors de la discussion du projet de loi par l'Assemblée nationale : *JOAN* 1993, p. 7618-7619 et 7766.

mobilisation des créances, guidée par des impératifs de rapidité et de négociabilité, est apparue incompatible avec la règle du transfert *solo consensu*, impliquant un « transfert » à double détente : entre les parties puis à l'égard des tiers avec le recours à un procédé tel que la signification de la cession au débiteur cédé. L'effet translatif de propriété conféré au bordereau Dailly apparaît ainsi comme le signe de l'inadaptation en la matière du transfert *solo consensu*. Cette situation se rencontre également en présence de l'établissement du bordereau de titrisation.

90. *Le mécanisme de titrisation des créances.* Née aux États-Unis dans les années 1970, la titrisation a été introduite en France par la loi du 23 décembre 1988 dans le but de faciliter le développement du crédit immobilier en permettant aux banques de sortir les créances de leurs bilans et d'améliorer leurs ratios. Elle est l'opération par laquelle une entreprise transfère des créances qu'elle détient à une entité *ad hoc* qui finance leur acquisition en émettant des titres financiers²⁹⁶. L'opération de titrisation suppose d'une part une cession de créance à un fonds commun de créances et d'autre part l'émission de titres. A l'instar de la cession de créance Dailly, le législateur a écarté la règle du transfert de propriété *solo consensu* et les formalités de l'article 1690 du Code civil, inadaptées à la négociabilité de l'opération de titrisation. Il opta pour l'utilisation d'un bordereau pour réaliser la transmission des créances à un fonds commun de créances²⁹⁷. Comparable en apparence à un bordereau Dailly, le bordereau de titrisation s'en émancipe néanmoins. Tandis que le bordereau Dailly ne permet que la cession de créances professionnelles aux établissements de crédit, le bordereau de titrisation permet quant à lui de céder toutes sortes de créances²⁹⁸, puisqu'il est même possible depuis le décret du n° 98-1015 du 6 novembre 1998²⁹⁹ de céder des créances futures à un organisme qui au demeurant n'a pas la personnalité morale : le fonds commun de créances.

²⁹⁶ V. FORTI, *La titrisation des créances en droit comparé, Contribution à l'étude de la propriété*, Préface E. SAVAUX, 2012, Fondation Varenne, Col. Des thèses, n° 2, p. 6.

²⁹⁷ V. M. JEANTIN, P. LE CANNU et T. GRANIER, *Droit commercial, Instrument de paiement et de crédit, Titrisation*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2005, n° 629, p. 410 ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrétien, 2007, 7^{ème} éd., n° 854 ; V. FORTI, *op. cit.*, n° 434 et s., p. 303 et s.

²⁹⁸ E. COULOMB, « Les nouveaux gisements de la titrisation », in *Dossier Titrisation*, Banque Juillet/août 2002, p.17.

²⁹⁹ *Journal Officiel* du 10 novembre 1998.

91. Caractère substantiel de la datation du bordereau de titrisation. L'exigence du bordereau figure à l'article L. 214-169 IV du Code monétaire et financier³⁰⁰. Si le bordereau doit comporter certaines mentions, il est suffisant à la réalisation de la cession, sans qu'il soit besoin d'autre formalité. La jurisprudence fait une application stricte de cette règle³⁰¹, refusant par ailleurs qu'il puisse être pallié au défaut de production du bordereau par des attestations³⁰². L'importance du bordereau de titrisation doit être appréhendée à travers celle de ses effets juridiques. L'article L. 214-169 IV du Code monétaire et financier dispose clairement que par la seule remise du bordereau, la cession prend effet, entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau. A l'instar du bordereau de cession de créances professionnelles Dailly, la finalisation du bordereau de titrisation représente une étape essentielle car elle permet au cessionnaire d'acquérir *erga omnes* la propriété de la créance concernée. Compte tenu de ses effets, le défaut d'établissement du bordereau est donc fort logiquement sanctionné par la nullité de la cession tant entre les parties qu'à l'égard des tiers³⁰³. Si l'irrégularité consiste en l'absence d'une des mentions requises, certains auteurs estiment que le bordereau n'est pas nul mais dégénère en acte de cession de créance de droit commun³⁰⁴. Enfin, à la différence de la cession de créances Dailly³⁰⁵, le rôle de la notification est dépourvu d'ambiguïté puisqu'il est clairement posé par l'article L. 214-169 IV du Code monétaire et financier que la cession est opposable au débiteur cédé, comme à tous les autres tiers, dès la date apposée sur le bordereau de titrisation. La notification a ainsi pour unique fonction de guider le paiement du débiteur afin de lui conférer un caractère libératoire³⁰⁶.

92. Mode original de transfert des créances. L'établissement du bordereau de titrisation représente par conséquent, comme celle du bordereau de cession de créances professionnelles Dailly, un mode d'acquisition de la propriété des créances, opposable à

³⁰⁰ « L'acquisition ou la cession des créances s'effectue par la seule remise d'un bordereau dont les énonciations et le support sont fixés par décret, ou par tout autre mode d'acquisition ou de cession de droit français ou étranger. Elle prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances, sans qu'il soit besoin d'autre formalité, et ce quelle que soit la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs ».

³⁰¹ En ce sens, Cass. Com. 16 octobre 2007, n° 06-14675, *JCP éd. E*, 2008, 1104, note F. GANGI.

³⁰² Cass. Com. 13 février 2007, n° 03-11025, *Bull. Civ. IV*, n° 33, *JCP éd. E*, 2008, 1104, note F. GANGI, *Droit Sociétés* 2007, Com. 163, note Th. BONNEAU.

³⁰³ En ce sens, Cass. Com. 13 février 2007, préc.

³⁰⁴ En ce sens, Th. BONNEAU, obs. sous Cass. Com. 13 février 2007, préc.

³⁰⁵ V. *supra* n° 86.

³⁰⁶ En ce sens, P. CROCQ, *op. cit.*, n° 348, p. 304 pour lequel « nous avons là un exemple très net de dissociation de l'opposabilité de la cession et du caractère libératoire du paiement ».

tous. Pour autant, on s'est longtemps interrogé sur le caractère absolu de cette opposabilité de la cession et notamment sur l'incidence à l'égard des créanciers du cédant de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de ce dernier. La nullité de l'article L. 632-1 du Code de commerce étant en général applicable aux cessions de créances professionnelles, on pouvait en déduire par analogie son application pour les cessions de créances réalisées dans le cadre d'une titrisation. Désormais, le doute est exclu puisque la loi n° 2005-842 pour la confiance et la modernisation de l'économie du 26 juillet 2005 a modifié l'alinéa 8 de l'article L. 214-43 du Code monétaire et financier afin de renforcer la sécurité des opérations de titrisation de créances. Aux termes de ce texte, les cessions ne sont pas affectées en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant postérieurement à la cession. Il existait une exception lorsque ces créances résultaient de contrats à exécution successive dont le montant n'était pas déterminé, celle-ci a cependant disparu sous la plume du législateur de 2008. Cette indépendance de l'opération de titrisation à l'égard d'une éventuelle ouverture de procédure collective a été en effet renforcée dans le cadre de l'ordonnance du 13 juin 2008 et de son décret d'application du 17 juillet 2008, du même coup que l'opposabilité de la cession de créances. Ainsi, l'établissement du bordereau de titrisation permet le transfert de propriété de créances, selon un procédé formaliste et dérogoire à la règle du transfert de propriété par l'échange des consentements.

2) Le transfert de propriété par l'endossement des effets de commerce³⁰⁷

93. Le schéma où le droit de propriété est dissocié de son opposabilité *erga omnes* est inapproprié au principe de négociabilité gouvernant la matière des effets de commerce. A l'instar de la cession Dailly, le transfert *solo consensu* est évincé au profit d'un mécanisme translatif reposant sur l'endossement de l'effet. Le dépassement de certains écueils théoriques a néanmoins été nécessaire (a) afin d'admettre que l'endossement de la lettre de change constitue une technique particulière de transmission de créances, dérogoire à la règle du transfert de propriété *solo consensu* (b).

a) L'effet translatif de l'endossement

94. Approche historique de l'endossement. L'effet de commerce représente un titre négociable qui constate au profit du porteur une créance de somme d'argent et sert à son paiement. Sa négociabilité le rend transmissible par l'un des procédés simplifiés de la pratique commerciale, par dérogation aux formes prescrites par l'article 1690 du Code civil en matière de cession de créance. Ainsi, la technique la plus complète et la plus efficace prend les traits de l'endossement, lequel représente l'apposition d'une signature au dos de l'effet³⁰⁸. Historiquement, l'endossement s'appréhende à l'aune de la cession de créance³⁰⁹. L'endossement est à l'opération d'escompte ce que la signification est à la cession de créance de droit commun et n'eût d'autre fonction que de conduire à une cession de créance d'un type particulier, adaptée à l'impératif de négociabilité.

95. Le cadre translatif de l'endossement. Le cadre juridique de la cession fut pourtant remis en cause par une fraction de la doctrine, se prévalant de ce que, contrairement à la cession de créance de droit commun, l'endossement de la lettre de change confère au bénéficiaire de celle-ci des droits régis par le principe de l'inopposabilité des exceptions. Si la créance est transmise, les exceptions devraient être opposables au cessionnaire. L'argument

³⁰⁷ Seules les règles relatives à la lettre de change (art. 511-1 à 511-81 du Code de commerce) seront étudiées, lesquelles représentent le droit commun des titres négociables, applicables également au billet à ordre et aux warrants. R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 92, p. 89 : « *L'histoire des effets de commerce est essentiellement celle de la lettre de change* ».

³⁰⁸ Cette exigence est interprétée strictement en jurisprudence. Le cachet commercial apposée sur la lettre de change, mentionnant l'identité et les coordonnées de la société émettrice ne suffit pas : Cass. Com. 25 avril 2006, n° 04-20583, *Bull. Civ. IV*, n° 98, *D.* 2006, AJ, 1443, obs. AVENA-ROBARDET, *Procédures* 2006, n°184, obs. H. CROZE.

³⁰⁹ L'article 24 de l'Ordonnance royale de 1673 reconnaissait d'abord au bénéficiaire de la traite la faculté de la céder par apposition de sa signature au dos du titre et admettait tant la légitimité que le caractère dérogoire au droit commun de l'endossement en toute propriété : « *Les lettres appartiendront...à celui du nom duquel l'ordre sera rempli, sans qu'il soit besoin de transport, ni de signification* ».

conduit certains auteurs à changer d'enseignement³¹⁰ en niant tout cadre translatif à l'opération. L'endossement représente la conclusion d'un nouveau contrat de change³¹¹ ou une nouvelle lettre de change sur la base du mécanisme de la délégation³¹².

96. L'analyse comporte tout de même une certaine part d'artificialité tant la pratique commerciale, à travers l'endossement, n'a cherché en définitive qu'à déroger au formalisme de la cession de créance sans rejeter l'aspect transmissif de l'opération. Elle oublie, par ailleurs, que le mécanisme actuel de l'émission de la lettre de change, repose intrinsèquement sur une transmission de la provision qui devient la propriété du bénéficiaire de la traite³¹³. Appréhender l'endossement comme une nouvelle traite ne suffit pas à éluder le phénomène de transmission. En outre, la négation du cadre juridique de la cession apparaît aujourd'hui surannée. Nul ne doute, en effet, que l'endossement réalise une cession adaptée à la spécificité cambiaire³¹⁴. Notamment, en l'absence d'indication sur la nature de l'endossement, la jurisprudence décide que celui-ci est présumé translatif de propriété de sorte qu'un signataire antérieur peut se prévaloir de la situation apparente³¹⁵. Cependant, une clause contraire peut exclure l'endossement translatif³¹⁶. Le caractère translatif de l'endossement est, qui plus est, expressément visé par l'article L. 511-9-I du Code de commerce qui indique que « *l'endossement transmet tous les droits résultant de la lettre de change* ». Enfin, cette analyse est renforcée par la nature prêtée à l'opération d'escompte, dans le cadre de laquelle intervient fréquemment

³¹⁰ THALLER, *op. cit.*, n° 1463, p. 700, confessa que l' « *assimilation de l'endossement à la cession de créance, que nous avons nous-même autrefois professé, nous semble aujourd'hui dénuée d'exactitude...et sur la nature du rapport se formant entre le tireur et le tiré dans la lettre de change elle-même, il est de notre devoir d'abandonner notre précédente construction* ».

³¹¹ Ainsi, selon POTHIER, « *L'endossement est un vrai contrat de change, entièrement semblable à celui qui intervient entre le tireur et le donneur de valeur* », cité par THALLER, *Ibid.*

³¹² THALLER, *Ibid.*

³¹³ Ainsi, lors de l'émission de la traite, l'article L. 511-7 alinéa 3^{ème} du Code de commerce énonce que « *la propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change* ».

³¹⁴ GINOSSAR, *op. cit.*, n° 24, p. 60 pour lequel « *l'endossement d'un titre négociable aura pour effet d'en transmettre à l'acquéreur la pleine propriété* ». La jurisprudence rejette les qualifications de novation et de délégation : CA Colmar, 13 février 1991, *Banque et droit* 1991, p. 238. La Cour de cassation estime que l'endossement en propriété caractérise l'escompte, quel que soit le mode de rémunération de celui qui avance le montant d'un effet de commerce au porteur de cet effet, Cass. Com. 1^{er} octobre 1996, n° 94-10953, *Bull. Civ. IV*, n° 218, *JCP E*, 1996, 892, note Th. BONNEAU, *D.* 1997, 225, note D. MARTIN.

³¹⁵ Cass. Com. 24 septembre 2002, n° 00-11121 ; *Bull. Civ. IV*, n° 129, *Banque et droit* janv.-fév. 2003, 59, obs. Th. BONNEAU, *JCP* 2002, IV, 2743, *LPA* 9 janvier 2003, p. 4, obs. E.C. Dans le même sens, Cass. Com. 3 mai 2000, n° 97-10911, *Bull. Civ. IV*, n° 94, *D.* 2000, AJ, 324, obs. J. FADDOUL, *RD bancaire et financier* 2000, n° 182, obs. CREDOT et GERARD.

³¹⁶ Cass. Com. 9 avril 2013, n° 12-14.133, *JCP E*, n° 30, 2013, 1447, note A. BOUJEKA : « *Si la lettre de change est transmissible par endossement, il est toutefois possible d'exclure celui-ci par une clause expresse* ».

l'endossement translatif. Que l'accent soit davantage mis sur l'opération de cession³¹⁷ ou sur l'opération de crédit³¹⁸ caractérisant l'escompte, il est généralement admis que celle-ci repose sur une transmission³¹⁹.

b) La nature du droit transmis par l'endossement

97. Position du problème. La difficulté ne porte en définitive pas tant sur la nature translative attachée à l'endossement que sur la nature des droits transmis. A cette fin, il est nécessaire de rappeler que le transfert de la provision représente l'opération sur laquelle repose le mécanisme de la lettre de change. Au moyen-âge, la provision constituait la rémunération du banquier qui s'était chargé de recouvrer le montant d'une lettre de change sur une place étrangère et de l'adresser à son propriétaire³²⁰. Sous l'ancien régime, la signification du terme évolua pour se rapprocher de sa définition actuelle³²¹. En effet, à partir de l'alinéa 2^{ème} de l'article L. 511-7 du code de commerce³²², il est admis que la provision se définit comme la créance monétaire du tireur à l'égard du tiré³²³. Cette créance est appropriable puisque l'alinéa 3^{ème} du même article mentionne que « *la propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change* ». Le transfert de la provision réalise donc un transfert de propriété de la créance que détient le tireur. Toute la question est de savoir si cette perspective est compatible avec la technique de l'endossement. En effet, le droit du porteur acquis par l'endossement porte sur une créance qui peut n'être que virtuelle jusqu'à l'échéance de l'effet de commerce, dans la mesure où celle-ci constitue la date limite de la constitution de la provision. Avant, la provision peut ne pas exister. Cet état des choses peut faire douter de la réalité de la transmission de la provision au porteur dès l'endossement de l'effet³²⁴.

³¹⁷ M. VASSEUR, « Le contrat d'escompte, nature et portée », *Banque*, décembre 1982, n° 423, p. 1458 et s., spéc., p. 1466.

³¹⁸ En ce sens, J.-L. RIVES-LANGE, *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte*, LGDJ, 1962, *Bibl. de dr. privé*, t. XXXII, n° 70, p. 69.

³¹⁹ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 413-1, p. 289 ; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, T. II, éd. 1996, n° 2394.

³²⁰ B. FAGES, *Juris Classeur Commercial*, fasc. 415, « Lettre de change, Théorie de la provision », éd. 2010, n° 1.

³²¹ Sur l'origine de la provision, v. A. BOUJEKA, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français*, préface de A. BENABENT, LGDJ 2001, coll. *Bibl. dr. privé*, t. 349, n° 12-14.

³²² « *Il y a provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur, ou à celui pour le compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change* ».

³²³ B. FAGES, *Juris Classeur Commercial*, fasc. 415, *op. cit.*, n° 4, et les références citées.

³²⁴ R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 135, p. 118 : « *Comment le porteur peut-il, selon l'article L. 511-7 alinéa 3^{ème}, acquérir immédiatement la propriété d'une créance qui, selon l'alinéa 2 du même texte, peut fort bien ne pas exister, même en germe ?* » ; Ph. JESTAZ, « Le tireur conserve-t-il la disponibilité de la provision après l'émission d'une lettre de change ou d'un chèque ? », *RTD Com.* 1966, 883 : « *Jusqu'à la date de l'échéance, le droit*

98. Rejet du refus de l'effet translatif de la provision par l'endossement. Une première analyse est de refuser tout effet translatif de la provision à l'endossement. Le transfert des droits exclusifs sur la provision est reporté au moment du constat de l'existence de cette dernière soit par l'acceptation du tiré³²⁵, soit par la survenance de l'échéance de la lettre de change. Ainsi, lorsque la lettre de change est acceptée, il est admis que la provision est définitivement sortie du patrimoine du tireur, qui ne peut la récupérer. En raison de la reconnaissance par le tiré du bien-fondé de la provision, le porteur dispose à ce moment précis d'un droit exclusif sur la provision. A défaut d'acceptation, le transfert des droits sur la provision s'opère au jour de l'échéance de l'effet, qui représente la date limite de constitution de la provision au sens de l'article 511-7 alinéa 2^{ème} du Code de commerce. Cette analyse justifie qu'avant l'échéance, la provision puisse s'éteindre par compensation entre le tiré et le tireur³²⁶. Ainsi, certains auteurs considèrent-ils que l'endossement, à défaut de transmettre la propriété de la provision au porteur, permet l'acquisition d'un « *droit exclusif sur une créance qui appartiendra au tireur contre le tiré à l'échéance* »³²⁷ ou le transfert d'« *un droit dérivé qui se comporte comme un droit direct abstrait* »³²⁸. Selon cette acception, le porteur de bonne foi de la lettre de change n'acquiert dès l'endossement que les droits résultant de l'effet de commerce au sens de l'article L. 511-19 I du Code de commerce, et non la créance de provision issue du rapport fondamental. En d'autres termes, le porteur aurait un droit à la provision dès l'endossement mais non *sur* la provision.

99. L'analyse n'est pourtant pas pleinement satisfaisante car les textes ne subordonnent pas explicitement le transfert de la provision à l'acceptation du tiré ou l'échéance de l'effet.

de propriété est sans objet, le porteur n'a qu'une enveloppe vide ; à l'échéance, la créance du tireur contre le tiré vient sous le nom de provision se glisser sans l'enveloppe ».

³²⁵ En vertu de l'article L. 511-7 alinéa 4^{ème} du Code de commerce, l'acceptation suppose la provision. La jurisprudence considère que l'acceptation emporte présomption simple de provision : Cass. Com. 16 juillet 1951, *JCP* 1951, II, 6513, note LESCOT ; *RTD Com.* 1952, 124, obs. BECQUE et CABRILLAC.

³²⁶ En ce sens, Cass. Com. 10 juin 1975, n° 74-11030, *Bull. Civ. IV*, n° 162 ; Cass. Com. 10 janvier 1989, n° 87-14471, *Bull. Civ. IV*, n° 13, *RTD Com.* 1989, 273. En cas de procédure collective, Cass. Com. 22 février 1994, n° 92-14438, *Bull. Civ. IV*, n° 70, *D.* 1995, 27, note HONORAT, *JCP* 1994, II, 22267, rapp. REMERY : « *Si le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire du tireur d'une lettre de change non acceptée n'a pas pour effet de consolider les droits du tiers porteur de celle-ci sur la provision, et n'empêche pas le tiré non accepteur d'opposer la compensation jusqu'à l'échéance, il ne le peut que si les conditions de la compensation légale ont été réunies avant l'ouverture de la procédure collective ou, à défaut, s'il existe entre les dettes respectives du tireur et du tiré un lien de connexité et si le tiré a déclaré au passif du redressement judiciaire du tireur sa créance d'origine antérieure* ».

³²⁷ RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial, effets de commerce, banque, contrats commerciaux et procédures collectives*, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, LGDJ, éd. 2004, n° 1979.

³²⁸ Ch. HECART, « *Réflexions à propos de la traite non acceptée* », *D.* 2003, Doct. p. 539 et s., spéc. n° 9, p. 544.

En effet, le seul lien juridique qu'entretient la provision avec l'acceptation du tiré concerne la présomption de provision posée à l'article L. 511-7 alinéa 4^{ème} du Code de commerce. De plus, l'échéance de l'effet n'est évoquée qu'en tant que date limite de la constitution de la provision³²⁹. Rien n'empêche cependant que la provision existe avant cette date, de même qu'elle soit appropriée par le porteur de bonne foi de l'effet. Ainsi, une stricte subordination du transfert des droits sur la provision à l'échéance de l'effet semble excessive et contraire à l'article L. 511-7 alinéa 3^{ème} qui dispose clairement que « *la propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change* »³³⁰. Même si l'endossement postérieur à l'échéance de l'effet est possible³³¹, plusieurs porteurs de bonne foi peuvent s'être succédés avant l'échéance de la lettre de change ce qui semble valider l'hypothèse d'un transfert de la provision avant l'échéance de l'effet de commerce³³². En outre, la nature des droits acquis avant l'échéance de l'effet par le porteur pose question. Si ce dernier n'acquiert pas de droit de propriété sur la créance de provision, la nature du « droit exclusif » dont il dispose intrigue tant il est admis en jurisprudence qu'il peut empêcher les créanciers du tireur de pratiquer une saisie-arrêt de la provision³³³ mais aussi s'opposer à une saisie attribution ou adresser au tiré une défense de payer³³⁴. Ainsi, ces décisions laissent entendre que le porteur est titulaire d'un droit sur la provision qui s'identifie à la propriété de cette dernière. Enfin, le transfert de la provision à l'échéance de l'effet ne traduit pas véritablement l'évolution de l'opération de transmission de la lettre de change³³⁵. Fort de l'engagement cambiaire du tireur³³⁶, l'endossataire n'entend en réalité acquérir autre chose que la provision.

100. Admission du transfert de la provision par l'endossement de l'effet. Une autre analyse est d'avancer au contraire que l'endossement réalise un transfert de la créance de provision³³⁷, ce qui a déjà été expressément soutenu à plusieurs reprises en

³²⁹ En ce sens, M. VASSEUR, « Réflexions sur le régime juridique du porteur de traites non acceptées », *D.* 1985, p. 199 et s., spéc. p. 201 et 202.

³³⁰ RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n° 1979, qui qualifient la référence au transfert de propriété de la provision d'inexact.

³³¹ Art. L. 511-14 du Code de commerce.

³³² En ce sens, M. VASSEUR, *art. préc.*, p. 204, note 44.

³³³ Cass. Com. 29 novembre 1982, n° 81-14005, *Bull. Civ. IV*, n° 374.

³³⁴ Cass. Com. 24 avril 1972, n° 71-10080, *Bull. Civ. IV*, n° 119, *D.* 1972, p. 686, note ROBLOT, *RTD Com.* 1972, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE.

³³⁵ *V. supra* n° 94.

³³⁶ L'article L. 511-6 du Code de commerce indiquant que « *le tireur est garant de l'acceptation et du paiement* ».

³³⁷ L'analyse fédérale de nombreux auteurs : M. VASSEUR, *art. préc.*, n° 5 ; R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 134, p. 117-118 ; B. FAGES, « Lettre de change, Théorie de la provision », *J.-Cl. Commercial, op. cit.*, n° 110 et s. ;

jurisprudence³³⁸, et non pas simplement des droits résultant de l'effet³³⁹. Par l'endossement, le porteur de l'effet acquiert ainsi la propriété d'une créance éventuelle, dont l'existence se précisera ultérieurement, soit par présomption en raison de l'acceptation du tiré, soit par l'accomplissement par le tireur de la prestation due au tiré. Conforme aux textes, cette analyse permet d'expliquer que le porteur puisse prendre des mesures de conservation de ses droits en empêchant les créanciers du tireur de pratiquer une saisie-arrêt de la provision mais aussi en s'opposant à une saisie attribution ou adresser au tiré une défense de payer ou une saisie arrêt. Elle peut sembler néanmoins se heurter à certaines décisions jurisprudentielles qui paraissent attribuer un rôle significatif à l'acceptation de la lettre de change ou la survenance de son échéance. Cependant, une conciliation des solutions en présence paraît envisageable.

101. *Articulation de la théorie avec les solutions jurisprudentielles.* Les arrêts concernés ne sont pas incompatibles avec l'idée d'un transfert dès l'endossement de la provision. L'arrêt rendu par la chambre commerciale le 4 juin 1991 est le plus discutable en ce que la Cour de cassation indique que « *le porteur devient propriétaire de la provision à l'échéance, même si celle-ci n'est pas liquide et exigible, dès lors que la créance existe en son principe* »³⁴⁰. Certes, il peut être tout d'abord estimé que la Cour de cassation entend subordonner le transfert de propriété de la provision à l'échéance de l'effet de commerce mais cette interprétation est à relativiser car un doute sur l'existence même de la provision existait dans cette espèce, en raison de contestations substantielles formulées par le tiré au porteur. Ainsi, l'appréciation de l'existence de la provision au moment de l'échéance revêtait une importance particulière. La solution posée par la Haute Cour peut être interprétée comme soulignant davantage l'idée que les droits du porteur de la lettre de change se trouvent définitivement consolidés par la survenance de l'échéance de l'effet, date limite où la provision doit exister³⁴¹. C'est ainsi que la Cour de cassation évoquerait l'idée selon laquelle le porteur devient « définitivement » propriétaire de la provision dès

G. ENDREO, note sous Cass. Com. 28 juin 1983, *D.* 1984, p. 444 et s., spéc., p. 447 ; J.-M. TALAU, « Le porteur d'une lettre de change, le sous-traitant et la provision », *JCP E*, 1999, p. 996 et s.

³³⁸ V. Cass. Com. 14 décembre 1970, n° 69-13179, *D.* 1972, p.1, note BOULOC : « *le transfert de la provision est indépendant de l'acceptation et la banque a acquis dès leur émission la provision des effets litigieux* ».

³³⁹ Ph. DELEBECQUE, « Lettre de change, Endossement », *J.-Cl. Commercial*, 2013, Fasc. 420, n° 72 : « *L'endossement transmet non seulement la propriété de la lettre de change, mais aussi celle de la provision* ».

³⁴⁰ Cass. Com. 4 juin 1991, n° 89-19652, *Bull. Civ. IV*, n° 208, *D.* 1991, IR, 179. Rappr. Cass. Com. 4 décembre 1984, n° 82-12239, *D.* 1985, 181, note A. BENABENT, *RTD Com.* 1985, 642, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, *JCP* 1985 II 20445, note SYNDET. Déjà, Cass. Com. 4 juillet 1989, n° 88-13325 88-13589, *Bull. Civ. IV*, n° 211, *RTD Com.* 1989, 693, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, *D.* 1991, 36 9, note BLOCH.

³⁴¹ Cass. Com. 24 mars 1969, *Bull. Civ. IV*, n° 110, *RTD Com.* 1969, 775, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE.

lors que la créance existe à tout le moins en son principe à l'échéance³⁴², peu importe qu'elle ne soit pas liquide et exigible³⁴³. Cependant, la solution ne contredit pas l'idée selon laquelle, dès l'endossement, le porteur de la lettre de change acquiert la propriété d'une provision correspondant à une créance en germe qui est amenée à revêtir un caractère certain jusqu'à l'échéance de l'effet de commerce. L'idée n'est pas nouvelle et est déjà appliquée en matière de cession Dailly dans la mesure où l'article L. 313-23 alinéa 2^{ème} du Code monétaire et financier précise que peuvent être cédées « *les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés* », ce qui s'entend de la possibilité de céder une créance à naître³⁴⁴. En réalité, la référence à l'échéance ou l'acceptation de l'effet concerne davantage les exceptions que le tiré est en droit d'opposer au porteur d'une traite non acceptée et échue que sur le principe d'un transfert de propriété de la provision à l'échéance : si la créance est contestable à l'échéance de l'effet, le tiré peut en exciper et s'opposer au règlement du porteur de l'effet, fragilisant fortement les droits de ce dernier. Cette idée se vérifie à l'aune d'autres solutions dégagées en jurisprudence en présence d'un conflit d'ayants cause en cas de double mobilisation de la même créance. Ainsi, lorsque le porteur d'une lettre de change acceptée entre en conflit avec un sous-traitant faisant prévaloir, au titre de son action directe, ses droits vis-à-vis du tiré, la jurisprudence lui accorde systématiquement sa préférence³⁴⁵. Cette solution se justifie non pas par l'idée d'un effet translatif attaché à l'acceptation mais plutôt par l'inopposabilité des exceptions en découlant, le tiré étant alors cambiairement obligé de régler le porteur de l'effet. Lorsque la lettre de change n'aura pas été acceptée par le tiré, le sous-traitant sera alors préféré s'il exerce l'action directe avant l'échéance³⁴⁶, sauf si le tiré a, entre temps, payé le porteur³⁴⁷. L'analyse est confirmée en présence d'un conflit entre le banquier escompteur d'une lettre de change et le cessionnaire Dailly. Un arrêt rendu par la Chambre

³⁴² En ce sens, R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 137, p. 121 : « à l'échéance, le droit du porteur sur la provision, telle qu'elle existe, devient irrévocable ».

³⁴³ Cass. Com. 27 octobre 1992, n° 91-11574, *Bull. Civ. IV*, n° 324, *RJDA* 2/93, n° 149 : « ...la provision d'une lettre de change est transmise au porteur de cet effet, si elle existe, au moins en son principe, à l'échéance ».

³⁴⁴ CA Colmar 18 mars 2008, *JCP E* 2008, n° 41, p. 16 : « L'article L. 313-23 autorise la cession d'une créance à naître dans la mesure où elle est identifiable, ce qui est le cas de la créance cédée, les négociations entre la société cédante et son client étant suffisamment avancées pour tenir la conclusion du marché pour certaine... ». R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 253, p. 194, soulignant qu'un acte « à intervenir » au sens de l'article L. 313-23 CMF « *risque toujours en fait de ne pas intervenir...* », ce qui conduit à l'idée que les créances futures peuvent être cédées.

³⁴⁵ Cass. Com. 4 juillet 1989, préc.

³⁴⁶ Cass. Com. 4 décembre 1984, n° 82-12239, *Bull. Civ. IV*, n° 329, *JCP G* 1985, II, 20445, note SYNVET, *D.* 1985, 181, note A. BENABENT.

³⁴⁷ Cass. Com. 18 novembre 1997, n° 95-20604, *Bull. Civ. IV*, n° 295, *RD bancaire et bourse* 1998, 8, obs. CREDOT et GERARD, *RTD Com.* 1998, 180, obs. M. CABRILLAC.

commerciale le 19 décembre 2000³⁴⁸ résout ce litige en indiquant que « *dans le conflit qui oppose le banquier escompteur d'une lettre de change acceptée par le tiré et le banquier cessionnaire de la même créance par bordereau Dailly, le banquier escompteur est, en sa qualité de porteur de bonne foi, en droit d'en percevoir le montant sans qu'il y ait lieu de tenir compte de l'antériorité de l'acquisition de la créance* ». Ainsi que l'a souligné un commentateur de cette décision, l'engagement cambiaire auquel mène l'acceptation de la traite justifie cette solution en ce qu'il implique l'inopposabilité des exceptions³⁴⁹. En raison de l'acceptation du tiré, le porteur de la traite doit bénéficier du paiement de ce dernier et ne peut se voir opposer non seulement les exceptions issues du rapport fondamental mais également celles issues de l'antériorité des droits d'un autre ayant cause, tel le cessionnaire Dailly³⁵⁰. Peu importe l'antériorité du transfert de la créance par voie de cession Dailly, le porteur prime le cessionnaire Dailly car l'acceptation de l'effet ne lui fait pas tant acquérir un droit de propriété sur une créance, en réalité déjà transmise, qu'il lui fait bénéficier de l'inopposabilité des exceptions que pourrait lui opposer le tiré.

102. Hormis la reconnaissance jurisprudentielle d'une compensation de la dette du tiré avec une autre dette à l'égard du tireur avant l'échéance de l'effet³⁵¹, la plupart des solutions du droit positif³⁵² s'explique par l'idée selon laquelle le porteur acquiert par l'endossement la propriété de la créance de provision. L'acceptation ou l'échéance de la traite ne font que renforcer le droit de propriété du porteur en ce qu'elles conduisent à l'inopposabilité des exceptions.

103. *Caractère erga omnes du transfert par l'endossement de l'effet.* L'admission de l'idée selon laquelle l'endossement permet l'acquisition des droits du porteur sur la provision pose la question de la portée des droits acquis. Il est estimé par certains auteurs, qu'à l'instar de la cession de créances de droit commun et les formalités de l'article 1690 du Code civil, les droits acquis par le porteur d'une lettre de change nécessitent l'accomplissement de formalités d'opposabilité. Ainsi, la défense de payer que peut

³⁴⁸ Cass. Com. 19 décembre 2000, n° 97-15011, *Bull. Civ. IV*, n° 200, *D.* 2001, AJ, 1022, obs. obs. X. DELPECH, *RTD Com.* 2001, 737, obs. M. CABRILLAC. V. aussi, CA Paris, 2 juin 1995, *Revue Droit bancaire et bourse* 1996, 9, obs. CREDOT et GERARD.

³⁴⁹ X. DELPECH, obs. sous Cass. Com. 19 décembre 2000, préc., spéc. p. 1023. Que l'acceptation n'intervienne pas et le banquier escompteur de la traite pourra alors être primé par le cessionnaire titulaire d'un bordereau Dailly antérieur.

³⁵⁰ En revanche, le banquier escompteur de la traite, porteur de bonne foi, doit déclarer sa créance en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du tiré. En ce sens, Cass. Com. 8 janvier 1991, *Bull. Civ. IV*, n° 12, *D.* 1992, somm. 248, obs. DERRIDA et 282, obs. HONORAT.

³⁵¹ V. *supra* n° 98.

³⁵² V. *supra* n° 101.

formuler le porteur au tiré dès l'endossement représenterait une modalité d'opposabilité des droits du porteur sur la provision³⁵³. Il en va de même de l'acceptation de la lettre de change par le tiré, qui permet d'opposer à ce dernier les droits du porteur, comme de la saisie par le porteur entre les mains du tiré, avant l'échéance de l'effet de commerce, signe de l'opposabilité d'un transfert de créance antérieur³⁵⁴. Ainsi, dans le prolongement de cette acception, l'endossement ne transférerait, à l'instar de la cession de créance en droit civil qu'un droit relatif qui nécessiterait que son opposabilité aux tiers soit mise en œuvre par l'accomplissement de formalités, en particulier par l'acceptation du tiré.

104. L'idée d'une analogie entre le transfert de la provision et la cession de créance du Code civil est intéressante et permet véritablement d'expliquer l'importance de l'acceptation du tiré malgré que le transfert de la provision s'accomplit dès l'endossement. Outre le fait qu'elle suppose la provision, l'acceptation du tiré provoque l'engagement cambiaire de celui-ci envers le porteur de la lettre de change. Cependant, on ne peut aller jusqu'à affirmer que l'acceptation du tiré représente le signe d'une opposabilité de la lettre de change au tiré. Tandis que l'opposabilité issue de l'article 1690 du Code civil résulte d'une information subie par le débiteur cédé à l'initiative des parties à la convention de cession de créance, l'opposabilité de l'effet de commerce reposerait sur une acceptation du tiré, que celui-ci est libre de ne pas fournir. L'opposabilité attachée à la propriété de la provision ne peut être tributaire du bon vouloir du tiré. En réalité, l'acceptation du tiré constitue une garantie des droits du porteur de bonne foi de l'effet de commerce³⁵⁵ : ce dernier dispose de l'engagement du tiré de la régler directement dans le cadre des relations cambiales. Aucune opposabilité, au demeurant non prévue par les textes contrairement à l'article 1690 du Code civil en matière de cession de créance de droit commun, ne procède de l'acceptation. L'opposabilité *erga omnes* du transfert de la provision résulte du seul endossement de la lettre de change³⁵⁶ et la faculté pour le porteur de formuler une défense de payer au tiré ou d'effectuer une saisie avant l'échéance n'en sont que l'expression.

³⁵³ En ce sens, G. ENDREO, note sous Cass. Com. 28 juin 1983, préc.

³⁵⁴ J.-M. TALAU, art. préc., n° 38.

³⁵⁵ J.-M. TALAU, art. préc., n° 40 et s.

³⁵⁶ R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 135, p. 118, note 54, relevant la caractère absolu du droit acquis par l'endossement ; Ph. DELEBECQUE, « Lettre de change, Endossement », *J.-Cl. Commercial, op. cit.*, n° 56 : « Aux termes de l'article L. 511-9, alinéa 1 du Code de commerce, l'endossement transmet tous les droits résultant de la lettre de change. Autrement dit, l'endossement, à la différence de la cession de créance, investit, de plein droit et à l'égard de tous, le preneur des droits résultant du titre, sans qu'il soit besoin de signification au débiteur cédé ni d'acceptation dans un acte authentique ».

105. *Transfert des accessoires par l'endossement de l'effet.* En déclarant que l'endossement transmet « *tous les droits résultant de la lettre de change* », l'article 511-9 du Code de commerce ne se prononce pas sur le problème de la transmission des sûretés qui garantissent, le cas échéant, le paiement de la lettre ou de la créance fondamentale. À proprement parler, la sûreté stipulée par le tireur ou à lui accordée par la loi ne résulte pas de la lettre de change de sorte que son transfert supposerait une cession selon les règles du droit commun. Plusieurs arguments peuvent cependant être avancés pour justifier la transmission des sûretés au profit des porteurs successifs de la lettre de change. D'abord, l'émission ou l'endossement d'une traite n'entraîne pas novation de l'obligation préexistante : la créance fondamentale survit donc avec toutes les sûretés qui l'assortissent. Ensuite, il est de principe que la cession d'une créance – et l'endossement n'en est qu'une forme simplifiée – comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque, selon l'article 1692 du Code civil et l'article L. 313-27 alinéa 3^{ème} en matière de cession de créances professionnelles³⁵⁷. Enfin, de nombreux textes prévoient expressément le transfert aux porteurs successifs des diverses sûretés qu'ils organisent³⁵⁸ si bien que l'on peut voir dans ces dispositions les expressions particulières d'un principe général. Au demeurant, la jurisprudence admet depuis longtemps le transfert des sûretés à l'endossataire³⁵⁹. Le transfert des garanties s'opère donc de plein droit.

106. Par conséquent, l'endossataire acquiert *erga omnes*, par le seul effet de l'endossement de la lettre de change, un droit de propriété sur la créance du tireur et ses accessoires. Il est ainsi question d'éviter le schéma du transfert *solo consensu*, où la naissance consensuelle et occulte du droit est dissociée de son opposabilité aux tiers, qui s'effectue ultérieurement par l'accomplissement d'un procédé ostensible. Afin de satisfaire à l'impératif de négociabilité de la lettre de change, le transfert de propriété de la provision s'effectue entre les parties et à l'égard des tiers au moyen d'un formalisme unique : l'endossement.

³⁵⁷ M. CABRILLAC, *Les accessoires de la créance*, *Études Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 107 s., n° 5 : « *l'endossataire de la lettre de change, qui acquiert la créance constitutive de la provision, en acquiert également les accessoires* ».

³⁵⁸ C. dom. publ. fluv., art. 96, en matière d'hypothèque fluviale. L. n° 51-59, 18 janv. 1951, art. 6, en matière de nantissement de l'outillage ; D. n° 55-1350, 14 oct. 1955, art. 60 en matière de publicité foncière. L. n° 67-5, 3 janv. 1967, chap. VI, art. 53, en matière d'hypothèque maritime. Ord. n° 67-838, 28 sept. 1967, titre III, art. 27, al. 2, en matière de mobilisation des crédits à moyen terme. L. n° 76-519, 15 juin 1976, art. 13, concernant certaines formes de transmission des créances. L. n° 88-1201, 23 déc. 1988, art. 34, relative aux OPCVM et portant création des fonds communs de créances.

³⁵⁹ Cass. Civ. 20 juin 1854, *DP* 1854, 1, p. 305 ; *S.* 1854, 1, p. 593, concernant une hypothèque.

B) La considération supplémentaire de la remise du titre juridique

107. Même si elle ne s'opère pas par l'échange des consentements, la mobilisation des créances est assujettie à un formalisme pouvant apparaître impropre à assurer une extériorisation de l'opération translatrice, nécessaire à l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété. Cependant, en présence d'une cession Dailly ou de l'endossement d'une lettre de change, la faiblesse de l'extériorité des mécanismes concernés (1), est atténuée par l'exigence complémentaire de la remise du titre juridique au cessionnaire (2), marquant le passage de la créance d'une personne à une autre.

1) Les limites inhérentes à des mécanismes relatifs aux parties

108. *Faiblesse de l'extériorisation de l'opération translatrice.* Malgré une souplesse certaine destinée à répondre à des impératifs de négociabilité, les techniques de mobilisation de créances font état d'une faible extériorisation de l'opération translatrice. L'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété des créances est alors fonction de l'accomplissement d'un formalisme relatif aux parties. Ce constat est commun aux différents procédés concernés.

109. *Lettre de change.* Il en va ainsi s'agissant de l'endossement de la lettre de change où les tiers, ne serait-ce que le tiré, ne sont pas associés au mécanisme translatif. Le transfert de la créance au profit du porteur de l'effet a lieu par l'accomplissement de l'endos, que ce soit entre les parties mais également à l'égard des tiers. L'opposabilité *erga omnes* par l'endossement procède ainsi d'une volonté de restreindre le formalisme d'opposabilité afin de renforcer la négociabilité de l'effet de commerce. Cependant, le mécanisme translatif ne repose pas sur l'accomplissement d'un procédé d'extériorisation associant les tiers à la constitution *erga omnes* du droit de propriété. Il repose uniquement sur la matérialité de l'effet endossé.

110. *Cession de créances professionnelles « Dailly ».* Identique est le cas de la cession de créances professionnelles où la datation du bordereau Dailly, procédé relatif aux parties, mène en l'état des textes à l'acquisition par le cessionnaire d'un droit opposable *erga omnes*. A l'instar des règles applicables aux effets de commerce, l'opposabilité *erga omnes* par la datation du bordereau procède également d'une volonté de restreindre les cas d'inopposabilité de la cession de créances professionnelles, afin de renforcer la

négociabilité du titre que constitue le bordereau. L'opposabilité de l'opération est fonction de la seule date apposée sur ce dernier, indépendamment de la formalité supplémentaire tenant à la notification de la cession au tiers que représente le débiteur cédé³⁶⁰. L'esprit de la loi Dailly est à cet égard incontestablement plus restrictif que celui de la cession de créance de droit commun³⁶¹. Envisagé en tant que mécanisme constitutif de droit, le bordereau Dailly ne repose pas alors sur l'accomplissement d'un procédé d'extériorisation mais sur la matérialité du bordereau de cession. Les tiers ne sont ainsi pas associés, même de façon imparfaite, à la constitution *erga omnes* du droit de propriété pouvant leur être pourtant opposé par le cessionnaire.

111. Cependant, le raisonnement est en l'état incomplet car il occulte une composante supplémentaire du processus de la cession de créances professionnelles, comme de la transmission de la lettre de change, dont l'importance ne doit pas être mésestimée : la remise du titre juridique.

2) L'exigence d'une tradition du titre juridique

112. *Nécessité d'une remise de la lettre de change.* Effet de commerce, la lettre de change, comme le billet à ordre, constate l'existence d'une créance à court terme. Il s'agit d'un titre, « *c'est-à-dire un bout de papier, dont on va scruter la forme, l'apparence ; si elle est régulière, ce qui s'apprécie à partir d'un examen attentif mais néanmoins rapide du titre, celui-ci doit pouvoir circuler en toute sécurité* »³⁶². Le matérialisme de la lettre de change s'inscrit dans le cadre de la spécificité des rapports cambiaires, basés sur le transfert de la provision ainsi que l'inopposabilité des exceptions. En particulier, la règle de l'inopposabilité des exceptions est importante en la matière puisqu'elle « *garantit...la libre circulation des effets de commerce en protégeant les tiers d'exceptions qu'ils ne pouvaient connaître* »³⁶³. C'est la raison pour laquelle il est accordé une foi particulière dans l'apparence que dégage le titre, à tel point qu'il est admis qu'il incorpore la créance

³⁶⁰ V. *supra* n° 84.

³⁶¹ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 348, p. 303, précisant que l'esprit de la loi Dailly « *a été de limiter le plus possible des cas d'inopposabilité de la cession et, en conséquence, de supprimer les formalités de l'article 1690 C. Civ. Les personnes pouvant se prévaloir du défaut de notification ne peuvent donc être que moins nombreuses que celles pouvant se prévaloir, dans le cadre d'une cession de créance, du défaut de signification* ».

³⁶² R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 88, p. 87.

³⁶³ A. RABAGNY, *op. cit.*, p. 288.

concernée³⁶⁴. En conséquence, la lettre de change est nécessairement un écrit, remis par le tireur au bénéficiaire, comportant diverses mentions obligatoires. La tradition de la lettre de change au bénéficiaire représente au sein de ce schéma une phase essentielle puisqu'elle conditionne le transfert de la créance incorporée au titre. L'endossement de l'effet est donc insuffisant et nécessite en sus la tradition du titre incorporant la créance. Au demeurant, la perspective d'une subordination du transfert de la créance de provision à la remise matérielle de l'effet n'est pas inconnue du droit positif car la jurisprudence a déjà considéré que la propriété de l'effet, s'effectue par la remise du titre endossé et non au jour de l'inscription en compte du montant de l'effet qui n'est que la régularisation comptable de l'escompte³⁶⁵. Partant de là, elle a ainsi jugé que le seul endos ne suffit pas à transmettre la propriété du titre au banquier escompteur³⁶⁶. De la même manière, il est affirmé en doctrine qu'à l'endossement doit s'ajouter « *la remise du titre endossé à l'endossataire ou à un tiers chargé de le lui remettre, en tout cas le dessaisissement de l'endosseur* »³⁶⁷. L'analyse se trouve confortée par la notion de porteur légitime issue de l'article L. 511-11 du Code de commerce lequel énonce que « *le détenteur d'une lettre de change est considéré comme porteur légitime s'il justifie de son droit par une suite ininterrompue d'endossements..* ». En effet, la remise de l'effet est essentielle au processus du transfert de la créance de provision car elle précède fréquemment l'endossement qui ne peut être réalisé matériellement que par le porteur de l'effet. En outre, à défaut de remise, le tireur pourrait biffer efficacement l'effet³⁶⁸ et revenir sur les droits que l'endossataire acquiert par l'endos. Ainsi, la remise de l'effet endossé au porteur produit des effets cambiaires propres auxquels s'ajoute le transfert de propriété *erga omnes* de la créance de provision.

³⁶⁴ En ce sens, R. BONHOMME, *Ibid.* : « *le titre ne se borne pas à constater la créance : au-delà de sa fonction d'instrumentum, l'effet de commerce contient la créance, il en devient le support nécessaire dans la mesure où seul le titulaire du titre peut faire valoir le droit ; on dit que le titre incorpore la créance* ».

³⁶⁵ Cass. Com. 30 janvier 1979, n° 77-14125, *Bull. Civ. IV*, n° 38, *D.* 1980, IR, p. 15, obs. M. VASSEUR : « *La remise de la lettre de change à la banque, et non pas la passation des écritures, fixe le jour de l'opération d'escompte. C'est à cette date qu'il convient de rechercher si la banque, en acquérant la lettre de change, a su qu'elle n'aurait pas de provision à l'échéance et a agi sciemment au détriment du débiteur* ».

³⁶⁶ En ce sens, Cass. Com. 20 mars 1962, *Bull. Civ. IV*, n° 183 : « *Mais attend que suivant les propres constatations de l'arrêt, c'est à la date du 24 février 1958 que la lettre de change a été créée au profit du Crédit Lyonnais et remise à celui-ci par le tireur. Qu'il appartient en conséquence à la Cour d'appel de rechercher si, bénéficiaire et porteur de l'effet, le Crédit Lyonnais n'avait pas dès cette date, la propriété de la provision, indépendamment du jour où l'opération d'escompte en compte courant a été réalisée* » ; Cass. Com. 20 mars 1984, n° 83-10618, *Bull. Civ. IV*, n° 109, *RTD Com.* 1984, 697, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE. *Contra.* Cass. Com. 4 juin 1991, préc., prenant en compte la date de l'échéance. Sur l'analyse de cet arrêt, v. *supra* n° 117.

³⁶⁷ R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 168, p. 136.

³⁶⁸ Art. L. 511-11 du Code de commerce.

113. Nécessité d'une remise du bordereau de cession de créances professionnelles. Le bordereau Dailly ne représente pas un effet de commerce, selon l'analyse dominante³⁶⁹, car il n'en présente pas toutes les caractéristiques³⁷⁰. N'ayant pas ainsi vocation à circuler comme les effets de commerce³⁷¹, le bordereau de cession Dailly n'incorpore pas la ou les créances concernées de sorte que l'on pourrait *a priori* penser que la remise du titre juridique ne constitue pas une condition du transfert de propriété. Pourtant, ce n'est pas le cas. Certes, l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier subordonne sans équivoque l'acquisition *erga omnes* de la propriété à la datation du bordereau, mais la remise du bordereau représente une condition supplémentaire du transfert de propriété³⁷². Tout d'abord, cette affirmation est dictée par l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier en ce qu'il indique que la créance est transmise « *par la seule remise d'un bordereau* »³⁷³. En outre, l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier précise que la cession prend effet à l'égard de tous à la date apposée sur le bordereau « *lors de sa remise* », soulignant l'étroitesse des liens qu'entretiennent la datation du bordereau et sa remise au cessionnaire. Un autre argument tient à ce qu'il appartient au cessionnaire, conformément à l'aliéna 2^{ème} de l'article L. 313-25 du Code monétaire et financier, d'apposer la date sur le bordereau, prescription supposant la remise préalable de l'effet à l'établissement de crédit cessionnaire. Enfin, il est explicitement prévu à l'alinéa 3^{ème} de l'article L. 313-27 que « *la remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert de sûretés, des garanties et des accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autre formalité* »³⁷⁴. De la remise du

³⁶⁹ En ce sens, D. LEGEAIS, *Juris-Classeur Commercial*, Fasc. 357, « Cession et nantissement de créances professionnelles, Conditions de réalisation de l'opération », éd. 2013, n° 22 : « *Malgré les nombreux emprunts au droit cambiaire de la loi Dailly, le bordereau par lequel les créances sont cédées ou nanties ne peut être qualifié d'effet de commerce* » ; R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 248, p. 190, et les références citées. En jurisprudence, Cass. Com. 15 décembre 1992, n° 90-19735, *Bull. Civ. IV*, n° 408, *RTD Com.* 1993, 346, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE : « *l'engagement d'une caution à garantir le montant d'effets impayés ne peut être étendu aux créances résultant de la loi du 2 janvier 1981* ».

³⁷⁰ En particulier, l'opposabilité des exceptions est alors la règle sauf, lorsque la cession a été acceptée par le débiteur-cédé en vertu d'un acte spécifique d'acceptation de la cession. En ce cas seulement, le débiteur ne peut plus opposer au cessionnaire les exceptions tirées de son rapport avec le cédant : art. L. 313-29 alinéa 2^{ème} du Code monétaire et financier.

³⁷¹ D. LEGEAIS, *Ibid.*

³⁷² En ce sens, R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 258, p. 198, précisant que « *la date n'est pas requise lors de la création du titre mais un peu plus tard, lors de la remise du bordereau au cessionnaire* » ; B. MERCADAL, *op. cit.*, n° 41259 pour qui « *la cession ou le nantissement des créances visées dans le bordereau résulte de la simple remise matérielle du bordereau par le client à l'établissement de crédit* » ; A. RABAGNY, *op. cit.*, p. 290.

³⁷³ Il en va de même en matière de titrisation de créances où l'article L. 214-169 IV du Code monétaire et financier dispose en son 8^{ème} alinéa que « *la cession de créances s'effectue par la seule remise d'un bordereau dont les énonciations sont fixées par décret* ».

³⁷⁴ S'agissant de la titrisation de créances, l'article L. 214-169 IV du Code monétaire et financier prévoit une règle identique : « *La remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés, des garanties et des*

bordereau dépend ainsi la transmission des sûretés, garanties et accessoires attachés à chaque créance, ce que la jurisprudence a notamment validé pour la clause d'arbitrage ou la clause de réserve de propriété³⁷⁵. L'importance de la remise matérielle du titre s'impose avec évidence : la propriété de la créance cédée s'acquiert par l'association de la remise du bordereau ainsi que de sa datation. Compte tenu de la spécificité de l'opération de mobilisation de créances³⁷⁶, ces conditions doivent être considérées comme suffisantes au transfert *erga omnes* des créances professionnelles et ce même si aucune substantialité n'est à cet égard reconnue à la notification de la cession au débiteur cédé³⁷⁷.

114. Extériorité de la remise du titre juridique. Si la remise du titre juridique formalisant l'opération de mobilisation de créance est dotée d'un effet translatif de propriété à l'égard de tous, c'est parce qu'elle représente la matérialisation et l'expression du passage de la créance entre le cédant et le cessionnaire. Cette extériorisation afférente à la remise matérielle est masquée en présence de l'endossement d'un effet de commerce, où la remise du titre peut apparaître comme la conséquence de l'incorporation de la créance à l'effet. Pourtant, la doctrine ne manque pas de relever l'importance de l'apparence se dégageant de la remise de l'effet au porteur³⁷⁸, dans la mesure où le formalisme substantiel de la transmission de l'effet est la contrepartie de la dérogation apportée à la cession de créance de droit commun. Le cas de la cession de créance professionnelle est plus explicite car il est admis que la créance n'est pas incorporée dans le titre que représente le bordereau de cession Dailly. Dans ce cas, il apparaît clairement que la remise du titre juridique que représente le bordereau opère une transmission des créances concernées au profit du « cessionnaire » en raison de son extériorité. Le titre n'incarne ainsi pas tant la créance cédée qu'elle n'exprime l'opération translative dont elle fait l'objet. En définitive, qu'il soit question de la circulation d'effets de commerce ou de cession Dailly, le transfert des créances concernées s'opère *erga omnes* par la remise

accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autre formalité ».

³⁷⁵ Ainsi, la jurisprudence considère que la clause d'arbitrage est transmise, Cass. Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, n° 96-20202, *Bull. Civ. I*, n°1, *D. Affaires* 1999, p. 296, *Droit et Patrimoine* 2000, n° 79, p. 113, obs. P. MOUSSE-
RON. La transmission de la clause de réserve de propriété suscita davantage de difficulté mais est à présent admise : Cass. Com. 15 mars 1988, n° 86-13687, *Bull. Civ. IV*, n° 106, p. 74, *D.* 1988, 330, note F. PEROCHON ; *JCP éd. E*, 1988, II, n° 15211, obs. M. CABRILLAC et M. VIVANT ; *Banque* 1988, 699, obs. J.-L. RIVES-LANGE.

³⁷⁶ V. *infra* n° 457.

³⁷⁷ V. *supra* n° 86.

³⁷⁸ En ce sens, A. RABAGNY, *op. cit.*, p. 288 : « L'apparence devient pour le porteur une source autonome de droits subjectifs. Elle engendre réciproquement des obligations à la charge des débiteurs cambiaires. Les tiers n'ont pas à s'inquiéter des rapports fondamentaux auxquels ils sont restés étrangers ».

matérielle du titre juridique qui représente l'instrument du transfert de propriété. L'effet substantiel attaché à la remise matérielle du titre est accordé en considération de la foi attachée à l'apparence inhérente à la matérialité de la tradition.

115. *Synthèse.* L'exposé des différentes manifestations positives du transfert de propriété par la tradition matérielle permet d'effectuer le constat de l'inadaptation de la règle du transfert *solo consensu*. En effet, au-delà des spécificités inhérentes aux matières concernées, l'étude de ces solutions montrent que le transfert consensuel de la propriété est écarté en raison de ses faiblesses intrinsèques. Les matières reconstruites ne représentent ainsi pas tant la cause de la dérogation apportée au principe du transfert *solo consensu* qu'elles ne révèlent les limites de cette règle. Est ainsi préférée en droit positif le schéma d'un transfert de propriété s'effectuant par un procédé unique et ostensible : la tradition. Un enseignement doit être tiré de cette situation. *De lege feranda*, la tradition matérielle doit généralement marquer l'instant où s'opère le transfert de propriété.

Section 2ème De lege feranda, la systématisation des solutions issues du droit positif

116. Dans la perspective d'une généralisation du transfert de propriété par la tradition matérielle, le mécanisme translatif doit être détaillé. A cette fin, il est nécessaire de se souvenir que l'opposabilité substantielle du droit de propriété nécessite une extériorisation de l'opération translative, en raison du risque que celle-ci représente vis-à-vis des tiers³⁷⁹. Par conséquent, seul le caractère ostensible de la remise matérielle doit être considéré au titre du transfert de propriété (§1), indépendamment de son caractère utile (§2).

§1) L'efficacité du caractère ostensible de la remise matérielle

117. La portée de la remise matérielle doit être en premier lieu examinée afin d'apprécier si elle est véritablement en mesure d'assurer l'extériorisation nécessaire à l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété (A). Une fois cela effectué, il conviendra de se pencher plus avant sur le mécanisme de la tradition matérielle. L'analyse de ce dernier montre que la notion de remise matérielle diffère de la notion de délivrance, de sorte que

³⁷⁹ V. *supra* n° 27.

la manière dont la tradition s'insère dans le cadre des rapports obligatoires entre les parties³⁸⁰ sera étudiée (B).

A) Le rôle de la remise matérielle quant à l'acquisition de la propriété

118. Du lien entre l'extériorité de la prise de possession et l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété (1) découle la liaison entre la prise de possession et l'acquisition du droit de propriété (2).

1) La liaison entre l'extériorité de la prise de possession et l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété

119. Importance de la mise en possession réelle. La remise matérielle consiste en une « *préhension corporelle de la chose faite par celui à qui on entend en faire la tradition ou son représentant* »³⁸¹. Véritable publicité empirique³⁸², le geste de remise matérielle est traditionnellement considéré comme revêtant une portée *erga omnes* dans la mesure où il constitue un fait perceptible³⁸³, permettant, certes de façon rudimentaire, de saisir la conscience sociale³⁸⁴. Il est généralement adapté aux biens meubles corporels, qui ne peuvent être identifiés d'après leur emplacement, rendant impraticable un système de publicité légale. La remise matérielle repose sur la prise de possession d'un bien. Pouvoir de fait ostensible³⁸⁵, la possession doit « *tenir compte également des relations avec les personnes* »³⁸⁶ et n'acquiert de valeur juridique que si elle apparaît aux yeux des tiers³⁸⁷. La prise de possession inhérente à la remise joue un rôle essentiel car elle renseigne sur le contenu du patrimoine d'une personne. Les tiers sont informés en observant l'évolution de la situation apparente de la chose³⁸⁸. Certes, la signification de la possession est limitée³⁸⁹, et peut être équivoque. Mais il reste que la possession traduit spontanément une relation

³⁸⁰ Notamment dans le cadre d'un contrat de vente.

³⁸¹ POTHIER, *Traité de droit du domaine de propriété*, *op. cit.*, éd. 1772, p. 191 et s.

³⁸² V. *supra* n° 12-13.

³⁸³ A. PELISSIER, *op. cit.*, n° 228, note 421.

³⁸⁴ A. PELISSIER, *op. cit.*, n° 230.

³⁸⁵ A. RABAGNY, *op. cit.*, p. 204.

³⁸⁶ SALEILLES, *Éléments constitutifs de la possession*, *Rev. Bourguinienne de l'enseignement supérieur*, t. IV, 1894, n° 113, note 60, v. également, n° 56. Pour certains auteurs, l'extériorité de la possession donne naissance à un concept autonome de possession juridique. En ce sens, F. DANOS, *op. cit.*, n° 286, p. 316, selon lequel « *la possession se définit uniquement par son effet publicitaire* ».

³⁸⁷ A. PELISSIER, *op. cit.*, n° 191, p. 90.

³⁸⁸ A. RABAGNY, *op. cit.*, p. 140.

³⁸⁹ En ce sens, F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 5^{ème} éd., n° 282 : « *A l'ère du crédit-bail et de la réserve de propriété, qui se hasarde encore à en croire ses yeux ?* ».

d'appropriation entre une personne et un bien³⁹⁰ dont le droit tient compte au-delà de la réalité des choses. En atteste le cas du contrat de crédit –bail qui n'aurait pas été publié dans les conditions fixées aux articles R. 313-4 à R. 313-6 du Code monétaire et financier, dans la mesure où l'entreprise de crédit-bail ne peut opposer aux créanciers ou ayants cause à titre onéreux de son client, ses droits sur les biens dont elle a conservé la propriété, sauf si elle établit que les intéressés avaient eu connaissance de l'existence de ces droits. Seule la publicité du contrat de crédit-bail peut ainsi faire échec à la situation apparente d'appropriation du bien se dégageant de la détention du bien par le crédit-preneur³⁹¹ et permettre l'opposabilité du droit de propriété du crédit bailleur³⁹². La possession représente ainsi la manifestation naturelle de la propriété et conduit, lorsque les deux notions coïncident, à l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété en raison de l'apparence qu'elle suscite³⁹³.

120. Primauté de la mise en possession réelle sur la mise en possession civile. Si la remise matérielle revêt incontestablement une portée générale, il y a lieu de s'interroger sur la portée des remises symboliques ou feintes au regard de l'opposabilité du droit de propriété. En premier lieu, le cas du recours à la tradition symbolique pose question dans la mesure où, si le symbole se rattache naturellement au symbolisé, les rapports qu'il entretient avec l'objet représenté peuvent parfois être lointains. Dès lors, on peut hésiter sur la capacité du symbole à représenter le passage du bien aliéné d'une personne à une autre. Cependant, le droit positif, à travers l'article 1606 du Code civil, reconnaît la remise symbolique dans le cadre du contrat de vente, laquelle peut consister dans la "*remise des clefs des bâtiments*" où se trouvent les objets mobiliers vendus. Plus largement, la tradition symbolique consiste aussi fréquemment dans la remise du titre permettant le retrait de la chose, ou dans l'endossement en blanc ou à l'ordre de l'acheteur du titre à l'ordre permettant ce retrait : il en est ainsi pour le billet de consigne, le récépissé-warrant

³⁹⁰ V. JHERING, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain, tome 2, Fondements des interdits possessoires, critique de la théorie de Savigny*, trad. De Meulenaere, 2^{ème} éd., Paris, Marescq, 1882, p. 143, 159 et 165, pour qui « *la possession est l'extériorité du droit de propriété* » ; DUCLOS, *op. cit.*, n° 252, p. 286 : « *la possession peut révéler aux tiers l'existence du droit réel : le corpus n'est rien d'autre en effet que la manifestation extérieure du droit. Elle réalise, dit-on par exemple, une image de la propriété* ».

³⁹¹ Art. L. 313-10 et R. 313-10 du Code monétaire et financier.

³⁹² En présence d'une procédure collective : Cass. Com. 11 mai 1999, n° 96-22763, *Bull. Civ. IV*, n° 96, D. 2000, somm. 95, obs. HONORAT, *D. Affaires* 1999, 1042, obs. A. LIENHARD, *JCP E* 1999, n°27, p. 1173, obs. P. CROCQ : « *le droit de propriété du crédit bailleur n'est opposable aux créanciers du locataire mis en redressement judiciaire que si les contrats de crédit-bail ont été publiés avant le jugement d'ouverture de la procédure collective* ».

³⁹³ C.-E. CLAYES, « La notion de possession, pour une approche nouvelle », *Mélanges G. Dehove*, PUF, 1983, n° 36-37, p. 131-132, pour qui la possession représente en substance une « *apparence de propriété fondée sur la détention autonome d'un bien* ».

délivré par le magasin général dans lequel se trouve la chose vendue, le connaissance et les lettres de voitures³⁹⁴. Bien qu'elle suscite les mêmes interrogations que la tradition symbolique, le droit positif reconnaît, dans la vente de droit commun, des cas de tradition feinte, où la remise de la chose est purement fictive. Selon l'article 1606 du Code civil "*si le transport ne peut pas se faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait en son pouvoir à un autre titre*", la remise matérielle peut se faire par le seul consentement en cas d'impossibilité de transport des effets mobiliers lors de la vente, soit en raison de sa nature³⁹⁵, soit que l'acheteur ne dispose pas dans l'immédiat des moyens d'en prendre livraison. Ainsi, en présence d'une impossibilité de remettre le bien aliéné, la remise s'opère soit par l'ordre de livraison donné par le vendeur, soit par une clause du contrat portant que l'acheteur est mis en possession. Egalement, la remise matérielle se réalise par le seul consentement lorsque l'acheteur a d'ores et déjà la chose en son pouvoir à un autre titre³⁹⁶. La remise résulte alors d'une interversion de la possession³⁹⁷.

121. Pourtant, s'il admet que l'opposabilité du droit de propriété puisse parfois résulter d'une tradition symbolique ou feinte, le droit positif affiche sa préférence pour la tradition matérielle. Ainsi, en est-il de la remise symbolique que représente la remise des clefs, où il fut parfois refusé à la possession d'une clef, le caractère de possession réelle des biens contenus dans les locaux dont elle permettait pourtant l'ouverture³⁹⁸. De même, dans certaines catégories de vente, l'assimilation d'un marquage apposé par l'acquéreur sur les biens vendus à une délivrance de ceux-ci a suscité beaucoup de circonspection, tenant à la conservation par le vendeur d'une mainmise. Il est considéré que ce marquage ne vaut pas délivrance du bien³⁹⁹. La possession réelle sur laquelle repose la délivrance conduit également certains auteurs à rejeter l'application de la tradition brève main ou du constitut

³⁹⁴ Cass. Req., 12 novembre 1928, S. 1931, 1, p. 89, note J. BRETHER DE LA GRESSAYE.

³⁹⁵ Par exemple, Cass. Com. 21 décembre 1971, n° 70-12033, *Bull. Civ.* IV, n° 308 pour la vente pour les abattre de tous les arbres d'un terrain : la remise s'opère dès lors que le vendeur a donné à l'acheteur l'autorisation d'exploiter.

³⁹⁶ Par exemple, il est locataire ou dépositaire de la chose qu'il achète.

³⁹⁷ La jurisprudence admet, bien que l'article 1606 C.Civ. ne l'évoque pas véritablement, que la technique du constitut possessoire équivaut à une tradition matérielle. En ce sens, M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, LGDJ, 1972, *Bibl. de droit privé*, n° 7, p. 34.

³⁹⁸ CA Lyon 9 avril 1951, *D.* 1955, 2, 6 ; Cass. Civ. 1^{ère} 25 octobre 1978, n° 76-14060, *JCP* 1980, II, 19305, où il fut jugé que la mise en entrepôt de douane ne constitue pas un acte de délivrance.

³⁹⁹ En ce sens, M. ALTER, thèse préc., n° 6, p. 33. La Cour d'appel de Besançon, le 27 février 1865, *DP* 1865, 2, 46, S. 1865, 2, 127, a considéré que la tradition matérielle, nonobstant l'existence d'un marquage sur des coupes de bois, s'opérait par le transport de celles-ci à la gare d'expédition. Dans le même sens, Cass. Civ., 9 juin 1845, S. 1845, 1, p. 658, *DP* 1945, 1, p. 285. Cependant, une jurisprudence plus récente paraît accorder peu d'importance au marquage, n'attachant de véritables conséquences juridiques qu'à la délivrance réelle de la chose : Cass. Com., 19 mars 1963, *Bull. Civ.* III, n° 167, *D.* 1963, jurispr. p. 345.

possessoire⁴⁰⁰, ou bien encore la remise consensuelle⁴⁰¹. Le raisonnement justifiant ces solutions est le suivant : si cette remise consensuelle vaut délivrance entre les parties, elle se présente à l'égard des tiers comme inférieure par rapport à la possession réelle⁴⁰². En effet, selon l'article 1141 du Code civil, en cas de conflit entre deux créanciers d'une obligation de donner ou de livrer, celui qui a été mis de bonne foi en possession réelle doit être préféré et demeure prioritaire. Il est ainsi considéré à juste titre que l'absence de remise matérielle présente un danger pour l'acheteur : resté détenteur de la chose, le vendeur indélicat peut la livrer à un tiers de bonne foi qui sera préféré à l'acheteur antérieur. En droit positif, l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété est ainsi étroitement liée à la matérialité de l'exécution de l'obligation de délivrance du vendeur. La remise symbolique ou feinte occupe une place résiduelle car seule la remise matérielle de la chose aliénée, en raison de son extériorité, permet véritablement d'opposer à tous le droit de propriété acquis par convention.

2) La liaison entre l'extériorité de la prise de possession et le transfert de propriété

122. Principe du transfert de propriété par la tradition matérielle. De la liaison existante entre la prise de possession et l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété découle l'idée d'un transfert de propriété par l'effet de la tradition réelle. En effet, dans le cadre d'une opération translatrice, le droit de propriété doit naître de la prise de possession en raison du caractère ostensible de cette dernière⁴⁰³, respectant son absolutisme. Parce qu'elle est en lien avec l'opposabilité du droit de propriété, la remise matérielle doit ainsi parfaire le transfert de propriété. Dès lors, il convient de relever que les solutions jurisprudentielles dégagées en matière de délivrance de la chose vendue, subordonnant généralement l'opposabilité *erga omnes* de la vente à la remise matérielle, sont parfaitement compatibles avec une analyse *de lege feranda* selon laquelle le transfert de propriété est différé à ce moment précis. Il s'ensuit qu'il existe à cet égard un lien entre le droit de propriété et la possession, de sorte que l'analyse de cette dernière diffère selon que le transfert de propriété s'effectue *solo consensu* ou *sola traditione*. En effet, le

⁴⁰⁰ M. ALTER, thèse préc., n° 7, p. 36.

⁴⁰¹ CA Paris du 2 mars 1923, *GP* 1923, 2, 299, qui estima qu'une voiture, entreposée aux magasins généraux, a été délivrée par le seul effet des stipulations contractuelles, abstraction faite de tout transfert matériel, dès lors que le contrat était par lui-même parfait et qu'il comportait la clause « *voiture prise avant passage en douane* ». La solution fut qualifiée de « *hardie* » par certains auteurs, v. M. ALTER, thèse préc., n° 7, p. 35.

⁴⁰² J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Juris-Classeur Civil Code*, « Art. 1603 à 1623 », éd. 2000, n° 84.

⁴⁰³ En ce sens, F. DANOS, *op. cit.*, n° 271, p. 298 : « *la possession est donc le fait qui conduit à la propriété, en raison de l'application de la norme légale relative à l'acquisition de la propriété qu'elle déclenche* ».

transfert consensuel de la propriété nécessite que la qualité de possesseur d'un bien, calquée sur celle de propriétaire, s'obtienne dès le contrat et précède nécessairement la délivrance de la chose. Ce schéma favorise une appréhension subjective de la notion de possession qui s'inscrit alors dans le cadre d'une perception de la qualité de possesseur à travers l'*animus domini*, c'est-à-dire la volonté de posséder à titre de propriétaire⁴⁰⁴. L'*animus domini* permet de concevoir, qu'au moment de la conclusion du contrat, le cessionnaire, outre la propriété, acquiert la possession de la chose alors que celle-ci ne lui est pas encore livrée. Expression d'une théorie de la possession élaborée en contemplation de la propriété⁴⁰⁵, l'*animus domini* correspond à la réalité de la situation du possesseur détenant la chose avec la volonté de posséder à titre de propriétaire et permet ainsi de suppléer par la prescription un titre de propriété impuissant. Cependant, la perspective d'un transfert de propriété différé au moment de la remise matérielle modifie cette analyse et invite à nuancer une approche exclusivement subjective de la notion de possession, attaquée de façon virulente par une partie de la doctrine⁴⁰⁶, en conférant au *corpus* possessoire un rôle significatif. En effet, puisque le transfert de propriété doit dépendre, non pas de l'échange des consentements, mais de la remise matérielle de la chose, l'acquisition de la possession ne repose pas sur le seul *animus domini* mais dépend de l'élément matériel qu'est la prise de possession. Se trouve dès lors mise en évidence une conception mixte de la notion de possession, devant être appréhendée autant dans l'*animus domini* que dans le *corpus* possessoire, qui correspond à celle retenue actuellement en jurisprudence⁴⁰⁷. La prise de possession inhérente à la remise matérielle représente une phase essentielle devant conduire, en raison de son extériorité, à l'acquisition d'un droit de propriété opposable *erga omnes*.

123. L'exemple de la pratique du don manuel. La pratique du don manuel fournit une illustration positive de la coïncidence existant entre la prise de possession et l'acquisition

⁴⁰⁴ V. en particulier SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, par Fr. Rudorff, 7^{ème} éd., Brylant 1866, §9, p. 93-94 : « Pour être considéré comme véritable possesseur d'une chose, il faut nécessairement que celui qui la détient se gère à son égard en propriétaire, en d'autres termes qu'il prétende en disposer en fait comme un propriétaire aurait la faculté légale de le faire en vertu de son droit...L'idée de la possession n'exige absolument rien d'autre que cet animus domini... ».

⁴⁰⁵ A. PELISSIER, *op. cit.*, n° 34, p. 25.

⁴⁰⁶ Une conception objective de la possession nie l'autonomie de l'*animus domini* et considère l'*animus* du possesseur comme la simple volonté de posséder, indissociable du *corpus* possessoire. R. V. IHERING, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain, III, Rôle de la volonté dans la possession*, trad. O. de Meulenaere, Paris, 1891.

⁴⁰⁷ En particulier, la jurisprudence ne manque pas de rappeler l'importance de l'élément matériel, en exigeant, au titre de la qualification de la possession, l'accomplissement d'actes matériels, v. Cass. Civ. 1^{ère} 14 novembre 1910, *DP*, 1912, 1, 483 ; Cass. Civ. 1^{ère} 13 décembre 1948, *D*. 1949, 72, *RTD Civ.* 1949, 281, obs. SOLUS ; Cass. Civ. 1^{ère} 13 février 1991, *RTD Civ.* 1992, 601, obs. F. ZENATI.

du droit de propriété. Certes non prévue par les textes, la pratique du don manuel, qui est presque du « *non droit* »⁴⁰⁸ tant elle déroge à l'article 931 du Code civil selon lequel l'acte de donation entre vifs se fait sous la forme authentique, est pourtant admise depuis longtemps en jurisprudence. La remise matérielle de la chose donnée joue un rôle essentiel dans l'efficacité du don manuel⁴⁰⁹, limitant ainsi le domaine aux biens meubles corporels⁴¹⁰. La jurisprudence considère ainsi que le don manuel s'opère par tradition matérielle⁴¹¹. La doctrine souligne également la substantialité de la remise matérielle du bien donné, qui doit conférer la possession au donataire⁴¹², et considère le don manuel à travers la catégorie des contrats réels⁴¹³. Ainsi, la tradition matérielle réalise le don manuel c'est-à-dire emporte transfert de propriété de la chose donnée au donataire. Elle peut porter sur tous les biens meubles corporels mais également sur une somme d'argent ou une créance de somme d'argent⁴¹⁴, d'un chèque⁴¹⁵, ou même de valeurs mobilières, quand bien même le transfert de celles-ci est dorénavant dématérialisé, par l'effet de l'inscription au compte du cessionnaire⁴¹⁶. Même si la portée de la remise matérielle peut être équivoque en raison de l'admission jurisprudentielle des pactes adjoints⁴¹⁷, il n'en demeure pas moins que la prise de possession du donataire permet de parfaire le transfert de propriété *erga omnes* de la chose donnée.

124. Application large de la règle du transfert de propriété par tradition matérielle. En premier lieu, le principe du transfert *sola traditione* est applicable lorsque le transfert de propriété constitue l'objet même du contrat, comme c'est le cas en présence d'une vente ou d'un échange⁴¹⁸. A la différence du transfert *solo consensu*, il permet alors notamment une articulation cohérente entre le moment du transfert de propriété et l'exercice du droit

⁴⁰⁸ Ph. MALAURIE, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, éd. 2010, *Defrénois*, n° 396, p. 210.

⁴⁰⁹ Les auteurs en font généralement une véritable solennité, se substituant à l'exigence habituelle de l'acte notarié. En ce sens, Ph. MALAURIE, *op. cit.*, n° 397, p. 211.

⁴¹⁰ Le don manuel ne peut porter sur un immeuble ou sur un bien incorporel. Ainsi en est-il en matière de propriété littéraire : Cass. Civ. 1^{ère} 25 janvier 2005, n° 02-10370, *Bull. Civ. I*, n°44, *D.* 2005, 956, note Ph. ALLAYES.

⁴¹¹ Cass. Civ. 1^{ère} 11 juillet 1960, *Bull. Civ. I*, n° 382, *D.* 1960, 702, note P. VOIRIN ; Cass. Civ. 1^{ère} 10 octobre 2012, n° 10-28363.

⁴¹² Ph. MALAURIE, *op. cit.*, n° 398, p. 213, excluant que la tradition puisse être symbolique ou feinte.

⁴¹³ Ph. MALAURIE, *op. cit.*, n° 397, p. 211.

⁴¹⁴ Cass. Civ. 30 novembre 1937, *DH* 1938, 19, *S.* 1938, I, 241, note R. MOREL. V. J.-C. BRAULT, « La donation d'une somme d'argent », *Defrénois*, 1996, art. 36236.

⁴¹⁵ Cass. Civ. 1^{ère} 4 novembre 1981, n° 80-12926, *Bull. Civ. I*, n° 327, *Defrénois* 1982, art. 32944, n° 77, p. 1378, obs. G. CHAMPENOIS, *RTD Civ.* 1982, 781, obs. J. PATARIN.

⁴¹⁶ Cass. Com. 19 mai 1998, n° 96-16252, *Bull. Civ. IV*, n° 161, *D.* 1998, 551, note D. R. MARTIN, *RTD Civ.* 1999, 677, note J. PATARIN.

⁴¹⁷ Sur ce point, v. *infra* n° 293 et s., en matière de don manuel d'usufruit.

⁴¹⁸ C. Civ. art. 1702 : « *l'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre* ».

de rétention : le transfert de propriété ne s'opère pas si la remise matérielle ne peut s'effectuer, ce qui est le cas lorsque le bien sera légitimement retenu par un créancier du vendeur⁴¹⁹. Une difficulté se pose néanmoins en présence d'un contrat d'entreprise dans la mesure où celui-ci opère le transfert d'un ouvrage au profit d'un maître sans pour autant être classé parmi les conventions translatives⁴²⁰. En effet, même si le contrat d'entreprise porte essentiellement sur l'accomplissement d'un travail par l'entrepreneur⁴²¹, il est nécessaire de déterminer à quel moment le maître de l'ouvrage en devient propriétaire. A cet égard, l'accession, mode originaire d'acquisition de la propriété, est traditionnellement invoqué afin d'expliquer l'acquisition de la propriété de l'ouvrage par le maître⁴²² : en matière immobilière, la propriété du sol lui permet d'accéder à la propriété de l'ouvrage y étant édifié, tandis qu'en matière mobilière l'incorporation du travail de l'entrepreneur dans le bien confié à cette fin lui permet d'en devenir propriétaire. Pourtant, le recours à la théorie de l'accession présente des insuffisances. En matière mobilière, on lui reproche principalement de ne pas pouvoir expliquer l'acquisition de la propriété au cas où la matière sur laquelle s'accomplit le travail est fournie par l'entrepreneur⁴²³. Une idée serait alors de limiter l'application de la théorie de l'accession aux contrats d'entreprise portant sur des biens immobiliers, ceux ayant pour objet un bien meuble étant soumis à la règle du transfert de propriété comme dans une vente. Cette perspective doit être rejetée car on a fait justement valoir que l'accession représente une manière subsidiaire d'acquérir, ne pouvant s'opérer qu'en l'absence de volonté des parties. Dès lors que le transfert de l'ouvrage est recherché par les parties au contrat d'entreprise, le mécanisme de l'accession doit s'effacer au profit du mode d'acquisition dérivée que représente le transfert de

⁴¹⁹ Actuellement, la jurisprudence décide que le droit de rétention est opposable au sous-acquéreur du bien retenu, même s'il est exercé postérieurement à l'effet translatif *solo consensu* de la vente. En ce sens, Cass. Com. 22 mars 2005, n° 02-12881, *JCP G*, 2005, I, 135, p. 842, obs. Ph. DELEBECQUE, qui casse l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait pourtant considéré que l'effet translatif de la vente d'un véhicule empêchait le rétenu de faire usage d'un droit de rétention sur les documents administratifs.

⁴²⁰ L. MARINO, « Le transfert de propriété dans le contrat d'entreprise », *Deffrénois* 2001, art. 37387, p. 907 et s., spéc. n° 24. *Adde.* P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Préface B. TEYSSIE, 2002, éd. Panthéon Assas, Col. Droit privé.

⁴²¹ Cass. Civ. 1^{ère} 19 février 1968, n° 64-14315, *Bull. Civ. I*, n° 69, D. 1968, 393 : « le contrat d'entreprise est la convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter, en toute indépendance, un ouvrage ».

⁴²² Cass. Civ. 18 octobre 1911, *DP* 1912, I, 113, note PLANIOL. L'analyse est bien présente en doctrine : H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, 9^{ème} éd., Montchrétien, 1998, n° 756, p. 881 : « le contrat d'entreprise n'est pas une convention qui transfère la propriété de la chose élaborée de l'entrepreneur au maître de l'ouvrage. Celui-ci acquiert la propriété par accession et non par un mode dérivé ».

⁴²³ L. MARINO, art. préc., n° 13 : « (...) l'accession ne peut se produire dans l'hypothèse d'une fourniture exclusive de matière mobilière par l'entrepreneur, faute d'incorporation ».

propriété⁴²⁴. Le contrat d'entreprise rend en réalité compte d'un mécanisme translatif unique reposant sur la réception de l'ouvrage⁴²⁵, acte juridique par lequel le maître de l'ouvrage marque unilatéralement mais contradictoirement son accord sur la réalisation de l'entrepreneur⁴²⁶. Cependant, ainsi distinguée de la livraison⁴²⁷, la réception ne permet pas d'extérioriser l'opération translative dans la mesure où elle est un acte relatif aux parties. Parce que le contrat d'entreprise est rattaché aux contrats translatifs, seule la livraison⁴²⁸ permet l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété du maître de l'ouvrage et permet de transférer la propriété. Cette perspective est facilitée par le fait que la réception correspond souvent en pratique au moment de la livraison⁴²⁹.

125. En second lieu, la règle du transfert de propriété *sola traditione* trouve également application lorsque la tradition constitue un simple mode d'extinction d'une obligation. Tel est le cas de la dation en paiement, admise en droit positif sur la base de l'article 1243 du Code civil⁴³⁰. En effet, si celle-ci consiste dans l'accomplissement d'une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner, différente de celle initialement convenue⁴³¹, c'est surtout de la réalisation d'un transfert de propriété dont il est question en présence d'une dation en paiement. Fidèle à la règle du transfert *solo consensu*, la Cour de cassation considère actuellement que l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes et rend le créancier propriétaire. Ainsi, a-t-elle pu juger que viole l'article 1138 du Code civil une Cour d'appel qui a énoncé que la dation en

⁴²⁴ L. MARINO, art. préc., n° 13 et n° 21 ; Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 328, p. 219, pour qui l'accession « ne peut s'opérer qu'en l'absence de volontés des parties ; elle a pour seule finalité de régler les conséquences de l'absence d'accord des deux propriétaires concernés par l'imbrication de leurs biens. Dès lors, l'accession est par essence un mode d'acquisition incompatible avec le contrat d'entreprise, acte par lequel les parties ont prévu et anticipé les conséquences de la prestation de l'entrepreneur relativement à un bien destiné à devenir la propriété du maître de l'ouvrage ».

⁴²⁵ En ce sens, Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 330, p. 220. En cas de fourniture exclusive de la matière par l'entrepreneur, c'est-à-dire en l'absence d'accession, la jurisprudence a déjà pu considérer que l'acquisition de l'ouvrage se produit au moment où il est en état d'être livré : Cass. Civ. 20 mars 1872, *DP* 1872, 1, 140 ; Cass. Civ. 17 mai 1876 (2 arrêts), *D.* 1877, 1, 97, note A. BOISTEL ; Cass. Civ. 29 mars 1886, *DP* 1886, 329.

⁴²⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit Civil, Les contrats spéciaux*, 6ème éd. 2012, *Deffrénois, Lextenso éditions*, 771, p. 448. Sur l'exigence d'une réception effectuée contradictoirement, Cass. Civ. 3ème 16 février 1994, n° 92-14342, *Bull. Civ. III*, n° 22.

⁴²⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 770, p. 447 : « la prise de livraison constitue un acte matériel, alors que la réception est un acte juridique ».

⁴²⁸ Dont on a vu qu'elle correspond à la notion de traditon matérielle, v. *supra* n°

⁴²⁹ D. GIBIRILA, *Juris Classeur Civil*, Article 1787, Fasc. 10, « Louage d'ouvrage et d'industrie, Contrat d'entreprise », 2009, n° 94 : « Dans la pratique, notamment en matière de construction d'immeuble, la réception et la livraison interviennent en même temps : en effet, prendre livraison d'une chose, c'est aussi la recevoir ».

⁴³⁰ D. LEOTY, « La nature juridique de la dation en paiement », *RTD Civ.* 1975, p. 12 et s ; D. HIEZ, « La nature juridique de la dation en paiement », *RTD Civ.* 2004, p. 199 et s. ; F. BICHERON, *la dation en paiement*, préf. M. Grimaldi, thèse Paris 2006, éd. Panthéon Assas LGDJ.

⁴³¹ Cass. Ass. Plén. 22 avril 1974, n° 71-13450, *D.* 1974, 613, note F. DERRIDA ; *JCP* 1974, II, 17876, note A. BENABENT.

paiement n'opère transfert de propriété que lorsque la chose est effectivement reçue par celui à qui elle est donnée, alors que les parties n'avaient pas manifesté la volonté de déroger à la règle du transfert *solo consensu*⁴³². Si la position de la Haute Cour emporte l'adhésion de certains auteurs⁴³³, elle est pourtant discutable. Tout d'abord, sa position se démarque quelque peu des solutions qu'elle a pu dégager par le passé en présence d'une dation en paiement de choses futures, où elle avait considéré que le transfert de propriété ne s'opère au profit du bénéficiaire de cette dation que lorsque la chose est effectivement en mesure d'être livrée par celui qui doit la donner⁴³⁴. Ensuite et surtout, la position de la Cour de cassation contrevient à l'opinion dominante selon laquelle la dation en paiement ne produit d'effet extinctif de l'obligation de paiement que lors de la remise effective de la chose, de sa tradition⁴³⁵. Ainsi, il semble donc que la Cour de cassation fasse une distinction entre la date de l'effet extinctif de l'obligation et celle de l'effet translatif de la dation en paiement⁴³⁶ afin de correspondre au schéma du transfert de propriété *solo consensu*. Cette position est inopportune car même si la dation en paiement consiste en une opération translative de propriété, elle demeure avant tout un paiement extinctif de l'obligation du débiteur⁴³⁷. Comme l'exécution de tout paiement⁴³⁸, la remise matérielle de la chose donnée en paiement revêt une importance particulière, peu compatible en réalité avec la règle du transfert de propriété dès l'échange des consentements. Il n'est ainsi pas concevable que le créancier devienne propriétaire *solo consensu* du bien donné en paiement avant que ce paiement n'intervienne par la remise de la chose. Cette analyse est partagée par certains auteurs qui présentent la dation en paiement comme traduisant une exception au transfert de propriété *solo consensu* en vertu l'article 1238 du Code

⁴³² Cass. Civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993, n° 91-12115, *Bull. Civ. I*, n° 39 ; *Juris-Data* n° 1993-000096 ; *GP* 1993, 1, pan. juris. p. 107 ; Cass. Civ. 1^{ère} 8 juin 1999, non publié, n° 97-14871 : « la validité de la dation en paiement n'est pas subordonnée à la remise effective de la chose ».

⁴³³ En ce sens, F. BICHERON, *op. cit.*, n° 520-521, p. 433-434.

⁴³⁴ Cass. Civ., 3^{ème} 12 juillet 1976, n° 75-11252, *Bull. Civ. III*, n° 311, *JCP N* 1976, II, 18446 bis, *JCP G* 1976, IV, 300, *D.* 1976, IR. p. 281, *JCP G* 1977, II, 18688, note M. DAGOT.

⁴³⁵ En ce sens, D. LEOTY, art. préc. n° 32 ; D. HIEZ, art. préc., n° 32 ; J. ISSA-SAYEGH, *Juris Classeur, Code civil*, « Art. 1235 à 1248, Contrats et obligations, extinction des obligations, paiement », éd. 2006, n° 66 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1180, p. 659.

⁴³⁶ En ce sens, J. ISSA-SAYEGH, *Ibid.*

⁴³⁷ En ce sens, D. LEOTY, art. préc., p. 12 et s., pour qui la dation en paiement représente un paiement instantané opérant un transfert de propriété ou de droit réel ; D. HIEZ, art. préc., n° 26 et s., spéc. n° 28, selon lequel la dation en paiement opère le paiement, non pas de l'obligation initiale du débiteur mais d'une obligation qui, sans être nouvelle et emporter novation, est simplement modifiée par les parties.

⁴³⁸ AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. 3, § 315, p. 100 selon lesquels le paiement est « l'accomplissement de la prestation qui forme la substance de l'obligation ». Et les auteurs d'ajouter que « le paiement dans les obligations de donner se nomme plus particulièrement délivrance », note 1.

civil⁴³⁹ selon lequel pour payer valablement il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement. En conséquence, même si la position de la jurisprudence n'est pas actuellement fixée en ce sens, la dation en paiement repose intrinsèquement sur une tradition matérielle du bien assurant non seulement l'opposabilité *erga omnes*⁴⁴⁰ de l'opération mais aussi, partant de là, l'acquisition du droit de propriété de ce bien.

B) La remise matérielle dans le cadre des rapports obligatoires entre les parties à l'acte translatif

126. La remise matérielle permet l'acquisition du droit de propriété car elle convient à l'opposabilité *erga omnes* de ce dernier en extériorisant la transmission d'un bien d'une personne à une autre. Cette perspective nécessite de situer le geste de remise matérielle au sein des rapports obligatoires entre les parties. Ainsi, il s'avère que la remise matérielle ne peut faire l'objet d'une obligation (1), ce qui implique une inadéquation tant avec l'obligation de délivrance (2), qu'avec l'obligation de donner (3).

1) Spécificité de l'opération de remise matérielle

127. *Technique de la remise matérielle.* Appréhender la remise matérielle sous l'angle de la préhension de l'acquéreur invite à la percevoir à travers l'obligation de retraitement incombant à l'acheteur. En effet, en dépit d'un manque de clarté, l'article 1657 évoque la possibilité d'une résolution de plein droit de la vente de denrées et effets mobiliers au profit du vendeur « *après l'expiration du terme prévu pour le retraitement* ». A partir de ce texte, doctrine et jurisprudence considèrent que l'obligation de retraitement de l'acquéreur consiste pour ce dernier à prendre réception des biens vendus⁴⁴¹. Pourtant, l'opération de remise matérielle ne peut se réduire à une préhension de l'acquéreur. Une analyse du mécanisme de la remise matérielle révèle que la préhension de l'acquéreur ne fait en réalité que ponctuer l'opération de remise. Celle-ci comprend deux phases qui ont été parfaitement mises en lumière au 19^{ème} siècle par Trolong. La première phase consiste en

⁴³⁹ En ce sens, AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. 3, §316, p. 102 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*. 11^{ème} éd., Dalloz, 2013, Col. *Droit privé*, n° 1318, p. 1370, lesquels indiquent que le transfert de propriété, dans le cadre de la dation en paiement est « *tributaire de l'exécution d'une obligation de faire* ». Rapp. D. HIEZ, art. préc., n° 29, p. 212, précisant qu'il est impératif que le solvens soit « *propriétaire de la chose qu'il remet en paiement* ».

⁴⁴⁰ F. BICHERON, *op. cit.*, n° 549, p. 452-453 pour qui « *c'est la possession qui assurera la fonction d'opposabilité* ».

⁴⁴¹ TROPLONG, *De la vente, op. cit.*, n° 674 ; MERLIN, *op. cit.*, éd. 1809, v. vente, § III ; Ch. BEUDANT, *op. cit.*, éd. 1938, T. XI, n° 274 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.*, n° 512, p. 266 : « *l'acheteur doit prendre livraison de la chose* ».

« l'abandonnement volontaire de la chose par le propriétaire »⁴⁴², c'est-à-dire sa « délivrance », étape souvent négligée par les commentateurs des textes romains, lesquels font fréquemment état d'un raisonnement elliptique, centré essentiellement sur l'appréhension. Celle-ci représente l'objet de la seconde phase, rendant parfaitement compte du déplacement du bien aliéné⁴⁴³ et en marquant la prise de possession⁴⁴⁴. L'existence d'une volonté du cessionnaire borde enfin l'analyse proposée par Troplong⁴⁴⁵, la dimension volontaire de la remise, que les romains appelaient la *justa causa*, ne devant pas être écartée. Il s'ensuit que la tradition matérielle ne saurait être appréhendée exclusivement à travers le prisme de l'obligation de retirement incombant à l'acheteur. Elle est une notion dépassant la seule appréhension des biens vendus, même si celle-ci en constitue l'aboutissement.

128. Absence d'obligation de remettre. L'opération de remise s'étend ainsi de la délivrance à l'appréhension des biens vendus et ne peut alors véritablement être l'objet d'une obligation particulière. En effet, à l'instar de la solution dégagée en matière de don manuel⁴⁴⁶, la jurisprudence indique à propos du contrat de vente que l'obligation pour l'acheteur de retirer les objets vendus implique que le vendeur ait préalablement rempli l'obligation de délivrance⁴⁴⁷. En liant, par la force des choses, l'obligation de retirement à l'exécution de l'obligation de délivrance, la jurisprudence se réfère tout d'abord à l'opération de remise matérielle dans sa globalité, de la délivrance du vendeur au retirement de l'acquéreur. Mais elle atteste surtout de l'inexistence d'une obligation de remettre dévolue à l'une des parties. L'impossibilité d'intégrer le geste de remise matérielle dans le cadre d'une obligation spécifique de remise à la charge de l'une des parties aboutit en conséquence à le distinguer de la délivrance.

⁴⁴² TROPLONG, *De la vente, op. cit., De la vente*, éd. 1837, n° 267.

⁴⁴³ TROPLONG, *Ibid.* L'auteur utilise indifféremment le terme d'appréhension afin de désigner la préhension. *Contra.*, A. PELISSIER, *op. cit.*, n° 53, pour qui le vocable préhension s'applique uniquement aux contacts matériels avec la chose, à la différence de l'appréhension, dont le domaine de prédilection se nourrit des cas de dématérialisation du *corpus* possessoire.

⁴⁴⁴ MERLIN, *Répertoire, op. cit.*, T. 13, v. *tradition* ; TOULLIER, *op. cit.*, éd. 1811, T. IV, n° 55.

⁴⁴⁵ TROPLONG, *Ibid.*

⁴⁴⁶ A propos du don manuel, la Cour de cassation décida que « le don manuel n'a d'existence que par tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée, effectuée dans des conditions telles qu'elle assure la dépossession de celui-ci, et assure l'irrévocabilité de la donation », Cass. Civ. 1^{ère} 11 juin 1960, *D.* 1960, 702, note VOIRIN.

⁴⁴⁷ Cass. Civ. 13 avril 1929, *DH* 1929, 265. Dans le même sens, Cass. Civ. 1^{ère} 24 octobre 2000, n° 98-17663, *Bull. Civ. I*, n° 272, *D.* 2002, somm. 997, obs. G. PIGNARRE.

2) Incompatibilité entre la remise matérielle et l'obligation de délivrance

129. Autonomie des notions de délivrance et de remise matérielle. Il est souvent enseigné l'identité des notions de tradition et de délivrance. L'affirmation peut se prévaloir de l'autorité de savants auteurs tels Domat ou Pothier, lesquels, comme le fit Pufendorf⁴⁴⁸, utilisent le terme de délivrance comme un synonyme de celui de tradition⁴⁴⁹. Il est vrai que le Code civil lui-même fait état d'une conjonction entre délivrance et remise matérielle, lorsqu'il avance, à l'article 1606 que la délivrance des effets mobiliers s'opère notamment par remise matérielle. Pourtant, l'existence d'une conjonction ne signifie pas nécessairement que l'on doive constater une identité notionnelle. En effet, le législateur en 1804 n'indique pas que les deux notions sont synonymes, mais simplement que la délivrance s'effectue « par » la tradition⁴⁵⁰. Dès lors, peut-il être considéré qu'il n'existe qu'une simple coïncidence entre la remise matérielle et la délivrance. En réalité, le lien étroit existant entre la délivrance et la remise matérielle représente un vestige de l'ancien droit romain qui ne connut au début que la vente au comptant⁴⁵¹, où la délivrance est indistinctement mêlée à la préhension du bien par le cessionnaire. Une confusion entre les notions de délivrance et de remise matérielle s'opéra alors et fut ultérieurement reconduite⁴⁵², nonobstant la conceptualisation de l'obligation de délivrance du vendeur et de celle de retraitement de l'acheteur. Cependant, la notion de délivrance affiche en jurisprudence une signification, la distinguant de la notion de remise matérielle. Se conformant au principe de quérabilité du paiement des obligations, la jurisprudence définit la délivrance comme une mise à disposition de la chose vendue⁴⁵³, l'essentiel étant que plus rien ne s'oppose du fait du vendeur à ce que l'acheteur ne prenne la chose, ne la

⁴⁴⁸ PUFENDORF, *op. cit.*, Liv. IV, Chap. IX, p. 509, lequel souligne qu'il existe, à l'instar de la tradition, une délivrance réelle et effective et une délivrance feinte.

⁴⁴⁹ DOMAT, *Loix civiles, op. cit.*, Tit. II, sect. II, p. 35 ; POTHIER, *Traité de contrat de vente selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, par l'auteur du traité des obligations, Paris, éd. Debure, 1781, p. 326. Dans le même sens, ZACHARIAE, *Le droit civil français, op. cit.*, éd. 1854-1860, T. IV, § 683 : « la tradition ou délivrance d'une chose est soit une tradition réelle soit un acte tenant lieu de tradition ».

⁴⁵⁰ TROPLONG, *op. cit.*, *De la vente*, n° 266 ; MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, op. cit.*, d. 1809, T. XIII, v° Vente, § II, VI et VIII. L'enseignement prodigué par la doctrine la plus récente est généralement identique, v. A. BENABENT, *Droit civil, Contrats spéciaux civils et commerciaux*, 5^{ème} éd., Montchrestien, 2001, n° 184 ; Rappr. art. 1689 C. Civ. où, s'agissant du transport de créances, ou d'autres droits, la délivrance s'opère par remise du titre.

⁴⁵¹ GIRARD, *op. cit.*, p. 568.

⁴⁵² Ainsi, DOMAT reconduit cette assimilation lorsqu'il définit la délivrance comme le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur, *Loix civiles, op. cit.*, Liv. I, Tit. II, sect. II, n° 5.

⁴⁵³ En ce sens, Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 351, p. 237 : « La délivrance consiste à mettre le bien à la disposition de l'acquéreur ». Sur la notion de mise à disposition, N. DECOOPMAN, « La notion de mise à disposition », *RTD Civ.* 1981, p. 300 et s.

retire⁴⁵⁴. Il n'est ainsi pas tant question, à travers la délivrance, de la remise effective à l'acquéreur du bien aliéné que d'une libération de ce dernier par le vendeur, ce qui est davantage conforme à son sens étymologique⁴⁵⁵. Cette analyse de l'obligation de délivrance est cohérente avec l'organisation des rapports obligatoires entre les parties au contrat de vente. Etant une obligation à la charge du vendeur, il est normal que la perfection de l'obligation de délivrance ne dépende pas en sus de l'appréhension du bien par l'acquéreur par l'exécution, de part son obligation de retraitement. L'analyse est différente en présence d'une livraison qui correspond à la notion de tradition puisque la jurisprudence admet que la livraison est satisfaite par la prise de possession matérielle du bien, acceptée par l'acheteur⁴⁵⁶. Dépassant la délivrance, la tradition s'assimile à la livraison. Bien que distinctes, les notions de délivrance et de remise matérielle n'en sont pas moins complémentaires car l'accomplissement de la délivrance représente le préalable à l'exécution du geste de remise. Délivrance et tradition matérielle sont par conséquent liées par une relation de fonctionnalité.

130. Incapacité de la délivrance à extérioriser le transfert d'un bien. Il résulte de ce qui précède que l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété requiert avant tout l'extériorité attachée à l'appréhension par le destinataire du bien aliéné, assurant l'expression de l'opération translatrice auprès des tiers. Seule la remise du bien le permet, la délivrance étant insuffisante afin de parvenir à cet objectif. Seule la remise du bien, sa tradition matérielle auprès du cessionnaire, permet ainsi l'acquisition d'un droit de propriété opposable *erga omnes*. La délivrance du bien marque, quant à elle, l'accomplissement d'une obligation de *praestare*, c'est-à-dire de fournir la chose convenue, qui est inconnue du Code civil malgré son existence en droit romain⁴⁵⁷. Cette obligation, en ce qu'elle ne repose pas sur une activité personnelle de son débiteur à la différence de l'obligation de faire, justifie la possibilité d'une exécution forcée⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ V. par exemple Cass. Com. 13 juillet 1983, *D.* 1983, IR, p. 477, obs. B. AUDIT, où la délivrance est accomplie lorsque rien ne s'oppose plus du fait du vendeur à ce que l'acquéreur dispose du bien acheté ; également Cass. Civ. 1^{ère} 19 mars 1996, n° 94-14155, *Bull. Civ. I*, n° 147, *D.* 1997, somm. p. 27, obs. P. JOURDAIN. Déjà, POTHIER affirmait que le vendeur satisfait son obligation de livrer « lorsqu'il a fait ce qui dépendrait de lui de sa part pour que l'acheteur pût, quand il le voudrait enlever la chose... », *Traité de contrat de vente, op. cit.*, n° 46.

⁴⁵⁵ C'est exactement le sens étymologique du terme délivrance, qui provient de *liberate*, c'est-à-dire mettre en liberté, v. Vocabulaire CAPITANT, *op. cit.*, v° *Délivrance*.

⁴⁵⁶ V. *supra* n° 78.

⁴⁵⁷ GIRARD, *op. cit.*, p. 472.

⁴⁵⁸ En ce sens, J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, « Le paiement d'une somme d'argent ne constitue ni la livraison d'une chose, ni l'exécution d'une prestation de services », *JCP G* 1997, II, 22821, spéc. n° 11.

davantage que la qualité de propriétaire de son créancier acquise *solo consensu*⁴⁵⁹. Cependant, la délivrance ne peut en elle-même parfaire le transfert de propriété, lequel nécessite en sus l'appréhension du bien par l'acquéreur.

3) Incompatibilité entre la remise matérielle et la perspective d'une obligation de donner

131. *Les obstacles à la reconnaissance de l'obligation de donner en présence du transfert solo consensu.* L'obligation de donner, c'est à dire classiquement de transférer la propriété, occupe la section II du Chapitre III du Code civil qui est consacré aux effets des obligations et pèse sur la personne de l'aliénateur. Cependant, si on peut la percevoir dans un système où le transfert de propriété repose sur l'exécution matérielle du contrat, elle est difficilement concevable dans le cadre du transfert consensuel de la propriété. Procédant alors exclusivement de l'échange des consentements, le transfert de propriété ne paraît pas en ce cas constituer une obligation susceptible d'exécution, sauf à considérer que l'obligation de donner naît pour s'éteindre aussitôt par son exécution. Cette conception de l'obligation de donner présente l'inconvénient de reposer sur une profonde abstraction : l'exécution, même fictive, d'une obligation de donner ne s'avère pas compatible avec l'échange des consentements qui renvoie davantage à la formation du contrat qu'à son exécution. Cette difficulté peut être surmontée dès lors que l'on appréhende la règle du transfert de propriété *solo consensu* à travers le prisme de la tradition civile. Lorsque l'on considère que l'échange des consentements a pour effet la perfection d'une remise « fictive » de la chose, la représentation de l'exécution d'une obligation de donner se trouve facilitée. Liée non pas à la formation du contrat mais à l'exécution fictive d'une obligation de livrer⁴⁶⁰, l'obligation de donner existerait bel et bien. Si l'on adhère à cette interprétation, il faut tout de même concéder que l'instantanéité de l'exécution de l'obligation fait perdre alors à celle-ci une partie de son intérêt. Il est vrai que cette « obligation-éclair » n'est en l'état susceptible d'aucun contentieux, d'aucune véritable inexécution de la part de son débiteur et il n'est guère étonnant qu'elle soit rarement évoquée en jurisprudence⁴⁶¹. Conscient de cette difficulté, un auteur s'est appuyé sur la

⁴⁵⁹ L'enseignement classique estime pourtant que la règle du transfert *solo consensu* permet de fonder l'exécution forcée du créancier de l'obligation de livrer. V. *supra* n° 24, note 139.

⁴⁶⁰ En ce sens, Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 351, p. 236, pour lequel cette conception permet de ne pas confondre la formation du contrat et son exécution, même si les deux phases peuvent être concomitantes : « Dans un premier temps, les parties s'engagent réciproquement en donnant naissance à la convention. Dans un second temps, elles exécutent les obligations qu'elles ont souscrites, parmi lesquelles figure l'obligation de donner ».

⁴⁶¹ Toutefois, Cass. Com. 22 janvier 1991, n° 88-15961, *D.* 1991, 175, concl. M. JEOL, *D.* 1991, somm. p. 249, obs. Ch. GAVALDA et C. LUCAS de LEYSSAC, *JCP* 1991, II, 21679, note G. VIRASSAMY ; Cass. Com. 29 janvier 1991, n° 89-16446, *D.* 1991, IR, 51, *JCP* 1991, II, 21751, note L. LEVENEUR ; Cass. Com. 2 juillet

conclusion graduelle du contrat de vente et les promesses de vente qui sont fréquemment consenties pour déduire de l'irrévocabilité des engagements de vendre l'existence d'une obligation de transférer la propriété, s'exécutant en définitive par l'effet translatif issu de la conclusion du contrat de vente⁴⁶². L'analyse est intéressante, quoique quelque peu artificielle.

132. Les inconvénients liés à la reconnaissance d'une obligation de donner sont en revanche insurmontables pour une partie de la doctrine. Pour certains, ce qui exclut l'existence d'une obligation de donner, ce n'est pas l'instantanéité du transfert de propriété, mais l'automatisme proprement inhumain de celui-ci, signe de l'incompatibilité entre l'accomplissement du transfert et la naissance des obligations des parties⁴⁶³. Ces critiques conduisent à rejeter le principe général d'une obligation de donner et à adopter une autre analyse. Certains auteurs préfèrent ainsi à la notion d'obligation de donner la notion d'effet légal, conformément à laquelle l'acquisition de la propriété n'est pas la conséquence attachée à l'exécution d'une obligation mais un effet attribué par la loi au contrat⁴⁶⁴. On pourrait néanmoins objecter à cette analyse qu'elle ne tient pas compte de situations particulières où le transfert de propriété est lié à l'exécution du contrat. En effet, l'obligation de donner paraît revêtir une existence autonome lorsque la nature de la chose s'oppose au transfert *solo consensu*, comme c'est le cas par exemple en présence d'une chose de genre⁴⁶⁵. L'individualisation de la chose est dotée d'un effet translatif de propriété⁴⁶⁶ et paraît alors procéder véritablement de l'exécution d'une obligation de

1991, n° 89-19247, *D.* 1991, 501, note Ph. MALAURIE, qui s'appuient expressément sur l'obligation de donner au titre de la détermination du prix de vente de l'article 1591 C. Civ. *Adde* D. TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner, à propos des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix », *D.* 1992, *Chron.* p. 67 et s.

⁴⁶² P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD Civ.*, 1988, p. 673 et s.

⁴⁶³ L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, n° 265, p. 193, pour qui les obligations de donner « sont en réalité inexistantes ». D'autres auteurs soulignent que « s'il faut rechercher quelque part l'obligation de donner, c'est au Panthéon des obligations », Ph. ANTONMATEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, Litec 2000, n°149 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD Civ.* 1996, n° 4, p. 88 : « l'obligation de donner est impossible car elle résulte d'une contradiction dans les termes ». Egalement D. TALLON, art. préc., n° 7, p. 70 où l'auteur avance que le droit français a abandonné cette conception, même si, par routine, le Code civil a conservé l'obligation de donner.

⁴⁶⁴ Ch. ATIAS, *Le transfert conventionnel de la propriété immobilière*, thèse préc., p. 70 ; M. FABRE-MAGNAN, art. préc., n° 9, p. 91 : « Le transfert de propriété est toujours un effet légal de certains contrats que l'on appelle précisément des contrats translatifs de propriété. Les parties consentent à un tel transfert dès lors qu'elles décident de conclure ce type de contrat » ; J. GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, *Chron.* 1, spéc. n° 14, p. 5 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 267, p. 302.

⁴⁶⁵ Mais aussi en présence de la vente d'une chose future par l'accomplissement d'un contrat d'entreprise.

⁴⁶⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 170, p. 118.

donner de la part du vendeur⁴⁶⁷. Les limites du raisonnement sont cependant atteintes si l'on conçoit que l'individualisation s'effectue en principe contradictoirement entre le vendeur et l'acheteur⁴⁶⁸, empêchant ainsi le vendeur d'exécuter seul une obligation de donner. On retrouve également un argument similaire lorsque la vente est assortie d'une clause de réserve de propriété, retardant le transfert de propriété à l'exécution du contrat, et plus précisément au complet paiement du prix de vente. Cette perspective ne peut véritablement venir au secours de l'obligation de donner car l'acquisition de la propriété s'opère par le paiement du prix à l'initiative de l'acheteur et non du vendeur⁴⁶⁹. Il ne peut alors être fait allusion à l'exécution d'une obligation de donner à la charge du vendeur.

- 133.** Une alternative, en faveur de la reconnaissance de l'obligation de donner, pourrait consister à en modifier la définition. L'obligation de donner serait alors définie comme l'obligation consistant à renoncer à sa qualité de propriétaire en faveur de l'acquéreur. Cette renonciation *in favorem* permettrait ainsi de concevoir l'exécution de l'obligation de donner à travers un acte juridique unilatéral à la charge du seul débiteur de l'obligation⁴⁷⁰. L'analyse est intéressante mais peine à convaincre complètement car il faut bien reconnaître que le concours du créancier reste nécessaire à l'exécution de l'obligation de donner. Lorsque le transfert de propriété s'opère *solo consensu*, la perfection de la tradition civile nécessite ainsi le consentement de l'acquéreur. Par ailleurs, en présence d'une vente de choses fongibles, l'individualisation marquant l'exécution de l'obligation de donner requiert le concours de l'acheteur⁴⁷¹. En réalité, le débiteur de l'obligation met toujours la chose à la disposition du créancier, qui l'accepte⁴⁷². Cette perspective ne peut correspondre avec le concept même d'obligation de donner qui suppose que le transfert de

⁴⁶⁷ En ce sens, Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 325, p. 216-217. Rapp. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 267, p. 302 qui relèvent en pareil cas une autonomie de l'obligation de donner.

⁴⁶⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 170, p. 118 : « l'individualisation de la marchandise doit être faite contradictoirement par le vendeur et l'acheteur ou leurs représentants, sauf convention ou usage contraire » ; Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 322, p. 214.

⁴⁶⁹ En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, art. préc., n° 9, p. 91.

⁴⁷⁰ Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 309, p. 205 : « Celui qui aliène son bien renonce à sa qualité de propriétaire au profit d'un acquéreur, au moyen d'un acte juridique abdicatif. Sa volonté est ainsi tournée vers deux objectifs distincts, rompre le rapport d'appartenance qui le lie à sa chose et désigner la personne susceptible de lui succéder dans la maîtrise dudit bien. Cette renonciation *in favorem* constitue l'objet de l'obligation de donner et la matière de l'engagement souscrit. L'acquisition de la propriété est donc le résultat d'un acte juridique, c'est-à-dire d'une manifestation de volonté en vue de produire un effet de droit ».

⁴⁷¹ V. *supra* n° 132.

⁴⁷² Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 351, p. 237 : « Le mécanisme par lequel est exécutée cette mystérieuse obligation de donner nécessite quelques éclaircissements. En scrutant le régime du contrat d'entreprise ou de la vente de choses fongibles, il est apparu que les deux parties au contrat avaient un rôle à jouer dans la réalisation de l'acquisition. En d'autres termes, la participation du débiteur et du créancier de l'obligation de donner est requise : le débiteur met la chose à disposition du créancier qui l'accepte ».

propriété soit subordonné à la diligence du seul débiteur⁴⁷³. C'est pourquoi, l'analyse consistant à assimiler l'obligation de donner à un effet légal est, semble-t-il, préférable.

134. *Persistence des obstacles à la reconnaissance de l'obligation de donner en présence du transfert par tradition matérielle.* La généralisation, *de lege feranda*, d'un transfert de propriété des biens corporels par leur remise matérielle semble renouveler le débat relatif à l'existence de l'obligation de donner. De prime abord, il pourrait être imaginé qu'une obligation de donner existe bel et bien à la charge du vendeur dans la mesure où elle n'est plus instantanée mais dépend au contraire de l'exécution du contrat⁴⁷⁴. Cette analyse est cependant erronée. La remise matérielle marque l'instant de la perfection du transfert de propriété, en raison de l'extériorisation de l'opération translatrice à laquelle elle conduit. De ce fait, l'acquisition de la propriété est subordonnée à l'appréhension du ou des biens cédés par l'acquéreur. Il est alors difficile de concevoir une obligation de donner dévolue à la seule personne du vendeur. N'ayant à charge qu'une obligation de délivrance, il ne peut satisfaire une obligation de donner, dont l'accomplissement nécessite le concours du cocontractant, par l'appréhension du bien cédé. Pourtant, il pourrait être imaginé que l'obligation de donner soit appréhendée à l'aune de la notion de cause objective. En effet, dès lors qu'elle représente la cause de l'obligation de retraitement de l'acquéreur, laquelle conduit à la perfection du geste de remise matérielle, l'obligation de délivrance pourrait être perçue à travers le prisme de l'obligation de donner. Sous cet angle, l'obligation de délivrance, en suscitant l'obligation de retraitement, cristalliserait l'obligation de donner. Cependant, cette justification demeure assez faible puisque même si la cause objective de l'obligation de retraitement de l'acquéreur réside effectivement dans la délivrance à la charge du cédant, l'exécution de la première s'effectue généralement indépendamment de la seconde. Au-delà du rapport causal existant entre la délivrance et le retraitement, on ne peut véritablement estimer que le vendeur est débiteur d'une obligation de donner, dont l'exécution dépendrait par principe de l'autre partie, c'est-à-dire de l'acquéreur. Il faut donc considérer que le transfert de

⁴⁷³ *Contra*. Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 351, p. 237 : « (...) il faut noter que l'intervention du créancier ne doit pas surprendre, car toute exécution nécessite un minimum de collaboration de la part de celui qui est censé en profiter ».

⁴⁷⁴ En ce sens, F. DANOS, *op. cit.*, n° 375, p. 415 : « La reconnaissance d'un principe de transfert de propriété différé à la mise en possession de l'acquéreur aurait pour avantage de conférer à nouveau une consistance à l'obligation de donner ». Par ailleurs, l'idée peut trouver un soutien dans l'article 30 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 en matière de ventes internationales de marchandises selon lequel « le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente Convention, à livrer les marchandises, à en transférer la propriété ... ».

propriété représente un effet attaché par la loi à certaines phases du contrat, sans préjudice de l'origine conventionnelle du transfert⁴⁷⁵ puisque les parties s'engagent en connaissance des effets du contrat auquel elles consentent. S'il ne dépend pas de la volonté des parties, le transfert de propriété constitue alors l'objet du contrat.

§2) L'indifférence du caractère utile de la remise du bien

135. Contrairement à son caractère ostensible, le caractère utile de la remise matérielle d'un bien est indifférent au transfert de propriété car il ne concourt pas à l'extériorisation de l'opération translatrice, nécessaire à l'opposabilité substantielle du droit de propriété. Dès lors, le pouvoir de fait que permet la remise matérielle du bien aliéné est inutile (A). Cette situation a pour conséquence de dissocier le transfert de propriété de celui des risques, ce dernier reposant sur la maîtrise physique de la chose (B).

A) L'inutilité de la prise en compte du pouvoir de fait sur la chose

136. *Absence de lien entre la maîtrise du bien et l'opposabilité du droit de propriété.* Si le caractère extérieur de la remise matérielle conduit au transfert de propriété, il n'en est pas de même de son caractère utile. En effet, le pouvoir de fait auquel conduit la prise de possession réelle d'un bien n'est d'aucune utilité au processus d'acquisition du droit de propriété qui ne requiert au titre de l'opposabilité *erga omnes* de ce dernier qu'un formalisme d'extériorisation. Ainsi, le mécanisme acquisitif ne requiert pas que le cessionnaire dispose de la maîtrise de fait du bien aliéné. L'explication de cette situation réside dans la distinction existante entre le droit et son exercice⁴⁷⁶. Il n'est pas besoin d'avoir la maîtrise physique d'un bien pour en être considéré comme le propriétaire. L'exercice du droit de propriété ne conditionne aucunement l'acquisition de ce dernier qui ne requiert autre chose qu'une projection de l'opération translatrice concernée auprès des tiers. Le constat de l'indifférence de la maîtrise de fait du bien transféré s'étend plus précisément à celui de l'indifférence des utilités de ce bien.

⁴⁷⁵ *Contra.*, F. ZENATI-CATAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 187, p. 300 : « son absence (obligation de donner) remet ainsi en cause l'idée même de transfert conventionnel de la propriété. Celui-ci ne peut être que si un transfert se réalise par le contrat, c'est-à-dire par l'exécution d'une obligation, de sorte qu'en faire un effet du contrat transforme le transfert conventionnel en un transfert légal ! ».

⁴⁷⁶ *V. supra* n° 3.

137. Absence de lien entre les utilités du bien et l'opposabilité du droit de propriété. Dans la mesure où les utilités d'un bien participent de sa maîtrise de fait⁴⁷⁷, ce bien n'a pas à être utile afin de pouvoir faire l'objet d'une appropriation. Par conséquent, il faut en déduire que les utilités du bien ne doivent pas être prises en considération au titre du mécanisme permettant l'acquisition du droit de propriété. Corrélativement, elle permet en outre une délimitation de l'étendue de la remise matérielle au titre de son effet acquisitif de propriété. En présence d'un contrat de vente, il doit ainsi être considéré que la remise des accessoires du bien vendu est sans effet sur le transfert de propriété puisqu'elle ne concerne que l'utilisation de ce bien. La remise de la carte grise d'un véhicule dans le cadre d'une cession constitue une illustration intéressante de cette situation. En effet, la carte grise représente un véritable « *permis de circulation délivré par l'Administration préfectorale* »⁴⁷⁸, sans lequel l'utilisation du véhicule n'est légalement pas possible⁴⁷⁹. La carte grise est donc un élément essentiel sans lequel l'acquéreur d'un véhicule ne peut véritablement l'utiliser. La portée de la remise de la carte grise d'un véhicule a interpellé la jurisprudence vers la fin des années 1950. Ainsi, à la question de savoir si la vente d'un véhicule pouvait être résolue en l'absence de remise des documents justifiant de l'immatriculation, la Cour de cassation, se détachant du pragmatisme des juges du fond⁴⁸⁰, estima que la résolution de la vente était impossible⁴⁸¹ dans la mesure où cette remise ne concerne qu'une simple formalité administrative qui ne comporte aucun effet sur le processus d'acquisition du droit de propriété. Cette position fut dénoncée en doctrine⁴⁸², car procédant d'une confusion. En effet, la plupart des auteurs s'accordèrent à dire, à juste titre, que s'il est exact que les formalités administratives n'influent pas sur l'acquisition de la propriété⁴⁸³, l'absence de remise de la carte grise est bien susceptible de provoquer la résolution de la vente, non parce que le transfert de propriété ne s'est pas produit, mais

⁴⁷⁷ En ce sens, SALEILLES, « Eléments constitutifs de la possession », *Rev. Bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t. III, 1893, n° 55 et s. et 65 ; RADULESCO, *La notion et les éléments constitutifs de la possession en législation*, Thèse Paris, 1923, p. 73.

⁴⁷⁸ G. GOUBEUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Paris, LGDJ, 1969, p. 115.

⁴⁷⁹ Art. R 241, L. 10 et L. 11 du Code de la Route.

⁴⁸⁰ Il fut décidé dans un premier temps que l'appréciation de la qualité d'accessoire relevait du pouvoir des juges du fond, Cass. Req. 3 avril 1933, *GP*, 1933, I, 1029. Egalement Cass. Req. 6 mai 1942, *D.* 1942, 108 ; CA-Nancy 20 février 1912, *GP*, 1912, I, 703 ; CA Rennes 7 décembre 1921, *GP*, 1922, I, 161 ; CA Montpellier 16 mars 1954, *GP* 1954, I, 409 ; *RTD Com.* 1954, 694 ; Paris 31 mars 1955, *D.* 1955, 435 ; CA Bordeaux 3 octobre 1955, *GP* 1955, 2, 398 ; CA Rennes 9 avril 1957, *D.* 1957, 591. Les juges décidèrent en effet, que la résolution de la vente pour défaut de délivrance n'était pas systématique lorsque le véhicule pouvait être utilisé sans la carte grise, et en conformité avec la loi.

⁴⁸¹ Cass. Civ. 1^{ère} 19 mars 1958, *JCP* 1958, II, 10618, note J. HEMARD, *D.* 1958, 353 ; S. 1958, 363, *GP* 1958, I, 366.

⁴⁸² G. GOUBEUX, *op. cit.*, p. 119 et s. ; H. ROLAND, « Observations sur la vente des véhicules d'occasion », *D.* 1959, Chron. 161 et s. ; J. HEMARD, obs. *D.* 1956, 333.

⁴⁸³ G. GOUBEUX, *op. cit.*, p. 119.

parce sur le vendeur n'a pas accompli intégralement son obligation de délivrance qui porte sur les accessoires en application de l'article 1615 du Code civil. La résolution de la vente n'est encourue que parce qu'il s'agit d'affecter à la chose principale un accessoire indispensable à son utilisation, conformément à ce que commandent les « *suites du contrat* »⁴⁸⁴. Le raisonnement dont fit alors état la Cour de cassation, s'il ne fut pas ultérieurement reconduit⁴⁸⁵, est néanmoins symptomatique d'une volonté de « *marquer la distance qui sépare le transfert de la propriété civile de ce qui n'est que formalités administratives sans incidences sur le fond du droit* »⁴⁸⁶. Bien que nécessaire à l'utilité du véhicule concerné, la remise de la carte grise ne comporte aucun effet acquisitif de droit parce qu'elle constitue une formalité qui ne concerne que l'exercice du droit de propriété et non son processus constitutif.

B) La conséquence : la dissociation entre le transfert de propriété et le transfert des risques

138. L'analyse classique, faisant supporter les risques liés à la chose au propriétaire, paraît confirmée par la règle du transfert de propriété par la tradition matérielle. En effet, la remise matérielle du bien transmet à l'acheteur la propriété ainsi que les risques. Cette analyse doit être rejetée car la conjonction existante entre le transfert de propriété et celui des risques est alors temporelle et non conceptuelle. L'importance de la maîtrise physique de la chose dans le transfert des risques (1) se distingue théoriquement de l'extériorisation inhérente à la remise matérielle du bien nécessaire au transfert de propriété (2).

1) L'importance de la maîtrise de la chose dans le transfert des risques

139. *Diversité des justifications de la règle du transfert des risques par l'effet du contrat.* Le transfert des risques s'opérait en droit romain dès la naissance du contrat et fut alors détaché du transfert de propriété s'effectuant par tradition. Les risques étaient ainsi à la charge du créancier de l'obligation de livrer, en l'application de l'adage *res perit creditori*. Il n'existe pas moins d'une douzaine de justifications de cette solution⁴⁸⁷ dont aucune ne s'est véritablement imposée. Parmi les principales, il fut

⁴⁸⁴ En ce sens, G. GOUBEUX, *op. cit.*, p. 146 et s.

⁴⁸⁵ Cass. Com. 8 novembre 1972, n° 71-14334, *Bull. Civ.*, IV, n° 277 ; Cass. Civ. 1^{ère} 29 mai 1996, *Contrats Concurrence Consommation*, 1996, n° 165.

⁴⁸⁶ G. GOUBEUX, *op. cit.*, p. 118.

⁴⁸⁷ Pour un exposé, KONSTANTINOVITCH, *Le periculum rei venditae en droit romain*, Thèse Lyon, 1923, p. 172 et s.

avancé que la règle romaine était limitée à la vente à crédit⁴⁸⁸ où l'acheteur, débiteur du prix, se voyait pour cette raison transférer les risques de la perte ou de la destruction fortuite de la chose. L'analyse conduit cependant à une réduction importante du domaine de la règle du transfert des risques car la vente en droit romain s'effectuait pendant longtemps au comptant. C'est pour cela que pour d'autres auteurs, la règle romaine représente ni plus ni moins qu'« *un vestige du temps où les deux obligations du vendeur et de l'acheteur naissaient de deux contrats distincts* »⁴⁸⁹. Alors qu'elle se concevait dans le système romain primitif, où les deux créances que sont la délivrance et le paiement du prix, naissaient de deux stipulations indépendantes, elle fut beaucoup plus difficile à justifier pour l'époque où la vente faisait naître deux actions de bonne foi, liées l'une à l'autre⁴⁹⁰. D'autres auteurs considérèrent encore qu'elle était l'expression fidèle du caractère économique de la vente où le vendeur entend substituer dans son patrimoine une valeur stable à une valeur variable, à travers de l'argent, tandis que l'acheteur affiche des prétentions inverses. Ces objectifs seraient atteints dès l'existence de l'objet du contrat, sans attendre son exécution⁴⁹¹. La justification tant en droit qu'en opportunité de la règle du transfert consensuel des risques à l'acheteur est faible. Une autre justification est de considérer que l'acheteur étant susceptible de profiter d'une plus-value sur le bien entre le contrat et la livraison, doit également en supporter les moins-values tirées de la perte fortuite de ce bien⁴⁹². Cependant, pour certains auteurs, si cela peut expliquer le transfert de la charge des détériorations de la chose, cela n'explique pas que l'acheteur puisse subir les pertes totales⁴⁹³. Les insuffisances de ces analyses ont conduit à l'avènement de son fondement actuel, de la plume de l'école du droit naturel à l'article 1138 du Code civil.

140. « *Res perit domino* ». Si l'ambiguïté de la lettre de l'article 1138 doit être relevée⁴⁹⁴, il existe fréquemment un consensus autour de sa signification en matière de

⁴⁸⁸ MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain, T. 2, Les obligations*, éd. Domat Montchrétien, 1944, n° 116, p. 192.

⁴⁸⁹ GIRARD, *op. cit.*, p. 583.

⁴⁹⁰ GIRARD, *op. cit.*, p. 581.

⁴⁹¹ SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, éd. Rousseau, 3^{ème} éd., 1914, n° 183, p. 202.

⁴⁹² Cette explication est fournie par les *Institutes de Justinien*, III, 23, 3, v. ORTOLAN, *Explications historiques des Institutes de l'empereur Justinien*, éd. Plon, T. III, 6^{ème} éd., 1857, n° 1469, p. 277.

⁴⁹³ En ce sens, GIRARD, *op. cit.*, p. 582, note 1, jugeant l'explication des *Institutes* peu convaincante.

⁴⁹⁴ V. *supra* n° 17.

transfert des risques. En application de la maxime *res perit domino*⁴⁹⁵, l'obligation de livrer rend l'acheteur propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée. L'acheteur, parce qu'il est propriétaire dès l'échange des consentements, doit en conséquence assumer les risques de la chose, même si celle-ci ne lui a pas encore été livrée⁴⁹⁶. Si la chose vient à périr fortuitement, fût-ce entre les mains du vendeur avant livraison, l'acheteur n'en sera pas moins tenu de payer le prix⁴⁹⁷. Il subit la perte en tant que propriétaire : *res perit domino*. Le vendeur, dans l'intervalle, n'est qu'un simple dépositaire, qui conserve son droit au prix, à moins, bien entendu, que la perte ou détérioration lui soit imputable. L'obligation de conservation de la chose mise à sa charge jusqu'à la livraison assure l'équilibre de la règle *res perit domino*, en évitant que celui qui exerce un contrôle sur le bien d'autrui échappe à sa responsabilité⁴⁹⁸. La jurisprudence a également fait application de ce principe en matière de réserve de propriété : en dépit de la livraison intervenue, les risques de perte de la chose sont restés au vendeur, toujours propriétaire en vertu de la réserve de propriété⁴⁹⁹.

141. Critique de la règle « *res perit domino* ». Cette règle, dont la jurisprudence fait une application systématique, sous réserve de dispositions législatives ou de stipulations conventionnelles contraires⁵⁰⁰, n'est pas exempte de critiques. Il est tout d'abord relevé l'absence de lien naturel entre le transfert de propriété et celui des risques dans la

⁴⁹⁵ En droit romain, cette maxime fut étrangère au problème puisqu'elle n'intéressait que le gage, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 187, p. 300. L'influence de la pensée jusnaturaliste, en particulier celle de PUFENDORF, est certaine sur la connexion ainsi établie entre le transfert de propriété et celui des risques par l'article 1138 du Code civil, v. *supra* n° 24, note 139.

⁴⁹⁶ En faveur de l'explication du transfert des risques par la maxime *res perit domino*, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 187, p. 300-301 ; F. TERRE, Y. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 669, p. 680-681 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *op. cit.*, n° 899, p. 475 ; Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 572 et s. La jurisprudence consacre de longue date la maxime *res perit domino*. En ce sens, Cass. Com. 5 octobre 2010, n° 08-19408, *Bull. Civ. IV*, n° 147.

⁴⁹⁷ Rapp. de l'article 1302 alinéa 1^{er} du Code civil prévoyant que « lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure ».

⁴⁹⁸ En ce sens, Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 603, p. 371 : « La règle *res perit domino*, contrebalancée par la mise à la charge de l'aliénateur d'une obligation de conservation, permet d'atteindre un certain équilibre ».

⁴⁹⁹ Cass. Com. 19 octobre 1982, « Mecarex », n° 81-10220, *Bull. Civ. 1982, IV*, n° 321, *D. 1983, inf. rap.* p. 12 ; *RTD Civ.* 1984, p. 515, obs. J. HUET ; CA Metz, 29 oct. 1980, *JCP G* 1981, II, 19615, 2e esp., note J. GHESTIN, *D.* 1981, jurispr. p. 138, note Y. GUYON, *GP* 1981, 1, jurispr. p. 23. En matière de cession de titres sociaux, Cass. Com. 24 septembre 2002, *Bull. Joly* 2002, § 179, p. 1320, *JCP E*, 2003, 627, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

⁵⁰⁰ V. par exemple, Cass. Com., 24 novembre 1980, n° 78-11796, *Bull. Civ.*, IV, n° 391, *D.* 1981, *inf. rap.* p. 444, obs. AUDIT, qui a jugé que le vendeur d'un matériel qu'il avait d'abord livré, puis accepté de reprendre en vue d'un échange, en était redevenu propriétaire et devait supporter les risques du transport, sauf preuve non rapportée de la faute de l'acheteur.

mesure où le droit romain pratiquait la règle du transfert des risques par l'effet du contrat de vente, indépendamment du transfert de propriété qui s'effectuait par tradition du bien⁵⁰¹. Il peut être, ensuite, souligné le caractère parfois inéquitable et non conforme à la réalité sociale du lien abstrait établi entre le transfert de propriété et la charge des risques, que doit assumer un propriétaire dépourvu de tout pouvoir d'usage ou de contrôle de la chose, alors qu'au contraire le cédant la détient matériellement et en est juridiquement gardien. On a pu ensuite critiquer également la minimisation du rôle de l'obligation de délivrance. En logique, l'obligation de livraison devrait du moins être traitée comme une obligation de résultat, mettant la charge de la preuve du cas fortuit ou de la force majeure à la charge du vendeur, débiteur de cette obligation, alors que la règle *res perit domino* met à la charge de l'acquéreur la preuve de l'éventuelle perte au vendeur. L'application de la règle en présence d'une clause de réserve de propriété a suscité de nombreuses critiques, car l'acheteur, qui est en possession des marchandises vendues et qui, tout en n'étant que propriétaire virtuel, se comporte à tous égards comme tel, peut néanmoins échapper aux risques de la chose tant qu'il n'a pas payé le prix d'achat de celle-ci.

142. Exceptions à la règle « *res perit domino* ». La règle *res perit domino* connaît des exceptions en droit interne. Elle est écartée par la loi elle-même, en premier lieu, lorsque le débiteur de l'obligation de livrer a été mis en demeure de le faire⁵⁰². En outre, le transfert des risques est également dissocié du transfert de propriété dans l'hypothèse de la vente en l'état futur d'achèvement : alors que la propriété est transférée à l'acquéreur au fur et à mesure de l'exécution des travaux en vertu de l'article 1601-3 alinéa 1^{er} du Code civil, les risques demeurent à la charge du vendeur jusqu'à la livraison⁵⁰³. Enfin, le principe du lien entre transfert des risques et transfert de propriété peut être écarté conventionnellement, la règle prévue à l'article 1138 alinéa 2^{ème} du Code civil étant supplétive de volonté⁵⁰⁴. Les recueils de jurisprudence n'offrent que de rares illustrations de telles clauses⁵⁰⁵, qui sont cependant d'un usage

⁵⁰¹ En ce sens, Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 88 ; F. DANOS, *op. cit.*, n° 360, p. 399.

⁵⁰² C. Civ. art. 1138 *in fine*.

⁵⁰³ Cass. Civ. 3ème 11 octobre 2000, n° 98-21826, *Juris-Data* n° 2000-006185, *Bull. Civ.* III, n° 163, *JCP G* 2001, II, 10465, note Ph. MALINVAUD, *Deffrénois* 2001, p. 878, obs. H. PERINET-MARQUET ; CA Paris, 24 sept. 1998, *Juris-Data* n° 1998-022303.

⁵⁰⁴ Déjà en droit romain, v. GIRARD, *op. cit.*, p. 582. L'hypothèse d'une convention contraire est d'ailleurs explicitement évoquée par l'article L. 132-7 du Code de commerce : « *La marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient* ».

⁵⁰⁵ V. cependant, Cass. Civ., 8 juin 1904, *DP* 1904, 1, p. 455 ; Cass. Req., 8 janv. 1906, *DP* 1906, 1, p. 262.

courant dans les ventes de choses à transporter, spécialement dans les conventions internationales⁵⁰⁶ ou en présence d'une clause de réserve de propriété⁵⁰⁷. L'orientation prise dans ces aménagements va dans le sens d'une déconnexion entre le transfert des risques et le transfert de propriété *solo consensu*.

143. L'importance de la maîtrise de fait de la chose. En soulignant que l'obligation de livrer, parfaite dès l'échange des consentements, rend son créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où celle-ci a dû être livrée, l'alinéa 1^{er} de l'article 1138 paraît accorder une place essentielle, non pas à la qualité de propriétaire, mais à celle de créancier de l'obligation de livrer. Ainsi, les risques pèseraient sur la tête du créancier de l'obligation de livrer en application de la formule *res perit creditori*. Cette règle est parfois soutenue en doctrine afin d'expliquer la lettre de l'article 1138 du Code civil⁵⁰⁸. Ainsi, selon cette analyse, il existerait en présence du transfert d'un corps certain une exception à la règle générale *res perit debitori*, applicable dans tous les autres cas, et selon laquelle les risques sont pour le débiteur de la prestation devenue fortuitement impossible. Cependant, si la règle *res perit debitori* s'explique par la notion de cause objective, en ce que le créancier de l'obligation caractéristique n'a pas à s'exécuter puisqu'il ne reçoit pas la prestation, tel n'est pas le cas concernant la règle *res perit creditori* en matière de contrats translatifs d'un corps certain. L'application de la maxime *res perit creditori* est ainsi à juste titre contestée en doctrine au motif qu'elle « ramènerait le contrat synallagmatique comportant une obligation de transférer un corps certain à une juxtaposition de deux stipulations sans aucun lien entre elles et méconnaîtrait le rôle de la cause »⁵⁰⁹. La règle *res perit creditori* souffre en réalité d'une justification insuffisante car on voit mal pourquoi l'acheteur, en raison de sa qualité de créancier de l'obligation de livrer, devrait supporter les risques d'une chose dont il n'a pas encore la maîtrise, de sorte qu'il doive le prix au vendeur si la chose vient à disparaître fortuitement.

⁵⁰⁶ G. FRIEDEL, « Le déplacement volontaire du moment du transfert de la propriété », in *La vente commerciale de marchandises, Etudes de droit commercial, publiées sous la direction de J. HAMEL*, Dalloz, 1951, p. 152 s.

⁵⁰⁷ V. CA Toulouse, 28 novembre 2001, *Juris-Data* n° 2001-165298, pour la vente d'une citerne avec une réserve de propriété, mais avec un transfert des risques fixé au jour de la livraison.

⁵⁰⁸ En ce sens, F. DANOS, *op. cit.*, n° 361, p. 400, pour qui la règle *res perit creditori* est expressément énoncée à l'article 1138 du Code civil.

⁵⁰⁹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 669, p. 724, lesquels ajoutent que « la prétendue dérogation à la règle générale *res perit debitori* n'existe pas en la matière ».

144. A bien y réfléchir, le transfert des risques ne peut s'abstraire de la maîtrise physique de la chose⁵¹⁰, à l'instar des solutions applicables en matière de ventes internationales à travers la Convention de Vienne du 11 avril 1980⁵¹¹ ou en droit allemand⁵¹². Bien qu'il soit classiquement enseigné, en application de la maxime *res perit domino*, que l'article 1138 du Code civil lie par principe le transfert des risques à celui de la propriété, l'idée d'une liaison entre le transfert des risques et la remise matérielle du bien aliéné est présente au sein même de cette disposition. En effet, si les risques sont transférés au créancier de l'obligation de livrer dès la naissance du contrat, c'est en raison de l'exécution de la livraison du bien transmis, qui est réputée acquise dès cet instant. Tout se passe comme si l'acquéreur, créancier de l'obligation de livrer, détenait d'ores et déjà le bien puisque le vendeur, tenu par son engagement, doit s'exécuter⁵¹³. L'importance de la livraison en matière de transfert des risques apparaît de façon encore plus prégnante en cas d'inexécution de l'obligation de livrer car, au terme de l'alinéa 2^{ème} de l'article 1138 du Code civil, la mise en demeure alors adressée au vendeur, a pour effet de mettre la chose à ses risques et ce, même si l'acheteur est propriétaire de la chose dès l'échange des consentements. Celui-ci ne pouvant alors entrer en possession du bien du fait du vendeur, il n'a pas à assumer les risques d'une chose qu'il ne détient pas. Ce n'est donc pas la qualité de propriétaire⁵¹⁴ qui justifie le transfert des risques mais celle de possesseur du bien, cette qualité étant entendue tout d'abord d'un point de vue théorique⁵¹⁵, compte tenu de l'engagement de livrer le bien pris par le vendeur, puis matériel ensuite, au cas précis où le créancier n'exécute pas son obligation. Cependant, la perspective d'un transfert des risques dépendant préalablement d'une remise théorique de la chose pose difficulté car

⁵¹⁰ En ce sens, R. JUAN-BONHOMME, *Le transfert des risques dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier 1978 ; R. BONHOMME, « La dissociation des risques et de la propriété », in *Etude de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 69 et s.

⁵¹¹ Art. 67 al. 1er : « Lorsque le contrat de vente implique un transport des marchandises et que le vendeur n'est pas tenu de les remettre en un lieu déterminé, les risques sont transférés à l'acheteur à partir de la remise des marchandises au premier transporteur pour transmission à l'acheteur conformément au contrat de vente ».

⁵¹² F. FROMONT, *op. cit.*, n° 605.

⁵¹³ R. BONHOMME, « La dissociation des risques et de la propriété », art. préc., p. 76-77, selon laquelle une interprétation de l'article 1138 du Code civil pourrait résulter de l'association du transfert des risques à celui de la propriété, par l'exigibilité immédiate et concomitante de la livraison. Cette perspective permettrait « l'abandon de *res perit domino* chaque fois que le transfert immédiat de la propriété ne coïncide pas avec l'exigibilité de la principale obligation du vendeur, la livraison ». Dans le même sens, F. DANOS, *op. cit.*, n° 363, p. 402 : « L'article 1138 du Code civil ne lie pas directement les risques à la propriété mais à la livraison de la chose, c'est-à-dire au moment où l'obligation de livrer la chose a dû être exécutée ».

⁵¹⁴ Qui passerait de façon surprenante de l'acheteur au vendeur au gré de la mise en demeure de livrer la chose dont ce dernier serait destinataire.

⁵¹⁵ F. DANOS, *op. cit.*, n° 364, p. 402, évoquant une livraison « théorique » dès l'exigibilité de l'obligation de livrer.

l'acheteur n'a pas la maîtrise matérielle de la chose dont il supporte les risques. La parole donnée par le vendeur ne peut véritablement remplacer la livraison effective du bien puisque l'acquéreur n'est pas en mesure de veiller à la conservation de la chose afin d'éviter, le cas échéant, sa perte fortuite. Ainsi s'expliquent les aménagements conventionnels fréquents dont fait l'objet le transfert des risques lesquels ne traduisent ni plus ni moins que la volonté et le besoin des parties de le lier à la maîtrise de fait de la chose aliénée⁵¹⁶. Dès lors, si la livraison de la chose occupe une place centrale dans le régime du transfert des risques issu de l'article 1138 du Code civil, une appréhension purement matérielle serait *de lege feranda* préférable afin de marquer le moment du transfert des risques au cessionnaire, y compris lorsque le transfert de propriété du bien est conventionnellement subordonné au complet paiement du prix par l'acheteur⁵¹⁷. Elle correspondrait mieux à l'esprit du transfert des risques, reposant sur la maîtrise de fait du bien, et à la pratique contractuelle. Ne reposant ni sur la maxime *res perit domino*, ni sur la maxime *res perit creditori*, le transfert des risques, en présence d'une opération translative de propriété, se justifie par la prise de possession. Au soutien de cette analyse figure assurément l'article 20 de la directive 2011/83/UE du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011⁵¹⁸, qui lie le transfert des risques, lorsqu'un professionnel expédie des biens à un consommateur, à leur prise de possession par ce dernier⁵¹⁹.

2) L'indifférence de l'extériorisation inhérente à la remise matérielle dans le transfert des risques

145. Approche distributive des dimensions ostensible et potestative de la prise de possession. La perspective, *de lege feranda*, d'un transfert de propriété s'effectuant par la remise matérielle du bien aliéné pourrait sembler abonder dans le sens d'une liaison étroite entre la qualité de propriétaire et le transfert des risques. Par la remise de la

⁵¹⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 672, p. 726, lesquels observent que « dans la pratique, notamment internationale, les parties lient souvent le transfert des risques, non au transfert de propriété, mais à la maîtrise physique de la chose » ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 899, p. 475, qui relève que la règle est « gênante et souvent écartée ».

⁵¹⁷ La position prise par la Cour de cassation dans l'arrêt « *Mécarex* » à propos du transfert des risques en présence d'une clause de réserve de propriété au profit de l'acheteur a été à juste titre critiquée en doctrine au motif qu'il serait anormal que la chose vendue qui n'est plus en la puissance du vendeur, dont celui-ci ne profite plus alors même qu'il a satisfait à son obligation de livraison, soit toujours à ses risques. V. à propos de ces critiques, l'exposé de Y. DEMOURES, « La vente avec clause de réserve de propriété et la loi du 12 mai 1980 », *RTD Com.* 1982, p. 33 et s., n° 18.

⁵¹⁸ Disposition, qui entrera en application dans les états-membres le 13 juin 2014.

⁵¹⁹ G. RAYMOND, « Directive consommateurs n°2011/83/UE du 25 octobre 2011 », *Contrats, Concurrence, Consommation*, Février 2012, Etude 3.

chose, le cessionnaire en devient propriétaire et en supporte les risques, dès lors que l'on appréhende sous un angle essentiellement matériel la livraison représentant la pierre angulaire du transfert des risques. Cependant, pour autant qu'elle conduise à une conjonction entre le transfert de propriété et celui des risques, la remise matérielle ne révèle aucune imbrication de ces deux éléments. En effet, le transfert des risques procède essentiellement de la prise de possession et est ainsi directement lié à la vocation première de la possession que représente la maîtrise de fait de la chose. Au contraire, le transfert de propriété ne requiert, quant à lui, à travers la remise matérielle de la chose, que la fonction subséquente de la possession liée à son caractère ostensible. C'est l'effet publicitaire attaché à la prise de possession, et lui seul, qui confère à la remise matérielle un effet translatif en permettant l'acquisition d'un droit de propriété opposable aux tiers. De même, c'est la maîtrise de fait attachée à la remise matérielle et elle seule qui permet le transfert des risques. Cette nuance est essentielle. En présence d'une opération translative, le transfert des risques, s'opérant par la remise matérielle du bien concerné, ne résulte que de la simple coïncidence temporelle avec le transfert de propriété, sans qu'il soit véritablement fondé par la qualité de propriétaire de l'acquéreur.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1^{er}

146. Désireux de s'abstraire d'un schéma complexe où le droit est dissocié de son opposabilité aux tiers, le droit positif fournit certains exemples où le transfert de propriété est subordonné à la tradition matérielle de la chose. Ces différentes manifestations positives du transfert de propriété par la tradition ne s'expliquent pas tant par la spécificité des matières concernées qu'elles ne révèlent les faiblesses de la règle du transfert *solo consensu*. Est alors préférée une solution où le droit de propriété procède d'un mécanisme unique et ostensible assurant son opposabilité substantielle. Ce constat a alors permis d'envisager *de lege feranda* la règle selon laquelle la tradition matérielle doit marquer l'instant où s'opère le transfert de propriété. Cette orientation permet non seulement de subordonner le transfert de propriété à un mécanisme permettant de préserver l'opposabilité substantielle du droit de propriété mais montre également que son insertion au sein du droit positif fait œuvre de rationalisation. La règle du transfert de propriété par la tradition matérielle fournit tout d'abord une meilleure explication du mécanisme de la dation en paiement. En outre, elle permet une meilleure articulation entre le transfert de propriété d'un bien et l'exercice d'un droit de rétention sur ce même bien, en empêchant que le créancier du vendeur puisse retenir un bien d'ores et déjà cédé à un tiers par le seul effet du contrat de vente. Enfin, à supposer que la qualité de propriétaire justifie la charge des risques dévolue à l'acquéreur, elle permet également de repositionner la règle du transfert des risques et de faire plus justement correspondre le moment de sa perfection à la prise de possession du bien aliéné.

CHAPITRE 2^{ème} LE TRANSFERT DE PROPRIETE PAR LA REMISE DEMATERIALISEE

147. Parfois, la spécificité des biens aliénés rend impraticable le schéma du transfert de propriété *solo consensu*, où le droit est dissocié de son opposabilité aux tiers. Il en va ainsi en présence d'un transfert de monnaie scripturale par virement bancaire ou bien d'une cession de titres financiers. En raison de l'importance et de la rapidité des flux concernés, l'inscription au compte du cessionnaire opère alors un transfert de propriété unique et ostensible, fondé sur l'avertissement de l'intermédiaire teneur de compte (Section 1^{ère}). A bien y réfléchir, ces solutions ne se justifient pas par la nature des biens concernés mais soulignent au contraire l'inadaptation du transfert de propriété *solo consensu*, qui ne peut intrinsèquement assurer l'opposabilité du transfert. Ce constat permet d'envisager *de lege feranda* que le mécanisme translatif puisse prendre les traits d'une publicité légale ou d'une notification de l'opération translatrice à une personne déterminée (Section 2^{ème}).

Section 1^{ère} De lege lata, le transfert de propriété par l'inscription en compte

148. L'examen du droit positif révèle que le transfert de propriété est parfois subordonné à une inscription en compte de l'opération translatrice, qui s'assimile à une remise dématérialisée de la chose aliénée. Cette situation se rencontre en présence du transfert de monnaie scripturale que représente le virement bancaire (§1) ainsi qu'en présence d'une cession de titres financiers (§2).

§1) L'effet translatif de propriété du virement bancaire

149. Le virement bancaire est une opération représentant un volume élevé de transactions, « subordonnée à l'existence de deux comptes, qui réalise un transfert de fonds ou de valeurs par un simple jeu d'écriture : l'inscription d'un débit au compte du donneur d'ordre et d'un crédit au compte du bénéficiaire »⁵²⁰. Son processus fait néanmoins

⁵²⁰ H. CABRILLAC, *Le chèque et le virement*, 5^{ème} éd., par M. Cabrillac, Litec, 1980, n° 365, p. 199. Egalement, D. MARTIN, *Aspect juridique du virement*, *Rev. dr. bancaire et bourse*, 1989, Doctrine, p. 149 ; M. De JUGLART et B. IPPOLITO, *Traité de droit commercial*, T. 7^{ème}, *Banques et bourses*, 3^{ème} éd., par L. M. Martin,

l'objet de certaines difficultés d'interprétation. La nature juridique exacte de son mécanisme pose tout d'abord difficulté, même si un consensus semble à présent se dessiner autour de l'idée que le virement constitue une simple remise de monnaie scripturale (A). Par ailleurs, la perspective d'une application au virement bancaire de la règle du transfert *solo consensu* doit être écartée car la perfection du transfert des fonds est subordonnée à leur tradition au compte du bénéficiaire (B).

A) Le virement, remise de monnaie scripturale

150. En raison de son incorporalité, l'opération de virement fut initialement appréhendée à travers le prisme de la cession de créance et de la délégation. Ces analyses sont désormais délaissées (1) au profit d'une autre consistant à assimiler le virement à une remise de monnaie scripturale (2).

1) Les analyses délaissées

151. *Cession de créance et délégation.* La question de la nature juridique du virement posa problème et il fût longtemps soutenu que le virement représente un mode de transmission de créances. Cette analyse s'effectua tantôt à travers la technique de la cession de créance, tantôt à travers celle de la délégation.

152. Tout d'abord, on considéra que le virement consiste en une cession de la créance du donneur d'ordre à l'encontre de son banquier au profit du bénéficiaire⁵²¹, s'appuyant en cela sur l'idée selon laquelle le déposant détient une créance de restitution à l'égard de la banque dépositaire⁵²². Par l'effet du virement le donneur d'ordre réaliserait le transfert de sa créance de restitution au profit du bénéficiaire. On reprocha à cette analyse sa simplicité⁵²³, de même que son inexactitude au motif que l'étendue de l'obligation du

Montchrétien, 1991, n° 497, p. 556 ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6^{ème} éd., Dalloz, 1995, n° 286 ; R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 393 et s. ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire, Institutions, Comptes, Opérations, Services*, 5^{ème} éd., Litec, par J. Stoufflet, 2002, n° 239, p. 169 ; RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. 2^{ème}, *Effets de commerce, Banque et bourse, Contrats spéciaux, Procédures collectives*, 16^{ème} éd., LGDJ, 2000, n° 2303, p. 355 ; J. DEVEZE, A. COURET et G. HIRIGOYEN, *Lamy droit du financement, Titres et marchés, Ingénierie financière, paiement, crédit et garanties du crédit*, 2000, n° 2303, p. 1174.

⁵²¹ En ce sens, CA Douai, 1^{er} mai 1931, *S.* 1932, 57, note DROUILLAT.

⁵²² R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 394, p. 331 ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-REYNAUD, *op. cit.*, n° 287.

⁵²³ M. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 390, p. 213.

banquier n'est pas modifiée par l'opération de virement⁵²⁴. En effectuant un virement, le donneur d'ordre ne procède pas tant au transfert de la créance qu'il détient à l'égard de son banquier qu'il ne transfère purement et simplement des fonds à une tierce personne dans le cadre du fonctionnement normal du compte bancaire. Ainsi s'explique que le bénéficiaire du virement ne se voit pas attribuer la créance de restitution du donneur d'ordre mais de la monnaie scripturale. Par ailleurs, la qualification de cession de créance conduirait à ce que le bénéficiaire du virement puisse se voir opposer toutes les exceptions que le banquier du donneur d'ordre pouvait opposer à son client⁵²⁵. Cette analyse est excessive et inappropriée à la simplicité de la technique du virement. De plus, qualifier le virement de cession de créance nécessite d'admettre que l'opération de virement s'entende d'un contrat passé entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire⁵²⁶, ce qui n'est pas envisageable car l'ordre donné l'est au banquier et non au bénéficiaire. Enfin, on a fait remarquer à juste titre que l'application de la théorie de la cession de créance au virement nécessiterait le respect des formalités prévues par l'article 1690 du Code civil⁵²⁷, perspective inappropriée à la simplicité de l'opération et qui n'est jamais respectée. Il ressort ainsi de ce qui précède que la qualification de cession de créance ne convient pas au virement et ne peut donc être validée.

153. Une autre analyse fut de considérer, comme ce fut le cas à propos de la lettre de change⁵²⁸, que le virement traduit une application de la théorie de la délégation parfaite, c'est-à-dire novatoire. Pendant longtemps, cette analyse prévalut en doctrine⁵²⁹. Le donneur d'ordre, délégant, délègue au bénéficiaire, délégataire, la créance de restitution qu'il détient sur son banquier, délégué, et donne à ce dernier l'ordre de le payer⁵³⁰. Par l'effet d'une délégation parfaite emportant novation, seul le banquier est désormais lié au

⁵²⁴ RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n° 2303, p. 356 : « *Le banquier qui fait cette opération sur l'ordre du donneur d'ordre, ne modifie pas l'étendue de son obligation et, pour cette raison, l'opération lui est indifférente ; il lui suffit que le donneur d'ordre ait un crédit suffisant à son compte* ».

⁵²⁵ M. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 390, p. 213 ; De JUGLART et B. IPPOLITO, *op. cit.*, n° 499, p. 557.

⁵²⁶ En ce sens, R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 394, p. 331.

⁵²⁷ M. CABRILLAC, *Ibid.* ; De JUGLART et B. IPPOLITO, *Ibid.* ; R. BONHOMME, *Ibid.* relevant que la qualification de cession de créance n'est pas possible car « *la convention devrait, pour ce faire, être passée entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire et les formalités de l'article 1690 du Code civil respectées* ».

⁵²⁸ Sur ce point, v. *supra* n° 95.

⁵²⁹ DROUILLAT, *Etude juridique du virement en banque*, thèse Paris, 1931, Librairie du « Recueil » Sirey, n° 15 et s. ; G. LYON-CAEN et P. RENAULT, *op. cit.*, T. IV, n° 1609 ; LACOUR et BOUTERON, *Traité de droit commercial*, T. II, n° 411.

⁵³⁰ Cette analyse trouve un soutien dans l'article 1937 du Code civil selon lequel « *le dépositaire ne doit restituer la chose déposée qu'à celui qui la lui a confiée, ou à celui au nom duquel le dépôt a été fait, ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir* ». L'idée que la restitution des fonds par le banquier s'effectue à une autre personne que le déposant (donneur d'ordre) est rendue possible par cette disposition.

bénéficiaire, le donneur d'ordre se trouvant déchargé de son paiement. Le raisonnement doit, malgré tout, être une fois encore écarté. Tout d'abord, parce qu'il ne peut prospérer en cas de virement entre deux comptes appartenant à la même personne⁵³¹, celle-ci ne pouvant à la fois afficher la qualité de délégant et celle de délégataire. Ce type de virement, relatif à une même personne, est pourtant parfaitement concevable et fréquemment utilisé. Ensuite, la qualification de délégation parfaite se heurte à la nécessité d'une décharge expresse que le délégataire doit donner au délégant aux termes de l'article 1275 du Code civil⁵³², décharge qui n'est jamais donnée par le bénéficiaire du virement⁵³³. Enfin, elle méconnaît la position du banquier du donneur d'ordre par rapport au bénéficiaire envers lequel il ne prend aucun engagement personnel. Dans la délégation parfaite, le délégué s'engage sur ordre du délégant vis-à-vis du délégataire, ce qui donne naissance à la créance de ce dernier vis-à-vis du délégué⁵³⁴. La situation est différente en présence d'un virement car la créance du bénéficiaire à l'encontre du banquier ne naît qu'une fois le compte du premier crédité du montant de l'opération et non lors de l'ordre donné⁵³⁵. Ce dernier argument exclut par ailleurs la qualification de délégation imparfaite dans la mesure où le délégué prend également sur ordre du délégant un engagement nouveau vis-à-vis du délégataire, bien que l'acceptation de ce dernier puisse être tacite à défaut de novation⁵³⁶. Il ressort de ce qui précède que la qualification de délégation parfaite ou imparfaite ne peut valablement être retenue.

154. *Insuffisance d'une justification tirée du droit des obligations.* En définitive, on a longtemps tenté d'expliquer un mécanisme spécifique du droit commercial en l'affublant de la cote mal taillée du droit civil des obligations. Or, il paraît désormais certain dans la plupart des esprits que la technicité du virement ne peut s'expliquer à l'aune du droit des

⁵³¹ En ce sens, M. CABRILLAC, 391, 214 ; M. De JUGLART et B. IPPOLITO, *op. cit.*, n° 499, p. 557 ; J. DEVEZE, A. COURET et G. HIRIGOYEN, *Lamy droit du financement, op. cit.*, n° 2303, p. 1174.

⁵³² Cette exigence provient de ce que l'*animus novandi* doit être expressément déclaré par le créancier. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1453, p. 1493.

⁵³³ En ce sens, TC Seine 19 mars 1917, *GP* 1918-1919, 1, 107, lequel a refusé d'admettre la délégation parfaite et, par conséquent, l'effet novatoire. En ce sens, M. CABRILLAC, *Ibid.* ; R. BONHOMME, *Ibid.* : « (...) on ne retrouve pas, dans la pratique, la condition essentielle de décharge expresse du délégant par le délégataire conformément aux termes de l'article 1275 du Code civil, ni même en fait, l'acceptation du délégataire ».

⁵³⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1451, p. 1492.

⁵³⁵ En ce sens, M. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 391, p. 214 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, n° 2309, p. 359 ; M. De JUGLART et B. IPPOLITO, *Ibid.* En jurisprudence, Cass. Com. 3 février 2009, n° 06-21184, *Juris-Data* n° 2009-046858, *JCP E*, n°11, 12 mars 2009, p. 1227, note J. STOUFFLET, *JCP* 2009, II, 1045, note J. J. BARBIERI, *Contrat Concurrence Consommation*, n° 4, avril 2009, comm. 95, note L. LEVENEUR.

⁵³⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1444, p. 1485.

obligations⁵³⁷. Le virement ne constitue pas un mode spécifique de transmission des créances et doit être appréhendé à la lumière du droit des biens.

2) L'analyse consacrée

155. *Un substitut de numéraire.* La détermination de la nature juridique du virement est fonction de la réponse que l'on apporte à la question de la finalité de l'opération. Le recours à ce jeu d'écriture comptable s'explique par le souci de simplification, correspondant plus généralement à l'esprit du droit commercial. Comme l'explique M. Courcelle-Seneuil historiquement, « *les virements sont le premier moyen employé pour économiser l'usage du numéraire* »⁵³⁸. Par le virement, il ne fut, en réalité, d'autre but que celui de l'économie du déplacement de biens. Les banques recevaient les dépôts d'espèces ou de lingots que faisaient dans leurs caisses les négociants et « *transféraient les crédits d'un compte à un autre par des écritures, sans déplacement d'or et d'argent* »⁵³⁹. Le virement ne représente, par conséquent, rien d'autre qu'un substitut de numéraire, un procédé des plus commodes destiné à éviter qu'une personne retire des fonds pour les donner à une autre qui les déposerait à nouveau.

156. *Une remise de monnaie scripturale.* Loin de représenter artificiellement un mode de transmission de créances, le virement constitue une remise de monnaie scripturale. L'analyse est partagée par la jurisprudence⁵⁴⁰ et par la doctrine contemporaine. Ainsi, pour M. Martin, le virement ne constitue pas une variété de transmission d'une obligation mais s'appréhende comme un « *substitut scriptural de transfert d'actifs corporels* »⁵⁴¹. Identique est l'opinion de M. Cabrillac selon lequel le virement représente une remise de monnaie scripturale⁵⁴², comme celles de MM. De Juglart et Ippolito lesquels, par comparaison avec le chèque, indiquent que « *le virement est un procédé de circulation de la monnaie scripturale plus homogène car un jeu d'écriture et seulement un jeu d'écriture réalisera le transfert monétaire d'un compte à l'autre, sans aucun mouvement de monnaie*

⁵³⁷ En ce sens, M. De JUGLART et B. IPPOLITO, *op. cit.*, n° 500, p. 558.

⁵³⁸ COURCELLE-SENEUIL, *Les opérations de banque, Traité théorique et pratique*, 7^{ème} éd., revue et mise à jour par A. Liesse, Paris, 1896, Guillaumin et Cie, p. 81.

⁵³⁹ COURCELLE-SENEUIL, *Ibid.*

⁵⁴⁰ En ce sens, CA Saïgon 12 mars 1954, *Banque*, 1954, 521, obs. X. MARIN, où le virement est analysé comme « *constituant d'un véritable transfert de fonds* » ; CA Paris 11 février 1963, *JCP* 1964, II, 13701.

⁵⁴¹ D. MARTIN, art. préc., p. 149.

⁵⁴² M. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 392, p. 214-215.

fiduciaire. On a pu ainsi le qualifier de remise de monnaie scripturale »⁵⁴³. Le virement représente donc une simple remise d'un bien, mécanisme que l'on légitime fréquemment par les règles applicables au dépôt⁵⁴⁴ : le client déposant est en droit de se faire restituer par le banquier dépositaire les fonds en dépôt dans son compte, soit à lui-même, soit à un tiers désigné⁵⁴⁵.

157. Virer en compte des fonds équivaut à une opération de livraison du compte du donneur d'ordre vers celui du bénéficiaire. Le virement participe donc bien de la livraison et, plus généralement, invite à considérer les biens concernés dans leur circuit économique. Mais la détermination de la nature juridique de l'opération de virement ne suffit pas : une chose est de constater que le virement s'apparente à une remise de fonds, une autre est d'en déduire que pareille remise traduit une application de la notion de tradition réelle.

B) Le virement, un transfert de propriété par la tradition

158. *La monnaie, objet de propriété.* De façon liminaire, il est un écueil qu'il appartient d'écartier tenant à l'absence de réglementation générale, dans le Code civil, de l'obligation monétaire, à la différence de l'obligation de corps certains. La monnaie peut-elle être objet de propriété ? Tandis qu'une réponse positive s'impose puisque la monnaie intègre le patrimoine de tout un chacun, la difficulté provient de ce que le Code civil n'appréhende l'acquisition de la propriété que sous l'angle de la spécificité du contrat visé, non sous l'angle de sa contrepartie monétaire⁵⁴⁶. Est-ce à dire que la monnaie doit être perçue uniquement par le biais de la notion de paiement de l'obligation principale ? Affirmer cela serait réducteur et négligerait une partie de l'opération. Le vendeur se sépare certes d'un bien, mais reçoit en retour des unités monétaires pouvant être appropriées car elles intègrent la sphère patrimoniale. Ainsi, si les fonds virés peuvent être objet de propriété⁵⁴⁷, le moment de leur attribution au bénéficiaire doit être déterminé (1) afin de déterminer si le procédé en permettant l'acquisition peut s'assimiler à une tradition réelle (2).

⁵⁴³ M. De JUGLART et B. IPPOLITO, *op. cit.* n° 500, p. 557-558. Dans le même sens, RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n° 2309, p. 359 ; DAUPHIN, *Le virement en banque*, thèse Lyon, éd. Bosc et Riou, 1942, p. 69 et s. ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 287 ; R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 394, p. 331 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 239, p. 170.

⁵⁴⁴ Notamment l'article 1937 C. Civ.

⁵⁴⁵ R. BONHOMME, *Ibid.* V. sur ce point, F. GRUA, « Sur les ordres de paiement en général », *D.* 1996, Chron. p. 172 et s. ; P.-J. CENTI, « Le contrat de dépôt bancaire », *Mélanges Ch. Mouly*, Litec 1998, T. II, p. 305.

⁵⁴⁶ Ainsi, à travers les articles 1138 ou 1583 du Code civil, il n'est effectivement question que de l'acquisition de la propriété du bien en tant qu'objet spécifique du contrat.

⁵⁴⁷ D. MARTIN, art. préc., p. 149 et p. 151 pour qui le virement « tend à réaliser de manière immatérielle le transfert de propriété qui se fût opéré par leur remise physique du donneur d'ordre au bénéficiaire, si les actifs concernés eussent été susceptibles d'une détention corporelle ou avaient été conservés en cet état ».

1) Le moment de l'acquisition de la propriété des fonds virés : l'inscription au compte du bénéficiaire

159. Hypothèses en présence. Schématiquement, trois hypothèses peuvent être formulées.

La première représente une simple application de la règle de l'article 1138 du Code civil : le virement traduit un effet acquisitif de propriété dès l'ordre donné par le donneur d'ordre. Simple reconduction des schémas consensualistes, la proposition repose sur l'idée que cet ordre cristallise l'accord de volonté entre donneur d'ordre et bénéficiaire. En effet, il est traditionnellement indiqué que le virement s'entend d'une opération abstraite⁵⁴⁸, indépendante de l'opération fondamentale liant les parties, qui ne vaut qu'à l'égard du banquier⁵⁴⁹, dont elle circonscrit l'étendue de la responsabilité⁵⁵⁰. Personne, cependant, ne réfute l'idée que le virement est causé. La cause de l'opération se situe bel et bien dans l'opération sous-jacente entre donneur d'ordre et bénéficiaire⁵⁵¹. A partir de là, il est possible de considérer que les modalités de paiement de l'obligation, en particulier par l'effet d'un virement, entrent dans le champ contractuel des parties. L'ordre de virement par lequel le créancier fait état auprès de sa banque de sa volonté de transférer des fonds représente l'expression de la volonté des parties au contrat et opère ainsi transfert conventionnel des fonds au profit du bénéficiaire.

160. Une seconde approche de l'instant de l'acquisition de la propriété est de proposer une voie médiane. Cette conception consiste à lier l'acquisition de la propriété des fonds non pas à l'ordre de virement, mais plutôt au débit du compte du donneur d'ordre. Ainsi, par l'opération comptable de débit de son compte, ce dernier se dessaisit des fonds au profit du bénéficiaire. La construction peut être qualifiée de médiane en ce qu'elle se situe à mi-chemin entre l'ordre de virement et la remise au bénéficiaire par le crédit de son compte.

⁵⁴⁸ M. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 393, p. 215; G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, n° 2308, p. 358.

⁵⁴⁹ R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 399, p. 334, où il est indiqué que le virement est une opération « abstraite à l'égard des banques ».

⁵⁵⁰ N'étant pas directement au fait de l'opération principale, il est assez logique que le banquier n'ait pas à vérifier la validité de cette opération, analyse qui se fonde au surplus sur le devoir de non-ingérence du banquier. En ce sens, M. CABRILLAC, *Ibid.* ; RIPERT et ROBLOT, *Ibid.* ; R. BOHOMME, *Ibid.* ; M. De JUGLART et B. IPPOLITO, *op. cit.*, n° 501, p. 558. Il n'en irait différemment que dans des hypothèses particulières, où le banquier a expressément l'obligation de vérifier la légitimité du rapport fondamental, comme c'est le cas en matière de lutte contre le blanchiment de l'argent provenant du trafic de stupéfiants (Art. L. 562-1 du Code mon. et fin.).

⁵⁵¹ RIPERT et ROBLOT, *Ibid.* soulignant que le virement « a une cause ».

161. Enfin, une autre voie praticable est de soutenir que la propriété des fonds s'acquiert uniquement lorsque le transfert de ceux-ci fait l'objet d'une inscription au crédit du compte du bénéficiaire. Tant que ce dernier n'est pas crédité, la propriété des sommes n'est pas encore attribuée.

162. *Appréciation.* La première conception de l'attribution des droits du bénéficiaire sur les fonds virés n'est pas soutenue en doctrine et en jurisprudence⁵⁵². En effet, l'ordre de virement ne parfait en rien le virement, ni ne marque l'instant où le bénéficiaire acquiert un droit sur les fonds. Il ne représente en réalité qu'un mandat donné par le donneur d'ordre à la banque d'effectuer un transfert de fonds, devant obéir aux règles de droit commun du contrat de mandat⁵⁵³.

163. Le second raisonnement suscite davantage d'interrogations. Le droit de propriété du bénéficiaire sur les fonds transmis serait fonction de la perte du donneur d'ordre de ses droits sur les biens visés, lors du débit de son compte. L'idée fut soutenue lorsque le virement est réalisé au sein de la même banque, lorsqu'un client transfère par virement différentes sommes d'un compte à un autre, un des siens ou celui d'un tiers. Dans ce cas de figure, il a été soutenu que le virement était réalisé dès le débit du compte du donneur d'ordre et situé au lieu où ce compte était tenu⁵⁵⁴. Cette solution est actuellement généralisée aux virements intervenants entre banques distinctes sur la base de l'article L. 330-1 IV du Code monétaire et financier selon lequel l'irrévocabilité d'un ordre de virement doit s'apprécier au regard des règles de fonctionnement du système de règlement concerné par l'opération. Aujourd'hui, la totalité des échanges interbancaires sont automatisés et transitent par le système interbancaire de télé-compensation SIT⁵⁵⁵. Dans le cadre du SIT, opposable au client des banques adhérentes⁵⁵⁶, le virement se déroule en

⁵⁵² La jurisprudence considère avec constance que l'ordre donné ne peut parfaire le virement, Cas. Civ. 1^{ère} 23 juin 1993, n° 91-14472, *RTD Com.* 1993, p. 694, obs. CABRILLAC et TEYSSIE, *D.* 1994, I, p. 27, note D. MARTIN ; *Rev. dr. bancaire et bourse*, sept.-oct. 1993, p. 226, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD : « *Le virement ne vaut paiement que lorsqu'il a été effectivement réalisé par l'inscription de son montant au compte du bénéficiaire* ».

⁵⁵³ M. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 370, p. 201 ; D. MARTIN, art. préc., p. 150. Ce mandat s'inscrit dans le cadre du service de caisse que le banquier s'est tacitement engagé à fournir lors de l'ouverture du compte. Egalement, R. BONHOMME, note dans *Act. Proc. Coll.*, 19 septembre 2003, n° 14, p. 1 : « *L'ordre donné, analysé en un mandat, ne transfère pas la provision* ».

⁵⁵⁴ TOURNON, note au *JCP* 1944, II, 2604 ; CA mixte de Saïgon 12 mars 1954, préc.

⁵⁵⁵ J.-F. BUCAILLE, « Les systèmes de règlement interbancaire », *Banque*, nov. 1997, p. 31 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Les systèmes de règlements interbancaires », *Rev. Lamy dr. Des affaires*, nov. 2006, p. 36.

⁵⁵⁶ La question avait été discutée mais la Cour de cassation a admis l'opposabilité d'une réglementation interbancaire : Cass. Com., 17 juillet 2001, *JCP G* 2003, II, 10004, note X. PRADEL, *RD bancaire et fin.* 2001,

plusieurs étapes. Tout d'abord, les banques réunissent leurs ordres de virement qui sont transmis au système. Ce sont les remises « aller ». Ces remises sont, ensuite, transmises par le système aux établissements destinataires. À ce stade de la chaîne, un message d'opérations est déposé dans la boîte à lettres de la station SIT de la banque réceptrice. Une remise retour est alors transmise au site de la banque de l'émetteur de l'ordre. Dans l'organisation du système, le moment du dépôt du message d'opérations dans la boîte à lettres de la banque réceptrice et de l'émission de l'acquittement en retour représente une étape déterminante car c'est à ce moment que l'ordre de paiement devient irrévocable, et que le débit du compte du donneur d'ordre s'opère. En fonction de l'heure de l'ordre de virement, le crédit du compte du bénéficiaire peut ainsi s'effectuer de façon différée, le lendemain. Il est ainsi considéré par la doctrine majoritaire⁵⁵⁷ que l'irrévocabilité de l'ordre de virement est acquise par le débit du compte du donneur d'ordre, marquant du même coup l'instant de l'acquisition des droits du bénéficiaire. Comme le souligne M. Martin, « *force est de raccorder, dès le débit, la titularité de l'avoir à la personne du bénéficiaire du virement* »⁵⁵⁸.

164. Certains auteurs suggèrent une analyse différente, optant ainsi en faveur de la troisième hypothèse. Ainsi en est-il de Monsieur Cabrillac pour qui le destinataire devient titulaire des fonds dès le débit du compte du donneur d'ordre dans la mesure où cette phase correspond en principe à celle corrélative de l'inscription au compte du banquier du bénéficiaire⁵⁵⁹. L'acquisition de la propriété n'est ainsi pas tant liée au débit du compte du donneur d'ordre qu'au crédit de celui de la banque du bénéficiaire. Plus significative est la position de Messieurs Gavalda et Stoufflet⁵⁶⁰ qui observent que « *certain auteurs considèrent que dès l'instant où les fonds ont été débités au compte du donneur d'ordre, ils sont sortis de son patrimoine, ce qui implique qu'ils ne peuvent plus être saisis par ses créanciers et n'ont pas à être compris dans son actif en cas d'ouverture d'une procédure collective, ... La solution est à nuancer. Tant que la banque du donneur d'ordre n'a pas*

comm. 178, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD, *D.* 2001, act. jurispr. p. 2738, obs. X. DELPECH, *RTD Com.* 2001, p. 957, obs. M. CABRILLAC.

⁵⁵⁷ M. JEANTIN et P. LE CANNU et T. GRANIER, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Titrisation*, Dalloz 2005, 7^{ème} éd., n° 160 et 166.

⁵⁵⁸ D. MARTIN, art. préc., p. 151. Dans le même sens, J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 288, pour qui le droit du bénéficiaire est à ce moment précis intangible ; R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 405, p. 340.

⁵⁵⁹ M. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 405, p. 222.

⁵⁶⁰ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 243, p. 172-173.

transféré le montant du virement à celle du bénéficiaire, elle les détient pour le donneur d'ordre qui en est encore propriétaire ».

165. La solution jurisprudentielle : le crédit au compte du bénéficiaire ou celui de son représentant. S'agissant de la date à laquelle le virement était irrévocable et dessaisissait le donneur d'ordre, la jurisprudence avait fait prévaloir la thèse du débit du compte du donneur d'ordre et non celle du crédit du compte du bénéficiaire⁵⁶¹. Cependant, dans un arrêt en date du 8 juillet 2003⁵⁶², la Cour de cassation est revenue sur sa position dans une affaire complexe où elle devait se prononcer sur un virement mettant en présence plusieurs banques intermédiaires. La BAD avait donné l'ordre à la banque japonaise IBJ de virer la somme de 109.672.170 francs au compte de la Compagnie chinoise de travaux publics chez la BCCI Abidjan. Or, les livres de la BAD furent bien débités au profit de la BCCI Overseas (Paris), puis de la BCCI Abidjan pour le compte de la Compagnie chinoise, lorsque survint la liquidation judiciaire de la BCCI. La BAD revendiqua alors la propriété des fonds se prévalant de ce qu'elle en était encore propriétaire tant que le compte de la compagnie bénéficiaire n'en était pas crédité. A ce raisonnement il pouvait être rétorqué que le donneur d'ordre ne pouvait revendiquer les fonds dans la mesure où ils avaient été débités de son compte. La Cour de cassation trancha le litige en indiquant que « *le donneur d'ordre avait été dessaisi de la somme objet du virement par son inscription au crédit du compte du banquier du bénéficiaire* ». Pour la Cour de cassation, le donneur d'ordre est dessaisi et le bénéficiaire investi par l'inscription du virement au compte du banquier de ce dernier.

166. La Cour de cassation est toutefois revenue ultérieurement sur sa position par un arrêt en date du 18 septembre 2007⁵⁶³. Dans cette décision, le liquidateur judiciaire d'une association s'opposait à la compensation entre le solde débiteur de celle-ci auprès de sa banque au jour du jugement d'ouverture avec le versement d'une subvention par virement. L'ordre de virement était devenu irrévocable la veille de l'ouverture de la liquidation judiciaire tandis que les fonds ont été crédités sur le compte de la banque du bénéficiaire

⁵⁶¹ Cass. Com. 26 janvier 1983, *D.* 1983, IR, p. 469, obs. VASSEUR, *RTD Com.* 1984, 129, obs. M. CABRIL-LAC et B. TEYSSIE.

⁵⁶² Cass. Com. 8 juillet 2003, *Banque africaine de développement c/ Me Carrasset-Marillier ès qual.*, n° 99-10590, *Juris-Data* n° 2003-019871, *Act. Proc. Coll.* 19 septembre 2003, n° 14, p. 1, obs. R. BONHOMME.

⁵⁶³ Cass. Com. 18 septembre 2007, n° 06-14161, *Bull. Civ. IV*, n° 194, *JCP E*, 2007, n° 2499, p. 11 et s., note N. MATHEY, *D.* 2007, AJ, 2464, obs. AVANA-ROBARDET, *D.* 2008, pan. 878, obs. D. R. MARTIN, *RTD Com.* 2007, 812, obs. D. LEGAIS, *RTD Com.* 2008, 180, obs. A. MARTIN-SERF.

le jour du jugement d'ouverture. La chambre commerciale indiqua clairement que « *si le bénéficiaire d'un virement acquiert le droit définitif sur les fonds dès que, selon l'article L. 330-1 III du Code monétaire et financier, l'ordre est devenu irrévocable, à une date et selon les modalités conformes aux règles de fonctionnement SIT, son droit de créance sur son propre banquier, chargé d'un mandat général d'encaissement, n'existe qu'à compter de la réception effective de ces fonds par ce dernier, qui les détient alors pour le compte de son client, en sa qualité de dépositaire* ». La Cour de cassation a ainsi estimé que le dessaisissement du donneur d'ordre et l'acquisition du droit du bénéficiaire s'effectuent concomitamment lors de l'irrévocabilité de l'ordre et non par l'inscription au compte du banquier de celui-ci. Cette solution, qui rallie la position de la doctrine majoritaire, distingue ainsi le moment du transfert de propriété des fonds virés de celui où naît la créance du bénéficiaire vis-à-vis de son banquier, avec l'inscription au compte de ce dernier.

167. Dans son dernier état, la Cour de cassation appréhende la problématique du moment de l'acquisition des droits du bénéficiaire du virement sous l'angle de l'obligation de paiement du donneur d'ordre. En effet, dans un arrêt de la Chambre commerciale du 3 février 2009⁵⁶⁴, la Chambre commerciale a dû se prononcer sur la date du paiement par virement bancaire. Tandis que la Cour d'appel de Bordeaux a estimé que le paiement était intervenu avec le crédit des fonds sur le compte du bénéficiaire du virement, la Cour de cassation indique que la date à prendre en considération est celle de l'inscription au crédit du compte du banquier du mandataire du bénéficiaire du virement, en l'occurrence un huissier de justice. Le virement vaut ainsi paiement dès réception des fonds par le banquier du bénéficiaire et non, comme cela eût été possible, dès l'irrévocabilité de l'ordre de virement par le débit du compte du donneur d'ordre⁵⁶⁵. Cette solution appelle plusieurs remarques.

⁵⁶⁴ Cass. Com. 3 février 2009, n° 06-21184, préc. : « *le virement bancaire vaut paiement, et libère le débiteur, dès l'instant où les actifs concernés sont mis à disposition du bénéficiaire ; qu'ainsi, s'agissant de déterminer si le débiteur s'est exécuté dans le délai imparti par un commandement visant une clause résolutoire de plein droit, le paiement doit être considéré comme effectif au moment où le compte du donneur d'ordre est débité et où, concomitamment, le banquier du bénéficiaire a reçu les fonds virés, et non pas au moment où ce banquier inscrit par la suite les sommes en cause au crédit du compte de son client* ».

⁵⁶⁵ Pour J.-J. BARBIERI, « *il est sans doute nécessaire de concilier ce constat d'irrévocabilité avec l'exécution matérielle des règlements interbancaires et du système technologique de traitement que l'on devine dominé par l'informatique* », note préc.

168. D'une part, l'inscription au compte du banquier du bénéficiaire marque l'instant de la libération du donneur d'ordre qui satisfait ainsi son obligation de paiement par virement bancaire. La solution est logique car il est admis que la banque, chargée d'un mandat général d'encaissement, reçoit à cet instant précis les fonds pour le compte de son bénéficiaire, libérant le donneur d'ordre et mettant fin à l'opération de virement⁵⁶⁶. D'autre part, l'inscription au compte de la banque réceptionnaire des fonds marque également la naissance de la créance du bénéficiaire à son égard. Dès lors, cette décision ne contredit pas la décision rendue par la Chambre commerciale le 18 septembre 2007 et le bénéficiaire du virement dispose alors de la possibilité d'en réclamer le versement rapide⁵⁶⁷ auprès de son banquier dès l'inscription au compte de ce dernier.

169. Enfin, le virement permet au bénéficiaire d'acquérir la propriété des fonds concernés au moyen d'un procédé lequel, dérogeant à la règle du transfert *solo consensu*, s'effectue par l'exécution du contrat. Dans la mesure où l'obligation du donneur d'ordre consiste dans un transfert de monnaie scripturale au profit du bénéficiaire, son paiement conduit non seulement à la libération du premier mais également à l'acquisition des droits du second. Le raisonnement peut trouver un soutien dans l'article 1238 du Code civil, relatif au paiement, selon lequel « *pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement...* ». Ainsi, une coïncidence existe nécessairement entre le paiement et le transfert de propriété des fonds virés. L'inscription au crédit du compte du banquier réceptionnaire des fonds est donc constitutive des droits patrimoniaux du bénéficiaire⁵⁶⁸ car il marque l'instant où s'effectue le paiement, sans qu'il soit besoin d'attendre la régularisation comptable que représente l'inscription au crédit du compte du bénéficiaire. Cette analyse du moment de l'attribution des droits du bénéficiaire du virement est opportune car seule la perspective d'un transfert de propriété des fonds par leur inscription

⁵⁶⁶ En ce sens, Cass. Com. 29 novembre 1954, *Bull. Civ.*, III, n° 369, p. 278 ; Cass. Civ. 1^{ère} 23 juin 1993, n° 91-14472, *Bull. Civ. I*, n° 229, *D.* 1994, 27, note D. MARTIN, *Deffrénois* 1994, art. 35746, n° 17, *Rev. dr. banc.* 1993, 226, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD, *RTD Com.* 1993, 694, obs. M. CABRILLACC et B. TEYSSIE ; CA Nancy 27 juillet 1921, *GP* 1921, 2, 371 ; CA Paris 20 novembre 1935, *GP* 1935, 1, 762. En doctrine, M. CABRILLAC, *op. cit.*, n° 405, p. 222 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 241, p. 171 ; M. De JUNGART et B. IPPOLITO, *op. cit.*, n° 504, p. 560 ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 288.

⁵⁶⁷ La jurisprudence n'a pas hésité à tirer toutes les conséquences de la responsabilité du banquier qui avait exécuté avec retard ses obligations de dépositaire parce qu'il a laissé créer un découvert sur le compte alors qu'il avait reçu un virement qu'il n'avait comptabilisé que trois jours plus tard en jouant sur les dates de valeurs : Cass. Com. 27 juin 1995, n° 93-10179, *Bull. Civ. IV*, n° 192, *D.* 1996, p. 383, note A. ROMANI, *D.* 1996, p. 114, obs. R. LIBCHABER, *RTD Com.* 1995, p. 820, obs. M. CABRILLAC.

⁵⁶⁸ Pour J. J. BARBIERI, l'inscription au compte du banquier du bénéficiaire du virement emporte, au profit de ce dernier, constitution d'un « *droit réel* » sur la monnaie détenue et suffit à désintéresser le créancier, même si un décalage de temps peut déplacer la perception concrète de la monnaie scripturale, note préc.

au compte du banquier réceptionnaire rend véritablement compte de la nature de l'opération de virement bancaire qui reste fondée sur la « *tradition des fonds par un procédé de transfert de monnaie scripturale* »⁵⁶⁹.

170. La contradiction entre les décisions de 2007 et 2009, au sujet du moment de l'acquisition de la propriété des fonds, s'explique par la spécificité du droit des procédures collectives. Le contexte spécifique lié à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire du bénéficiaire, puis sa mise en liquidation judiciaire, doit être considéré dans l'arrêt du 18 septembre 2007. L'une des principales finalités d'une procédure collective est la sauvegarde et la reconstitution du patrimoine du débiteur dans l'intérêt des créanciers. Cette finalité confère ainsi à l'ouverture de la procédure collective un pouvoir d'attraction, un effet réel⁵⁷⁰, expliquant que soit alors considérée, dans le cadre de l'acquisition des fonds virés, l'irrévocabilité de l'ordre par le débit du compte du donneur d'ordre, avant toute inscription sur le compte du bénéficiaire ou de son mandataire. L'irrévocabilité de l'ordre de virement constitue alors le début d'un processus, valant acquisition anticipée des droits du bénéficiaire dans la cadre de la procédure collective dont il fait l'objet, et qui trouve cependant son dénouement dans la tradition des fonds que représente l'inscription au compte de la banque dépositaire.

2) L'assimilation de l'inscription en compte à une tradition de monnaie scripturale

171. Remise de monnaie scripturale. Certains auteurs effectuent un rapprochement entre les notions de virement et de tradition. Ainsi, M. Cabrillac souligne-t-il que « *virement et tradition sont apparentés et symétriques et ne diffèrent pas dans leur mode de réalisation adapté aux objets auxquels ils s'appliquent* »⁵⁷¹. Et d'ajouter que « *le virement est dans le domaine de la monnaie scripturale ce qu'est la tradition dans le domaine des espèces* »⁵⁷². La proximité entre les notions de virement et de tradition matérielle est évidente, à tel point que la jurisprudence indique de façon significative que le virement peut être utilisé pour effectuer une donation manuelle de monnaie scripturale⁵⁷³. L'opération de virement,

⁵⁶⁹ J.-J. BARBIERI, note préc.

⁵⁷⁰ La notion d'effet réel de la procédure collective a été dégagée par M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective, Essais sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Litec 2002, Col. Bibl. dr. De l'entreprise, Vol. 59.

⁵⁷¹ M. CABRILLAC, *Ibid.*

⁵⁷² M. CABRILLAC, *Juris-classeur Banque et Crédit*, T. 2^{ème}, fasc. 18, n° 16.

⁵⁷³ Cass. Civ. 1^{ère} 12 juillet 1966, *Bull. Civ. I*, n° 424, *D.* 1966, 614, note MAZEAUD ; CA Rennes 9 mai 1946, *D.* 1947, 55. Sur ce point, KORNPROBST, « Les libéralités par virement », *Banque* 1949, p. 13 et s.

dont le dénouement coïncide avec l'inscription créditrice au compte du bénéficiaire⁵⁷⁴, équivaut ainsi à une tradition des fonds virés. De la même façon que la remise d'un bien corporel exprime aux yeux des tiers le transfert de ce bien d'une personne à une autre, l'inscription au compte du bénéficiaire extériorise auprès de la banque du bénéficiaire le passage des fonds du donneur d'ordre au bénéficiaire du virement. L'acquisition de la propriété de la monnaie scripturale est ainsi fonction, non pas de l'échange des consentements entre les parties, à travers l'ordre de virement, mais de l'inscription au crédit du compte de la banque du bénéficiaire. Cette inscription en compte s'assimile ainsi à une « tradition » des fonds virés adaptée à la particularité de la monnaie scripturale. En contrepoint, cette solution témoigne de l'inopportunité d'une application stricte de la règle du transfert *solo consensu*. En effet, la tradition représente un procédé permettant de pallier les inconvénients issus de l'abstraction de la règle du transfert de propriété *solo consensu*⁵⁷⁵.

172. Au-delà de la seule opération de virement bancaire, tout paiement, dans la mesure où il s'inscrit dans un transfert de monnaie scripturale, procède de l'exécution d'une tradition. C'est le cas par exemple du paiement par chèque bancaire, dont l'encaissement effectif se traduit par une inscription en compte marquant l'instant du paiement du créancier⁵⁷⁶ et par conséquent du transfert de propriété des fonds.

173. *Cas du transfert de créance assis sur un paiement subrogatoire.* Originellement, la subrogation était un service d'ami mais elle est devenue progressivement un instrument de développement du crédit⁵⁷⁷ destinée principalement à la mobilisation des créances⁵⁷⁸. La subrogation personnelle est organisée autour du paiement du *solvens*. Lorsque le paiement

⁵⁷⁴ V. *supra* n° 167.

⁵⁷⁵ J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Ibid.* : « Sans doute la transmission des créances s'opère par le seul échange des consentements, mais outre que le seul accord des volontés ne permet pas d'opposer le transfert aux tiers, ce transfert consensuel est des plus incertains faute d'être matérialisé. La nécessité d'une adaptation était ici évidente ; elle s'est faite spontanément : le virement est un procédé scriptural qui échappe aux règles traditionnelles du transfert des créances, un mode de transfert original, extra légal, formaliste, adapté à la nature monétaire du bien à transférer ».

⁵⁷⁶ R. BONHOMME, *op. cit.* n° 323, p. 269. En revanche, il est reconnu un effet au commencement d'exécution que représente la remise du chèque. Effectuée dans les délais impartis, la remise peut permettre au débiteur d'éviter les sanctions de retard : en matière de pénalités fiscales, CE 25 novembre 1968, *JCP* 1970, II, 16337, note COZIAN.

⁵⁷⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1396, p. 744.

⁵⁷⁸ J. MESTRE, note sous Cass. Com. 16 juillet 1979, *D.* 1981, 225, pour qui la subrogation est « un transfert de créance réalisé sur la base d'un paiement ». Dans le même sens, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1395, p. 743 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1361, p. 1409.

a lieu, seule la stipulation de subrogation empêche, par une sorte de fiction⁵⁷⁹, l'extinction de la créance et de ses accessoires et le transfert de ceux-ci au solvens subrogé. D'où l'idée d'une nécessaire concomitance entre la subrogation et le paiement, comme cela se vérifie à la lecture de l'article 1250, 1° du Code civil qui exige que la subrogation soit faite en même temps que le paiement. Pour cette raison, il est considéré que la subrogation ne peut théoriquement ni suivre ni précéder le paiement : un seul et même acte, à double effet, doit lui donner naissance. La jurisprudence rappelle l'exigence de concomitance entre la subrogation et le paiement du *solvens*⁵⁸⁰, de même qu'elle précise que cette concomitance doit être prouvée par le solvens subrogé, ce qui est souverainement apprécié par les juges du fond⁵⁸¹. La règle de la concomitance entre le paiement et la subrogation a pour principale conséquence de faire du premier l'instrument du transfert de la créance sur lequel repose la seconde. Le paiement subrogatoire marque en effet l'instant où s'effectue le transfert de propriété de la créance concernée, ce que souligne la jurisprudence récente⁵⁸². Dès le paiement, la créance est sortie du patrimoine du subrogeant⁵⁸³ et ne peut plus faire l'objet d'une saisie par un créancier de celui-ci⁵⁸⁴. Par le jeu de la subrogation, la créance est ainsi transmise au *solvens* avec tous ses accessoires⁵⁸⁵. Aussi, peut-on estimer que la subrogation personnelle réalise un transfert de propriété *erga omnes* de la créance concernée par l'effet du paiement subrogatoire, c'est à dire par une remise de monnaie scripturale. Le mécanisme du paiement subrogatoire est ainsi doté d'un effet translatif et constitue sous cet angle une exception à la règle du transfert de propriété *solo consensu*.

⁵⁷⁹ En ce sens, AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. III, §321, p. 117.

⁵⁸⁰ Cass. Com., 14 décembre 1965, *Bull. Civ.* III, n° 647, *GP* 1966, 1, 276, *RTD Civ.* 1966, 795, obs. J. CHEVALLIER ; Cass. Civ. 2ème, 8 février 2006, n° 04-18379, *Juris-Data* n° 2006-032063, *Bull. Civ.* II, 2006, n° 46, p. 40, *JCP G* 2006, IV, 1453 : « la subrogation conventionnelle doit être expresse et concomitante au paiement ».

⁵⁸¹ Cass. Civ. 1ère, 12 juillet 2006, n° 04-16916, *Juris-Data* n° 2006-034559, *JCP E* 2006, 2330.

⁵⁸² Cass. Civ. 1ère 11 juin 2008, n° 06-20104, *Bull. Civ.* I, n° 171, *JCP G*, 2008, 2268, *RTD Civ.* 2008, p. 480, obs. FAGES. Est censuré un arrêt qui avait fixé la date de l'effet translatif à la date de la quittance subrogative, qui était antérieure de quelques jours au paiement.

⁵⁸³ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1385, p. 1365.

⁵⁸⁴ Cass. Civ. 1ère 25 janvier 2005, n° 01-21145, *Bull. Civ.* I, n° 50, *JCP G* 2005, IV, 1464.

⁵⁸⁵ En ce sens, Cass. Com. 3 juin 1982, n° 80-15573, *D.* 1982, 481, note A. HONORAT. Une difficulté existe cependant au sujet des intérêts de la créance transmise par la subrogation. Après avoir un temps admis que l'effet translatif du paiement subrogatoire permettait au solvens de bénéficier des intérêts générés par la créance, la Haute Cour a modifié sa position et estime dorénavant que le subrogé n'a droit qu'aux intérêts de retard : « la créance du tiers payeur n'est pas indemnitaire et se limite au paiement d'une certaine somme, qui n'est productive d'intérêt au taux légal qu'à compter du jour de la mise en demeure », Cass. Ass. Plén. 4 mars 2005, n° 02-14316, *Bull. ass.plén.* n°3, *JCP G* 2005, IV, 1812. La solution est critiquée car elle conduit le subrogé à une renégociation des intérêts contractuels avec le débiteur. En ce sens, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1386, p. 1429.

§2) L'effet translatif de l'inscription en compte de la cession de titres financiers

174. La notion de titres financiers, proposée par le Comité de Place⁵⁸⁶ et cernée par la doctrine⁵⁸⁷, a été introduite dans le Code monétaire et financier par l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009⁵⁸⁸. Les titres financiers comprennent notamment les valeurs mobilières⁵⁸⁹. Le régime du transfert de propriété des titres financiers s'entend d'un régime unifié qui repose sur l'inscription en compte⁵⁹⁰. Il représente ainsi une dérogation à la règle du transfert de propriété *solo consensu*, si bien qu'il est intéressant de comprendre ce qui justifie pareille exception. A cette fin, il convient tout d'abord d'exposer les solutions acquises en droit positif (A) avant d'analyser la justification du système ainsi consacré (B).

A) Les solutions acquises en droit positif

175. Le régime des cessions des titres financiers cotés sera en premier lieu abordé car il a été le premier à faire exception à la règle du transfert par l'échange des consentements (1). Ce n'est qu'ultérieurement que le régime des titres non cotés, soumis initialement à la règle du transfert *solo consensu*, a été aligné sur celui des titres cotés (2).

1) L'effet translatif de l'inscription des cessions des titres cotés

176. ***Transfert de propriété par l'inscription au compte-titres de l'acheteur.*** Définis par la loi⁵⁹¹, les titres financiers ont fait l'objet d'un processus de « dématérialisation » par l'effet de l'article 94-II de la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981⁵⁹² et sont représentés par une inscription en compte qui s'est substituée intégralement à la remise du titre papier. Ainsi, admet-on parfois que les titres financiers ne représentent plus des corps certains mais des choses de genre par l'effet de leur dématérialisation. Dès lors, « *juristes et praticiens se sont penchés depuis de nombreuses années sur le problème de la date de*

⁵⁸⁶ Livre blanc du Comité de droit financier, Paris Europlace, Décembre 2003.

⁵⁸⁷ Th. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, 2^{ème} éd., Economica, 2005, n° 84 et s.

⁵⁸⁸ Th. BONNEAU, « L'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », *Droit des sociétés*, Fév. 2009, Etude 3.

⁵⁸⁹ Article L. 228-1 du Code de commerce.

⁵⁹⁰ V. la thèse de J. GRANOTIER, *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, Préface de D. Cohen, 2010, Economica.

⁵⁹¹ V. Art. 211-1 du Code monétaire et financier.

⁵⁹² Sur cette réforme, ROBLOT, « La dématérialisation des valeurs mobilières », brochure ANSA, 1984, n° 185 ; GUYON, « Les aspects juridiques de la dématérialisation des valeurs mobilières », *Rev. Sociétés* 1984, 451.

transfert de propriété des titres »⁵⁹³. Une application stricte de la règle de l'acquisition *solo consensus* du droit de propriété conduit à considérer l'échange des consentements au titre de la perfection du transfert des titres, l'inscription des titres au compte de l'acheteur assurant l'opposabilité aux tiers du transfert de propriété. Cependant, le législateur a opté pour une solution dérogatoire lorsqu'il est question de la cession de titres financiers sur un marché réglementé, où les opérations se dénouent dans le cadre d'un système de règlement-livraison. La particularité de ce système tient à l'intervention d'un dépositaire central⁵⁹⁴ qui enregistre les cessions de titres au nom des teneurs de comptes - le plus souvent des intermédiaires financiers - lesquels les enregistrent au nom de leurs clients. Dans le droit fil de la métamorphose des titres en valeurs scripturale, l'article 10-II de la loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la Banque de France, à l'assurance, au crédit et aux marchés financiers⁵⁹⁵, décida de différer l'acquisition de la propriété au moment de l'inscription au compte de l'acheteur⁵⁹⁶. L'ancien article L. 431-2 alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier disposait ainsi qu'« *en cas de cession sur un marché réglementé de titres inscrits en compte chez l'émetteur ou chez un intermédiaire habilité, le transfert de la propriété de ces titres résulte de leur inscription au compte de l'acheteur, à la date et dans les conditions définies par les règles de place* ». Dans le prolongement de cette évolution, le nouvel article 211-17 du Code monétaire et financier, issu de l'ordonnance du 8 janvier 2009, pose en principe que « *le transfert de propriété des titres financiers résulte de l'inscription de ces titres au compte-titres de l'acquéreur* ». Par conséquent, en présence de titres financiers admis aux opérations d'un dépositaire central ou livré dans un système de règlement et de livraison, le transfert de propriété procède de l'inscription des titres au compte titre de l'acquéreur, chez l'émetteur ou l'intermédiaire financier, à la date et dans les conditions définies par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers⁵⁹⁷. L'utilisation du mot « *résulte* » démontre que l'inscription en compte ne saurait constituer une simple « *condition*

⁵⁹³ B. GIZARD et H. De VAUPLANNE, « Le transfert de propriété des titres cotés », *Banque* n° 546, mars 1994, p. 66.

⁵⁹⁴ Le dépositaire central en France est EUROCLEAR France SA, créé à la suite du rachat de SICOVAM SA par EUROCLEAR le 18 janvier 2001.

⁵⁹⁵ Prenant place à l'article 47 bis de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 et désormais article L. 211-17 issu de l'ordonnance du 8 janvier 2009 du Code monétaire et financier.

⁵⁹⁶ J.-M. DELLECI, « Le nouveau droit de propriété des titres négociés », *JCP E*, 1994, I, 368, p. 305 ; H. CAUSSE, « Cession de titres cotés : une réforme peu justifiée », *MTF* août 1994, p. 33 ; M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE, « Le transfert de propriété des valeurs mobilières cotées a lieu au moment de leur inscription en compte », *RD bancaire et bourse* 1994, p. 38 ; B. GIZARD et H. De VAUPLANE, art. préc., p. 67.

⁵⁹⁷ C'est-à-dire, sauf exception, trois jours de négociation après la date d'exécution des ordres en application des articles 570-1 et 570-2 du Règlement général de l'AMF.

suspensive » du transfert des titres financiers, lequel rétroagirait alors au jour de la convention⁵⁹⁸. Une telle analyse serait artificielle tant l'article L. 211-17 s'entend d'une véritable exception à la règle du transfert de propriété *solo consensu* en raison de l'inadaptation de cette dernière à la matière des cessions de titres financiers⁵⁹⁹. Le transfert de propriété des titres cotés n'intervient ainsi qu'au terme d'une chaîne d'opérations sur le titre concerné comprenant la négociation, la compensation et le règlement livraison par l'inscription au compte de l'acheteur.

177. Cas particulier en présence d'un système de règlement-livraison en continu. Une dérogation au principe du transfert de propriété par l'effet de l'inscription existe lorsque le système de règlement et de livraison assure la livraison des titres financiers en prévoyant un dénouement irrévocable en continu. Le transfert de propriété des titres financiers, en vertu de l'alinéa 3^{ème} de l'article L. 211-17 du Code monétaire et financier, n'intervient alors au profit de l'acquéreur que lorsque celui-ci a réglé le prix. Tant que l'acquéreur n'a pas réglé le prix, « *l'intermédiaire qui a reçu les titres financiers en est le propriétaire* ». La dérogation n'est en réalité que relative à la situation de l'acquéreur. En effet, l'inscription en compte opère un transfert de propriété mais au profit de l'intermédiaire financier, dans l'attente du règlement de l'acquéreur. Consacrant un système de transfert de propriété à double détention, l'alinéa 3^{ème} de l'article L. 211-17 n'en consacre pas moins le rôle substantiel attaché à l'inscription en compte.

178. Faiblesse des arguments défavorables à l'effet translatif de l'inscription. La substantialité du rôle joué par l'inscription est aujourd'hui reconnue⁶⁰⁰, de même que la dérogation apportée à l'article 1138 du Code civil. Cependant, malgré la lettre univoque

⁵⁹⁸ En ce sens, pourtant, L. D'AVOUT, note D. 2010, p. 126, lequel souligne à propos des articles L. 211-15 et L. 211-17 du Code monétaire et financier que « *le droit pose ainsi une condition formelle, impérativement suspensive du transfert de propriété. Mais, il n'exclut pas, semble-t-il, la rétroactivité du transfert, à supposer accomplie la condition suspensive. Surtout et plus fondamentalement, ces textes nouveaux ne s'affirment pas en rupture avec les principes traditionnels du droit civil commun qui sont d'une part ceux du droit des biens et d'autre part ceux du droit de la preuve* ». L'auteur mentionne également l'article L. 228-10 du Code monétaire et financier, applicable aux titres non cotés, qui énonce que « *l'inscription au compte de l'acheteur est faite à la date fixée par l'accord des parties et notifiée à la société émettrice* ». Pourtant, loin de s'inscrire dans le consensualisme le plus pur, cette disposition ne doit pas permettre aux parties de fixer une date d'inscription en compte qui soit antérieure à la notification auprès de la société émettrice. V. *infra* n° 184.

⁵⁹⁹ V. *infra* n° 186 et s.

⁶⁰⁰ La doctrine est majoritairement fixée dans le sens d'une substantialité de l'inscription : J.-M. DELLECI, art. préc., n° 22, p. 308 ; B. GIZARD et H. De VAUPLANNE, art. préc., p. 67 ; Th. BONNEAU et F. DRUMMOND, *op. cit.*, n° 664, p. 533 ; F. NIZARD, *Les titres négociables*, Préface H. Synvet, Revue banque édition et Economica, 2003, n° 578, p. 248, où il est évoqué le rôle « *primordial* » de l'inscription ; G. COSCAS, *Mémento des marchés monétaires et financiers*, éd. SEFI, Col. Banque et stratégie, éd. 2003, p. 197 ; Ch. De WATRIGANT, *Juris Classeur Sociétés*, Fasc. 2116, « Transfert de propriété des titres cotés », éd. 2010, n° 116.

de la disposition, une fraction minoritaire de la doctrine chercha à remettre en cause cette solution en 1994⁶⁰¹ sur la base de trois griefs, peu convaincants. Le premier, reposant sur une absence d'incorporation du droit à l'inscription en compte, apparaît à ce jour suranné, tant la théorie de l'incorporation est fragilisée, et inexact : ce n'est pas parce qu'un droit n'est pas incorporé dans un titre que son acquisition ne peut être tributaire de son inscription en compte⁶⁰². Le second se prévaut de ce que l'article L. 211-17 du Code monétaire et financier ne vise pas tant à déplacer le moment du transfert de propriété à la passation de l'écriture en compte de l'acquéreur que d'adapter le droit à la technique des marchés boursiers, ce à quoi il est possible de rétorquer que le système n'en consacre pas moins un retard du transfert de propriété⁶⁰³. Le troisième argument excipait de ce que le transfert de propriété était résolu de plein droit à défaut de livraison, en application de l'ancien alinéa 2^{ème} de l'article L. 431-2, selon lequel « *si le compte de titres de l'intermédiaire habilité de l'acheteur n'a pas été crédité des titres dont il s'agit à la date et dans les conditions résultant des règles de place, le transfert est résolu de plein droit, nonobstant toute disposition législative contraire, sans préjudice des recours de l'acheteur* ». Sur la base de cet alinéa, il était alors soutenu qu'il aurait été « *illogique de reconnaître à l'inscription une force particulière alors que dans le même temps, elle pouvait être contre-passée* »⁶⁰⁴. En d'autres termes, la fragilisation dont fait l'objet le droit de propriété en raison de la possibilité d'une résolution de plein droit fait en sorte que ce dernier ne peut être attribué par l'inscription. L'objection occulte cependant deux paramètres. Tout d'abord, peut-on remarquer qu'elle a vocation à s'appliquer dans l'hypothèse d'une acquisition *solo consensus* puisque la propriété, acquise par l'échange des consentements, peut pareillement subir l'effet d'une résolution. Ensuite, l'analyse méconnaît la règle selon laquelle le contrat produit ses effets « *pendente conditione* »⁶⁰⁵. La propriété peut, donc parfaitement être acquise par l'inscription en compte, acquisition disparaissant cependant rétroactivement en cas de défaut de livraison. En tout état de cause, l'argument tiré de la résolution du transfert a clairement perdu sa consistance

⁶⁰¹ Ph. GOUTAY, « La dématérialisation des valeurs mobilières », *Bull. Joly* 1999, p. 415.

⁶⁰² A l'image des solutions positives dégagées en matière de cession de créances professionnelles Dailly. Sur ce point, v. *supra* n° 114.

⁶⁰³ Adde. J. PRIEUR et A. BIENVENU-PERROT, « Le transfert de propriété dans les cessions d'instruments financiers », *Droit et patrimoine*, mai 2000, p. 79 et s., spéc. p. 81, selon lesquels « *un système de droit cohérent ne doit pas s'adapter à une technique professionnelle particulière sous peine de devenir une simple réglementation* ».

⁶⁰⁴ Ph. GOUTAY, *Ibid.*

⁶⁰⁵ En ce sens, J. PRIEUR et A. BIENVENU-PERROT, *Ibid.*

depuis que l'ordonnance du 8 janvier 2009 a supprimé l'alinéa 2^{ème} de l'ancien article L. 431-2 du Code monétaire et financier.

179. *Domaine de la dérogation au transfert solo consensu.* La dérogation au transfert *solo consensu* que représente l'article L. 211-17 du Code de commerce reste cependant encadrée par le domaine même de la disposition, restreint aux titres financiers. Ces titres doivent par ailleurs faire l'objet d'une inscription en compte de l'acheteur, dont les modalités sont définies par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Enfin, l'article L. 211-17 a vocation à régir uniquement les cessions de titres sur un « *marché réglementé* ». Enfin, cette disposition concerne tant les titres cotés sur un marché réglementé, qui représentent la dérogation initiale au transfert de propriété *solo consensu* à travers la loi du 31 décembre 1993, que les titres assimilés à des titres cotés, c'est-à-dire non admis à la négociation en bourse mais inscrits en compte auprès d'un intermédiaire habilité participant à un système de règlement-livraison⁶⁰⁶. La seule exception concerne le cas de figure où le système de règlement-livraison assure la livraison des instruments financiers en continu⁶⁰⁷. Même si son domaine est précisément délimité, la dérogation apportée à la règle de l'article 1138 du Code civil par l'article 211-17 du Code monétaire et financier s'entend d'une exception notable au principe de l'acquisition *solo consensu* de la propriété, laquelle, loin d'être cantonnée, a été ultérieurement étendue aux titres non cotés avec quelques spécificités.

2) L'effet translatif de l'inscription des cessions de titres non cotés

180. *Effet translatif de l'inscription au compte de l'acheteur.* L'ordonnance du 24 juin 2004, portant réforme des valeurs mobilières⁶⁰⁸, a tenté d'unifier le régime juridique du transfert de propriété des titres cotés et non cotés. Sur la modèle du transfert de propriété des valeurs mobilières cotées, un régime particulier est dorénavant prévu pour les titres non cotés dérogeant également au transfert de propriété *solo consensu* jusque là applicable, qui avait pour conséquence d'assimiler l'inscription en compte à un instrument

⁶⁰⁶ Depuis l'ordonnance n°2005-303 du 31 mars 2005 portant simplification des règles de transfert des instruments financiers admis aux opérations d'un dépositaire central ou livré dans un système de règlement et de livraison. V. Th. BONNEAU, « Réforme opérée par l'ordonnance du 31 mars 2005 », *Droit des sociétés*, 7 juillet 2005, comm. 142.

⁶⁰⁷ Art. L. 211-17 alinéa 3^{ème} du Code monétaire et financier.

⁶⁰⁸ G. NOTTE, « Valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales (ord. n° 2004-604 du 24 juin 2004) », *JCP E*, 2004, Act. 153 ; H. De VAUPLANNE, « Transfert de propriété des titres non cotés : la réforme dévoyée », *Banque* Juin 2007, n° 692, p. 81 et s.

d'opposabilité et de preuve du transfert de propriété⁶⁰⁹. A présent, le transfert de propriété des valeurs mobilières résulte généralement de leur inscription au compte de l'acheteur. En effet, l'article 228-1 alinéa 9 du Code de commerce prévoit que « *le transfert de propriété résulte de l'inscription des valeurs mobilières au compte de l'acheteur* ». Cependant, cette disposition, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 juin 2004, prévoyait que le transfert de propriété devait s'effectuer dans des conditions qui devaient être fixées en Conseil d'état. Le décret s'est fait attendre pendant plus de deux ans et est intervenu le 11 décembre 2006⁶¹⁰. Ce décret précise l'article 228-1 alinéa 9^{ème} à travers un article R. 228- 10 du Code de commerce, lequel prévoit que « *pour l'application de la dernière phrase de l'alinéa 9^{ème} de l'article L. 228-1 du Code de commerce, l'inscription au compte de l'acheteur est faite à la date fixée par l'accord des parties et notifiée à la société émettrice* »⁶¹¹.

181. Rôle de la volonté des parties dans la fixation de la date de l'inscription. Si l'inscription joue un rôle central dans le transfert de propriété des titres non cotés, sa portée peut sembler restreinte par la volonté des parties, lesquelles conservent en la matière une maîtrise de la détermination de la date de l'inscription en compte. La raison d'être de la latitude offerte aux parties se justifie par le souci louable d'éviter de subordonner le transfert de propriété des titres non cotés à la seule diligence de la société émettrice à qui il appartient d'inscrire la cession au compte de l'acheteur⁶¹².

182. Le rôle ainsi conservé par la volonté des parties dans le transfert de propriété des titres non cotés marque chez certains auteurs le retour du consensualisme dans les cessions de

⁶⁰⁹ La Cour de cassation indiquait que l'inscription en compte établissait une présomption de propriété : Cass. Com., 22 novembre 1988, n° 86-18152, *Bull. Joly* 1989, p. 84 ; Cass. Com., 23 novembre 1993, n° 91-19409, *Bull. Civ.*, IV, n° 431, *JCP G* 1994, IV, 293, *Bull. Joly* 1994, p. 93, note D. LEPELTIER, *Dr. sociétés* 1994, comm. 41, obs. H. HOVASSE ; Cass. Com., 10 juin 1997, n° 95-16235, *Bull. Civ.*, IV, n° 186, *JCP G* 1997, IV 1680, *Bull. Joly* 1997, p. 859, note J.-J. DAIGRE, *Dr. sociétés* 1997, comm. 134, note H. HOVASSE ; Cass. Com., 22 octobre 2002, n° 98-22772, *D.* 2003, somm. p. 1225, note A. REYGROBELLET, *Bull. Joly* 2003, p. 50, note H. LE NABASQUE.

⁶¹⁰ H. LE NABASQUE, « Date du transfert de propriété en cas de cession « non cotées », *Revue de droit bancaire et financier*, Janvier 2007, p. 39 ; F. ROUSSEL et Ch. VERNIERES, « Le transfert de propriété des valeurs mobilières non cotées », *JCP éd E*, 2007, p. 1840.

⁶¹¹ Ainsi que l'avait suggéré l'ANSA dans une lettre adressée à la Chancellerie le 16 décembre 2005, broch. ANSA, n° 196/2005, p. 151.

⁶¹² V. la correspondance de l'ANSA du 16 décembre 2005, broch. 196/2005, p. 151. Cette solution permet ainsi aux parties de conserver la maîtrise du processus d'abattement fiscal annuel pour lequel le transfert de propriété des titres doit intervenir avant le 31 décembre de l'année concernée.

titres financiers⁶¹³. Cette interprétation de l'article R. 228-10 du Code de commerce conduit à subordonner la perfection du transfert de propriété des titres non cotés à la date d'inscription choisie par les parties, indépendamment de l'inscription « effective » de la cession au compte de l'acquéreur⁶¹⁴. En la matière, l'inscription subjective serait ainsi préférée à l'inscription comptable ou objective au compte de l'acheteur.

183. Au contraire, d'autres commentateurs du décret du 11 décembre 2006 avancent une lecture différente de l'article R. 228-10 et estiment que « *l'inscription en compte est plus que jamais le pivot de la transmission des valeurs mobilières* »⁶¹⁵. Selon cette analyse des textes, la liberté des parties dans la fixation de la date de l'inscription au compte de l'acheteur n'est pas totale et une date d'inscription en compte antérieure à celle de la convention ou de la notification à la société émettrice ne peut être retenue⁶¹⁶. Seule l'inscription effective de la cession par la société émettrice au compte de l'acheteur doit marquer le moment où l'acheteur acquiert la propriété des titres ainsi que la qualité d'associé. Dès lors, la perspective d'une inscription subjective, indépendante de l'inscription comptable, n'est pas concevable⁶¹⁷. Il est vrai qu'un raisonnement purement consensualiste n'est pas conforme à l'esprit du décret du 11 décembre 2006 dont le but est manifestement d'unifier le régime juridique du transfert de propriété des titres cotés et non cotés en faisant de l'inscription au compte de l'acheteur l'élément substantiel de ce transfert : l'objectif du législateur ne serait pas atteint si les parties conservaient la possibilité de fixer une date d'inscription en compte pouvant coïncider avec l'accord des volontés⁶¹⁸, situation qui reconduirait les solutions dégagées antérieurement à 2006 pour les titres cotés, qui faisaient purement et simplement application du transfert de propriété *solo consensu*.

⁶¹³ H. LE NABASQUE, art. préc., pour qui la latitude laissée aux parties peut « *impliquer une certaine rétroactivité puisque rien n'interdit, à la lecture du texte, de convenir que l'inscription en compte devra intervenir, selon le procédé de la date de valeur, à une date antérieure à celle de l'émission de l'ordre de virement soit, par exemple, à la date à laquelle les parties se sont entendues sur la chose et le prix (c'est dans cette occurrence que la clause renouera le plus évidemment avec le mécanisme de l'article 1583 du Code civil)*... ».

⁶¹⁴ En ce sens, Ch. De WATRIGANT, *op. cit.*, n° 14, selon lequel « *en laissant aux parties le soin de fixer le moment de l'inscription en compte, le décret du 11 décembre 2006 s'inscrit dans une logique aux termes de laquelle il faudrait de nouveau distinguer le transfert de propriété entre les parties, de l'opposabilité du dudit transfert aux tiers* ».

⁶¹⁵ F. ROUSSEL et Ch. VERNIERES, art. préc., n° 13.

⁶¹⁶ En ce sens J. GRANOTIER, *op. cit.*, n°468-473, p. 256-259.

⁶¹⁷ J. GRANOTIER, *op. cit.*, n° 472, p. 258 : « *il ne peut à notre sens être créé deux notions distinctes d'inscription en compte. L'inscription en compte dont il est fait mention tant à l'article L. 211-17 du Code monétaire et financier qu'à l'article L. 228-1 alinéa 9 du Code de commerce est l'inscription matérielle prise chez l'émetteur ou l'intermédiaire teneur de compte...* ».

⁶¹⁸ En ce sens, J. GRANOTIER, *op. cit.*, n° 465, p. 255 ; H. HOVASSE, « *Fonction de l'inscription en compte de valeurs mobilières* », *Droit des sociétés*, avril 2008, comm. 79.

184. Cependant, on ne peut nier que l'objectif du législateur est de permettre aux parties de conserver une nécessaire maîtrise sur le processus de l'inscription en compte afin d'éviter qu'il ne dépende exclusivement de la société émettrice⁶¹⁹. C'est la raison pour laquelle il convient plutôt d'admettre que si les parties ne peuvent prévoir, dans le cadre de l'application de l'article R. 228-10 du Code de commerce, une date d'inscription au compte de l'acheteur anticipant ou coïncidant avec la convention de cession, elles peuvent parfaitement prévoir une date d'inscription concomitante à la notification à la société émettrice, différente de l'inscription comptable à l'initiative de cette dernière. A défaut d'inscription réelle, l'essentiel est que la société soit « saisie » du transfert de titres financiers par voie de notification⁶²⁰. Cette perspective maintient l'idée d'une inscription distincte de l'inscription comptable, s'assimilant à la tradition requise par le transfert de propriété⁶²¹. Si retour au consensualisme il y a, avec le décret du 11 décembre 2006, force est d'admettre qu'il s'agit donc d'un retour imparfait⁶²². En théorie comme en pratique⁶²³, le transfert de propriété des titres non cotés demeure ainsi fonction de l'accomplissement de la formalité de l'inscription au compte de l'acheteur auprès de la société émettrice.

B) La justification des solutions positives

185. L'inadaptation du transfert *solo consensu* aux marchés réglementés a initialement conduit à l'adoption d'une solution dérogatoire au schéma du transfert *solo consensu*. Cependant, cette solution a été ultérieurement étendue aux titres non cotés, signe de ce qu'en la matière le transfert des titres financiers nécessite au titre de sa perfection une association des « tiers », à travers le marché réglementé ou bien la société émettrice (1).

⁶¹⁹ Malgré qu'il soit favorable à l'effet translatif de l'inscription comptable des titres, M. GRANOTIER, *op. cit.*, n° 473, p. 259, regrette que cette solution ne permette pas aux parties de conserver la maîtrise du processus d'inscription : « il est difficilement concevable en effet de priver les parties contractantes du pouvoir de déterminer librement la date du transfert de propriété des titres, pour attribuer ce pouvoir à l'émetteur ».

⁶²⁰ La société émettrice ne peut ainsi se faire juge de la cession et par exemple retarder l'inscription au motif d'une éventuelle irrégularité. En ce sens, Cass. Civ. 3^{ème} 16 septembre 2008, n° 07-17892.

⁶²¹ *Contra*. J. GRANOTIER, *op. cit.*, n°470, p. 257, pour lequel l'inscription qui ne correspond pas à une inscription comptable ne représente pas une tradition car elle ne met pas le cessionnaire en « possession réelle » des titres.

⁶²² En ce sens, Ch. De WATRIGANT, *op. cit.*, n° 14.

⁶²³ Pour Ch. De WATRIGANT, *op. cit.*, n° 14, l'inscription en compte s'effectue rarement dans les PME dès la réception de l'ordre de virement, d'où un risque que la société émettrice n'inscrive pas le transfert à la date notifiée par les parties : « Se pose alors la question de la véritable date de transfert de propriété : quelle est celle à retenir, la date voulue par les parties ou la date du jour de l'inscription en compte ? Faudra-t-il revenir à une distinction entre date du transfert de propriété (date voulue par les parties) et celle de son opposabilité (date de l'inscription en compte) ? L'harmonisation souhaitée par la réforme s'y oppose. Il faudrait alors en déduire logiquement que, dans une telle hypothèse, le transfert de propriété ne résulterait que de l'inscription en compte ».

Le procédé ainsi requis s'entend ainsi d'une véritable tradition des cessions de titres financiers (2).

1) Inadaptation du transfert *solo consensu* à la matière des titres financiers

186. Inadaptation avec le système de règlement-livraison. La réforme du 31 décembre 1993 a vu le jour face au constat de l'inadaptation de la règle de l'article 1138 du Code civil au jeu du marché réglementé⁶²⁴. L'application initiale du transfert de propriété *solo consensu* à la matière, avant que la loi n'y déroge, nécessita en pratique un ajustement. En effet, les mouvements de valeurs mobilières marquent l'intervention d'un processus à deux niveaux : mouvements des comptes des intermédiaires habilités chez Euroclear France et mouvements corrélatifs de ceux des clients chez les intermédiaires concernés. Plus précisément, le fonctionnement normal du système de règlement-livraison postule que les comptes chez Euroclear France soient mouvementés avant même ceux des clients auprès des intermédiaires habilités puisque ces derniers ne représentent en principe que la régularisation consécutive au phénomène de compensation se produisant chez le dépositaire central. L'usage strict de la règle prévue à l'article 1138 du Code civil bouleversa ce schéma. Comme l'acheteur était réputé propriétaire des titres cédés dès la négociation⁶²⁵, les intermédiaires se sont efforcés de régulariser les opérations concernées auprès de leurs livres. Il s'ensuivit une pratique selon laquelle ce sont en premier lieu les inscriptions de débit ou de crédit, selon qu'elles intéressent le vendeur ou l'acheteur, qui sont enregistrées aux comptes en dernier, généralement dans les heures qui suivent les négociations au comptant ou bien le dernier jour du mois pour celles effectuées sur le marché à règlement mensuel⁶²⁶. Les comptes dans les livres d'Euroclear France des intermédiaires habilités furent, quant à eux, régularisés *a posteriori*⁶²⁷. L'application de l'acquisition *solo consensu* de la propriété des titres soulève ainsi une difficulté d'ordre technique tenant à « l'absence de concomitance entre le traitement des mouvements de titres et d'espèces aux comptes Sicovam des intermédiaires habilités et celui des

⁶²⁴ En ce sens, J. MESTRE, Ch. BLANCHARD-SEBASTIEN, *Lamy Sociétés commerciales*, avec la collaboration de D. VELLARDOCCIO, 1999, n° 3915, p. 1752, pour qui la règle nouvelle tient compte « des difficultés qu'il y avait à appliquer le transfert de propriété *solo consensu* sur le marché à règlement mensuel et même sur le marché au comptant ».

⁶²⁵ J.-M. DELLECI, art. préc., n° 8, p. 306.

⁶²⁶ J.-M. DELLECI, *Ibid.*

⁶²⁷ J.-M. DELLECI, *Ibid.* ; G. COSCAS, *op. cit.*, p. 197 ; B. GIZARD et H. De VAUPLANNE, art. préc., p. 73, indiquant que pareil décalage est nécessaire pour « permettre aux intermédiaires vendeurs qui ne seraient pas en mesure de livrer dans des délais normaux de régulariser leur situation ».

inscriptions corrélatives aux comptes de leur clients donneurs d'ordres »⁶²⁸. Elle perturbe le jeu naturel du marché réglementé car les intermédiaires habilités sont contraints d'anticiper dans leurs livres les opérations avant même que celles-ci ne s'opèrent au sein de leurs comptes chez Euroclear France.

187. Une seconde critique fut mise en évidence par les travaux de la commission Cotte qui se pencha sur les difficultés rencontrées lors du transfert de propriété des titres cotés⁶²⁹ et qui inspira largement la loi du 31 décembre 1993. Partant de ce que le marché mensuel nécessite que les livraisons de titres interviennent en fin de mois, il fut objecté au transfert consensuel de propriété que la période s'étendant des négociations jusqu'à la date de livraison était emprunte d'une grande incertitude⁶³⁰ tant le vendeur, bien que n'étant juridiquement plus propriétaire des titres, était tout de même réputé, à l'égard des tiers, en avoir conservé la propriété⁶³¹. Corrélativement, l'acheteur, propriétaire dès les négociations, ne l'était véritablement qu'en fin de mois, avec l'inscription en compte et l'opposabilité de son droit aux tiers. Malgré les réticences de certains auteurs⁶³², cet état des choses était inapproprié au marché réglementé car l'application du transfert *solo consensu* générait artificiellement une certaine « *inflation* » dans la mesure où l'acquéreur des titres pouvait les revendre immédiatement, avant même d'avoir été livré, et ainsi de suite, de sorte qu'il en résultait un accroissement artificiel du volume des titres inscrits en compte⁶³³. Ainsi, c'est à compter de l'inscription en compte de l'acheteur que la pratique situa le moment du transfert de propriété des titres au profit du cessionnaire.

⁶²⁸ J.-M. DELLECI, *Ibid.* Dans le même sens, B. GIZARD et H. De VAUPLANNE, art. préc., p. 66 ; P. De LAPASSE, art. préc., p. 19 ; Th. BONNEAU et F. DRUMMOND, *op. cit.*, n° 662, p. 532. *Adde* A.-V. LE FUR, « La protection de l'investisseur par le droit des biens, la notion de bien financier », *RD bancaire et financier* Novembre 2010, Etude 32, n°17 : « *il y avait alors un flou juridique, source d'insécurité, entre la date du transfert de propriété - transfert inter partes - et la date d'inscription en compte - transfert opposable aux tiers. L'adaptation du droit des biens à l'immatérialité du titre financier, par le refus d'une dissociation du transfert de propriété - une seule date importe aujourd'hui, celle de l'inscription en compte - participe indiscutablement de la sécurité du titre financier* ».

⁶²⁹ Cette commission, présidée par Y. COTTE, réunit des juristes et des praticiens représentants de la Chancellerie, du Trésor, de la COB, des intermédiaires financiers et des émetteurs. Un rapport fut notamment présenté en 1992 au conseil des bourses de valeurs par le groupe de travail ainsi constitué sur le thème « *Négociation de valeurs mobilières et transfert de propriété* », décembre 1992, p. 7 à 10.

⁶³⁰ En ce sens, J.-M. DELLECI, art. préc., n° 23, p.308 ; P. De LAPASSE, art. préc., p. 19.

⁶³¹ Th. BONNEAU et F. DRUMMOND, *op. cit.*, n° 662, p. 532.

⁶³² F. NIZARD, *op. cit.*, n° 576, p. 248, semble estimer que différer le moment du transfert de propriété entre cédant et cessionnaire n'était point utile. En effet, partant de ce que le rapport Cotte fonde sa conviction sur un arrêt où l'on s'interrogea sur la qualité d'actionnaire d'une société ayant acquis des titres non inscrits en compte, il en déduit qu'il ne s'agissait que d'un simple problème d'opposabilité, et que la jurisprudence habituelle de la Cour de cassation aurait conduit « *au même résultat* ».

⁶³³ B. GIZARD et H. DE VAUPLANE, *Ibid.* ; M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE, art. préc., n° 41, p. 39 ; Th. BONNEAU et F. DRUMMOND, *op. cit.*, n° 662, p. 532 ; J. MESTRE, Ch. BLANCHARD-SEBASTIEN et D. VELARDOCCIO, *Ibid.*

188. Nécessité d'associer le « marché » au transfert de propriété des titres cotés. En définitive, c'est l'abstraction caractérisant l'acquisition consensuelle de la propriété qui est pointée du doigt. Le contexte du marché réglementé représente alors un parfait révélateur des insuffisances de cette règle. Une distorsion entre droit de propriété et son opposabilité aux tiers est impraticable en pareilles circonstances tant le fonctionnement du marché réglementé repose sur l'intermédiation et la compensation. Les tiers, notamment les intermédiaires habilités et Euroclear France, y prennent une importance considérable si bien que « *cédant et cessionnaire contractent en réalité non avec une personne précise, mais avec le marché* »⁶³⁴. Telle fut la justification de l'adoption d'un transfert de propriété par l'inscription en compte⁶³⁵. Ainsi, la règle du transfert de propriété des titres cotés par l'inscription en compte de l'acheteur ne s'explique pas par l'immatérialité des biens concernés⁶³⁶. Elle s'explique par la nécessité d'associer les tiers au processus translatif afin de subordonner ce transfert à l'accomplissement d'un procédé rendant incontestable le moment de l'acquisition de la propriété des titres. La « matérialité » de l'inscription au compte de l'acheteur auprès de l'intermédiaire représente ainsi le procédé le plus fiable et le plus approprié aux exigences des marchés réglementés. Ce constat se vérifie également en matière de transfert des titres non cotés.

189. Nécessité d'associer la société émettrice au transfert de propriété des titres non cotés. Le cas des cessions de titres non cotés est différent. Si l'inscription en compte conserve un rôle substantiel dans le processus du transfert de propriété, le mécanisme translatif accorde une place importante à la notification de la date d'inscription choisie par les parties auprès de la société émettrice. La date de l'inscription au compte de l'acheteur peut ainsi différer de date de l'inscription comptable⁶³⁷ et il importe de souligner que, dans cette perspective, le transfert de propriété repose essentiellement sur la notification effectuée auprès de la société émettrice des titres. La dématérialisation de l'inscription en

⁶³⁴ H. Le NABASQUE et A. REYGROBELLET, « L'inscription en compte des valeurs mobilières, la transmission des valeurs mobilières et l'inscription en compte », *Rev. dr. bancaire et financier*, n° 4, juillet/août 2000, n° 23, p. 265.

⁶³⁵ J.-M. DELLECI, art. préc., n° 23, p. 308 : « *sur un marché réglementé dont la particularité est de permettre aux volontés de l'acquéreur et du vendeur de se confronter et de se réunir, par intermédiaires habilités interposés, ...sans que les parties à cette transaction aient jamais, sauf accident, à se connaître, la validité de cette opération est subordonnée à l'inscription des titres acquis au compte du cessionnaire. Cette formalité, ainsi devenue substantielle, se voit investie d'une force probante, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers, dont les effets juridiques sont considérables* ».

⁶³⁶ Contra. Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 458, p. 294 : « *Cette formalité de l'inscription n'a pas pour effet de donner un corps aux valeurs mobilières et semble donc neutre au regard de leur qualification juridique. En conséquence, il est possible d'affirmer que la modalité de l'inscription en compte concerne principalement les biens incorporels* ».

⁶³⁷ V. *supra* n° 184.

compte, par l'effet du décret du 11 décembre 2006, est en réalité remplacée par une notification auprès de la société émettrice et donc auprès de la collectivité de ses associés. Si, sur un plan théorique, l'inscription en compte demeure l'élément substantiel du transfert de propriété, sur un plan pratique la notification de la date de l'inscription en compte à la société émettrice conditionne le processus translatif. La solution est en phase avec l'idée selon laquelle l'acheteur est réputé acquérir la qualité d'associé lorsque la société émettrice à connaissance de la cession⁶³⁸.

2) L'inscription en compte, une tradition des titres financiers à l'acheteur

190. Deux analyses ont été proposées en doctrine afin de justifier l'effet constitutif dont fait état l'inscription de la cession de titres au compte de l'acheteur, qu'il s'agisse de titres cotés ou non. Selon la première, l'inscription participe de la conclusion d'un contrat solennel de cession de titres financiers, tandis que la seconde l'appréhende comme un procédé d'individualisation des titres financiers perçus en tant que choses de genre.

191. *Condition de formation du contrat de cession de titres financiers.* Une première analyse est d'estimer que l'inscription en compte participe de la formation du contrat de cession de titres. Solennel, le contrat ne serait ainsi valable qu'à cette stricte condition qui représenterait la raison d'être des solutions positives. Cette position n'est, à juste titre, pas relayée en doctrine⁶³⁹. Certes, la théorie de l'acte solennel existe, mais là n'est pas le but recherché par le législateur en matière de cession de titres cotés sur marché réglementé. Il n'est jamais affirmé que le contrat naisse de l'accomplissement de l'inscription en compte. L'acte juridique se forme par rencontre des volontés, sans que l'inscription en compte n'influe. Seul le transfert de propriété se trouve retardé à défaut d'inscription en compte⁶⁴⁰.

192. *Instrument d'individualisation des titres financiers.* Devant ce constat, une autre idée fut d'estimer que l'inscription en compte ne représente pas autre chose qu'une manifestation des règles applicables au transfert de propriété de choses de genre lequel est

⁶³⁸ V. *infra* n° 253 et s.

⁶³⁹ V. les propos de Th. BONNEAU et F. DRUMMOND, *op. cit.*, n° 666, p. 535 ; J. PRIEUR et A. BIENVE-NU-PERROT, art. préc. p. 85.

⁶⁴⁰ Th. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Ibid.*

subordonné à l'individualisation de ces dernières⁶⁴¹. En d'autres termes, la solution du droit positif en matière de cession de titres financiers serait une application de la dérogation classiquement apportée à la règle du transfert de propriété *solo consensu*, qui serait applicable en raison de la dématérialisation dont ont fait l'objet les titres financiers. Cependant, cette thèse n'a pas été consacrée en jurisprudence⁶⁴². En outre, l'analyse est affaiblie par l'idée selon laquelle les instruments vendus font d'ores et déjà l'objet d'une individualisation au compte du vendeur⁶⁴³. Individualisés dès leur inscription en compte, ils le demeurent lorsqu'ils sont cédés, ce qui rend difficile l'appréhension de l'inscription en tant qu'instrument d'individualisation.

193. Tradition des titres financiers. Il semble préférable de voir dans l'inscription au compte de l'acheteur une tradition des titres financiers, qu'ils soient cotés ou non. Certains auteurs rapprochent ainsi l'inscription au compte de l'acheteur d'une véritable tradition des titres⁶⁴⁴ dotée d'un effet translatif de propriété⁶⁴⁵. La question est alors de savoir s'il s'agit d'une tradition matérielle ou d'une tradition « dématérialisée », ce qui concerne la nature même de l'inscription. La dématérialisation des valeurs mobilières opérée par la loi du 30 décembre 1981 a ruiné l'idée jusque là admise selon laquelle le droit s'incorporait au titre. La tradition matérielle du titre-papier permettait jusque là à l'acheteur d'acquérir le droit. Corrélativement, ce dernier pouvait exciper de l'article 2276 du Code civil. Ce raisonnement ne paraît plus tenable depuis la dématérialisation des valeurs mobilières opérée par la loi de 1981, qui a substitué l'inscription en compte à la remise du titre-papier. En effet, s'il a pu être affirmé en doctrine que cette scripturalisation des titres revêt un aspect corporel ne condamnant pas l'application de la théorie de l'incorporation⁶⁴⁶, on peut difficilement nier le processus de dématérialisation des titres intervenu à travers la loi du 30 décembre 1981. Dans cette perspective, l'inscription en compte ne s'assimile pas à

⁶⁴¹ En ce sens, C. LASSALAS, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, LGDJ, 1997, n° 723, p. 243.

⁶⁴² Ch. De WATRIGANT, *op. cit.*, n°5.

⁶⁴³ En ce sens, Th. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Ibid.*

⁶⁴⁴ Selon J. PRIEUR et A. BIENVENU-PERROT, art. préc, p. 85, « l'équivalent de l'ancienne tradition des titres est le transfert de compte à compte » ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 180, p. 287, note 4, relevant que l'inscription représente « une forme de tradition ».

⁶⁴⁵ J. PRIEUR et A. BIENVENU-PERROT, *Ibid.* : « l'inscription en compte est nécessaire pour donner une matérialité aux instruments financiers, ce qui condamne ipso facto un transfert de propriété *solo consensu* selon le droit de la vente ».

⁶⁴⁶ MARTIN, « Du titre et de la négociabilité », *D.* 1993, Chron. p. 20 et s. *Adde*, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.* 1996, p. 47 et s.

une prise de possession⁶⁴⁷. Elle représente un instrument de révélation de l'opération translatrice⁶⁴⁸. L'inscription s'assimile à un procédé d'extériorisation du transfert de propriété, c'est-à-dire une tradition « dématérialisée ». Cette analyse permet au demeurant d'expliquer la solution retenue en matière de cession de titres non cotés où l'inscription repose, au-delà de l'inscription comptable, sur la notification de la cession à la société émettrice : indépendamment d'une prise de possession, l'inscription effective de l'opération extériorise la cession des titres concernés auprès de la société émettrice.

194. La cession des titres financiers déroge ainsi à la règle du transfert de propriété *solo consensu*. En présence d'une telle opération, l'inscription en compte, à l'instar d'un paiement par virement, s'assimile à une tradition des biens concernés adaptée à la nature incorporelle de ces derniers. Extériorisant l'opération translatrice, l'inscription en compte est ainsi en relation directe avec l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété. Elle est, en conséquence, dotée d'un effet constitutif de droit. *De lege feranda*, le même effet doit ainsi être reconnu aux autres formes de tradition du bien que constituent la publicité légale et la signification de l'opération translatrice.

Section 2^{ème} De lege feranda, le transfert de propriété par la publicité légale ou la signification

195. L'idée d'un transfert de propriété s'opérant généralement par l'effet de la remise dématérialisée doit être à présent évoquée, afin de parvenir à un mécanisme translatif correspondant à l'absolutisme du droit de propriété. Sur la base des manifestations positives du transfert de propriété par la remise dématérialisée que représente l'inscription en compte, seront ainsi évoqués *de lege feranda* l'effet translatif de la publicité légale (§1), où l'inscription sur registre est dotée d'un effet substantiel, ainsi que celui de la signification de l'opération translatrice (§2).

⁶⁴⁷ En ce sens, W. DROSS, *op. cit.*, n° 504-2, p. 929 pour qui « *il est inutile de vouloir à toute force retrouver derrière elle (l'inscription) une forme de possession* ». *Contra*, dans le sens d'une assimilation de l'inscription en compte à l'effet publicitaire de la possession matérielle, J. GRANOTIER, *op. cit.*, n° 410 et s., spéc. n° 414, selon lequel « *il est possible d'affirmer que la possession des valeurs mobilières se dédouble, l'effet publicitaire résultant de l'inscription en compte constituant le corpus de la possession juridique, le contrôle des titres constituant pour sa part le corpus de la possession réelle* ».

⁶⁴⁸ F. DANOS, *op. cit.*, n° 398, p. 441 : « *l'inscription en compte est par nature un mode de publicité qui extériorise le rapport d'appropriation des valeurs mobilières correspondantes au profit d'un sujet déterminé. L'inscription en compte traduit ostensiblement l'affectation d'une certaine quantité de valeurs mobilières au titulaire du compte ouvert dans les livres de la société émettrice dans lequel aura été effectué cette inscription pour un nombre déterminé de titres* ». Dans le même sens, W. DROSS, *op. cit.*, n° 504-2, p. 929 : « *l'inscription n'est rien d'autre que la publicité de la qualité d'associé, si bien qu'il est singulier de vouloir à tout prix qualifier l'inscription de mise en possession d'un bien incorporel...* ».

§1) L'effet translatif de la publicité légale de l'opération translatrice

196. L'examen du mécanisme de la publicité légale montre qu'elle représente l'expression du transfert d'un bien, à l'instar de la tradition (A). Elle est ainsi logiquement en relation exclusive avec l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété, ce qui doit conduire à constater *de lege feranda* un effet translatif à l'inscription sur registre, afin de préserver l'absoluité du droit de propriété (B).

A) La publicité légale, expression du transfert d'un bien auprès du public

197. La publicité légale représente par essence un instrument d'information du public (1), dont l'extériorité lui permet d'être assimilée à une tradition dématérialisée des biens (2).

1) L'information des tiers par la publicité légale

198. ***Diversité de la publicité légale.*** Chaque branche du droit est dotée, dans la mesure de ses besoins, de règles particulières de publicité. Schématiquement, il est possible de distinguer entre publicité civile et publicité commerciale. Celles-ci se rapprochent sur de nombreux points. Leur inspiration est commune puisqu'une partie de la publicité commerciale a été inspirée par la publicité foncière⁶⁴⁹. La publicité civile se résume essentiellement aux publicités applicables dans le droit des personnes ainsi que dans le droit de la publicité foncière. La publicité commerciale, quant à elle, est principalement celle effectuée au registre du commerce et des sociétés. Cependant, d'autres supports de publicité existent, notamment en matière de droit de la propriété intellectuelle à travers l'inscription à l'Institut national de la propriété intellectuelle. La publicité légale reste à l'heure actuelle une matière assez éclatée, de même qu'hésitante et confuse⁶⁵⁰.

199. ***Information du public.*** Cette diversité représente un écueil afin de saisir la substance même de la publicité légale. En effet, si le modèle de la publicité foncière invite à percevoir la publicité légale à travers la mise en œuvre de l'opposabilité aux tiers des actes constitutifs ou translatifs de droits réels, cette analyse ne peut être étendue à toutes les publicités légales puisque certaines n'ont qu'une finalité informative tandis que d'autres sont au contraire sanctionnées par une inefficacité totale de l'acte. Réciproquement,

⁶⁴⁹ ROUBIER, « La publicité des transmissions de droits industriels, Comparaison avec la publicité immobilière », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Capitant*, 1939, p. 711 et s.

⁶⁵⁰ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *Les publicités légales, Information du public et preuve des actes*, LGDJ, 1990, Col. Droit des affaires, n° 3, p. 4.

l'opposabilité peut parfaitement sanctionner l'inexécution d'autres formalités que la publicité légale. Il a ainsi été démontré en doctrine que la définition de la publicité légale par l'opposabilité est trop restreinte et ne convenait pas⁶⁵¹. En conséquence, il a été justement proposé par Mme Corneloup de définir la publicité légale non à partir de ses effets qui diffèrent en fonction des politiques juridiques en présence mais à partir de sa fonction générale d'information du public⁶⁵². Il est vrai que le dénominateur commun à toutes les publicités légales est l'information du public, quelle que soit la matière concernée. Il s'agit essentiellement de divulguer les informations que le législateur estime utiles de porter à sa connaissance⁶⁵³. Forme d'extériorisation légale des éléments juridiques, la publicité légale établit une apparence à laquelle les tiers peuvent se fier⁶⁵⁴. Elle est organisée en fonction d'un point d'équilibre à trouver entre le droit à l'information du public et le droit à la discrétion des acteurs de la publicité⁶⁵⁵. La publicité légale représente ainsi une forme d'organisation de la connaissance⁶⁵⁶ dont l'accès et la portée doivent être les plus larges possible. De ce fait, elle est nécessairement d'une grande technicité avec un rôle important dévolu aux autorités chargées de la tenue des registres.

2) L'assimilation de la publicité légale à une « tradition » des biens auprès des tiers

200. *Equivalent technique de la tradition.* Nonobstant la diversité des matières concernées par la publicité légale, celle-ci peut avoir pour objet la divulgation d'une information de nature patrimoniale, comme la transmission d'un bien d'une personne à une autre ou la constitution de droits concurrents sur ce dernier. En matière de constitution de droit réel, la publicité légale est par conséquent intrinsèquement compatible avec la tradition, laquelle ne représente pas autre chose qu'une technique d'extériorisation de l'opération translatrice affectée au processus d'acquisition du droit réel. En raison de la qualité de

⁶⁵¹ S. CORNELOUP, *op. cit.*, n° 29 et s.

⁶⁵² S. CORNELOUP, *op. cit.*, n° 99, p. 109 : « L'information n'est pas une fin en soi mais peut être requise par le législateur pour poursuivre concrètement des politiques juridiques diverses, bien que toujours liées à une politique de protection des tiers. Il est donc possible de retenir qu'envisagées globalement, toutes les publicités ont la même fonction ; celle d'informer les tiers... Par conséquent notre approche consiste à ériger la fonction d'information du public en critère de définition de la publicité par opposition aux autres techniques juridiques ».

⁶⁵³ DUCLOS, *op. cit.*, n° 259, note 12, indiquant que la publicité légale est faite au moyen d'un mode collectif d'information à destination d'un public plus ou moins large.

⁶⁵⁴ DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Rousseau, 1911, p. 76 ; J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, n° 31 et 32.

⁶⁵⁵ Sur cette question, v. Y. GUYON, « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur », *Rev. Juris. Com.*, n° spéc. février 1982, p. 121 ; G. VIRASSAMY, « Les limites du droit à l'information sur les entreprises », *RTD Com.* 1988, p. 1.

⁶⁵⁶ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 5, p. 7.

l'information divulguée, à la fois précise et générale, la publicité légale représente à cet égard un modèle de tradition, ce qui se vérifie à l'examen des principales formalités de publicité applicables en présence d'un transfert de propriété.

201. Formalités de publicité foncière. S'agissant de sa réalisation, la publicité foncière est organisée autour de deux règles essentielles : le dépôt d'un acte authentique au Service de la publicité foncière⁶⁵⁷ et le respect de l'effet relatif de la publicité foncière. La première découle de l'alinéa 1^{er} de l'article 4 du décret du 4 janvier 1955, lequel mentionne que « *tout acte sujet à publicité dans un bureau des hypothèques doit être dressé en la forme authentique* »⁶⁵⁸. Cet article est destiné à assurer une fiabilité à la publicité foncière⁶⁵⁹. L'exigence d'un acte authentique procède de la finalité même de la publicité foncière et est essentiellement destinée à authentifier les mentions fondamentales pour les tiers que sont l'identité des parties et du bien concerné⁶⁶⁰, nécessaires à l'expression de la transmission du bien immobilier.

202. La seconde règle concerne l'effet relatif de la publicité foncière⁶⁶¹. En application de ce principe, prévu par l'article 3 du décret du 4 janvier 1955⁶⁶², aucune publication ne pourra être effectuée au Service de la publicité foncière par un ayant cause quelconque si

⁶⁵⁷ L'ordonnance du 10 juin 2010 a prévu la suppression de la Conservation des hypothèques, à partir du 1^{er} janvier 2013. Désormais, on ne parle plus de conservateur des hypothèques ou de conservations des hypothèques mais du service chargé de la publicité foncière. Sur ce point, S. BERARD, « Publicité foncière et formalités : ce qui change au 1^{er} janvier 2013 », *JCP N* 2013, act. 100 ; S. PIEDELIEVRE, « Etait-il nécessaire de supprimer le statut des conservateurs des hypothèques ? », *Defrénois* 2010, 1862.

⁶⁵⁸ Sur cette règle, MOUSONABE-PUYANNE, « De l'authenticité des pièces déposées à l'appui des mentions hypothécaires », *JCP G*, 1963, I, 1754.

⁶⁵⁹ L'expression « *doit être dressé* » a pu faire croire que l'exigence de l'acte authentique représentait, outre une condition nécessaire à la publicité foncière, une condition de validité des actes translatifs ou constitutifs de droits soumis à publicité. Cette formule est aujourd'hui unanimement interprétée « *comme ne posant pas une exigence de validité mais seulement de constatation de l'acte dans un instrument authentique pour les besoins de la publicité* », Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.* n° 928, p. 818 ; S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *La publicité foncière*, 2014, Defrénois, Lextenso éditions, n° 169, p. 118. En jurisprudence, Cass. Civ. 18 juin 1962, *Bull. Civ. I*, n° 315, *D.* 1962, p. 608, *JCP G* 1962, II, 12827, note BULTE.

⁶⁶⁰ Art. 5 al. 1^{er} et 7 al. 1^{er} D. 4 janvier 1955. Dans le prolongement de ces dispositions, les articles 34 et 34-1 du décret du 4 janvier 1955 prescrivent le dépôt, simultanément à celui de l'acte translatif ou constitutif de droit, d'une partie normalisée « *seule publiée au fichier immobilier, qui contient les éléments indispensables à la publicité des droits réels* ». Les énonciations prescrites sont principalement la date et le rédacteur de l'acte, la qualification juridique complète de l'acte, l'état civil des parties à l'acte, la désignation complète des immeubles, les références de publication du titre constituant l'origine de propriété immédiate. *Rappr.*, en matière de constitution d'hypothèque, le dépôt de bordereaux devant contenir ces énonciations mais également d'autres relatives à la créance garantie : art. 55 à 57 D. 14 octobre 1955.

⁶⁶¹ Cette dénomination est peu heureuse pour certains auteurs en raison des risques de confusion avec la règle de l'article 1165 du Code civil, S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 94, p. 61. L'expression « *d'effet de chaîne* » lui est parfois préférée : en ce sens, C. Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 15, p. 27.

⁶⁶² « *Aucun acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un bureau des hypothèques ne peut être publié au fichier immobilier si le titre du déposant ou du dernier titulaire n'a pas été préalablement publié, conformément aux dispositions du présent décret* ».

le titre de son auteur n'a pas été lui-même publié. Ce service est susceptible d'engager sa responsabilité s'il procède à l'inscription d'un acte qui contrevient à cette règle importante. L'article 32 1° du décret du 14 octobre 1955 précise ce qu'il faut entendre par disposant ou dernier titulaire : il s'agit de la personne « dont le droit se trouve transféré, modifié, confirmé, grevé ou éteint, ou susceptible de l'être, avec ou sans son consentement, par la formalité dont la publicité est requise »⁶⁶³. Concrètement, l'article 32 2° du décret du 14 octobre 1955 indique que tout extrait, toute expédition, toute copie et tout bordereau déposé au Service de la publicité foncière doit contenir les références « de la formalité donnée au titre du disposant au dernier titulaire du droit, ou à l'attestation notariée de la transmission par décès à son profit ». Il en résulte que toute mesure de publicité devient impossible en cas de discordance entre l'acte à publier et les mentions publiées antérieurement. Le principe de l'effet relatif permet ainsi au public de connaître la succession des opérations sur un bien immobilier⁶⁶⁴ et permet à la publicité foncière de devenir plus cohérente car plus fiable⁶⁶⁵. L'organisation de la publicité foncière repose, par conséquent, sur une règle d'une importance majeure⁶⁶⁶, destinée à garantir l'exacte projection auprès des tiers du passage d'un bien immobilier d'une personne à une autre. A cet égard, la publicité foncière, en matière de mutations immobilières, affiche une fonction identique à la remise matérielle d'un bien où il s'agit d'extérioriser le passage d'un bien d'une personne à une autre.

203. Formalités de publicité des droits de propriété industrielle. Les droits de propriété industrielle sont transmissibles. Ainsi en est-il par exemple du brevet d'invention qui, selon l'article 613-8 du Code de la propriété intellectuelle, peut faire l'objet de contrats et notamment d'opérations translatives⁶⁶⁷, soumises au régime de la vente des articles 1582 à 1685 du Code civil⁶⁶⁸, comme des droits attachés aux marques⁶⁶⁹. Dans tous les cas, l'opération figure dans la catégorie des actes solennels et requiert un écrit à peine de

⁶⁶³ Sur l'appréhension jurisprudentielle de cette notion, v. *infra* n° 213.

⁶⁶⁴ M. DAGOT, *Juris Classeur Civil Annexes*, Fasc. 40, « Publicité foncière- fonctionnement- conditions, dépôt, formalités », 2004, n° 53 « ainsi on peut suivre la filière des opérations immobilières et contrôler les origines. Et ce n'est pas là un mince mérite car une publicité incomplète ne rend que des services bien limités, puisqu'on ne peut se fier à elle par crainte des lacunes qu'elle peut comporter ».

⁶⁶⁵ S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 98, p. 64.

⁶⁶⁶ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 894, p. 792.

⁶⁶⁷ « Les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet sont transmissibles en totalité ou en partie ».

⁶⁶⁸ Cass. Req., 25 mai 1869, DP 1869, 1, p. 367 ; CA Paris, 12 juill. 1971, *PIBD*, 1972, III, p. 28. ; CA Toulouse, 17 juin 1976, *Ann. propr. ind.* 1976, p. 219, note J.J. BURST.

⁶⁶⁹ L'article L. 714-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « les droits attachés à une marque sont transmissibles en totalité ou en partie, indépendamment de l'entreprise qui les exploite ou les fait exploiter... ».

nullité⁶⁷⁰ devant être enregistré à des fins d'opposabilité du droit de propriété auprès de l'Institut national de la propriété industrielle, sur un registre national propre à la nature des droits concernés. L'enregistrement, qui conduit à une inscription, traduit exactement le passage des droits entre le cédant et le cessionnaire. Cet objectif est assuré par les modalités de dépôt et d'inscription qui reposent sur la publicité de tout ou partie de l'acte de cession.

204. Formalités de l'inscription de la cession de marques. Ainsi, en matière de cession de marques, l'article 26 du décret du 30 janvier 1992 prévoit que « *les actes modifiant la propriété d'une marque, ou la jouissance des droits qui lui sont attachés, tels que cession, concession d'un droit d'exploitation, constitution ou cession d'un droit de gage ou renonciation à ce dernier, saisie, validation et mainlevée de saisie, sont inscrits à la demande d'une des parties à l'acte* ». La demande comprend notamment un des originaux de l'acte sous seing privé constatant la modification de la jouissance ou une expédition de l'acte s'il est authentique. Après un contrôle de la régularité formelle de la procédure d'inscription⁶⁷¹, la publicité porte sur l'intégralité de l'acte translatif mais la possibilité de ne publier qu'un extrait de l'acte est possible⁶⁷². L'article 30 du décret du 30 janvier 1992 précise dans son alinéa 1 que toute inscription est portée au registre national des marques et publiée au Bulletin officiel de la propriété industrielle. Toute personne intéressée peut obtenir de l'Institut une reproduction de ces inscriptions, ce qui peut s'avérer gênant et inciter à ne publier qu'un extrait du contrat. En effet, le demandeur à l'inscription peut répugner faire prendre connaissance à des tiers des dispositions contractuelles ne concernant pas directement la désignation du titulaire du droit ou la nature des droits concernés. Le montant des redevances ou la transmission d'un savoir-faire peuvent ainsi représenter des éléments du contrat qui ne concernent pas directement le droit de marque et qu'il n'est donc pas utile de publier. En revanche doivent être publiées toutes les clauses pouvant concerner les tiers, telles notamment celles relatives à l'identité des parties et aux droits transférés.

⁶⁷⁰ Ainsi, en matière de brevet, le dernier alinéa de l'article L. 613-8 du Code de la propriété intellectuelle subordonne la validité de la cession et de la licence à la rédaction d'un écrit : « *les actes comportant une transmission ou une licence, visés aux deux premiers alinéas, sont constatés par écrit, à peine de nullité* », nullité qui s'entend d'une nullité relative, Cass. Com., 17 juill. 1957, *Bull. Civ. III*, n° 232, *S.* 1958, somm. p. 10. En matière de marque, l'alinéa 4 de l'article 714-1 du Code de commerce ajoute que « *le transfert de propriété ou la mise en gage, est constaté par écrit, à peine de nullité* ».

⁶⁷¹ C. Th. BARREAU SALIOU, *op. cit.*, n° 103, p. 68.

⁶⁷² E. TARDIEU-GUIGUES, *Juris classeur Marques-Dessins et modèles*, « Transmission du droit sur la marque », Fasc. 7400, 1994, n° 118.

205. Formalités de l'inscription de la cession de brevet. Elles sont similaires à celles requises en matière de cession de marque. Après un contrôle de conformité limité uniquement à son formalisme⁶⁷³, la publicité peut donc porter sur l'acte dans son ensemble ou être limitée à un extrait. Dans ce cas, à défaut de signature des parties sur l'extrait, le demandeur adresse l'acte original intégral à l'INPI qui lui en fait retour, à sa requête. A l'instar de la cession de marques, la publicité partielle de l'acte permet aux parties de ne pas porter à la connaissance des tiers, et plus particulièrement des concurrents, les clauses sensibles telles que les conditions financières, la communication d'un savoir-faire ou des informations confidentielles. Seules les clauses de propriété industrielle susceptibles d'intéresser les tiers doivent faire l'objet d'une inscription au registre ; il s'agit notamment de la clause autorisant le licencié exclusif à agir en contrefaçon⁶⁷⁴.

206. Tradition dématérialisée des biens. Il ressort de l'examen des formalités de publicité foncière et des formalités de droits de propriété industrielle, que celles-ci traduisent la transmission de droits et de biens d'une personne à une autre, en raison du contenu de l'information qu'elles divulguent, qui est organisé autour de l'identité des parties à l'acte translatif ainsi qu'aux droits concernés. Tous tiers, en accédant au registres concernés, peut ainsi, de la même manière que peut le faire la tradition d'un bien corporel d'une main à une autre, être informé du transfert patrimonial concerné. En ce sens, l'exécution des formalités de publicité légale s'assimilent à une véritable tradition des biens dans l'esprit du public, expliquant qu'elles conduisent à l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété.

⁶⁷³ Ainsi, le directeur de l'INPI ne peut refuser d'inscrire une cession de brevet dès lors que lui étaient présentés des documents d'apparence régulière l'établissant, CA Paris, 21 mai 1976, *D.* 1976, p. 524, concl. P. FRANCK ; *Ann. propr. ind.* 1977, p. 129 : « Considérant que le Directeur ne peut étendre ses vérifications au-delà des limites que lui a fixées le législateur, pas plus que ne le peuvent par exemple et ce, selon leurs attributions légales propres, les conservateurs des hypothèques ou le conservateur chargé de la tenue du Registre public de la cinématographie ; Considérant notamment que, pour apprécier la nature de l'opération dont l'inscription est demandée et la validité des documents annexés, le Directeur n'a pas à se livrer à la critique externe de ces documents, et ne doit tenir compte que de leurs seuls éléments intrinsèques, tels qu'ils ressortent de leur lecture ; Qu'en effet le législateur n'a pas voulu que le contentieux de l'inscription puisse empiéter sur le contentieux ordinaire, ce qui aurait pour conséquences de priver les parties de la garantie du double degré de juridiction et de faire de l'inscription un nouveau mode d'acquisition de la propriété ».

⁶⁷⁴ C. GUTHMANN, *Juris Classeur Brevets*, Fasc. 4723, « Contrats d'exploitation », 1997, n° 108.

B) Le constat d'une relation exclusive entre la publicité légale et l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété

207. L'affectation de la publicité légale à l'opposabilité *erga omnes* s'entend d'une affectation non exclusive dès lors que l'on considère le droit de propriété naît de l'échange des consentements. Au sein de ce schéma, l'opposabilité du droit de propriété se conçoit dès l'accord des volontés et nécessite d'être simplement confortée par le formalisme requis. En cela, les formes requises n'entretiennent pas une relation exclusive avec l'opposabilité *erga omnes* (1). Cependant, la faiblesse de cette analyse conduit à en préférer une autre où l'opposabilité *erga omnes* procède exclusivement du formalisme, cette perspective abondant nécessairement dans le sens du constat *de lege feranda* d'un transfert de propriété *sola traditione* (2).

1) La relation non exclusive dans le cadre du transfert *solo consensu* de propriété

208. *Publicité confortative et publicité constitutive.* Il est traditionnellement admis que la publicité légale, outre sa fonction primaire d'information, peut avoir pour objectif celui de constituer un droit ou simplement de conforter un droit préexistant. Dans le premier cas, la publicité est dite « constitutive » de droits tandis que dans le second, elle est simplement « confortative » de droits⁶⁷⁵.

209. *Opposabilité *sola traditione* et publicité constitutive.* Les formalités de publicités sont constitutives lorsqu'elles participent de la naissance du droit⁶⁷⁶. A défaut d'accomplissement des formalités de publicités légales, le droit ne peut accéder à une existence juridique. Ce dernier est par conséquent frappé d'inexistence tant à l'égard des parties, qu'à l'égard des tiers. La conception constitutive de la publicité légale induit une conséquence importante sur la preuve du droit. La formalité prouve le droit qui ne peut plus ensuite être contesté en justice ou qui est, au moins, présumé valable, de façon réfragable ou irréfragable. Cette perspective suppose un contrôle préalable des éléments juridiques à publier, devant être opéré tant sur la forme que sur le fond. Ce système est notamment appliqué en droit foncier allemand où le droit de propriété naît, en présence

⁶⁷⁵ Certains auteurs préfèrent distinguer entre publicité documentaire (ou informative) et publicité substantielle, sans distinguer alors entre publicité constitutive et « confortative ». En ce sens, MOENECLAËY, *De la renais- sance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial*, Thèse Lille, 1914 ; BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Thèse Paris 1929 ; ROUXEL, *Recherches des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques*, Thèse Caen, 1934 ; AUSSEL, *Essai sur la notion de tiers en droit français*, Thèse Montpellier, 1951.

⁶⁷⁶ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 7, p. 11.

d'une cession immobilière, de l'accomplissement des formalités de publicité foncière⁶⁷⁷. La publicité est ainsi dite constitutive parce qu'elle conduit à l'acquisition d'un droit opposable à tous. Dotée d'un effet substantiel, la publicité légale n'en est pas moins directement en relation avec l'opposabilité du droit dont elle assure ainsi la constitution.

210. *Opposabilité solo consensu et publicité confortative.* Le plus souvent en droit positif, les formalités de publicité légale sont confortatives en ce sens qu'elles sont sanctionnées par l'opposabilité des éléments juridiques qu'elles concernent et, à défaut d'accomplissement, par leur inopposabilité⁶⁷⁸. Cette règle s'est établie en contemplation du principe du transfert de propriété *solo consensu* : parce que le contrat conduit à l'acquisition d'un droit par essence opposable, le formalisme requis à travers la publicité légale ne fait que conforter auprès des tiers l'opposabilité « naturelle » du droit de propriété⁶⁷⁹. La publicité légale, selon cette conception, n'est ainsi pas considérée comme étant à l'origine de l'opposabilité des éléments juridiques concernés⁶⁸⁰ et le droit de propriété acquis par l'effet du contrat est opposable *solo consensu*. L'analyse s'appuie donc sur une conception particulière de la notion d'opposabilité où celle-ci représente « *la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par lequel il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité direct* »⁶⁸¹ de sorte que tous faits, actes, droits ou situations sont doués de la qualité que représente l'opposabilité. Intrinsèquement opposable, le contrat peut ainsi devenir le cœur de l'opposabilité du transfert conventionnel de propriété⁶⁸², comme celle de l'acquisition des droits personnels. Selon cette conception, la publicité légale ne représente pas à proprement parler une condition de l'opposabilité aux tiers du droit concerné mais ne fait que conforter son opposabilité naturelle. Elle ne fait que rendre cette dernière définitive⁶⁸³, ce que résume Duclos en indiquant dans ce cas que « *l'opposabilité n'est plus considérée dans son principe et son essence mais dans son efficience* »⁶⁸⁴. Certains ont même une appréhension plus restrictive de la publicité légale en affirmant que la connaissance par les tiers des éléments juridiques ne concourt pas à la

⁶⁷⁷ V. C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 8, p. 12.

⁶⁷⁸ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 6, p. 9 : « *en règle générale, les formalités de publicité n'affectent pas la validité inter partes de l'acte, puisque le plus souvent elles sont exigées à peine d'inopposabilité* ».

⁶⁷⁹ « *De même que la loi, pour être obéie, a besoin d'être promulguée, le droit réel qui impose un devoir à tous, a besoin d'être publié* », CORNIL, *Etude sur la publicité de la propriété en droit romain*, Thèse Bruxelles, Bruylant, 1890, p. 9.

⁶⁸⁰ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 7, p. 11.

⁶⁸¹ DUCLOS, *op. cit.*, n° 2-1, p. 22.

⁶⁸² V. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 181, p. 288, indiquant que « *le transfert de propriété est en principe opposable aux tiers solo consensu* ».

⁶⁸³ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *Ibid.*

⁶⁸⁴ DUCLOS, *op. cit.*, n° 245, p. 281.

perfection de l'opposabilité du droit né par convention mais la met simplement en pratique lorsqu'il s'agit de résoudre des situations conflictuelles avec les tiers⁶⁸⁵. En effet, la publicité peut être amenée à jouer un rôle dans le règlement des conflits de droits subjectifs portant sur la même chose⁶⁸⁶. Le droit ne prend plus alors en compte la date d'acquisition de ces droits par la convention mais la date d'accomplissement des formalités de publicités afin d'obtenir l'ordre de règlement des conflits : préférence est alors donnée non à celui ayant acquis le premier mais à celui ayant publié le premier⁶⁸⁷. Autrement dit, la publicité légale dite « confortative » affiche selon cette vue une fonction préférentielle. Il en résulte qu'à la différence des publicités constitutives de droit, il est considéré que la publicité « confortative » n'a pas de valeur probatoire et le contrat, donnant naissance au droit, représente la preuve principale du transfert de propriété. Ainsi, nonobstant les déclarations effectuées après mention, la publicité légale « confortative » n'établit pas pour autant à l'égard des tiers la véracité du fait relaté⁶⁸⁸. Elle se contente de renforcer et d'opposer les effets auprès des tiers de l'acquisition ou de la transmission conventionnelle de la propriété d'un bien.

211. Faiblesse de la notion d'opposabilité solo consensu. L'opposabilité *solo consensu* du droit de propriété est par essence contestable car il est contradictoire d'affirmer qu'un droit est intrinsèquement opposable dès la convention et d'en subordonner l'opposabilité à l'accomplissement d'une formalité de publicité. Par ailleurs, la réciproque n'est pas vraie car l'inopposabilité d'un droit consécutive au défaut de publicité ne révèle pas une carence essentielle de l'acte mais procède directement de l'inaccomplissement de la formalité concernée⁶⁸⁹. L'opposabilité aux tiers du droit de propriété ne naît pas du contrat mais plutôt de la formalité requise à cette fin. La règle du transfert de propriété *solo consensu* a conduit à une coïncidence entre l'opposabilité du contrat et l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété, ce qui a en définitive faussé la perception des choses.

⁶⁸⁵ En ce sens, BOISSONADE, *Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription à l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaires*, *Rev. prat. dr. fr.*, vol. 30, 1870, p. 549 et s., spéc. n° 53 selon lequel, par le seul effet de la convention, la propriété était transférée à l'acquéreur *erga omnes*, la transcription ne servant que de « poteau indicateur » dont l'omission par l'acquéreur l'obligeait simplement à indemniser la victime de sa négligence ; et l'inopposabilité de l'acte non transcrit au tiers ainsi induit en erreur n'était que la réparation du dommage auquel le tiers avait été indûment exposé.

⁶⁸⁶ « L'opposabilité n'est pas seulement un pouvoir de rayonnement : elle est la clef de nombreux conflits », M. LEVIS, *l'opposabilité du droit réel*, *op. cit.*, n° 5, p. 14. Et l'auteur d'ajouter que la question de l'opposabilité ne se conçoit qu'à l'aune d'un « contentieux latent », *op. cit.*, n° 7, p. 17.

⁶⁸⁷ DUCLOS, thèse préc., n° 287 et s.

⁶⁸⁸ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 8, p. 13.

⁶⁸⁹ Sur ce point, M. LEVIS, *op. cit.*, n° 220, p. 192-193.

L'opposabilité du droit de propriété ne procède pas du contrat mais distinctement⁶⁹⁰ et exclusivement du formalisme d'extériorisation de l'opération translatrice concernée, comme l'est la publicité légale. L'analyse est en particulier confirmée dans des domaines tels que les cessions de droits de propriété industrielle ou les cessions immobilières. Ainsi, en matière de cession de brevets d'invention, la jurisprudence a rappelé que seule l'inscription au Registre National des Brevets confère au cessionnaire la qualité pour agir en vue de faire respecter les droits qui lui sont cédés⁶⁹¹. De même, en matière de publicité foncière⁶⁹², il est admis que la publicité foncière représente l'« *unique garant de l'opposabilité aux tiers du droit ainsi créé* »⁶⁹³. Le constat d'une relation d'exclusivité entre la publicité légale et l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété conduit à celui du lien de proportionnalité. L'opposabilité aux tiers de l'acquisition du droit de propriété du cessionnaire n'est acquise qu'en contrepartie de l'accomplissement d'une formalité à portée générale, informant ces mêmes tiers de l'opération translatrice intervenue entre les parties. L'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété s'inscrit donc dans un rapport de réciprocité avec son formalisme en ce sens qu'elle procède de la portée générale de la publicité légale⁶⁹⁴. Cette équation représente un argument supplémentaire en défaveur de la règle de l'opposabilité *solo consensu* du droit de propriété. En réalité, la relation de proportionnalité entre les portées de la publicité légale et de l'opposabilité du droit de propriété contredit l'idée même d'une opposabilité *solo consensu*. De l'accomplissement

⁶⁹⁰ En ce sens, R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 125, p. 119, qui distingue ainsi l'opposabilité du contrat et l'opposabilité de son effet translatif : « *le contrat translatif non publié est très bien intégré dans l'ordre juridique et les tiers qui y portent atteinte peuvent par conséquent engager leur responsabilité délictuelle. L'inopposabilité pour défaut de publicité signifie donc simplement qu'un des effets du contrat, l'effet translatif, ne se produit pas à l'égard des tiers* ».

⁶⁹¹ Cass. Com., 27 octobre 1980, n° 79-10844, *Bull. Civ. IV*, n° 351. Déjà, un jugement du Tribunal civil de Lyon du 25 mars 1954, *D.* 1954, p. 393, indiquait que « *par analogie avec la situation résultant de la transcription des ventes d'immeubles, il convient de décider, en effet, qu'en droit, la vente d'un brevet à titre onéreux n'est réalisée, au regard des tiers, que par l'accomplissement des inscriptions légales ci-dessus rappelées* ».

⁶⁹² Ainsi, en matière de publicité foncière, l'article 3 de la loi du 23 mars 1855 prévoyait que « *jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois* ». Ainsi, ce texte, selon certains auteurs, faisait obstacle au constat d'une opposabilité *solo consensu* du droit de propriété : E. GARSONNET, « De la transcription et spécialement de la mauvaise foi de celui qui invoque le défaut de transcription », *Rev. Prat. Dr. fr.*, vol. 31, 1871, p. 244 et s. Il en va de même de l'actuel article 30 du décret du 4 janvier 1955, évoquant l'inopposabilité de l'acte non publié.

⁶⁹³ S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 8, p. 6. Sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, F. MOURLON, *op. cit.*, p. 12 : « *ce n'est, en effet, que par l'effet de l'accomplissement de cette formalité (la transcription) et à compter de sa date seulement, que la propriété passe, complète et absolue, du domaine du vendeur dans le patrimoine de l'acheteur* ».

⁶⁹⁴ « *Pour la constitution et la transmission d'un droit absolu, il faut une publicité absolue* », Th. HUC, « Du transfert de propriété en droit français par l'effet des obligations », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, Tome XII, 1863, p. 246 et s., spéc. 252-254.

de la publicité légale, et d'elle seule, dépend l'opposabilité du droit de propriété⁶⁹⁵. Trois exemples relatifs à la publicité foncière illustreront davantage l'exclusivité de la relation entre la publicité légale et l'opposabilité du droit de propriété.

212. Une première illustration de la relation exclusive existante entre la publicité légale et l'opposabilité du droit de propriété réside dans la résolution du conflit pouvant survenir entre le cessionnaire d'un bien immobilier et la saisie immobilière initiée par le créancier chirographaire du cédant. Plus précisément la question de la régularité de la saisie pratiquée par un créancier chirographaire sur un bien immobilier de son débiteur, alors que ce dernier l'a déjà cédé à un tiers par un acte n'ayant pas fait l'objet d'une publicité, peut se poser. Se substituant à l'ancien article 686 alinéa 2^{ème} du Code de procédure civile⁶⁹⁶, le nouvel article 2200 du Code civil, issu de l'ordonnance du 21 avril 2006⁶⁹⁷, indique que « *la saisie immobilière est opposable aux tiers à partir de sa publication au fichier immobilier. Les aliénations non publiées ou publiées postérieurement sont inopposables au créancier poursuivant...* ». En d'autres termes, en vertu de cette disposition, un créancier chirographaire du cédant peut, en publiant son acte de saisie au fichier immobilier, pratiquer une saisie sur le bien immobilier concerné jusqu'à la date de l'exécution des formalités de publicité foncière par l'acquéreur de ce bien⁶⁹⁸. Ainsi, jusqu'à l'accomplissement de la publicité foncière, le cessionnaire ne peut exciper d'une quelconque opposabilité de l'acte translatif conclu avec le cédant, à l'égard du créancier chirographaire de ce dernier. Seule la publicité légale lui permet de se prévaloir de l'opposabilité de son droit de propriété. La règle de l'article 2200 du Code civil souligne l'importance de la perfection de la publicité légale au titre de l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété.

⁶⁹⁵ F. DANOS, *op. cit.*, n° 310, p. 343 : « *La publicité révèle l'existence du rapport d'appropriation de la chose et constitue, à ce titre, le fait générateur de l'opposabilité substantielle à laquelle elle donne naissance* ».

⁶⁹⁶ « *Ne peuvent être opposées aux créanciers saisissants, même non inscrits, les aliénations publiées après le dépôt du commandement, les hypothèques judiciaires, conventionnelles ou légales, et les privilèges inscrits depuis la même époque...* ».

⁶⁹⁷ Ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 réformant la saisie immobilière. V. aperçu rapide H. CROZE, *JCP G* 2006, act. 236 ; Ch. LAPORTE, *Procédures* 2006, Chron. 20 ; A.LEBORGNE, « L'ordonnance portant réforme de la saisie immobilière : entre tradition et innovations », *JCP E* 2006, 2108.

⁶⁹⁸ Rappr. en matière de saisie attribution, l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991 dispose dans son aliéna 1^{er} que « *l'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour laquelle elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance disponible entre les mains du tiers ainsi que de tous ses accessoires* ». L'alinéa 2^{ème} mentionne que « *la signification ultérieure d'autres saisies ou de tout autre mesure de prélèvement...ne remet pas en cause cette attribution* ». Autrement dit, si la saisie attribution a été pratiquée, c'est-à-dire signifiée au tiers saisi, avant l'accomplissement des formalités de l'article 1690 C. Civ., l'attribution de la créance au saisissant est opposable au cessionnaire de cette dernière. Inversement, seule la signification antérieure à la saisie du créancier permet au cessionnaire d'opposer utilement à celui-ci la cession de la créance conclue avec le cédant.

213. La substantialité de la publicité foncière est, en second lieu lieu, soulignée par l'appréhension jurisprudentielle de la règle de son effet relatif. Selon cette règle, prévue à l'article 3 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, aucun acte ou décision judiciaire sujet à publicité au Service de la publicité foncière, ne peut être publié au fichier immobilier si le titre du disposant ou dernier titulaire n'a pas été préalablement publié. Il en résulte que toute mesure de publicité foncière devient impossible en cas de discordance entre l'acte à publier et les mentions publiées antérieurement. La notion de discordance suscite parfois des difficultés. La question s'est posée de savoir si les Services de la publicité foncière devaient ou non publier les actes de mutation et inscrire les sûretés concernant, d'après leur fichier, un autre propriétaire. Traditionnellement, le Service chargé de la publicité foncière acceptait une telle publication⁶⁹⁹ et cette position semblait fondée au regard de l'article 34 2° du décret du 14 octobre 1955, dans sa rédaction issue du décret du 22 décembre 1967, selon lequel il n'y a pas « *discordance lorsque le titre de la personne indiquée comme disposant ou dernier titulaire, au sens du 1° de l'article 32, a cessé postérieurement à sa publication au fichier immobilier, de produire tout ou partie de ses effets en raison d'un acte ou d'une décision judiciaire ultérieurement publiée* ». Cela signifie que le Service chargé de la publicité foncière apprécie le « disposant ou dernier titulaire » davantage sur la base du titre juridique, en s'assurant que le titre du disposant a bien fait l'objet d'une publicité antérieure, peu importe que celui-ci ne soit plus depuis propriétaire du bien en raison de mutations ultérieurement publiées. La position est logique au sein d'un système où le droit de propriété naît de la convention et est en théorie opposable dès cet instant. La substantialité du titre que constitue l'acte juridique prévaut alors sur les informations contenues dans le fichier immobilier et s'impose au Service chargé de la publicité foncière qui doit procéder à sa publication. Il en résulte que celui-ci ne peut en principe refuser la publication d'une seconde vente consentie par un même auteur alors que la première vente a déjà été publiée⁷⁰⁰, et ce même si la seconde vente se trouve dépourvue d'effet par le jeu des règles de la publicité foncière. Cette solution traditionnelle a été remise en cause par une décision rendue par la Cour de cassation le 12 juin 1996⁷⁰¹, confirmée depuis⁷⁰². Il a été en effet jugé que les juges du fond ont a bon

⁶⁹⁹ S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 98, p. 65.

⁷⁰⁰ En ce sens, F. DANOS, *op. cit.*, n° 428, note 3, p. 476.

⁷⁰¹ Cass. Civ. 3^{ème}, 12 juin 1996, n° 94-18004, *Bull. Civ.*, III, n° 145, *Bull. assoc. mut. conservateurs* 1997, art. 1764. V. également P. FREMONT, « Vers la fin de la publicité des actes et inscriptions concernant un ancien propriétaire », *JCP N* 1997, I, p. 53.

⁷⁰² Dans le même sens, Cass. Civ. 3^{ème} 18 juillet 2001, n° 99-19102, *Defrénois* 2001, p. 1288, obs. S. PIEDELIEVRE, *JCP* 2002, I, 120, n° 6, obs. Ph. DELEBECQUE.

droit retenu que le Service chargé de la publicité foncière doit s'assurer de la concordance du document déposé et des documents publiés antérieurement. Autrement dit, la Cour de cassation décide actuellement qu'il convient nécessairement de retenir au titre de l'appréciation du « disposant ou dernier titulaire » la personne mentionnée dans le fichier. Elle se prononce ainsi en faveur d'un contrôle du titre du disposant par le Service chargé de la publicité foncière, lequel doit refuser de publier tout document dans lequel le disposant n'est pas celui figurant dans le fichier immobilier. Cette position jurisprudentielle supprime tout d'abord de façon opportune l'existence de plusieurs chaînes de mutation pour un même bien⁷⁰³. Elle permet, ensuite, le Service chargé de la publicité foncière de se défaire du prétendu caractère confortatif de la publicité légale⁷⁰⁴ et est ainsi opportune⁷⁰⁵. En effet, la primauté accordée, à l'égard de l'opposabilité du droit, aux mentions issues de la publicité foncière sur celles de l'acte juridique souligne l'exclusivité de la relation existante entre la publicité foncière et l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété.

214. Enfin, l'exclusivité de cette relation qui se trouve confirmée par l'évolution de la jurisprudence rendue en matière de conflits d'ayants cause d'un même auteur en matière immobilière. Par un important arrêt du 10 février 2010⁷⁰⁶, la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation a dû se prononcer sur un litige où un bien immobilier a été vendu par un compromis avant que le vendeur ne se désiste et ne finalise l'opération avec le locataire du bien concerné, qui avait initialement refusé d'user de son droit de préemption. Seule la vente au profit du locataire a fait l'objet d'un acte notarié publié au Service de la publicité foncière. Les juges du fond, bien que seule la seconde vente ait été publiée, ont fait usage de l'adage « *fraus omniat corrumpit* » pour considérer, sur la base de l'article 1382 du Code civil, que le locataire avait connaissance de la vente initiale et qu'il ne pouvait en conséquence se prévaloir de l'inopposabilité du compromis, bien non publié. La Cour de cassation censura la décision d'appel en indiquant que le compromis initial est

⁷⁰³ En ce sens, P. FREMONT, art. préc., n° 27 : « *le rejet des inscriptions requises contre un ancien propriétaire va supprimer, en effet, l'existence, à l'échelon de la publicité foncière, de plusieurs chaînes de mutation pour un même bien sans pour autant porter atteinte aux droits des bénéficiaires des mutations dont la publication a été rejetée puisqu'ils auront toujours la possibilité de contester ce rejet par application de l'article 26 du décret du 4 janvier 1955 s'ils estiment que la mutation déjà publiée n'est pas valable sur le fond du droit* » ; S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 98, p. 65.

⁷⁰⁴ V. *supra* n° 208.

⁷⁰⁵ F. DANOS, *op. cit.*, n° 428, note 3, 477.

⁷⁰⁶ Cass. Civ. 3^{ème} 10 février 2010, n° 08-21656, *Bull. Civ. III*, n° 41, *Juris-data* n° 2010-051625, *JCP N*, n° 13, 2 avril 2010, 1146, note S. LAMIAUX : « *Viole l'article 30 1 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 la Cour d'appel qui décide, alors que le second acquéreur du même bien a fait publier son titre, qu'une promesse synallagmatique de vente, bien que non publiée, lui est opposable parce qu'il avait eu connaissance de celle-ci* ».

inopposable aux tiers à défaut de publication, même si le second acquéreur ayant publié son titre connaissait l'existence de la première vente. Cette décision, qui a fait l'objet de plusieurs confirmations⁷⁰⁷, prend ses distances avec la position traditionnelle de la Cour de cassation en la matière depuis 1968⁷⁰⁸. En favorisant la seconde vente publiée, quand bien même l'acquéreur connaissait l'existence de la première vente non publiée, la Haute Cour refuse désormais que la mauvaise foi soit prise en considération au titre de l'opposabilité du droit de propriété. Cette position comporte des conséquences significatives au plan théorique. En effet, la considération de la connaissance du second acquéreur au titre de l'opposabilité du droit de propriété découle directement de la théorie de l'opposabilité *solo consensu*. Parce qu'il naît *solo consensu*, le droit de propriété est opposable dès cet instant, de sorte que le formalisme d'opposabilité est destiné consécutivement à mettre en œuvre cette opposabilité⁷⁰⁹. Ce schéma autorise alors que la mauvaise foi de l'ayant cause puisse, au titre de la mise en œuvre de l'opposabilité *solo consensu*, venir corriger la rigueur du formalisme d'opposabilité. L'arrêt de la Cour de cassation du 10 février 2010 rompt avec ce système, conférant ainsi un effet substantiel à la publicité foncière. En effet, le refus de prendre en compte le correctif de la connaissance effective, équivaut à une véritable négation de l'opposabilité *solo consensu* du droit de propriété. L'orientation prise par la jurisprudence depuis 2010 souligne ainsi la relation exclusive existante entre la publicité foncière et l'opposabilité du droit concerné.

215. L'opposabilité *solo consensu* du droit de propriété représente une construction spéculative, destinée essentiellement à atténuer l'incohérence de l'acquisition consensuelle d'un droit de propriété qui ne serait pas opposable aux tiers. Il ressort de ce qui précède que la publicité légale entretient en réalité une relation exclusive avec l'opposabilité *erga omnes* en matière translatrice. Par conséquent, l'accomplissement de la publicité légale doit nécessairement marquer l'instant où s'opère le transfert de propriété, afin de préserver

⁷⁰⁷ Cass. Civ. 3^{ème} 15 décembre 2010, n° 09-15.891; Cass. Civ. 3^{ème} 12 janvier 2011, n° 10-10667, *D.* 2011, 851, note L. AYNES, *RTD Civ.* 2011, 158, obs. P. CROCQ, *RTD Civ.* 2011, p. 369, obs. Th. REVET ; Cass. Civ. 3^{ème} 19 juin 2012, n° 11-17105 : « Mais attendu qu'ayant relevé que la première promesse synallagmatique signée par M. X(...) n'avait pas été publiée et qu'en dépit de cette promesse, la commune avait vendu l'immeuble à M. Y(...) et retenu que celui-ci avait fait procéder le 3 mai 2000 à la publication de l'acte authentique de vente, la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, a pu déduire de ces seuls motifs, sans statuer par voie de disposition générale, que la mauvaise foi du second acquéreur était sans influence sur la validité de l'acte publié et que la promesse synallagmatique du 2 septembre 1996 n'était pas opposable à M. Y ».

⁷⁰⁸ Sur la notion d'opposabilité subjective, v. *infra* n° 493 et s.

⁷⁰⁹ Sur la théorie générale de l'opposabilité des conventions, v. *infra* n° 397 et s.

la substance absolue du droit de propriété. En droit positif, l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 10 février 2010 en matière de publicité foncière peut s'interpréter en ce sens.

2) La relation exclusive dans le cadre du transfert *sola traditione* de propriété

216. Le constat de l'exclusivité de la relation existante entre la publicité légale et l'opposabilité substantielle du droit de propriété est fondamental car il conduit « mécaniquement » à lier le transfert de propriété à l'accomplissement des formalités de publicité. Par conséquent, il est nécessaire d'aborder le principe de l'effet translatif de propriété de la publicité légale (a). Par ailleurs, la date précise de cet effet translatif devra être déterminée en raison de la technicité de la publicité légale (b).

a) Le principe de l'effet translatif de propriété de la publicité légale

217. *Effet constitutif de droit de la publicité légale.* La relation d'exclusivité existante entre la publicité légale et l'opposabilité du droit conduit directement à l'idée selon laquelle la publicité doit marquer le moment du transfert de propriété. Parce qu'il est absolu, le droit de propriété ne peut être valablement constitué que par l'extériorisation du rapport d'appropriation destinée à en assurer l'opposabilité. Si, en raison de sa relativité, le contrat ne peut constituer cet élément, la publicité légale présente toutes les caractéristiques requises afin de parvenir à cet objectif.

218. *Publicité légale et « possession-publicité ».* L'idée d'une acquisition du droit de propriété par la publicité légale est soutenue par une fraction minoritaire de la doctrine⁷¹⁰, en particulier par M. Danos, pour qui « *la propriété n'est en principe transférée et acquise à l'acquéreur que par l'extériorisation du (nouveau) rapport d'appropriation dont fait l'objet la chose cédée. Or, la publicité qui rend efficiente l'opposabilité substantielle et permet, en conséquence, le transfert de propriété répond à la qualification de possession juridique* »⁷¹¹. Le raisonnement proposé repose ainsi sur un rapprochement entre la publicité légale et la possession. Cette possession par la publicité légale est qualifiée de possession juridique par opposition à la possession-jouissance, mais se rapproche de cette

⁷¹⁰ En ce sens, Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 451, p. 288, pour lequel lorsque l'inscription a pour effet de rendre efficace la cession, son effet constitutif de droit s'impose : « *Parce que l'opposabilité est de l'essence de la propriété, il ne fait aucun doute que l'acquéreur n'obtient la qualité de propriétaire qu'au moment de l'inscription. En d'autres termes, les différentes formulations retenues par le législateur – le transfert résulte de l'inscription et l'opposabilité erga omnes résulte de l'inscription – peuvent être tenues pour synonymes* ». L'auteur exclut cependant de ce schéma la publicité foncière, qui se contente de priver un acte d'une efficacité déjà acquise. Sur ce dernier point, v. *infra* n° 221.

⁷¹¹ F. DANOS, *op. cit.*, n° 286 et s., spéc. n° 325, p. 361.

dernière car elle n'est rien d'autre que le reflet d'un pouvoir de jouissance auprès des tiers⁷¹². La notion de possession-publicité se prévaut principalement de deux arguments : un argument historique et un argument technique. L'argument historique repose sur le fait que la possession comporte un effet publicitaire connu de longue date en doctrine⁷¹³. C'est en ce sens que peut s'analyser l'article 1690 du Code civil et le rôle attribué à la signification au débiteur cédé dans le cadre de la cession de créance de droit commun : le cessionnaire est « *saisi* » à l'égard des tiers par la signification, la notion de « *saisine* » se référant à un mode possessoire. L'argument technique, quant à lui, consiste à avancer que la catégorie des publicités légales est trop hétéroclite pour permettre de saisir la nature et la portée de la publicité dès lors qu'elle est affectée à l'opposabilité du droit de propriété. L'utilisation du concept de possession publicité permet alors de « *déterminer la nature, le rôle et la fonction de cette publicité et ainsi la distinguer dans ses effets des autres types de publicités* »⁷¹⁴. La notion de possession publicité permet alors de rendre compte de la spécificité de la publicité légale dès lors qu'elle assure l'opposabilité du transfert de propriété. Ainsi s'explique chez l'auteur que la possession publicité, à l'instar de la possession réelle, conduise à l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété et doive de ce fait en permettre l'acquisition.

219. *Publicité légale et tradition.* Cette analyse doit cependant être relativisée. En effet, la notion de possession-publicité est source de confusion car la publicité légale ne peut systématiquement s'assimiler à une prise de possession. L'idée d'une attraction de la publicité légale dans le giron de la notion de possession a été élaborée, en matière de transfert de propriété, sur la base du constat de l'effet publicitaire attaché à la possession matérielle. Réciproquement, on en a alors fallacieusement déduit que la publicité légale pouvait s'assimiler à une véritable possession afin de justifier, plus généralement, l'idée d'une dépendance fonctionnelle entre les notions de propriété et de possession. Cependant, si la possession comporte bien un effet publicitaire, elle ne représente pas pour autant une publicité légale, c'est-à-dire un système organisant l'information des tiers.

⁷¹² F. DANOS, *op. cit.*, n° 292, p. 323, évoquant la « *possibilité d'une jouissance future* ».

⁷¹³ F. DANOS, *op. cit.*, n° 293, p. 324 : « *C'est ainsi qu'ont été qualifiés les modes empiriques de publicité que constituaient les formes de possession symbolique dont la fonction était d'extérioriser la transmission de la propriété pour la rendre efficiente erga omnes. La possession ayant toujours eu une vertu publicitaire pour des fonctions bien déterminées, il était logique de développer ce concept de possession publicité et de rattacher ainsi les formes de publicité qui poursuivent les mêmes finalités et produisent les mêmes effets à la définition de la possession, mais à une possession finalisée* ».

⁷¹⁴ F. DANOS, *op. cit.*, n° 293 p. 325.

Réciproquement, la publicité légale ne correspond pas à la notion de possession⁷¹⁵ ; la prise de possession d'un bien, outre sa dimension ostensible, revêt également un caractère utile qui est étranger à la notion de publicité légale dont l'essence est purement informative. A vrai dire, la publicité légale n'entretient aucun lien avec la notion de possession et il n'est guère étonnant que l'assimilation de la publicité légale à une prise de possession recule progressivement en droit positif et en doctrine, notamment au titre de l'analyse de l'article 1690 du Code civil⁷¹⁶ ainsi que de certains textes en matière de sûretés réelles⁷¹⁷. La publicité légale correspond parfaitement, en revanche, au concept de tradition développé dans le cadre de cette étude. Elle constitue une « tradition » car elle est l'expression de l'opération translatrice auprès des tiers, nécessaire à l'opposabilité substantielle du droit de propriété. C'est la raison pour laquelle son effet translatif de propriété s'impose avec force, sans qu'il soit besoin à cette fin d'une référence à une quelconque possession.

220. Transfert de propriété par la publicité foncière. Nonobstant la position actuelle de la jurisprudence tirant les conséquences de la règle du transfert *solo consensu*⁷¹⁸, il résulte de ce qui précède que le transfert de propriété d'un bien immobilier doit être fonction de l'accomplissement des formalités de publicité foncière⁷¹⁹. Cette perspective ne nécessite pas forcément de modifier à cette fin les textes en vigueur. En effet, lorsqu'il indique que « *les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1° de l'article 28 sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers...* », l'article 30 1° du décret du 4 janvier 1955 pose un principe général de publicité des différentes opérations portant sur un bien immobilier, d'origine conventionnelle ou judiciaire. Il ne peut être déduit de cet

⁷¹⁵ En ce sens, W. DROSS, *op. cit.*, n° 302-4, p. 541 : « *En d'autres termes, c'est la possession qui est une forme de publicité et non la publicité qui est une forme de possession* ».

⁷¹⁶ V. *infra* n° 232.

⁷¹⁷ Issus de l'ordonnance du 23 mars 2006, les alinéas 1^{er} et 2^{ème} de l'article 2237 du Code civil distinguent l'opposabilité du gage sur meubles corporels par la publicité et l'opposabilité par la dépossession.

⁷¹⁸ La jurisprudence décide que la publicité foncière ne saurait, en elle-même, opérer la mutation du droit de propriété ou de tout autre droit réel immobilier, ni, par ailleurs, purger l'acte de ses vices éventuels qui pourraient être invoqués avant ou après sa publication. En ce sens, Cass. Civ. 1^{ère}, 1er juill. 1957, *Bull. Civ. I*, n° 131 ; Cass. Civ. 3^{ème} 22 octobre 1974, n° 73-12127, *Bull. Civ. III*, n° 372 : « *le transfert de propriété ne devient opposable aux tiers que par la publication de l'acte de cession au bureau des hypothèques, règle applicable en matière de publicité foncière depuis la loi du 23 mars 1855 en son article 3 et reprise en l'article 30 du décret du 4 janvier 1955* » ; Cass. Civ. 3^{ème} 10 mai 1977, n° 76-10029, *Bull. Civ. III*, n° 201 : « *le décret du 4 janvier 1955 ne dérogeant en aucune de ses dispositions à celles de l'article 1583 du Code civil, la validité d'une vente d'immeuble ne saurait dépendre de sa forme authentique* ».

⁷¹⁹ En ce sens, F. DANOS, *op. cit.*, n° 431, p. 481, pour qui « *la publicité foncière est le mode de possession juridique des immeubles et elle a pour effet de conférer - dans un système de mise en possession causée - la propriété à celui qui a procédé en premier, à condition qu'il soit de bonne foi s'il est second acquéreur en date, aux formalités de publicité au bureau des hypothèques* ».

article que le droit de propriété s'acquiert dès l'échange des consentements puisque l'inopposabilité sanctionnant le défaut de publicité représente la sanction applicable à toutes les opérations conventionnelles ou judiciaires concernées. En revanche, l'effet translatif de propriété est parfois déduit en doctrine de cette disposition parce qu'en présence d'un conflit d'ayants cause d'un même auteur, elle donne préférence à celui qui a procédé à la publication de son titre⁷²⁰, sans référence à sa bonne foi si l'on se fie au dernier état de la jurisprudence depuis l'arrêt rendu par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation le 10 février 2010⁷²¹. Quant à l'article 28 1° du décret du 4 janvier 1955, mentionnant que sont obligatoirement publiés tous actes ou décisions judiciaires « *portant ou constatant entre vifs mutation ou constitution de droits réels immobiliers, autres que les privilèges et hypothèques(...)* », il doit être considéré qu'il se réfère simplement à l'objet des actes et décisions concernés, dont le caractère translatif nécessite que ceux-ci soient publiés. Il n'est fait aucunement mention à la règle du transfert de propriété *solo consensu*, si bien que la perspective d'un transfert de propriété par l'accomplissement des formalités de publicité foncière est concevable.

221. Une première difficulté tient à la portée de l'opposabilité issue de la publicité foncière, qui n'atteint pas tous les tiers et peut faire douter de la capacité de cette dernière à assurer l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété. En effet, les règles de la publicité foncière font état d'une certaine subtilité puisqu'il ressort de l'article 30-1° du décret du 4 janvier 1955⁷²² que ce n'est pas tant la publicité foncière qui rend la cession d'un bien immobilier opposable que le défaut de publicité qui rend cette dernière inopposable à l'égard de certains tiers déterminés⁷²³. Fidèle au texte, cette lecture peut alors mener au double constat suivant. La publicité foncière ne régit que l'inopposabilité de la cession et non son opposabilité qui résulte de la convention, de sorte qu'il peut être

⁷²⁰ F. DANOS, *op. cit.*, n° 428, p. 475 : « en application de l'article 30-1° du décret de 1955, la formalité de publicité foncière constitue (...) le fait générateur du transfert de propriété d'un bien immobilier car, dans l'hypothèse d'une vente doublée, est propriétaire non pas celui qui a contracté en premier avec le cédant mais celui qui a en premier publié en droit ».

⁷²¹ F. DANOS, « Publicité foncière et transfert de propriété », art. préc., p. 23 : « L'effet translatif reconnu à la publicité foncière apparaît même renforcé puisque la Cour de cassation semble indiquer à présent que la mauvaise foi du second acquéreur en date, mais premier à avoir effectué les formalités de publicité, est inopérante et ne permet pas de remettre en cause le droit de propriété que lui a conféré la publicité ».

⁷²² Inspiré de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, l'article 30-1° du décret du 4 janvier 1955 précise que « les actes et les décisions judiciaires soumis à publicité (...) sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité ».

⁷²³ BOISSONADE, *Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription à l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaires*, art. préc., n° 53 ; M. LEVIS, *op. cit.*, n° 211, p. 186 ; M.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 228, p. 157 ; Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 449, p. 287.

considéré que la cession s'opère par le seul effet de l'échange des consentements⁷²⁴. Par ailleurs, à supposer que l'on dépasse cette difficulté, il doit être relevé que seuls les ayants cause du même auteur sont concernés par cette disposition si bien que la publicité foncière ne peut assurer l'opposabilité *erga omnes* représentant la substance du droit de propriété, et partant de là, ne peut afficher un effet constitutif de droit⁷²⁵.

La première difficulté doit être écartée compte tenu de la relation exclusive existante entre la publicité légale et l'opposabilité⁷²⁶. On ne voit alors véritablement pas pourquoi l'exécution des formalités de publicité ne pourrait pas conduire à l'opposabilité de la cession alors que l'absence de publicité foncière a pour effet l'inopposabilité de cette même cession. Ce qui rend un droit inopposable par son absence doit corrélativement le rendre opposable par son existence. Au demeurant, on ne raisonne pas autrement en matière mobilière, en présence de l'article 1141 du Code civil⁷²⁷ : en cas de conflit d'ayants cause du même auteur, l'inopposabilité du droit de l'acquéreur n'ayant pas été mis en possession réelle du bien cédé au profit de celui d'un second acquéreur détenant ce même bien, n'exclut pas que la remise matérielle assure l'opposabilité aux tiers de la cession. Par conséquent, au-delà de la rédaction de l'article 30-1° du décret du 4 janvier 1955, l'accomplissement des formalités de publicité foncière doit rendre opposable l'opération de cession immobilière.

Toute la question est en réalité de savoir si l'on peut considérer que cette opposabilité s'effectue *erga omnes*. A cet égard, la position concluant à une réponse négative au motif que l'opposabilité concernée régit uniquement les conflits d'ayants cause d'un même auteur doit être écartée pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la restriction du domaine de l'opposabilité aux conflits d'ayants cause d'un même auteur n'est pas gênante car les conflits entre ayants cause d'auteurs différents ne concernent pas tant l'opposabilité du droit que sa preuve par le titre d'acquisition⁷²⁸. Par ailleurs, l'assimilation des tiers concernés par la publicité foncière aux ayants cause titulaires de droits concurrents d'un

⁷²⁴ Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 449, p. 287.

⁷²⁵ En ce sens, Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 541, p. 288 : « *Seules les publicités entraînant l'opposabilité erga omnes de l'acquisition font ainsi figure d'exception au droit commun du Code civil* ».

⁷²⁶ V. *supra* n° 216 et s.

⁷²⁷ Dès lors que l'on estime que cet article ne représente pas une application de l'article 2276 du Code civil. Sur cette analyse, v. *supra* n° 24.

⁷²⁸ En ce sens, S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 473, p. 299 : « (...) à partir du moment où le conflit oppose des ayants cause d'auteurs différents, se pose une difficulté qui relève du fond du droit, puisqu'il est alors nécessaire de déterminer l'auteur qui était le véritable titulaire du droit réel immobilier transmis. La publicité foncière n'a plus aucun rôle à jouer ».

même auteur s'explique par une volonté du législateur de déterminer les tiers susceptibles en pratique d'être « intéressés » par l'opposabilité des transferts immobiliers⁷²⁹. La notion de tiers intéressés à la publicité foncière correspond logiquement alors aux tiers qui ont acquis des droits concurrents à celui de l'acquéreur sur l'immeuble concerné⁷³⁰. A cet égard, l'exclusion des créanciers chirographaires de cette catégorie⁷³¹ peut interpellier dans la mesure où ceux-ci sont des tiers qui peuvent être intéressés par les mouvements patrimoniaux de leur débiteur⁷³². Critiquée⁷³³, cette solution peut cependant se concevoir car les créanciers chirographaires ne détiennent aucun droit direct sur l'immeuble concerné⁷³⁴, si bien que la généralité de leur gage ne provoque pas véritablement de situation de conflit de droit. Bien qu'intéressés par les mouvements patrimoniaux de leur débiteur, les créanciers chirographaires sont des tiers envers lesquels la question de l'opposabilité de la cession immobilière n'a d'intérêt qu'avec celle, le cas échéant, de la sanction de leurs droits personnels. Ce n'est qu'à ce moment précis qu'un créancier chirographaire cherchera à acquérir un droit direct sur un bien immobilier de son débiteur et obtiendra alors la qualité de tiers au sens des règles de la publicité foncière⁷³⁵. Par ailleurs, reconnaître en dehors de cette situation aux créanciers chirographaires le droit de se prévaloir d'un défaut de publication conduirait à un affaiblissement de la sécurité des transactions immobilières puisque l'acquéreur ou le bénéficiaire d'un droit sur l'immeuble serait alors exposé à un risque de concurrence du créancier chirographaire dans la période qui sépare l'acte de sa publication⁷³⁶. Il résulte de ce qui précède que l'opposabilité issue

⁷²⁹ Une démarche similaire se rencontre lorsqu'il s'agit de l'opposabilité aux tiers de la cession de créance de droit commun, où le droit positif a recours à la notion de « tiers intéressés » afin d'en déterminer l'étendue. V. *infra* n° 233.

⁷³⁰ Ainsi, les règles de la publicité foncière ne peuvent servir à délimiter deux fonds voisins. En ce sens, S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 477, p. 301. Pourtant, un arrêt a pu par le passé trancher ce litige par référence à l'antériorité de l'inscription des titres en présence : Cass. Civ. 3^{ème} 31 mars 1971, n° 69-13022, *Bull. Civ.* III, n° 231.

⁷³¹ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 870, p. 773.

⁷³² En ce sens, S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 479, p. 302 : « *Il serait particulièrement intéressant pour eux de pouvoir se prévaloir d'un défaut de publication par le tiers, puisque dans cette hypothèse le bien continuerait à faire partie de leur droit de gage général* ».

⁷³³ V. les références citées par S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 479, p. 302, note 35. On reproche à cette solution de pousser les créanciers à prendre des hypothèques et à multiplier les opérations de publicité foncière.

⁷³⁴ En ce sens, S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 479, p. 303.

⁷³⁵ En ce sens, S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 481, p. 303 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 870, p. 773. Tel est le cas lorsque le créancier chirographaire engage une procédure de saisie immobilière, qui doit être publiée au fichier immobilier en application de l'article 2200 du Code civil : « *La saisie immobilière est opposable aux tiers à partir de sa publication au fichier immobilier* ». Le droit sur l'immeuble du créancier chirographaire se constate dès le commandement de payer valant saisie qui est publié en application des articles 18 et 19 du décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006 ayant modifié la procédure de saisie immobilière.

⁷³⁶ S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 479, p. 303.

de la publicité foncière peut parfaitement s'entendre d'une opposabilité *erga omnes*, c'est-à-dire à tous les créanciers directement intéressés par l'opération translatrice concernée en raison du droit concurrent dont il dispose sur le bien transféré. Il n'est ainsi aucun obstacle décisif à la reconnaissance d'un effet translatif de propriété à la publicité foncière, sur la base de la relation exclusive qu'elle entretient avec l'opposabilité *erga omnes*.

222. Une seconde difficulté tient à la nature du mode d'acquisition que représente la publicité foncière. S'agit-il d'un mode originaire ou dérivé d'acquisition de la propriété ? A la suite de l'arrêt rendu par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation le 10 février 2010, il a été soutenu par M. Revet que l'effet de la publicité foncière s'entendait d'un mode d'acquisition originaire et non dérivé de la propriété. En effet, dès lors qu'il a été partie à une première vente même non publiée, le vendeur ne peut théoriquement vendre une seconde fois l'immeuble concerné car il ne peut transférer à nouveau une propriété qu'il a perdue par l'effet de la première vente⁷³⁷. Cette seconde vente tomberait en principe sous le coup de l'article 1599 du Code civil selon lequel la vente de la chose d'autrui est nulle, ce qui est la conséquence de la règle de l'acquisition dérivée dans laquelle s'inscrit le transfert de propriété immobilière en droit français. Pourtant, en présence d'un conflit d'ayants cause du même auteur, la préférence accordée par la jurisprudence au second acquéreur méconnaît la règle de l'interdiction de la vente d'autrui⁷³⁸. La propriété étant censée être transférée *solo consensu* à l'égard du premier acquéreur, la solution, pour l'auteur, ne se conçoit qu'au sein d'un système d'acquisition originaire de la propriété.

Pourtant, il est possible de rétorquer à cette analyse que la solution positive au conflit d'ayants cause d'un même auteur n'entre pas en contradiction avec l'acquisition dérivée du droit de propriété en matière immobilière. Bien que le vendeur ait transféré *solo consensu* sa propriété à un premier acquéreur, cette opération n'est que relative aux parties, à défaut de publicité. A travers la préférence accordée au second acquéreur ayant publié son titre, il n'est pas question d'appréhender la publicité foncière comme un mode originaire d'acquisition de la propriété mais de tirer les conséquences, au sein d'un système d'acquisition dérivée, de l'inopposabilité issue de la relativité du droit du premier

⁷³⁷ Th.REVET, obs. *RTD Civ.* 2011, p. 370-371.

⁷³⁸ En ce sens, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 866, p. 770, selon lesquels « les règles de publicité conduisent ainsi à donner effet à une vente nulle et à priver d'efficacité au contraire la vente qui était valable ».

acquéreur n'ayant pas publié son titre. La difficulté provient en réalité de la théorie de l'opposabilité *solo consensu* du droit de propriété qui amène à concevoir l'opposabilité du transfert de propriété dès l'échange des consentements. On comprend mal alors comment, dans un système d'acquisition dérivée de la propriété, le second acquéreur peut être préféré au premier, même si celui-ci n'a pas accompli les formalités de publicité foncière. Pourtant, dès lors que l'on considère l'effet substantiel et exclusif de la publicité en matière d'opposabilité du droit de propriété, on comprend que la préférence accordée au second acquéreur ne fait que tirer les conséquences de l'inopposabilité du droit du premier n'ayant pas publié son titre. Il s'ensuit que l'effet constitutif de droit attaché à la publicité foncière dans le cadre de la constitution *sola traditione* du droit de propriété peut parfaitement se concevoir dans le cadre d'une acquisition dérivée.

223. Transfert de propriété par la publicité à l'INPI. En matière de cession de droits de propriété intellectuelle, les formalités de publicité à l'INPI sont également amenées à jouer un rôle essentiel dans le cadre d'un système d'acquisition différé du droit de propriété. Pourtant, à l'instar de la publicité foncière, il ne semble pas qu'il soit besoin de modifier les textes en vigueur à cette fin. S'il est admis en doctrine et en jurisprudence que l'inscription au registre national des marques ne concerne pas l'acquisition du droit sur la marque, lequel s'accomplit *solo contractu*⁷³⁹, la formulation de l'article L. 714-7 du Code de la propriété industrielle est plus vague et se contente de préciser que « toute transmission ou modification des droits attachés à une marque enregistrée doit pour être opposable aux tiers, être inscrite au registre national des marques »⁷⁴⁰. Objet de la convention, seule l'opération translatrice que représente le transfert des droits attachés à une marque est visée par le texte. Mais l'article ne régit pas le moment précis de l'acquisition du droit de propriété, qui n'a pas à être entendu comme le résultat de la formation du contrat. L'article L. 714-7 du Code de la propriété intellectuelle ne contrevient ainsi aucunement à une lecture selon laquelle l'inscription au registre national des marques marque le moment de la perfection du transfert de propriété du droit sur la marque en donnant naissance à un droit de propriété opposable *erga omnes*. Le constat est similaire en matière de cession de brevets puisque nonobstant les positions

⁷³⁹ En ce sens, J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, 2^{ème} éd., Litec, 2001, n° 575 ; J. AZEMA et J. Ch. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} éd. Dalloz, 2006, n° 1494-1495, p. 821-822. En jurisprudence, il est indiqué que la formalité de publicité au Registre national des marques est sans incidence sur la validité de la cession : CA Paris 21 janvier 2000, *PIBD* 2000, III, p. 234.

⁷⁴⁰ Si seul un extrait de l'acte a été publié, seul ce dernier est opposable : D. 30 janv. 1992, art. 26c.

jurisprudentielles et doctrinales actuelles⁷⁴¹ influencées par la règle du transfert *solo consensu*, l'article L. 613-9 du Code de la propriété intellectuelle indique qu'à défaut d'inscription au registre national des brevets, la cession concernée est inopposable aux tiers⁷⁴². La référence aux « *actes transmettant ou modifiant les droits attachés à un brevet* » peut également s'entendre d'une simple référence à l'objet du contrat que représente le transfert de propriété sans pour autant faire référence au moment précis de l'acquisition du droit de propriété. Ainsi, aucun obstacle légal n'interdit véritablement une modification de la position de la jurisprudence afin de conférer à l'inscription au registre national des brevets un effet acquisitif de droit. Cette analyse est préférable car elle est non seulement plus respectueuse de l'opposabilité intrinsèque du droit de propriété mais permet, qui plus est, une lecture plus cohérente du droit positif.

224. La jurisprudence considère en effet qu'à défaut de publicité de la cession de brevet au RNB, seul le cédant est titulaire de l'action en contrefaçon⁷⁴³. En effet, en matière de cession de marques, la Cour de cassation a déjà pu affirmer dans un arrêt du 24 mai 1994 que la saisie-contrefaçon à l'initiative du précédent propriétaire est valable dès lors qu'elle est pratiquée avant la publicité au RNM car le cédant est alors « *seul habilité à agir pour la protection de ce droit de propriété industrielle* »⁷⁴⁴. Cette solution pose cependant une difficulté certaine à propos de l'existence de l'intérêt à agir du cédant, lorsqu'il exerce l'action en contrefaçon dans l'attente de la publication de la cession. En effet, ayant cédé son droit au cessionnaire par l'effet de la convention, il paraît difficile au cédant de justifier d'un intérêt à agir, légitime et personnel au sens de l'article 31 du Code de procédure civile⁷⁴⁵, puisqu'en réalité il agit alors à l'égard des tiers dans l'intérêt du cessionnaire. Le problème a été identifié en doctrine par certains auteurs qui constatent

⁷⁴¹ L'inscription rend la cession opposable aux tiers mais ne conditionne pas sa validité : en ce sens, TGI Paris, 18 janv. 1969, *PIBD* 1969, n° 18, III, p. 218. En doctrine, J. AZEMA et J. Ch. GALLOUX, *op. cit.*, n° 452, p. 281.

⁷⁴² Art L. 613-9 CPI : « *Tous les actes transmettant ou modifiant les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet doivent, pour être opposables aux tiers, être inscrits sur un registre, dit registre national des brevets, tenu par l'Institut national de la propriété industrielle* ».

⁷⁴³ TGI Paris du 21 janvier 1982 : « *la cession ne produisant ses effets qu'à compter de la publication, jusqu'à celle-ci, le cédant reste, à l'égard des tiers, le véritable propriétaire du brevet et a notamment seul le droit de poursuivre les faits de contrefaçon* », *PIBD* 1982, n° 303, III, p. 12 ; CA Paris 30 juin 1988, *PIBD* 1988, n° 441, III, p. 419 ; CA Paris, 1er décembre 1993, *PIBD* 1994, n° 562, III, p. 135 ; Cass. Com. 14 juin 2005, préc.

⁷⁴⁴ Cass. Com. 24 mai 1994, n° 92-14435, *Bull. Civ. IV*, n° 188. Dans le même sens, Cass. Com., 9 février 1976, n° 74-12272, *Bull. Civ. IV*, n° 45 ; CA Paris, 16 février 1974, *PIBD* 1974, n° 129, III, p. 238 ; CA Lyon, 16 mai 1974, *GP* 1974, 2, p. 438.

⁷⁴⁵ L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 6^{ème} éd. Litec 2009, n° 361, p. 241 qui souligne qu'une personne ne peut agir en justice que dans la mesure où la violation du droit l'atteint dans ses intérêts propres et le résultat de l'action lui profite personnellement.

une impossibilité d'agir pour le cédant, sauf à convenir d'une clause avec le cessionnaire selon laquelle le transfert du brevet et du droit d'action sont reportés au moment de la publication⁷⁴⁶. Cette dernière suggestion conduit en définitive à systématiser une solution selon laquelle le transfert de la propriété du brevet est subordonné à l'accomplissement de la publicité au RNB et n'a en réalité d'autre finalité que de neutraliser l'impraticabilité en la matière de la règle du transfert de propriété *solo consensu*. La règle du transfert de propriété des droits de propriété intellectuelle par l'effet de l'inscription auprès des services de l'INPI conforte ainsi la position jurisprudentielle selon laquelle le cédant conserve le bénéfice de l'action en contrefaçon à l'égard des tiers jusqu'à l'accomplissement du formalisme d'opposabilité de la cession. Alors que la règle du transfert de propriété par l'effet de la convention prive le cédant de sa qualité de propriétaire et ne lui permet pas de se prévaloir d'un véritable intérêt à agir en contrefaçon, cette difficulté disparaît dès lors que l'on conçoit qu'il demeure propriétaire jusqu'à l'accomplissement des formalités de publicité auprès de l'INPI.

225. Qu'il soit question de cession de brevets ou de marques, le transfert *solo consensu* s'avère difficilement compatible avec les principes gouvernant l'exercice de l'action en contrefaçon. La difficulté se situe en réalité à ce niveau. Si la jurisprudence autorise le cédant à agir et rejette actuellement l'argument reposant sur le défaut d'intérêt à agir⁷⁴⁷, c'est parce qu'il est nécessaire de favoriser l'exercice de l'action en contrefaçon, ce que ne peut faire le cessionnaire lorsqu'il ne dispose pas d'un droit opposable *erga omnes* en l'absence d'accomplissement de la publicité légale. Il n'en demeure pas moins que la « dilatation » du processus de transmission des droits de propriété industrielle, en application de la règle du transfert *solo consensu*, est à l'origine d'un défaut d'intérêt à agir du cédant : n'étant plus propriétaire à l'égard du cessionnaire, il l'est encore à l'égard des tiers. La règle du transfert *sola traditione* présente l'avantage d'une plus grande

⁷⁴⁶ J. AZEMA et J. Ch. GALLOUX, *op. cit.*, n° 456, p. 283 : « à défaut de clause contraire dans le contrat de cession, le cédant demeure recevable en contrefaçon pour les faits commis antérieurement à la cession tandis que le cessionnaire ne pourra agir qu'après l'inscription de ladite cession au RNB, ce qui laisse la période entre la cession et l'inscription sans possibilité d'action en cas de rédaction défectueuse du contrat de cession. Afin de pallier cet inconvénient, il faut introduire une clause selon laquelle le transfert du droit de brevet et du droit d'action s'opéreront à compter de la publication ».

⁷⁴⁷ Cass. Com. 24 mai 1994, préc. Au contraire, les juges d'appel avaient retenu dans cette affaire que le cédant avait perdu toute qualité pour agir en contrefaçon après l'acte de cession de la marque dont il était titulaire, « les parties à l'acte de cession n'ayant pas prévu de suspendre l'effet translatif de propriété jusqu'à la publication de celui-ci ».

cohérence en la matière, en légitimant l'action en contrefaçon dont dispose en droit positif le cédant jusqu'à la publication de l'opération translatrice sur le registre concerné⁷⁴⁸.

b) La date de la perfection de l'effet translatif de propriété de la publicité légale

226. Cession de droits de propriété intellectuelle. Qu'il soit question de cession de brevets ou de marques⁷⁴⁹, les actes sont inscrits à la demande de l'une des parties qui dépose une demande auprès des services de l'INPI. Celle-ci peut rejeter une demande d'inscription si elle n'est pas conforme aux dispositions légales⁷⁵⁰ mais il ne lui appartient pas d'apprécier la régularité de l'opération juridique⁷⁵¹. Si l'INPI considère que la demande d'inscription n'est pas conforme aux dispositions légales, une notification motivée est adressée au demandeur ou à son mandataire⁷⁵². Si la demande d'inscription porte sur des brevets, un délai est imparti au demandeur pour régulariser sa demande ou présenter des observations. Si la notification est assortie d'une proposition de régularisation, celle-ci est réputée acceptée si le demandeur ne la conteste pas dans le délai qui lui est imparti. Si aucune régularisation n'a été effectuée ou si aucune observation permettant de lever l'objection n'a été faite par le demandeur, la demande est rejetée par décision du directeur général de l'INPI. Un recours contre la décision peut être formé devant la Cour d'appel de Paris selon les dispositions du Code de la propriété intellectuelle⁷⁵³. Si la demande est conforme aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle, l'inscription est portée au registre national des brevets si elle concerne des brevets ou au registre national des marques si elle concerne des marques. L'INPI renvoie alors au demandeur un exemplaire de demande d'inscription sur lequel sont portés le numéro et la date de l'inscription au registre national des brevets ou des marques. L'INPI procède à la publication du numéro d'inscription au Bulletin Officiel de la Propriété Industrielle (BOPI)⁷⁵⁴. La date à prendre en compte pour

⁷⁴⁸ Rapp. Ph. CHAUVIRE, *op. cit.*, n° 448, p. 286 pour l'impossibilité pour d'agir en contrefaçon jusqu'à la publicité de la cession « est le signe indéniable du déni de la qualité de propriétaire de l'acquéreur ».

⁷⁴⁹ V. l'article R. 613-55 du Code de la propriété intellectuelle en matière de cession de brevets et l'article R. 714-4 en matière de cession de marques.

⁷⁵⁰ V. l'article R. 613-18 du Code de la propriété intellectuelle en matière de cession de brevets et l'article R. 714-7 en matière de cession de marques.

⁷⁵¹ La jurisprudence a confirmé ce point dans de nombreuses décisions : CA Paris, 21 mai 1976, *PIBD* 174/1976, III, p. 330 ; CA Paris, 26 mai 1986, *PIBD* 399/1986, III, p. 353.

⁷⁵² V. l'article R. 613-58 du Code de la propriété intellectuelle en matière de cession de brevets et l'article R. 714-7 en matière de cession de marques.

⁷⁵³ Articles R. 411-20 à R. 411-26 du Code de la propriété intellectuelle.

⁷⁵⁴ V. l'article R. 613-59 du Code de la propriété intellectuelle en matière de cession de brevets et l'article R. 714-8 en matière de cession de marques.

l'opposabilité de la cession aux tiers est celle de la publication de l'inscription au BOP⁷⁵⁵. Il est important de noter que l'inscription de l'acte au registre n'a pas d'effet rétroactif ; en conséquence, elle produit ses effets au jour de l'inscription et non à la date du dépôt de la demande ou bien au jour de la signature de l'acte⁷⁵⁶.

227. *Publicité foncière - instruction de la demande.* En matière de publicité foncière, la publicité au Service de la publicité foncière se décompose en deux temps où le dépôt des pièces précédemment évoquées⁷⁵⁷ sur un registre des dépôts précède la formalité proprement dite au registre de publication qui est une opération purement interne au Service de la publicité foncière et qui donne un caractère définitif et complet à la publicité. Entre le dépôt des pièces et la publicité proprement dite, un délai s'écoule nécessairement en raison du contrôle du Service de la publicité foncière⁷⁵⁸. Ce dernier doit s'assurer, notamment, que le document déposé n'est pas en discordance avec les autres pièces produites ou les documents déjà publiés au fichier et que celui qui dispose de son droit est actuellement titulaire de celui-ci⁷⁵⁹. Les causes de refus du dépôt concernent surtout des omissions ou inexactitudes dans les éléments essentiels de désignation des parties ou des immeubles ou ont trait au principe de l'effet relatif de la publicité. Chaque refus opposé doit faire l'objet d'une décision motivée qui est notifiée au déposant dans les quinze jours du dépôt et accompagnée du document refusé. Distinctes du refus de dépôt, les causes de rejet de la formalité conduisent à une « *mise en attente* »⁷⁶⁰ de la formalité et sont dues principalement à des omissions ou inexactitudes dans les éléments non essentiels des désignations visées ci-dessus ou dans des discordances entre le document déposé et ceux déjà répertoriés au fichier⁷⁶¹. Le Service chargé de la publicité foncière

⁷⁵⁵ CA Lyon, 11 févr. 1999, *Ann. propr. ind.* 1/2000, p. 3 : « *C'est à compter de la publication de l'acte au registre national des brevets que le cessionnaire est recevable à agir contre les tiers* ».

⁷⁵⁶ Cass. Com., 24 juin 1986, n° 84-17419, JCP G 1986, IV, p. 261 : « *Aux termes de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1964, toute modification au droit portant sur une marque ne sera opposable aux tiers que par mention au registre national des marques. Viole ce texte la Cour d'appel qui donne effet à l'égard des tiers à un renouvellement de marque opéré par le cessionnaire de la marque avant exécution de la publicité* » ; CA Lyon, 11 févr. 1999, préc. Ainsi, le licencié ou le cessionnaire n'est recevable à demander la réparation du préjudice résultant de la contrefaçon que pour la période postérieure à l'inscription de la licence ou de la cession au registre : CA Paris, 30 sept. 1983, *Ann. propr. ind.* 1983, p. 247.

⁷⁵⁷ V. *supra* n° 201.

⁷⁵⁸ Le Service de la publicité foncière ne peut refuser ou retarder l'exécution d'une formalité régulièrement requise, sous peine d'engager sa responsabilité personnelle (art. 2199 du Code civil).

⁷⁵⁹ Sur le respect de l'effet relatif de la publicité foncière, v. *supra* n° 202.

⁷⁶⁰ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 920, p. 813.

⁷⁶¹ Outre l'article 74, paragraphe 3 du décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955, qui vise les cas de refus de dépôt comme cause de rejet de la formalité, constitue une cause propre de rejet toute omission, ne relevant pas du refus d'une des énonciations prescrites par les articles 5 (identification des personnes physiques), 6 (identification des

doit, après avoir inscrit au registre des dépôts le document contenant des causes de rejet, notifier celles-ci dans le mois du dépôt⁷⁶². L'usager dépose alors dans le mois de cette notification un acte ou une attestation rectificative qui prendra rang à la date du dépôt primitif, faute de quoi une décision de rejet lui sera notifiée à l'expiration de ce délai. Mais il peut également contester dans les huit jours la validité de cette décision.

228. *Rétroactivité de la date de l'inscription hypothécaire au jour de la demande du requérant.* Il ressort des règles qui précèdent que la publicité va, par principe, prendre date au jour du dépôt du dossier⁷⁶³ dans le cas où le dépôt initial du dossier au Service de la publicité foncière est régulier. Il en va de même en cas de rejet de la formalité, si l'usager régularise les causes de rejet de la formalité dans les délais requis. Ainsi, l'inscription prend ainsi date au jour du dépôt de la demande du requérant de manière rétroactive en permettant au Service de la publicité foncière d'effectuer entre-temps les opérations de contrôle prescrites par les textes.

229. *Date de l'acquisition du droit de propriété par la publicité foncière.* De manière dérogatoire, l'effet translatif de propriété de la publicité foncière doit être situé au jour où prend effet l'inscription, c'est-à-dire au jour du dépôt du dossier entre les mains du Service de la publicité foncière. C'est entre les parties que les conséquences pratiques d'une acquisition du droit de propriété au moment de l'inscription de la publicité légale sont les plus marquées, même si elles doivent être limitées. Concernant le cas des ventes immobilières, il doit être tout d'abord rappelé que la pratique notariale diffère déjà systématiquement le moment du transfert de propriété à la réitération du compromis de vente et la remise des clefs⁷⁶⁴, dérogeant à la règle du transfert *solo consensu*. Cependant, différer l'acquisition de la propriété non pas à la remise des clefs et au paiement du prix, mais au moment de l'inscription hypothécaire, pourrait sembler poser une difficulté en raison des délais pratiques nécessaires au Service chargé de la publicité foncière afin de

personnes morales) ou 7 (désignation des immeubles) du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 et soumis au contrôle du Service de la publicité foncière.

⁷⁶² D'après le paragraphe 3 de l'article 34 du décret du 14 octobre 1955, la notification doit être adressée, au plus tard, le dernier jour du délai d'un mois à compter du dépôt. Ce délai n'est, toutefois, pas impératif. Il peut, cependant, entraîner la mise en jeu de la responsabilité du conservateur. V. Cass. Civ. 3ème, 13 juillet 1994, n° 93-10204, *JCP N* 1995, I, p. 897, note P. FREMONT, *Bull. assoc. mut. Conservateurs* 1995, art. 1673. *Adde.* TGI Paris, 21 mai 1991, *Bull. assoc. mut. Conservateurs* 1991, art. 1508.

⁷⁶³ En ce sens, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 920, p. 814. En jurisprudence, Cass. Civ. 1ère 28 novembre 1961, *Bull. Civ. I*, n° 560, GP 1962, I, 177 : "(...) dans le cas où la pièce omise a été produite dans le délai d'un mois le conservateur procède dans les conditions ordinaires à l'exécution de la formalité, qui prend rang à la date du dépôt".

⁷⁶⁴ V. *supra* n° 21.

procéder aux formalités de publicité. Cependant, la difficulté doit être relativisée dans la mesure où la date de l'inscription rétroagit en définitive à celle du dépôt du dossier de sorte que le droit de propriété de l'acquéreur d'un bien immobilier produira par conséquent effet à cette date précise, tant à l'égard de son vendeur que des tiers. Jusqu'à cette date, il peut être utilement convenu entre les parties un usage du bien au profit de l'acquéreur⁷⁶⁵, qui n'aura la qualité de propriétaire qu'avec l'accomplissement des formalités de publicité foncière. La solution ne diffèrera pas en définitive du système actuel où le cessionnaire, dans l'attente de l'accomplissement des formalités de publicité devant lui permettre de se prévaloir de son droit auprès des tiers, en use généralement à titre de propriétaire au regard du seul vendeur. Qu'il soit simple détenteur du bien ou bien propriétaire relativement au seul vendeur, la solution est en définitive sans conséquence pour l'acquéreur.

§2) L'effet translatif de la signification de l'opération translative

230. La perfection de l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété n'est pas toujours subordonnée à système d'organisation de la connaissance des tiers. Elle est parfois conditionnée à l'avertissement d'une personne déterminée, intéressée au premier plan par l'opération translative. C'est le cas en présence d'une cession de créance de droit commun, où sa signification au débiteur cédé permet au cessionnaire de l'opposer aux tiers. Parce qu'elle assure ainsi l'opposabilité substantielle du droit de propriété sur la créance, un effet translatif doit être reconnu à la signification (A), ce qui représente un préalable avant d'évoquer la matière de la cession de droits sociaux reposant sur un schéma identique (B).

A) L'effet translatif de la signification de la cession de créance

231. L'affirmation selon laquelle la signification au débiteur cédé permet le transfert de propriété de la créance ne va pas de soi. Elle suppose tout d'abord que la créance puisse être appropriée. Par ailleurs, à supposer que cet écueil soit surmonté, elle nécessite la démonstration d'une relation exclusive entre la signification et l'opposabilité substantielle du droit de propriété. Ces différents points seront traités dans le cadre de l'analyse du rôle de la signification dans l'opposabilité *erga omnes* de la cession de créance (1), ce qui

⁷⁶⁵ Par exemple, au moyen d'une convention d'occupation précaire, qui prendra fin le jour de la date de l'inscription hypothécaire qui marquera le moment du transfert de propriété.

permettra de conclure à la nécessité d'un transfert de propriété par l'accomplissement de cette formalité (2).

1) L'opposabilité *erga omnes* de la cession de créance par la signification

232. Fonction informative de la signification. La nature des formalités de l'article 1690 du Code civil fait l'objet d'un débat doctrinal. En effet, si certains auteurs estiment qu'il est question d'une « possession-publicité »⁷⁶⁶, la plupart des auteurs considèrent actuellement que les formes de l'article 1690 du Code civil reposent exclusivement sur une volonté d'organiser une information de la cession de créance, indépendamment de la possession de cette dernière. Ainsi, Monsieur Legeais considère que « *si la signification a exclusivement une portée de publicité, c'est parce qu'il ne semble pas qu'elle puisse remplir la fonction de mise en possession* »⁷⁶⁷. Par ailleurs, M.M. Malaurie, Aynes et Stoffel Munck estiment dans le même sens qu'« *encore moins la signification est-elle un ensaisinement devenu inutile depuis 1804 pour assurer le transfert de propriété ; son rôle n'est plus d'investir le propriétaire.* »⁷⁶⁸. Ainsi, la signification de la cession de créance, si elle saisit le cessionnaire à l'égard des tiers, ne permet pas à proprement parler de le mettre en possession et constitue davantage une mesure d'information. Cependant, contrairement à l'opinion répandue⁷⁶⁹, elle ne s'apparente pas à une publicité légale car elle ne correspond pas à un système d'organisation générale de l'information auprès des tiers⁷⁷⁰. La signification de la cession de créance porte à la connaissance du seul débiteur cédé l'opération translatrice et, partant de là produit un effet juridique à l'égard des tiers en rendant cette opération opposable *erga omnes*. Au plan technique, elle s'assimile ainsi à une « tradition » de la créance.

⁷⁶⁶ F. DANOS, *op. cit.*, n° 416, p. 461, qui relève que « *les formalités de l'article 1690 du Code civil apparaissent comme le mode de possession juridique des créances, parmi lesquelles figure la signification de la cession de créance intervenue au débiteur cédé* » ; Y. EMERICH, *op. cit.*, n° 460, p. 262. Cette analyse a par le passé déjà été soutenue, à propos de la signification du nantissement de créances de l'ancien article 2075 du Code civil, par certains auteurs comme TROLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. Du nantissement et de l'antichrèse. Commentaire du titre XI, Livre III du Code civil*, Paris 1847, n° 265, pour lequel « *c'est par la signification que le créancier prend possession extérieure de son droit* ».

⁷⁶⁷ D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances, op.cit.*, n° 63, p. 40.

⁷⁶⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1411, p. 762. Dans le même sens, L. AYNES, *La cession de contrat, op. cit.*, n° 240, p. 174 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1279, p. 1327, note 3, estimant que la formalité n'a aujourd'hui qu'un rôle d'information.

⁷⁶⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1415, p. 766, pour lesquels la débiteur-cédé est « *un centre de renseignement, un quasi-Conservateur des hypothèques* » ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1279, p. 1327.

⁷⁷⁰ En ce sens, S. CORNELOUP, *op. cit.*, n° 208, p. 225 : « *En résumé, nous estimons donc que dans la mesure où les formalités de l'article 1690 du Code civil ne réalisent aucune information effective des véritable tiers, il n'est pas possible de considérer qu'elles constituent des publicités à leur égard* ».

233. Relation entre la signification et l'opposabilité erga omnes de la cession. La signification de la cession de créance représente une formalité substantielle issue du droit romain⁷⁷¹ et reconduite sous l'ancien droit où elle était une condition de validité de la cession⁷⁷². De nos jours, la règle a subi l'influence du schéma du transfert *solo consensu* puisque la signification n'est plus une condition de validité de cession de créance mais conditionne l'opposabilité de celle-ci aux tiers. Le principe figure à l'article 1690 du Code civil qui prévoit que « *le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur* ». Cette disposition est présentée comme entrant parfaitement dans le schéma d'un transfert consensuel de la créance concernée puisque le texte ne vise que les rapports avec les tiers à l'opération translatrice. Ainsi, est-il admis tant en jurisprudence⁷⁷³ qu'en doctrine⁷⁷⁴ que le transfert de la créance s'effectue *solo consensu*, la signification constituant une condition d'opposabilité aux tiers de la cession. Indépendamment de la remise des titres qui ne concerne que la délivrance⁷⁷⁵, la signification représente une phase importante de la cession de créance. Elle conditionne l'opposabilité *erga omnes* de celle-ci⁷⁷⁶, tant à l'égard du débiteur cédé, qui ne peut alors se prévaloir à l'égard du cessionnaire de l'article 1165 du Code civil⁷⁷⁷, qu'à l'égard des autres tiers qui n'ont pas été partie à l'acte de cession et ont intérêt à ce que le cédant soit encore créancier⁷⁷⁸. Malgré la généralité de la lettre de l'article 1690 du Code civil, il est parfois admis que les créanciers chirographaires ne peuvent se prévaloir de l'inopposabilité résultant du défaut de signification car ils ne disposent d'aucun droit préférentiel sur la créance⁷⁷⁹. Cette position amène à considérer qu'ils ne sont véritablement intéressés par le patrimoine de leur débiteur que lorsqu'ils envisagent la

⁷⁷¹ GIRARD, *op. cit.* P. 780-783. Sur ce point, v. *infra* n° 429, note 1401.

⁷⁷² POTHIER, *Traité des obligations, op. cit.*, T. II, part. III, chap. IV, p. 180-181. La solution est issue d'une maxime de l'ancien droit selon laquelle « *transport ne saisit que s'il est signifié* ».

⁷⁷³ Par exemple, Cass. Civ. 20 juin 1938, *DP* 1939, 1, 26, note WEIL ; Cass. Civ. 3^{ème} 12 juin 1985, *Bull. Civ.* III, n° 95, *RTD Civ.* 1986, 350, obs. J. MESTRE : « *jusqu'à sa signification au débiteur cédé ou son acceptation par celui-ci, la cession de créance n'a d'effet qu'entre les parties. Les tiers, et notamment le débiteur cédé, ne peuvent se la voir opposer ni s'en prévaloir* ».

⁷⁷⁴ AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. III, §359, p. 305 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1413, p. 763-764.

⁷⁷⁵ C. Civ. art. 1689.

⁷⁷⁶ En ce sens, F. DANOS, *op. cit.*, n° 420, p. 464.

⁷⁷⁷ L. AYNES, *La cession de contrat, op. cit.*, n° 241, p. 174.

⁷⁷⁸ Cette solution a été posée par la jurisprudence : Cass. Civ. 1^{ère} 4 décembre 1985, n° 84-12737, *Bull. Civ.* I, n° 336 ; *RTD Civ.* 1986, 750, obs. J. MESTRE. En matière fiscale, le Conseil d'état s'est prononcé à plusieurs reprises sur l'inopposabilité à l'administration de la cession de créance non signifiée : CE, plén. 7 mars 1979, *Dr. Fisc.* 1979, n°26, comm. 1346 ; *RJF* 1979, n° 247 ; CE 28 février 1997, *SA Sabe, Dr. Fisc.* 1997, n°25, comm. 693, concl. ARRIGHI DE CASANOVA ; CE 25 octobre 2002, *Dr. Fisc.* 2003, n°5, comm. 53.

⁷⁷⁹ En ce sens, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1287, p. 1334. *Contra.*, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1412, p. 763.

sanction de leur droit personnel, en obtenant un droit particulier sur la créance. Il n'en demeure pas moins que l'opposabilité s'entend *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard des tiers au sens de l'article 1690 du Code civil. Elle procède exclusivement de la signification et non de l'échange des consentements⁷⁸⁰.

234. Relation entre la signification et l'opposabilité erga omnes du transfert de propriété de la créance. Si la signification assure l'opposabilité *erga omnes* de la cession de créance de droit commun, il faut se demander s'il peut s'agir de l'opposabilité aux tiers de la propriété de la créance. A cet égard, la notion de propriété des créances suscite trois interrogations. En premier lieu, l'admission d'une propriété des créances suppose que l'on puisse dépasser l'idée selon laquelle le droit réel que constitue classiquement le droit de propriété ne peut porter sur un autre droit patrimonial, en particulier un droit personnel. A cet égard, l'argument n'est pas dirimant puisque le droit positif admet des situations où un droit réel porte sur un droit personnel⁷⁸¹. L'appréhension classique du droit de propriété en droit réel ne doit pas ainsi empêcher l'idée d'une propriété des créances⁷⁸². Il en va de même de la théorie de l'incorporation du droit dans son objet dont on affuble classiquement le droit de propriété⁷⁸³. Parce qu'elle est une fiction destinée à éviter que le propriétaire ne se retrouve avec deux biens dans son patrimoine, le droit réel et son objet, cette théorie ne doit pas empêcher que l'objet de cette incorporation puisse être immatériel et prenne les traits d'une créance⁷⁸⁴.

235. En second lieu, un bien est une valeur patrimoniale pouvant être appropriée⁷⁸⁵ et qui est en principe cessible, c'est-à-dire qu'il peut circuler d'une personne à une autre⁷⁸⁶. Or, une créance constitue avant tout une relation juridique entre un créancier et son débiteur

⁷⁸⁰ En ce sens, R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 289, p. 251.

⁷⁸¹ En matière de nantissement de créances, v. art. 2355 alinéa 4^{ème} C. Civ. : « *le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre* ». V. également, l'article 588 C. Civ. mentionnant l'usufruit d'une rente viagère, qui est une forme de créance.

⁷⁸² En ce sens, Y. EMERICH, *op. cit.*, n° 401 et s.

⁷⁸³ Sur la critique de cette théorie, v. *infra* n° 265.

⁷⁸⁴ En ce sens, Y. EMERICH, *op. cit.*, n° 397, p. 226 : « *Une construction parallèle à celle imaginée pour les biens corporels permettrait d'expliquer la possibilité pour la propriété de porter sur des droits ou des choses incorporels, en écartant, tout comme pour les corps, le problème théorique posé par l'existence de deux biens dans le patrimoine du propriétaire* ».

⁷⁸⁵ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 2, p. 18 : « *Les biens sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation* ».

⁷⁸⁶ Le bien est fréquemment défini en doctrine par sa cessibilité : W. DROSS, *op. cit.*, n° 1 : « *De l'avis de nombreux auteurs, doit être qualifié de bien tout ce qui a une valeur économique, laquelle découle directement de la possibilité de le céder* ».

qui induit spontanément une analyse centrée sur l'obligation, dont la « transmission » nécessite qu'elle se dénoue avant de se renouer avec d'autres. Sous l'angle du créancier, il peut ainsi sembler que la créance se défait plutôt qu'elle ne se cède⁷⁸⁷ de sorte que le tiers au rapport obligatoire n'acquiert pas tant la créance qu'il n'acquiert la qualité de créancier. Cependant, ce raisonnement doit être relativisé dans la mesure où il ne peut véritablement exclure au plan théorique une analyse concurrente centrée sur la créance, où le rapport juridique est envisagé comme un bien cessible par le créancier comme n'importe quel autre de ses biens. Dès lors qu'on admet le raisonnement, la cession d'une créance monétaire peut assurément se concevoir car celle-ci, en raison de sa fongibilité, affiche substantiellement une véritable valeur d'échange. Il n'est pas sûr, en revanche, que cela soit systématiquement le cas d'une créance non-monétaire dans la mesure où la prestation due par le créancier est relative à l'opération convenue avec le débiteur et peut ne pas intéresser un tiers. Par ailleurs, la cession de certaines créances non-monétaires ne se conçoit qu'avec celle de l'ensemble contractuel dont elle fait partie. Tel est le cas du droit de jouissance du locataire d'un bien qui ne peut être cédé indépendamment du contrat de bail. Dans ce cas, sauf à admettre l'idée d'une cession particulière, ce n'est pas tant la créance de jouissance du locataire qui est cédée que le contrat lui-même⁷⁸⁸, ce qui revient alors à envisager que le contrat puisse être un bien. Cependant, cette dernière analyse ne s'est pas imposée à ce jour⁷⁸⁹, ce qui peut alors accréditer le constat d'une cession de créance « indirecte ».

236. En troisième et dernier lieu, le régime de l'opposabilité de la propriété des créances interpelle. L'opposabilité *erga omnes* est une donnée substantielle du droit de propriété, qui doit être préservée dans l'optique de l'admission d'une propriété des créances. En présence d'une cession d'une créance, la présomption de connaissance que l'on attribue à la signification⁷⁹⁰ permet d'assurer l'opposabilité de l'opération translatrice non seulement à l'égard du débiteur cédé mais aussi à l'égard de tous les tiers⁷⁹¹. Le régime de l'opposabilité de la cession de créance correspond alors parfaitement à celui de

⁷⁸⁷ W. DROSS, *op. cit.*, n° 493-1, p. 900.

⁷⁸⁸ L. AYNES, *La cession de contrat*, *op. cit.*, n° 29, p. 37 : « si l'objet de la créance est une prestation en nature - créance de jouissance des lieux loués par exemple - sa transmission entre vifs est une cession de contrat. L'obligation en nature est caractéristique des contrats successifs, dont elle exprime la fonction particulière : sa circulation est indissociable de celle du contrat générateur ».

⁷⁸⁹ Sur ce point : W. DROSS, *op. cit.*, n° 493-2, p. 901.

⁷⁹⁰ V. *infra* n° 442.

⁷⁹¹ V. *supra* n° 233.

l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété. En revanche, le cas de la formation de la créance pose difficulté car en droit positif son opposabilité à un tiers est subordonnée à la démonstration de la mauvaise foi de ce dernier. Inversement, le tiers de bonne foi ne pourra pas se voir opposer une créance dont il n'a pas connaissance. Ceux qui soutiennent la théorie de la propriété des créances affirment que cette situation traduit essentiellement une différence de degré dans l'opposabilité du droit de propriété en raison de la spécificité de la créance en étant l'objet⁷⁹². Toutefois, l'argument ne satisfait pas entièrement dans la mesure où, dans cette perspective, le régime de l'opposabilité de la créance soumet l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété à la subjectivité du critère de la connaissance effective des tiers. La force de la propriété des créances apparaît alors amoindrie⁷⁹³.

237. En dépit des difficultés qu'elle suscite, qui ne sont pas décisives, la propriété des créances a fait son chemin en doctrine et en droit positif. Son admission a conduit préalablement à considérer la créance comme un bien⁷⁹⁴, analyse qui trouve un fondement dans la cessibilité des créances consacrée par le législateur⁷⁹⁵ ainsi que dans le développement de techniques de financement, telles que la cession Dailly ou la titrisation, ayant pour effet d'abaisser le formalisme de la cession de créances de droit commun et de limiter l'opposabilité des exceptions issues du rapport obligatoire⁷⁹⁶. Cependant, cette réification de la créance ne doit pas exclure sa nature personnelle qui trouve une expression privilégiée dans les rapports entre le créancier et son débiteur où prévaut la

⁷⁹² En ce sens, Y. EMERICH, *op. cit.*, n° 295, p. 169.

⁷⁹³ Sur le développement de cette idée, v. *infra* n° 388 et n° 427.

⁷⁹⁴ AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. III, §359, p. 305, note 1 : « *la propriété d'une créance passe au cessionnaire à l'égard du cédant par le seul effet de la cession* », en prenant soin de souligner que « *le mot propriété est pris dans l'acception étendue que lui attribue l'article 711. Quoique, de prime abord, il puisse paraître étrange de voir employer, en fait de créances, les expressions propriété et propriétaire, ces expressions se justifient cependant lorsqu'on considère les créances, non plus en elles-mêmes et d'après leur nature propre, mais comme des biens, c'est-à-dire des éléments constitutifs du patrimoine* » ; E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Thèse Paris, LNDJ, 1898, p. 27-32 : « *Ce que l'on considère dans la créance, c'est sa valeur. La personnalité du créancier et celle du débiteur importent peu... Valeur patrimoniale, elle devient objet d'échange et la transmissibilité est dans sa nature* ».

⁷⁹⁵ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse Bordeaux 1968, n° 21, p. 29-30 : « *Seule une conception objective de l'obligation, considérée comme une valeur pécuniaire dans un patrimoine, permet d'expliquer la cession de créance* » ; P. RAYNAUD, « *Les contrats ayant pour objet une obligation* », Cours DEA, *Les Cours du droit*, 1977/1978, spéc. p. 23 ; Y. EMERICH, *op. cit.*, n° 131, p. 79 ; V. FORTI, *op. cit.*, n° 529, p. 353.

⁷⁹⁶ V. FORTI, *op. cit.*, n° 632, p. 419 : « *l'opération de titrisation remplit sa fonction principale lors de l'étape de transformation du porte feuille de créances en titres : les investisseurs se voient confier un bien sur lequel ils peuvent exercer leur prérogatives de jouissance en évitant le concours avec tout autre sujet. Grâce à la titrisation, les créances, dont le régime prévu pour leur transmission assure déjà la réification, deviennent des biens aux yeux de tous les tiers* ».

force obligatoire de la convention⁷⁹⁷. C'est pourquoi, il est parfois admis que c'est essentiellement dans les rapports avec les tiers que la créance est véritablement envisagée comme un bien puisque ce que l'on cède à un tiers, c'est la valeur objectivée que la créance représente⁷⁹⁸. Il n'en demeure pas moins qu'ainsi réifiée, la créance peut être envisagée comme l'objet d'un droit de propriété, idée qui a été systématisée en doctrine par Ginossar⁷⁹⁹. Par ailleurs, la propriété des créances est suggérée en droit positif par les articles 1689 et suivants du Code civil qui traitent du « *transport des créances et autres droits incorporels* », comme si ces dernières étaient appréhendées comme des biens susceptibles d'être appropriés⁸⁰⁰. Elle figure par ailleurs clairement dans certains textes législatifs, comme l'article 511-7 du Code de commerce énonçant que « *la propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change* » ou l'article L. 131-20 du Code monétaire et financier selon lequel « *l'endossement transmet tous les droits résultant du chèque et notamment la propriété de la provision* ». Par ailleurs, en matière de cession de créances professionnelles, l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier indique que « *même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie, ..., la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée* ». Comme a pu le faire le Conseil Constitutionnel⁸⁰¹, la Cour de cassation a déjà évoqué l'idée d'un transfert de la propriété de la créance cédée⁸⁰² en matière de cession Dailly, de même qu'en matière de saisie de rémunération⁸⁰³. L'idée d'une propriété des créances paraît ainsi ancrée en droit positif, si bien qu'il doit en être tenu compte. La signification assure l'opposabilité du transfert de propriété à l'égard des tiers si bien qu'elle doit permettre *de lege feranda* l'acquisition de la propriété de la créance cédée afin de correspondre à l'absolutisme du droit de propriété.

⁷⁹⁷ V. FORTI, *op. cit.*, n° 530, p. 353 pour qui l'analyse objective de la créance à travers sa réification s'ajoute à la conception subjective de l'obligation.

⁷⁹⁸ F. DANOS, *op. cit.*, n° 21, p. 246.

⁷⁹⁹ GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créances, op. cit.*, n° 34, p. 85-86. Sur ce point, v. *infra* n° 387.

⁸⁰⁰ L'article 1693 C. Civ. indique en particulier que « *celui qui vend une créance* » doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie. Perçue comme un bien, la créance est par conséquent appropriable.

⁸⁰¹ Conseil Constitutionnel, 10 juin 2010, Décision n° 2010-607 DC ; Th. REVET, « La consécration de la propriété des créances par le Conseil constitutionnel », *RTD. Civ.*, 2010, p. 584 et s.

⁸⁰² Cass. Com. 22 novembre 2005, préc. : « *Mais attendu, en premier lieu, que, même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée, ...* ». Déjà, Cass. Com. 28 octobre 1986, n° 85-15612, *Bull. Civ. IV*, n° 194, *D.* 1986, 592, note VASSEUR, *JCP* 1987 II, 20735, note J. STOUFFLET : « *...la cession, qui transfère au cessionnaire la propriété de la créance professionnelle cédée* ».

⁸⁰³ Cass. Civ. 2^{ème} 3 mai 2007, n° 05-19439, *Bull. Civ. II* n° 121, *D.* 2007, p. 2336, obs. VIGNEAU, *RTD Civ.* 2007, 643, obs. PERROT.

2) L'effet translatif de propriété de la signification de la cession de créance

238. Absence d'écueil légal. Parce qu'il est un droit intrinsèquement opposable à tous, le droit de propriété de la créance ne peut être acquis par le cessionnaire qu'une fois la formalité de signification accomplie. Si l'on doit considérer que cette affirmation n'est pas en phase avec le droit positif, c'est essentiellement parce qu'elle est contraire à la position jurisprudentielle actuelle. En effet, la perspective d'un transfert de propriété de la créance cédée par l'effet de la signification n'est pas contredite par les textes et en particulier l'article 1690 du Code civil, lequel se contente d'affirmer la nécessité de la signification pour l'opposabilité aux tiers de la cession de créance. Il n'est nullement dit que le transfert de propriété de la créance cédée s'opère par l'échange des consentements, qui est un constat auquel on aboutit en droit positif qu'au prix d'une combinaison avec les articles 1138 et 1583 du Code civil. Aucune disposition du droit commun de la cession de créance ne s'oppose donc à une analyse selon laquelle la signification rend parfaite le transfert de propriété de la créance cédée.

239. Admission de l'effet translatif de propriété de la signification de la cession de créance. L'idée d'un effet translatif attaché à la signification a été récemment soutenue en doctrine par M. Danos sur la base d'un rapprochement entre cette dernière et la notion de possession. Véritable possession-publicité⁸⁰⁴, la signification constitue une formalité substantielle car elle seule conduit à l'appropriation de la créance en permettant l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété du cessionnaire. L'auteur voit une véritable manifestation positive de cette analyse dans le rôle joué par la signification en cas de conflit entre ayants cause du même auteur. En pareil cas, la jurisprudence résout le conflit en faveur de l'ayant cause ayant le premier effectué la signification de la cession de créance dont il bénéficie⁸⁰⁵, signe non seulement de la substantialité de celle-ci mais au-delà d'un différé du transfert de propriété au moment de l'accomplissement de la

⁸⁰⁴ F. DANOS, *Ibid.*

⁸⁰⁵ Cass. Com. 19 mars 1980, n° 78-11672, *Bull. Civ. IV*, n° 137 : « le cessionnaire qui, hors de toute collusion avec le cédant, a le premier signifié dans les termes de l'article 1690 du Code civil, est préférable au cessionnaire antérieur, même s'il a connu son existence avant l'exécution de la formalité, cette circonstance étant sans influence sur la validité de la cession ». De même, en présence d'un avis à tiers détenteur, la Cour de cassation décide qu'« avis à tiers détenteur adressé par voie postale par l'administration fiscale au débiteur cédé est opposable au cessionnaire d'une créance dès lors que la date portée sur l'accusé de réception de cet avis par le débiteur cédé est antérieure à la signification de la cession de créance par le cessionnaire », Cass. Com. 18 décembre 1979, n° 78-12147, *Bull. Civ. IV*, n° 343. La signification par le cessionnaire de la cession de créance au débiteur cédé est également opposable à la procédure collective du cédant et doit faire échec à l'application de l'article L. 622-7 du Code de commerce dès lors qu'elle est pratiquée antérieurement au jugement d'ouverture.

formalité. Ainsi, selon cette doctrine « *la signification est, en ce sens, le fait générateur du transfert de propriété car, dans cette hypothèse de cessions successives, celui à qui est attribuée la propriété de la créance cédée n'est pas celui qui a conclu en premier la convention de cession mais celui qui en premier a publié son droit, qui a signifié la cession de la créance au débiteur* »⁸⁰⁶. Si la signification doit conduire à l'acquisition du droit de propriété du cessionnaire de la créance cédée compte tenu de l'absoluité du droit de propriété, l'analyse est inexacte à deux égards.

240. Tout d'abord, il n'est pas concevable d'assimiler la signification à une possession de la créance car la signification de la cession de créances ne représente qu'un avertissement du débiteur cédé, indépendant de toute idée de possession de la créance. Dans l'optique d'une acquisition différée de la propriété, il n'existe donc pas de lien entre la signification de la créance cédée et la possession de cette créance car la signification représente non pas un fait de possession mais un élément d'information servant exclusivement l'opposabilité du droit de propriété. Ensuite et surtout, les solutions positives dégagées en matière de conflit d'ayants cause d'un même auteur, accordant préférence au cessionnaire ayant procédé à la signification au débiteur cédé, ne permettent pas véritablement d'identifier une manifestation positive du transfert de propriété *sola traditione*. En effet, le rôle ainsi attribué à la signification de la cession de créance peut parfaitement se concevoir au sein du système du transfert de propriété *solo consensu* de la créance où elle assure la mise en œuvre de l'opposabilité de l'opération aux tiers. Expression de la dissociation pratiquée en droit positif entre le transfert de propriété entre les parties et son opposabilité aux tiers, la signification permet ainsi au second acquéreur de la créance d'opposer son droit au premier acquéreur, lorsqu'il aura été le plus diligent. Il semble qu'il ne peut ainsi être véritablement déduit de la solution applicable en présence d'un conflit d'ayants cause le constat d'un effet constitutif de droit attaché à la signification⁸⁰⁷. Ce n'est donc qu'au prix d'une analyse *de lege feranda* que la règle de l'acquisition *sola traditione* de la créance, par l'effet de la signification de la cession au débiteur cédé, peut s'imposer. Cette perspective présente le mérite de la cohérence avec les solutions positives dégagées en matière d'opposabilité au cessionnaire des exceptions au paiement de la créance.

⁸⁰⁶ F. DANOS, *op. cit.*, n° 421, p. 465.

⁸⁰⁷ V. *supra* n° 222, en matière de publicité foncière.

241. *Cohérence de la règle au regard des solutions positives en matière d'exceptions au paiement de la créance.* L'incohérence de la règle du transfert de propriété *solo consensu* et la nécessité d'un transfert différé au moment de la signification se révèlent à l'aune des solutions consacrées par la jurisprudence concernant les exceptions au paiement de la créance susceptibles d'être opposées au cessionnaire.

242. Puisque c'est la créance originaire que le cessionnaire acquiert dans le cadre de l'opération de cession, le débiteur cédé peut lui opposer toutes les exceptions qu'il pouvait invoquer contre le cédant et qui ont leur cause dans le contrat générateur de la créance⁸⁰⁸. Il s'agit donc de déterminer quelles exceptions peuvent être opposées par le débiteur cédé au cessionnaire. A propos de l'exception d'inexécution ou bien la résolution pour cause d'inexécution, il est admis que le débiteur cédé peut l'opposer au cessionnaire même si elle est apparue postérieurement à la notification de la cession⁸⁰⁹. La jurisprudence a récemment eu l'occasion de rappeler cette position dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 janvier 2010 par lequel celle-ci rappelle, à propos d'une exception d'inexécution opposée au cessionnaire par le débiteur de loyers, qu' « *en cas de cession de créance, le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette si elles sont apparues postérieurement à la notification de la cession* »⁸¹⁰. L'absence de considération de la date de la signification de la cession de créance s'explique logiquement par le fait que le cessionnaire, ayant cause du cédant, ne peut avoir plus de droit que ce dernier et ne peut faire échec à la force obligatoire du contrat souscrit avec le débiteur cédé en se prévalant de l'antériorité de la signification de la cession de créance par rapport à l'exception inhérente à la dette découlant de l'exécution de ce contrat⁸¹¹. Cependant, en tenant cette position, la Cour de cassation établit une distinction entre les exceptions inhérentes à la qualité de co-contractant et

⁸⁰⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1418, p. 768-769.

⁸⁰⁹ Cass. Com. 9 février 1993, n° 91-13601, *D.* 1993, IR, 58 (résolution pour inexécution) ; Cass. Com. 9 novembre 1993, n° 91-18116, *Bull. Civ.* IV, n° 385 qui casse l'arrêt qui accueille la demande de paiement du cessionnaire, alors que le cédé invoque l'inexécution par le cédant de ses propres obligations, lequel a consenti un avoir au cédé postérieurement à la notification de la cession : le cédé « *peut invoquer contre la banque cessionnaire l'exception d'inexécution de ses obligations par le cédant, même si elle est apparue postérieurement à la notification de la cession* ».

⁸¹⁰ Cass. Com. 12 janvier 2010, n° 08-22.000, *Sté d'économie mixte et d'aménagement de la ville de Lamentin dite la SEMAVIL c/ Sté SODEXCA*, *Juris-Data* n° 2010-051066, *JCP E*, 2010, 1497, p. 23 et s. note R. MARTY.

⁸¹¹ En ce sens, R. MARTY, note préc., p. 24, qui indique que « *les formalités de publicité n'ont pas pour effet de détacher une créance de sa cause au sens de l'article 1132 du Code civil et elles n'écartent ni n'amoindrissent la force obligatoire du contrat qui s'impose aux relations entre le débiteur cédé et le cessionnaire* ».

celles inhérentes à la qualité de créancier⁸¹². En effet, si la créance est transmise au cessionnaire avec ses vices éventuels, il n'en demeure pas moins que la créance a changé de patrimoine et le cédant, comme le débiteur cédé, ne peuvent modifier l'étendue des droits transmis au cessionnaire. Dès lors, il est une catégorie d'exceptions reposant non pas sur la qualité de co-contractant mais sur la qualité de créancier, qui ne peuvent être supportées par le cessionnaire. Celles-ci sont qualifiées d'extérieures à la créance⁸¹³ et sont susceptibles de modifier l'étendue des droits transmis au cessionnaire. Il s'agit de toutes les exceptions de paiement, portant extinction de la créance et concourant à la libération totale ou partielle du débiteur par un paiement, une compensation, une remise de dette ou une novation.

243. Compte tenu de l'impact que cette situation peut avoir sur l'étendue des droits transmis au cessionnaire lors de la cession de créance, il importe de déterminer le moment exact où le cédant perd au profit du cessionnaire sa qualité de créancier. A cet égard, il est admis que le cessionnaire ne devient créancier du débiteur cédé qu'avec l'accomplissement de la signification de la cession de créance, celle-ci interdisant alors au cédant de modifier l'étendue des droits transmis, en se prévalant toutes causes d'extinction de la créance⁸¹⁴ comme une compensation avec le cédé née postérieurement à la formalité⁸¹⁵. Cette relation entre l'acquisition de la qualité de créancier et la signification de la cession de créance au débiteur cédé est évoquée par Messieurs Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck en ces termes : « *à partir de l'accomplissement des formalités de l'article 1690, le cédant ne peut plus modifier l'étendue des droits transférés au cessionnaire ; un paiement reçu ou une remise de dette faite par lui serait inopposable au cessionnaire. Il a perdu la qualité de créancier* »⁸¹⁶. A la qualité de créancier correspond nécessairement celle de propriétaire de la créance puisqu'il n'est pas concevable que le titulaire d'une créance n'en soit pas par ailleurs créancier. Pourtant, force est de constater que l'application de la règle du transfert de propriété *solo consensu* aboutit à une dissociation

⁸¹² R. MARTY, note préc., p. 25.

⁸¹³ R. MARTY, *Ibid.*

⁸¹⁴ AURBY et RAU, *op. cit.*, T. III, §359 bis, p. 309.

⁸¹⁵ L'alinéa 2^{ème} de l'article 1295 précise à propos de la signification qu'à « *l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation de créances postérieures à cette notification* ». Ainsi, lorsque le cessionnaire a procédé à la signification de la cession de créance au débiteur cédé, celui-ci ne peut plus se prévaloir d'une compensation intervenue postérieurement avec le cédant car ce dernier a perdu sa qualité de créancier. En ce sens, Cass. Com. 10 mars 1987, n° 84-16201, *Bull. Civ. IV*, n° 66, *JCP G* 1987, II, 20908, note PETIT.

⁸¹⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1417, p. 768.

de ces qualités⁸¹⁷. Tandis que le cessionnaire est en théorie propriétaire de la créance dès l'échange des consentements, il ne peut revêtir la qualité de créancier qu'une fois la formalité de la signification effectuée car c'est à ce moment qu'il ne pourra plus se voir opposer les exceptions de paiement issues des relations entre le cédant et le débiteur cédé⁸¹⁸. Il ne faut donc pas voir dans la signification de la cession de créance une simple mesure d'opposabilité aux tiers, en particulier au débiteur cédé⁸¹⁹, mais une véritable formalité constitutive de droit puisqu'elle interdit également au cédant de modifier l'étendue des droits transférés au cessionnaire. En effet, on ne voit pas pourquoi, avant la signification, le cédant ne pourrait pas se prévaloir vis-à-vis du cessionnaire de la même exception au paiement que celle que le débiteur cédé est en droit d'opposer. En conséquence, parce qu'elle empêche la modification de l'étendue des droits transmis, la signification produit en réalité un effet constitutif de droit qui s'entend non seulement à l'égard des tiers mais également entre les parties à l'acte de cession⁸²⁰.

244. En réalité, l'application du mécanisme du transfert consensuel de propriété méconnaît la spécificité du mécanisme de la cession de créance. La créance représentant par essence un lien de droit entre un créancier et son débiteur, sa transmission à un tiers ne peut intervenir qu'une fois le débiteur introduit dans le processus de cession par la signification dont il doit faire l'objet à l'initiative du cessionnaire⁸²¹. C'est à cette condition seulement

⁸¹⁷ En ce sens, R. MARTY, note préc., p. 25. L'auteur indique que « le droit commun de la cession de créance oblige à distinguer entre la date de l'effet translatif entre les parties et le moment où cet effet est opposable au débiteur cédé. Théoriquement, cette distinction est erronée dans la mesure où la créance est sortie du patrimoine du cédant pour entrer définitivement dans celui du cessionnaire. En toute logique, et à cette seule date, le cédant ne devrait pas pouvoir amoindrir les droits du cessionnaire par une remise de dette et le cédé ne devrait pas pouvoir invoquer la compensation faute de réciprocité. La signification de l'article 1690 du Code civil, déplace la date frontière des exceptions de paiement à celle des mesures de publicité. »

⁸¹⁸ Cass. Com. 12 janvier 2010, préc. Par ailleurs, la jurisprudence décide que le cédant a « qualité » pour recouvrer la créance jusqu'à la signification de la cession. En ce sens, Cass. Civ. 1^{ère} 2 octobre 2013, n° 12-23902 : « Mais attendu qu'après avoir constaté..., que la créance litigieuse de la société Primistères à l'égard des époux X(...) avait été cédée à la société Primrecouvrement par contrat du 18 décembre 1989, et retenu que les cessions de créance successives, au nombre desquelles figurait la cession de ladite créance, n'avaient été signifiées au débiteur cédé que le 24 novembre 2010, de sorte que jusqu'à cette date le cédant avait qualité pour agir en recouvrement, la Cour d'appel en a exactement déduit que la société CCEP Ile-de-France était fondée à se prévaloir à l'encontre de M. X(...) du titre exécutoire obtenu le 1er décembre 1995 par la société Primistères ».

⁸¹⁹ V. pourtant en ce sens, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1291, p. 1339, qui indiquent que « si le débiteur peut aussi opposer les exceptions nées entre le moment de la cession et l'accomplissement de la formalité de l'article 1690, c'est en raison non pas des limites de l'effet translatif de la cession mais de l'inopposabilité de celle-ci au débiteur tant qu'il n'en a pas été averti ».

⁸²⁰ Une solution identique pourrait parfaitement prévaloir en matière de cession de créances professionnelles Dailly. Cependant, la remise du bordereau permet également de parfaire le transfert de propriété s'agissant d'une opération de mobilisation de créances. Telle est la solution prévalant en droit positif. V. *supra* n° 84 et s.

⁸²¹ V. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1418, p. 769, qui parlent de la signification comme de « la date d'effet de la cession ».

que le cessionnaire acquiert véritablement la qualité de créancier, comme celle de propriétaire de la créance. Contrairement au transfert *solo consensu*, la perspective d'un transfert de propriété par la signification parvient à ce résultat, en faisant opportunément correspondre les qualités de propriétaire et de créancier de la créance concernée. Les solutions positives dégagées en matière d'opposabilité des exceptions au paiement à l'égard du cessionnaire de la créance abondent en ce sens. Dès lors, il n'y a qu'un pas qu'il convient de franchir en faveur de la reconnaissance du transfert de propriété par la tradition de la créance auprès du cessionnaire que représente la signification de la cession au débiteur cédé.

B) L'effet translatif de la signification des droits sociaux

245. L'opposabilité aux tiers de la cession de droits sociaux est complexe car elle mêle une signification de l'opération translatrice auprès de la société émettrice des parts et une publicité légale. Cependant, l'analyse révèle que la formalité de la signification de la cession à la personne morale occupe une place centrale au sein de ce système et représente l'élément cardinal de l'opposabilité *erga omnes* de la cession de droits sociaux (1). Ce constat doit conduire, *de lege feranda*, à reconnaître la signification un effet translatif de propriété (2).

1) La signification à la personne morale émettrice : condition de l'opposabilité aux tiers de la cession de parts sociales

246. Complexité des formalités d'opposabilité. La cession des parts des sociétés à responsabilité limitée ou en nom collectif est régie en droit positif par la règle du transfert de propriété *solo consensu*. Ainsi, dès l'accord des volontés, qui n'a pas à se matérialiser par un contrat de cession⁸²², la propriété des parts sociales concernées est transférée du cédant au cessionnaire. Cependant, l'opposabilité aux tiers de la cession de droits sociaux aux tiers est, quant à elle, soumise à un régime complexe. S'agissant des sociétés à responsabilité limitée, l'article L. 223- 17 du Code de commerce renvoie, s'agissant des formes de la cession de parts, à l'article L. 221- 14 applicable aux sociétés en nom collectif. Cette dernière disposition précise que « *la cession des parts sociales doit être constatée par écrit. Elle est opposable à la société dans les formes prévues à l'article*

⁸²² Cass. Com. 10 mars 1992, n° 90-14456, *Bull. Civ. IV*, n° 109, *JCP* 1992, 2, 21962, note GUYON ; *Rev. Sociétés* 1992, 732, note R. LIBCHABER, où une cession de parts d'une SARL fut qualifiée de parfaite dès l'accord des volontés qui se déduisait d'un échange de courriers alors qu'aucun acte n'avait été signé ; Cass. Com. 13 février 1996, n° 94-10077, *Bull. Joly* 1996, 404, note P. LE CANNU.

1690 du Code civil. Toutefois, la signification peut être remplacée par le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt. Elle n'est opposable aux tiers qu'après accomplissement de ces formalités et, en outre, après publicité au registre du commerce et des sociétés ».

247. Malgré une rédaction peu précise, il est généralement admis en doctrine, en application de cette disposition, que la signification intéresse spécifiquement l'opposabilité de la cession de parts à la personne morale émettrice tandis que l'opposabilité aux tiers repose généralement sur la publicité au registre du commerce et des sociétés⁸²³. L'analyse est identique concernant la cession des parts des sociétés civiles sur la base de l'article 1865 du Code civil lequel indique que « *la cession de parts est rendue opposable à la société dans les formes prévues à l'article 1690 du Code civil ou, si les statuts le stipulent, par transfert sur les registres de la société. Elle n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de ces formalités et après publication* »⁸²⁴. Ainsi, si ces formalités concourent à l'opposabilité aux tiers de la cession de parts, on constate une spécificité de chacune d'entre elles, en raison des personnes concernées par l'opposabilité *erga omnes*.

248. Cumul des formalités d'opposabilité. Il est permis de se demander s'il existe une autonomie des formalités concernées, plus précisément dans leurs effets respectifs sur l'opposabilité de la cession. Selon cette hypothèse, la cession de parts sociales d'une société en nom collectif non signifiée à la société pourrait, à défaut d'être opposable à celle-ci, être opposable aux tiers si les formalités de publicité ont été effectuées au registre du commerce et des sociétés. La jurisprudence se refuse actuellement à consacrer cette théorie. En effet, elle affirme, en premier lieu, depuis plusieurs années que la cession de parts sociales d'une société en nom collectif non publiée au registre du commerce n'est pas opposable aux tiers⁸²⁵. Par ailleurs, elle a pu indiquer dans un arrêt en date du 9 juin 1998, concernant le cas d'une cession publiée mais non signifiée, qu' « *une cession de*

⁸²³ En ce sens, P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 3^{ème} éd. 2009, Montchrétien, Coll. Domat droit privé, n° 1395, p. 896-897 ; RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN, 18^{ème} éd. 2009, T. 1, Volume 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, n° 1185, p. 151-152 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 22^{ème} éd. Litec 2009, n° 1170, p. 519, qui distinguent l'opposabilité à la société par la signification, l'opposabilité aux tiers par la publicité au registre du commerce et de sociétés et l'opposabilité au fisc par l'enregistrement de l'acte de cession.

⁸²⁴ En ce sens, M. COZIAN, M. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 1216, p. 540-541.

⁸²⁵ Cass. Com. 27 janvier 1998, *SNC Dubost/Société Natiocredibail*, n° 95-18751, *Bull. Civ. IV*, n° 49, *Rev. Sociétés* 1998, 556, note Ph. DIDIER. Déjà, Cass. Com. 10 décembre 1996, *RJDA* 2/97, n° 217, p. 141-142.

parts de SNC et inopposable aux tiers si les formalités d'opposabilité à la société prévues par le premier alinéa de l'article 20 de la loi du 24 juillet 1966 n'ont pas été accomplies antérieurement ou concomitamment au dépôt des actes de cession au greffe du tribunal de commerce »⁸²⁶. Ainsi, l'opposabilité de la cession de parts est fonction de l'achèvement d'un processus hybride comprenant la signification auprès de la personne morale et la publicité au registre du commerce consécutive au dépôt de l'acte de cession, sachant que la jurisprudence n'exige pas en sus le dépôt des statuts modifiés⁸²⁷. Les solutions sont identiques en présence d'une cession de parts de sociétés civiles, la jurisprudence acceptant, à l'instar des solutions dégagées en présence d'une société en nom collectif, un assouplissement dès lors, qu'en l'absence de signification et de dépôt de l'acte de cession au registre, les statuts avaient été mis à jour et déposés au greffe⁸²⁸. Quel que soit le type de société concernée, l'absence de l'une de ces formalités entraîne l'inopposabilité de la cession, laquelle présente un caractère absolu⁸²⁹.

249. Importance de la signification de la cession auprès de la société émettrice. Si ces solutions découlent en définitive d'une lecture attentive des textes applicables, il est nécessaire de constater que la signification de la cession, même si elle peut être entendue largement⁸³⁰, représente la pierre angulaire du processus de l'opposabilité de la cession aux tiers de sorte que les formalités au registre du commerce sont qualifiées en doctrine de subséquentes⁸³¹. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'exigence de l'antériorité ou de la concomitance de la signification par rapport à la publicité au registre du commerce, évoquée par l'arrêt, rendu par la Cour de cassation le 9 juin 1998⁸³². Même si elle n'a pas,

⁸²⁶ Cass. Com. 9 juin 1998, *Tasset/Didier es qual.*, n° 96-12061 96-15657, *Bull. Civ. IV*, n° 190, *Rev. Sociétés* 1998, 771 et s., note F.-X. LUCAS ; *Bull. Joly* 1998, 1088, note P. LE CANNU ; M.-Ch. PINIOT, « Publicité et opposabilité des cessions de parts de SNC : dernières précisions jurisprudentielles », *RJDA* 7/98, p. 587 et s.

⁸²⁷ Cass. Com. 9 juin 1998, préc. En revanche, il a été jugé que le dépôt au greffe de l'acte de cession de parts d'une SNC n'est pas nécessaire dès lors qu'avaient été publiés les statuts mis à jour constatant la cession : Cass. Com. 18 décembre 2007, n° 06-20111, *Bull. Civ. IV*, n° 271, *Dr. sociétés* 2008, comm. n° 96, obs. R. MORTIER.

⁸²⁸ Cass. Civ. 3^{ème} 25 avril 2007, n° 03-16362, *Bull. Civ. III*, n° 63, *Bull. Joly* 2007, § 297, p. 1085, note J.-P. GARCON, *Dr. Sociétés* Juin 2007, n° 111, obs. F.X. LUCAS.

⁸²⁹ En ce sens, M.-Ch. PINIOT, art. préc., p. 589 à propos des SNC.

⁸³⁰ En ce sens, Cass. Com. 18 octobre 2011, n° 10-21.800, *Juris-Data* n° 20116022345, *JCP E* n° 2, 12 janvier 2012, 1019, obs. J.-J. BARBIERI, où la Cour a admis que la signification de la cession puisse résulter de la signification à la société émettrice résultant d'un nantissement des parts ultérieurement consenti par le cessionnaire.

⁸³¹ En ce sens, P. LE CANNU, note préc. ; F.-X. LUCAS, note préc., p. 775 : « on savait déjà que la cession n'était opposable aux tiers qu'après l'accomplissement des mesures de publicité, on sait dorénavant que ces mesures de publicité sont insuffisantes, mieux qu'elles sont inopérantes si l'on a pas d'abord pris soin de rendre la cession opposable à la société ».

⁸³² V. *supra* n° 248.

au vu des textes applicables, pour effet direct l'opposabilité aux tiers, la signification de la cession, bien que relative à la société émettrice des parts, représente un préalable indispensable à l'opposabilité *erga omnes* de l'opération translatrice, sans laquelle la publicité au registre du commerce ne saurait être efficace. L'importance de la signification est par ailleurs soulignée par la finalité de la publicité au registre du commerce. En effet, l'adjonction de cette dernière à la signification peut interpeller car, l'opposabilité à tous de la cession de parts sociales, à l'instar de la cession de créances de droit commun, pourrait parfaitement procéder de la signification de l'opération à la société. En effet, à l'instar de la cession de créance de droit commun, la signification, même dotée d'une portée relative au destinataire de l'information, peut revêtir un effet général et permettre l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété des parts sociales. S'il en va différemment, c'est en considération de l'étendue de la responsabilité des associés qui peuvent être le cas échéant tenus du passif social⁸³³. En effet, les sociétés en nom collectif présentent une particularité en ce que leurs associés sont des commerçants, en application de l'article L. 221-1 du Code de commerce, qui sont tenus solidairement et indéfiniment du passif social⁸³⁴, bien que ne faisant plus systématiquement l'objet d'une procédure collective lorsque celle-ci frappe la personne morale⁸³⁵. D'une façon similaire, les associés des sociétés civiles sont responsables du passif social, dans une moindre mesure cependant car ils répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social en application de l'article 1857 du Code civil⁸³⁶ : les créanciers sociaux peuvent alors poursuivre chaque associé pris isolément après seulement avoir vainement poursuivi la personne morale⁸³⁷. Qu'il soit question d'obligation solidaire ou subsidiaire aux dettes

⁸³³ P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, n° 1395, p. 896, observant que cette publicité est destinée pour les sociétés en nom collectif « à la protection des tiers qui doivent savoir qui garantit les dettes sociales ».

⁸³⁴ La jurisprudence décide que la seule qualité d'associé en nom collectif justifie l'étendue de cette responsabilité, indépendamment d'une éventuelle qualité de caution de l'associé : Cass. Civ. 1^{ère} 17 janvier 2006, n° 03-11461, *Bull. Civ. I*, n° 14, *D.* 2006, p. 716, V. AVENA-ROBARDET, *JCP E* 2006, 2035, n° 8, obs. J.J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER. L'associé ne peut ainsi se prévaloir des règles propres au cautionnement pour se défaire de sa responsabilité à l'égard du passif social.

⁸³⁵ L'ancien article 178 de la loi du 25 janvier 1985 prévoyait, en effet, que l'ouverture d'une procédure judiciaire à l'égard de la SNC produisait des effets à l'égard des associés en ce qu'une procédure collective était ouverte à l'égard de chacun d'eux. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a supprimé cette disposition reposant sur l'utilisation de l'ouverture d'une procédure collective à des fins de sanction.

⁸³⁶ Ainsi s'explique que l'associé perde la qualité d'associé lorsqu'il n'est plus en mesure de faire face aux dettes sociales, notamment en cas de redressement ou de liquidation judiciaire. V. art. 1860 C. Civ. La jurisprudence estime toutefois que la perte de la qualité d'associé est effective qu'à la date de remboursement des droits sociaux : Cass. Civ. 3^{ème} 9 décembre 1998, n° 97-10478, *Bull. Civ. III*, n° 243, *Bull. Joly*, 1999, p. 436, note F. X. LUCAS.

⁸³⁷ Art. 1858 C. Civ. La jurisprudence interprète strictement la notion de vaines poursuites en décidant que sont insuffisants le silence et la non-comparution de la société mise en demeure et assignée : Cass. Civ. 3^{ème} 14 juin 2000, n° 98-22956, *JCP* 2000, I, 282, n° 9, obs. VIANDIER et CAUSSAIN. En revanche, la jurisprudence estime, dans le cas où la société est soumise à une procédure de liquidation judiciaire, que la déclaration de créance

sociales, les associés des sociétés en nom collectif et les associés de sociétés civiles sont responsables du passif, justifiant que leur qualité d'associé soit connue de tous au moyen d'une publicité légale. Ainsi s'explique qu'en sus de la signification de la cession de parts de sociétés civiles ou en nom collectif soit requise une publicité au registre de commerce et des sociétés destinée à porter à la connaissance du public les modifications affectant la composition du capital social. Cette configuration particulière des formalités de cession se conçoit parfaitement en présence de sociétés à risque illimité mais moins s'agissant de sociétés à risque limité dans la mesure où les changements d'associés intéressent peu les tiers en l'absence de contribution personnelle de ceux-ci aux dettes sociales. Dès lors, s'agissant des sociétés à responsabilité limitée, l'opposabilité du transfert de propriété des parts sociales pourrait être tributaire de la seule signification de la cession de parts à la société, indépendamment de la publicité au registre du commerce. Si le droit positif requiert également pour ces sociétés une publicité au registre du commerce, ce n'est que par l'effet du renvoi de l'article L. 223- 17 du Code de commerce aux dispositions des sociétés en nom collectif⁸³⁸. Même si, en l'état du droit positif, elle concourt à l'opposabilité *erga omnes* de la cession, il convient de relativiser la portée de la publicité au registre du commerce car elle apparaît davantage comme une « suite » de la signification de la cession auprès de la société émettrice, requise afin d'informer les tiers du changement d'associé intervenu et dont l'intérêt se manifeste essentiellement en présence de sociétés à risque illimité. Ainsi se trouve soulignée l'importance de la signification dans le mécanisme de l'opposabilité *erga omnes* de la cession de parts sociales, laquelle en représente la pierre angulaire.

2) L'effet translatif de propriété de la signification de la cession de parts sociales

250. *Transfert de propriété des parts sociales par la signification auprès de la société émettrice et ses suites au RCS.* La perspective d'une acquisition de la propriété des parts sociales par l'effet de la signification invite à se pencher sur les contours du mécanisme translatif. Il convient, en premier lieu, de s'interroger sur la place qu'occupe l'agrément donné le cas échéant par les associés en présence d'une société étant soumise à cette

à la procédure dispense le créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant à le désintéresser : Cass. ch. mixte 18 mai 2007, n° 05-10413, *Bull. Civ.*, n° 4, *D.* 2007, AJ, 414, obs. A. LIENHARD, *JCP* 2007, II, 10128, note LEGROS.

⁸³⁸ V. *supra* n° 246.

procédure⁸³⁹. A cet égard, il doit être constaté que l'agrément constitue une autorisation donnée *ab initio* par les associés de la personne morale émettrice, en particulier lorsque le cessionnaire pressenti est étranger à cette dernière, de manière à en préserver le caractère *intuitu personae* de la société. Lorsqu'il est requis, l'agrément est indispensable à la validité de la cession mais ne concerne pas directement le mécanisme translatif intervenant une fois l'autorisation donnée par la collectivité des associés. Le mécanisme translatif repose essentiellement sur la signification de la cession de parts car celle-ci représente la condition de l'opposabilité *erga omnes* de l'opération translatrice. Cependant, il faut considérer le prolongement de la signification que représente la publicité consécutive au dépôt des actes de cession au registre du commerce et des sociétés qui permet de parfaire l'opposabilité aux tiers de l'opération. Ainsi, si la signification de la cession à la personne morale est essentielle, le mécanisme translatif doit s'entendre également de la publicité au registre du commerce et des sociétés. Cet ensemble, puisqu'il a vocation à informer tant la société que les tiers de la transmission des parts sociales au cessionnaire⁸⁴⁰, s'assimile à une « tradition » des droits du cessionnaire. En conséquence, l'acquisition des parts sociales doit, *de lege feranda*, résulter de l'accomplissement de l'ensemble de ces formalités légales puisque celles-ci conduisent à l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété. Le droit de propriété des parts ne peut être acquis qu'une fois les conditions de son opposabilité substantielle satisfaites.

251. Coïncidence de l'acquisition des qualités de propriétaire et d'associé. Différer ainsi l'acquisition de la propriété des parts sociales présente l'avantage d'une coïncidence entre les qualités de propriétaire et d'associé du cessionnaire. Encore faut-il préalablement tenter de saisir ce qui caractérise l'associé. La conception classique situe la qualité d'associé dans l'apport effectué par une personne, qui a vocation à participer aux bénéfices et aux pertes⁸⁴¹ et qui est animée par l'*affectio societatis*⁸⁴², c'est à dire la

⁸³⁹ Ce qui est notamment le cas des SARL (art. L. 223-14 C. Com.), des SCI (art. 1861 al. 2^{ème} C. Civ.) et des SNC (art. L. 221-13 C. Com.).

⁸⁴⁰ En cela, est excessive la solution rendue récemment par la Cour de cassation selon laquelle il peut être pallié à l'absence de signification de la cession de parts auprès de la société émettrice par la notification d'un nantissement pris postérieurement à la cession par un créancier sur les parts appartenant dorénavant au cessionnaire : Cass. Com. 18 octobre 2011, n° 10-21800, *Bull. Civ. IV*, n° 168, *Juris-data* n° 2011-022345, *JCP E* n° 2, 12 janvier 2012, 1019, obs. J.J. BARBIERI. Parce qu'elle procède d'une opération distincte, la signification d'un nantissement sur les parts du cessionnaire ne peut véritablement traduire le transfert de propriété préalable des parts concernées.

⁸⁴¹ Un auteur a fait de la contribution aux pertes l'unique critère de la qualité d'associé : J. LEDAN, « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Droit sociétés*, Novembre 2010, étude 17.

volonté de s'associer. De prime abord, cette analyse interpelle car il est permis de se demander si la qualité d'associé procède de la somme arithmétique de ces critères. Pourtant, à bien y réfléchir, il apparaît que ces critères sont imbriqués les uns aux autres est associée la personne qui prend un risque financier à travers un apport dont la préservation requiert une implication dans les affaires sociales ainsi qu'une contribution aux bénéfices et aux pertes. La volonté de s'associer, l'*affectio societatis*, repose ainsi sur l'apport en société et se manifeste ultérieurement à travers le souci de préserver, voire de faire fructifier cet apport, en profitant des bénéfices et en supportant les éventuelles pertes. C'est donc plus justement qu'il a été soutenu par M. Viandier que la qualité d'associé est liée au critère de l'apport, d'où découlent la vocation à participer aux bénéfices et aux pertes et l'*affectio societatis*, ainsi que la vocation à intervenir dans les affaires sociales⁸⁴³. Cependant, le besoin s'est fait sentir en doctrine de distinguer la situation de l'associé de celle de l'investisseur. Une autre définition de la qualité d'associé a ainsi vu le jour, destinée à distinguer la situation de l'associé de celle de l'investisseur, le premier étant davantage intéressé par l'intervention dans les affaires sociales et le second, malgré sa participation au capital social, par la créance⁸⁴⁴. Selon cette analyse, le critère de la qualité d'associé est alors celui de la faculté d'intervenir efficacement dans les affaires sociales⁸⁴⁵, critère flexible qui concerne les associés majoritaires et minoritaires⁸⁴⁶ mais pas les investisseurs. Pourtant, le raisonnement ne convainc pas pleinement devant la difficulté à pratiquer une distinction stricte entre associés et investisseurs⁸⁴⁷. En réalité, il n'est pas douteux que l'investisseur effectuant un apport en société voudra s'assurer de la pérennité de son investissement. A cet égard, les affaires de la société l'intéressent forcément, de même qu'il profitera alors des bénéfices et supportera les éventuelles pertes. S'il est une distinction à effectuer, ce n'est pas entre l'investisseur et l'associé mais entre l'associé impliqué dans la gestion courante de la société et celui qui ne l'est pas. Pour

⁸⁴² V. les rappels de F. X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières*, LGDJ 1997, *Bibl. de droit privé*, T. 283, n° 268, p. 138 ; D. ESKINAZI, *La qualité d'associé*, thèse dactyl. 2005, Université de Cergy Pontoise, n° 22, p. 20.

⁸⁴³ A. VIANDIER, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, *Bibl. Droit privé*, T. 156, p. 151 et s.

⁸⁴⁴ Les personnes qui ne peuvent être qualifiées d'associés, malgré leur participation au capital social, sont celles « dont le désintéret pour la chose sociale est manifeste et confirmé par leur absence aux assemblées générales », F. X. LUCAS, *op. cit.*, n° 324, p. 165.

⁸⁴⁵ F.-X. LUCAS, *op. cit.* n° 311, p. 159 : « la distinction parmi les actionnaires de ceux qui sont associés et ceux qui ne le sont pas, ne doit pas reposer seulement sur les prérogatives conférées par le titre mais doit être fondée sur le constat de l'exercice effectif desdites prérogatives ».

⁸⁴⁶ F. X. LUCAS, *op. cit.*, n° 325, p. 165.

⁸⁴⁷ En ce sens, D. ESKINAZI, thèse préc., n° 84, p. 86 et n° 78, p.78 où l'auteur prend notamment pour exemple le cas des sociétés en commandite par actions, où « la qualité d'associé des commanditaires n'a jamais été remise en question malgré leur rôle de bailleurs de fonds et de leurs responsabilités plus faibles que celles des commandités ».

autant, ce dernier n'est pas inéluctablement indifférent aux affaires de la société, bien au contraire. L'investisseur effectuant un apport en société sans en être un acteur quotidien ne peut se voir refuser la qualité d'associé pour cette seule raison.

252. Céder des droits sociaux, c'est céder une qualité d'associé⁸⁴⁸. Le contenu de la notion même d'associé conduit ainsi à déterminer le moment où s'acquiert la qualité d'associé en présence d'une cession de parts sociales. En raison de la faculté de participer aux affaires sociales découlant de l'apport, il est important que l'associé soit en mesure d'exercer ses prérogatives. Ainsi, le changement d'associé à la suite d'une cession des parts sociales doit être porté à la connaissance de la société. En la matière, la perte de la qualité d'associé du cédant et son acquisition par le cessionnaire ne s'opèrent qu'au moment où les formalités de publicité de cession seront accomplies, reposant sur la signification auprès de la société émettrice des parts ainsi que l'accomplissement de la publicité au registre du commerce et des sociétés. En effet, ces formalités ne représentent pas un simple instrument d'opposabilité d'une qualité d'associé se transférant *solo consensu*⁸⁴⁹ mais en déterminent véritablement l'acquisition. « *Céder sans publier n'est pas céder* »⁸⁵⁰. L'idée d'une acquisition *inter partes* de la qualité d'associé n'a en soi aucun sens puisque celle-ci ne se conçoit que vis-à-vis de la société émettrice des parts sociales. Jusqu'à l'accomplissement des formalités requises, le cédant se comporte vis-à-vis du cessionnaire comme le véritable associé en usant des attributs, et en particulier du droit de participer aux assemblées générales⁸⁵¹. Dans les sociétés à risque illimité, il demeure vis à vis des tiers responsables du passif social au lieu et place du cessionnaire tant que l'ensemble des formalités de publicité n'a pas été accompli⁸⁵². Seule la cession de parts sociales publiée selon les formes prescrites le protège car il n'est plus alors tenu du passif social né

⁸⁴⁸ W. DROSS, *op. cit.* n° 507, p. 939 : « *plutôt que de parler de cession de titres sociaux (pris comme des choses incorporelles) ou même de droits sociaux, c'est de cession de la qualité d'associé dont il devrait être question afin de rendre compte avec justesse de l'opération* ».

⁸⁴⁹ La doctrine est tentée d'appliquer à l'acquisition de la qualité d'associé le schéma du transfert de propriété *solo consensu* : v. D. ESKINAZI, thèse préc., n° 271, p. 248 ; Ph. DIDIER, obs. sous Cass. Com. 27 janvier 1998, préc., p. 560, qui parle d'opposabilité de la qualité d'associé.

⁸⁵⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 1175, p. 521, à propos de la cession de parts d'une SNC.

⁸⁵¹ La jurisprudence a néanmoins admis une atténuation à cette règle lorsque la société, malgré le défaut de signification de la cession, a convoqué le cessionnaire aux assemblées, lesquelles sont dès lors valables : CA Paris 24 janvier 1986, *BRDA* 1986/9, p. 8. Dans le même sens, Cass. Com. 3 mai 2000, *RJDA* 11/00, n° 991 où l'assemblée générale avait, par ailleurs, modifié les statuts afin de tenir compte de la cession et où le nouvel associé avait été nommé aux fonctions de gérant.

⁸⁵² Cass. Com. 9 juin 1998, préc., à propos d'une SNC.

postérieurement à la perte de sa qualité d'associé⁸⁵³. La perspective d'un transfert de propriété des parts sociales *sola traditione*, par l'accomplissement des formalités requises, rend saillante la coïncidence existante entre les qualités de propriétaire et d'associé. A la qualité d'associé doit correspondre celle de propriétaire des parts sociales.

253. Liaison des qualités de propriétaire et d'associé. Initialement, c'est parce qu'elle effectue un apport en société qu'une personne devient associée et peut exercer l'ensemble des droits en découlant. Ultérieurement, l'associé, comme tout propriétaire d'un bien, peut décider de constituer un droit réel sur ses parts sociales au profit d'un tiers, tel qu'un droit d'usufruit. Ce faisant, elle ne renonce ni à sa qualité de propriétaire des parts, ni à sa qualité d'associé mais transfère à l'usufruitier certains avantages sur les droits sociaux⁸⁵⁴, tels que le droit de vote aux assemblées générales statuant sur les fruits que sont les bénéfices dont il doit profiter. On peut objecter à cette liaison des qualités de propriétaire et d'associé que le nu-propriétaire n'est alors plus véritablement associé dans la mesure où il ne dispose plus de la plénitude des prérogatives résultant des titres sociaux. Seul l'usufruitier se comporte dorénavant comme tel puisqu'il dispose actuellement des droits financiers et d'une partie des droits politiques⁸⁵⁵, ce qui montre que les qualités de propriétaire et d'associé ne sont pas liées. Pour autant, il paraît délicat d'ôter même temporairement au nu-propriétaire sa qualité d'associé parce qu'il conserve des prérogatives comme le souligne l'alinéa 3^{ème} de l'article 1844 du Code civil *selon lequel « si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier »* et qu'il ne peut être empêché de participer aux assemblées même si les statuts prévoient de façon dérogatoire que le droit de vote aux décisions ordinaires et extraordinaires est dévolu à l'usufruitier⁸⁵⁶. Le nu-propriétaire demeure donc associé le temps de l'usufruit, de sorte que la liaison opérée entre les qualités d'associé et de propriétaire n'est pas remise en cause : de la même manière que la plénitude des prérogatives du propriétaire

⁸⁵³ Cass. Civ. 16 mars 1942, S. 1942, 1, 105, note P. ESMEIN, JCP 1942, II, 1854, note D. BASTIAN où il fut jugé que « la cession de ses droits par l'associé en nom collectif ou en commandite, publiée dans les formes légales, ne le protège que contre les engagements sociaux postérieurs à sa sortie de la société ». Par conséquent, le cédant reste tenu des dettes sociales nées antérieurement à sa sortie. Pour une application récente, CA Paris 4 février 2010, n° 07/20822, Bull. Joly, juin 2010, §113, p. 551, obs. S. HAREL.

⁸⁵⁴ V. *infra* n° 262 et s., sur le processus de transmission d'avantages sur lequel repose la constitution du droit réel démembré.

⁸⁵⁵ En ce sens, W. DROSS, *op. cit.*, n° 509-1, p. 544 : « l'usufruitier des droits sociaux n'est pas autre chose que l'associé actuel mais temporaire tandis que le nu-propriétaire est l'associé futur ».

⁸⁵⁶ Cass. Com. 2 décembre 2008, n° 08-13185.

n'est pas l'essence du droit de propriété⁸⁵⁷, la plénitude des prérogatives de l'associé n'est pas l'essence de la qualité d'associé. Si l'usufruitier est « associé » à la vie de la société c'est essentiellement en raison de son droit à user des parts sociales, se traduisant en grande partie par son droit à percevoir les fruits que constituent les éventuels bénéfices. La question est alors de savoir si l'usufruitier peut conjointement au nu-proprétaire se voir reconnaître la qualité d'associé. Un courant doctrinal, qui tend à s'accroître, abonde en ce sens⁸⁵⁸ même si certains auteurs reconnaissent que la solution invoque plus « *le bon sens que les principes* »⁸⁵⁹. Certains ont d'ailleurs vu une affirmation de la qualité d'associé de l'usufruitier dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 31 mars 2004⁸⁶⁰ qui décide de la nullité d'une clause statutaire accordant la totalité des droits de vote au nu-proprétaire.

254. Si l'usufruitier des parts sociales est « associé » à la vie de la société, un élément fondamental de la qualité d'associé lui fait défaut : l'apport rémunéré. La personne effectuant un apport en société ou achetant des parts sociales prend un risque, justifiant son implication dans la vie sociale et fondant sa qualité d'associé. La rémunération de l'apport, autrement dit, la propriété des titres, est la contrepartie de l'apport et, par conséquent, l'expression même de la qualité d'associé. Différente est la situation de l'usufruitier des parts sociales. Sa participation à la vie sociale de la société repose uniquement sur l'exercice temporaire de son droit de jouissance, lui procurant notamment le droit de profiter des bénéfices. Cependant, il ne supporte pas le risque initial de l'apport en société, plus précisément lorsque celui-ci prend les traits d'un apport en numéraire ou en nature. Pour cette raison, son droit d'usufruit est insuffisant à caractériser une quelconque qualité d'associé. A cet égard, il est parfaitement justifié que la situation de l'usufruitier diffère de celle des indivisaires, lesquels se sont vus reconnaître la qualité d'associé⁸⁶¹. Ceux-ci supportent le risque de l'apport en ce qu'ils sont propriétaires des

⁸⁵⁷ V. *supra* n° 3.

⁸⁵⁸ COZIAN, « Du nu-proprétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? », *JCP E* 1994, I, 374 ; F. DEBOISSY et G. WICKER, « le droit de vote est une prérogative essentielle de l'usufruitier de titres sociaux », *JCP E* 2004, 1290 ; J. DERRUPPE, « Un associé méconnu : l'usufruitier de parts et actions », *Deffrénois* 1994, p. 1137 ; F.-X. LUCAS, « Refus de la qualité d'associé à l'usufruitier de part sociales », *Dr. sociétés* 2007, comm. 25 ; P. LE CANNU, *Deffrénois* 2007, n° 9, p. 676.

⁸⁵⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 336, p. 166.

⁸⁶⁰ Cass. Com. 31 mars 2004, n° 03-16694, *Bull. Civ. IV*, n° 70, *Dr. sociétés* 2004, comm. 107, note H. HOVASSE, *JCP E* 2004, 1290, F. DEBOISSY et G. WICKER, *JCP E* 2004, 1510 et 1629, J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

⁸⁶¹ Cass. Civ. 1ère 6 février 1980, n° 78-12513, *Bull. Civ. I*, n° 49 : « Si les héritiers d'un associé décédé ont, lorsqu'il a été stipulé que la société continuerait avec eux, la qualité d'associé, il n'en résulte pas pour autant que, tant que dure l'indivision entre ces héritiers, chacun d'eux puisse exercer librement les droits attachés à cette qualité ».

parts indivises dans la mesure de l'application des règles relatives à l'indivision. Cette analyse souligne le lien indelétrable existant entre les qualités de propriétaire et d'associé. Bien que la doctrine soit divisée en la matière, un certain nombre d'auteurs souligne que la qualité de propriétaire des parts sociales justifie la qualité d'associé⁸⁶². Il est intéressant d'observer qu'à ce jour, hormis quelques décisions émanant de juridictions consulaires ayant décidé que la qualité d'associé appartient exclusivement au nu-propriétaire⁸⁶³, la Cour de cassation ne s'est prononcée qu'une seule fois sur la question à travers un arrêt qui refuse incidemment de reconnaître la qualité d'associé à l'usufruitier des parts sociales⁸⁶⁴ et auquel on reproche de ne pas s'être prononcé expressément sur la question⁸⁶⁵. L'administration fiscale s'est en revanche expressément prononcée en indiquant que le nu-propriétaire a seul la qualité d'associé⁸⁶⁶, position qui avait d'autant plus de poids qu'elle conduisait à imposer exclusivement et personnellement le nu-propriétaire à l'impôt sur le revenu sur les bénéfices de la société. Bien qu'il existe désormais, un partage d'imposition entre nu-propriétaire et usufruitier⁸⁶⁷, l'administration est néanmoins restée fidèle à la position qu'elle a exprimée en 1996⁸⁶⁸. En cohérence avec cette solution, la perspective d'un transfert *sola traditione* des parts sociales permet de souligner la coïncidence devant être reconnue entre les qualités de propriétaire et d'associé.

⁸⁶² A. VIANDIER, *op. cit.*, n° 249 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 345, p. 509, pour qui l'usufruitier « est et demeure extérieur à la relation constitutive de la qualité d'associé, c'est-à-dire de propriétaire des parts ou actions » ; J.-P. CHAZAL, « L'usufruitier et l'associé », *Deffrénois* 2000, art. 37191, spéc. n°4.

⁸⁶³ TC. Roanne, 13 septembre 1991, *RTD Com.* 1992, p. 201, n° 5, obs. Y. REINHARD ; TC. Lyon, 27 septembre 1993, *JurisData* n° 1993-047647, *Dr. sociétés* 1993, comm. 217, p. 3, note Th. BONNEAU.

⁸⁶⁴ Cass. Civ. 3^{ème} 29 novembre 2006, n° 05-17009, *Bull. Civ.* III, n° 236, *Deffrénois* 2007, art. 38582, obs. LE CANNU, *RTD Civ.* 2007, 153, obs. Th. REVET ; *Dr. Sociétés*, n° 2, Fév. 2007, comm. n° 25, note F.X. LUCAS.

⁸⁶⁵ F.-X. LUCAS, *Dr. sociétés* 2007, comm. 25, préc.

⁸⁶⁶ Rép. min. n° 24606 ; *JOAN* Q. 23 déc. 1996, p. 6735 ; JCP E 1997, pan. 79, 108. Sur la question, R. BESNARD-GOUDET, *Juris-Classeur, Sociétés, Traité*, Fasc. 1795, « Actions indivises et actions démembrées », 2008, n° 22. *Adde.* R. GENTILHOMME et J.-P. LOUVEAU, « La taxation à l'impôt sur le revenu du nu-propriétaire de droits sociaux ou l'art fiscal de tondre un œuf (...) », *JCP E* 1997, I, 652.

⁸⁶⁷ L. n° 98-546, 2 juillet 1998. CGI, art. 8 ; *V. BOI* 4 F-2-99, 17 novembre 1999.

⁸⁶⁸ Instr. 8 novembre 1999, *BOI* 4 F-2-99 ; JCP E 1999, p. 1980 ; R. BESNARD-GOUDET, *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 2^{ème}

255. Le droit positif n'ignore pas le transfert de propriété par la tradition dématérialisée, qu'il consacre à travers l'effet substantiel conféré à l'inscription en compte. Qu'il s'agisse de fonds faisant l'objet d'un virement bancaire ou bien de titres financiers, la règle du transfert *solo consensu* est écartée car l'importance et la rapidité des flux concernés requièrent que les mouvements de fonds ou de titres financiers puissent être fixés indépendamment de la complexité d'une distinction entre la date de la constitution du droit et celle de son opposabilité aux tiers. La reconnaissance d'un effet translatif à l'inscription en compte simplifie et sécurise le transfert de propriété, qui repose ainsi sur un mécanisme unique et opposable à tous : l'extériorisation du transfert des biens auprès de l'intermédiaire teneur de compte. Au-delà de la nature des biens concernés, cette solution stigmatise les insuffisances du transfert de propriété *solo consensu*, si bien que l'on ne voit pas pourquoi un schéma identique ne pourrait pas généralement prévaloir dans un souci légitime de simplification et de sécurité juridique. C'est pourquoi, *de lege feranda*, un transfert de propriété par la tradition dématérialisée a été envisagé. Appréhendée schématiquement sous les traits d'une publicité légale ou d'une notification de l'opération translative à un tiers déterminé, la tradition affiche alors un effet translatif de propriété car elle entretient avec l'opposabilité substantielle du droit de propriété une relation exclusive, fondée sur l'extériorisation du transfert.

CONCLUSION DU TITRE 1^{er}

256. Dès lors qu'elle intervient dans le cadre d'un transfert de propriété, l'identification de la tradition à travers l'extériorisation de l'opération translative a permis d'envisager son application au transfert de n'importe quel bien, quelle que soit sa nature corporelle ou incorporelle. La tradition s'entend ainsi d'une remise matérielle du bien concerné ou d'une remise dématérialisée. Parce qu'elle assure alors la liaison entre la convention et l'opposabilité substantielle du droit de propriété, la tradition est dotée d'un effet constitutif de droit. On parle ainsi d'un transfert de propriété *sola traditione*, d'ores et déjà consacré à travers certaines dispositions du droit positif. A cet égard, l'analyse révèle que celles-ci ne représentent pas des manifestations isolées, liées aux particularités de la matière ou à la nature des biens rencontrés. Ces situations révèlent en réalité les faiblesses de règle du transfert par l'échange des consentements, justifiant que le législateur ait opté pour un système où le transfert de propriété est directement et ostensiblement subordonné à l'accomplissement de son formalisme d'opposabilité. Dès lors, elles doivent permettre plus généralement une remise en cause de la règle du transfert de propriété *solo consensu*. Dans cette perspective, il s'est agit *de lege feranda* de généraliser l'idée d'un transfert de propriété par la tradition dans la mesure où elle est destinée à préserver la substance absolue du droit de propriété. Ce faisant, la manière dont la règle du transfert différé s'insère au sein du droit positif a été analysée. Or, il s'est avéré que celle-ci fait œuvre de rationalisation.

TITRE 2^{ème} LA CONSTITUTION DU DROIT REEL DEMEMBRE PAR LA TRADITION

257. Le droit réel démembré est fréquemment soumis au même schéma que celui du transfert conventionnel de propriété, selon lequel la constitution du droit est dissociée de son opposabilité *erga omnes*. L'analyse révèle pourtant que la formation du droit réel démembré repose sur un phénomène de transmission, à l'instar du transfert de propriété. Seulement, dans le cas du droit réel sur la chose d'autrui, ce n'est pas le bien qui est transmis mais certains avantages économiques procurés par ce bien, en particulier sa valeur d'usage ou sa valeur d'échange. Ce constat est important car il justifie que le titulaire d'un droit réel démembré, comme le propriétaire, puisse opposer efficacement son droit aux tiers et ainsi jouir paisiblement des avantages transmis. Le droit de propriété et le droit réel démembré présentent ainsi la même exclusivité, justifiant l'identité de leurs mécanismes constitutifs.

258. Il s'ensuit que le mécanisme constitutif du droit réel sur la chose d'autrui doit en assurer l'opposabilité substantielle. Afin de sécuriser les droits des tiers intéressés par cette opération translatrice, l'opposabilité *erga omnes* n'est cependant acquise qu'en contrepartie d'une extériorisation effectuée au moyen d'un procédé s'assimilant à une « tradition » des avantages procurés par le bien. Aussi convient-il d'affirmer, au vu de l'exclusivité de la relation entre la tradition et l'opposabilité substantielle du droit réel, le principe d'une constitution *sola traditione* du droit réel démembré.

259. Après avoir analysé la singularité de la transmission sur laquelle repose le processus de constitution du droit réel, il conviendra d'exposer *de lege feranda* la perspective d'une constitution *sola traditione* de ce droit (Chapitre 1^{er}), qui est d'ores et déjà consacrée dans certaines matières du droit positif (Chapitre 2^{ème}).

CHAPITRE 1^{er} LA CONSTITUTION DE LEGE FERANDA DU DROIT REEL DEMEMBRE PAR LA TRADITION

260. La perspective *de lege feranda* d'un rôle de la tradition dans le processus de constitution du droit réel démembré peut *a priori* surprendre. Cependant, elle résulte du constat préalable de l'existence d'une translation inhérente à la formation du droit réel. Tout droit réel, lorsqu'il se constitue, opère une transmission au profit du bénéficiaire. Cette opération translative, par nature risquée pour les tiers, requiert que l'opposabilité du droit réel soit subordonnée à l'accomplissement d'un procédé ostensible. Corrélativement, parce que le droit réel est absolu, sa constitution doit procéder de ses formalités d'opposabilité, qui s'assimilent à une tradition. Il convient ainsi d'identifier avec précision la translation inhérente à la constitution du droit réel démembré (Section 1^{ère}), justifiant que le mécanisme constitutif de droit prenne les traits d'une tradition (Section 2^{ème}).

Section 1^{ère} La translation inhérente à la constitution du droit réel démembré

261. L'idée d'une translation inhérente à la constitution du droit réel démembré doit être développée. Elle provient du mécanisme du démembrement, lequel ne consiste pas en un transfert de prérogatives juridiques mais plutôt des avantages économiques offerts par le bien grevé. Ainsi, la constitution du droit réel démembré repose sur l'existence d'une transmission d'avantages économiques au profit de son titulaire. Il y a là une donnée commune à tous les droits réels, qu'ils soient principaux ou accessoires. Par conséquent, l'exposé du principe de la transmission d'avantages économiques lors de la constitution du droit réel démembré (§1) précèdera celui des modalités de cette transmission (§2).

§1) Le principe de la transmission d'avantages économiques lors de la constitution du droit réel démembré

262. La perception du droit réel à travers le prisme de la transmission permet de déterminer l'étendue exacte de ses manifestations. La caractérisation d'une opération translative est cependant plus ou moins évidente en fonction des cas rencontrés. Elle s'impose en présence des droits réels principaux, puisqu'il est admis traditionnellement que ceux-ci sont l'expression de la technique du démembrement (A). Elle devient toutefois moins apparente en présence des droits réels accessoires et devra ainsi être précisée C). Mais, l'identification d'un phénomène transmission lors de la constitution du droit réel conduit surtout à intégrer le droit du preneur à bail dans le giron des droits réels (B), ce qui permet de renouveler le débat relatif à sa nature juridique.

A) L'identification du phénomène de transmission lors de la constitution des droits réels principaux

263. *Du démembrement du droit de propriété....* La constitution d'un droit réel crée un rapport entre une personne et une chose. Aucune transmission ne paraît *a priori* devoir être relevée à cette occasion. Pourtant, l'idée d'une transmission n'est pas absente du processus de constitution du droit réel et la question n'est pas inconnue en doctrine, quoique peu souvent étudiée. En effet, il a déjà été soutenu que la transmission comme la constitution d'un droit opère en réalité un transfert d'avantages économiques⁸⁶⁹. La constitution d'un droit réel s'inscrit ainsi dans le cadre d'un transfert d'avantages⁸⁷⁰, composés des utilités du bien grevé, pouvant ainsi conduire à des positions concurrentes où plusieurs personnes « *peuvent tirer avantage d'une même chose* »⁸⁷¹. Cependant, il est nécessaire de bien considérer l'objet de la transmission. Celui-ci correspond non pas au droit concerné mais aux utilités, autrement dit à la valeur de l'usage qu'une chose est susceptible de procurer à une personne déterminée⁸⁷².

⁸⁶⁹ BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^{ème} éd., T. IV, *Les biens*, n° 634 et n° 637, p. 696 : « *la transmission d'un droit n'est que la transmission des avantages économiques que produit ce droit. Elle crée entre les deux titulaires successifs du droit envisagé, un rapport d'ayant cause à auteur, l'auteur est celui qui transmet, l'ayant cause celui qui reçoit par transmission* ».

⁸⁷⁰ La notion d'avantage n'est pas inconnue dans la mesure où le projet de l'article 578 du Code civil indiquait que l'usufruit est le droit de jouir des choses « *avec le même avantage que le propriétaire lui-même* », AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. II, §226, p. 414, note 2. Cette formule ne se retrouve pas cependant à l'actuel article 578.

⁸⁷¹ Ch. ATIAS, *Droit Civil, Les biens*, 11^{ème} éd., 2011, Litec, n° 134, p. 117. Le mot « *avantage* » est intéressant car il est patiné d'une coloration économique.

⁸⁷² L. AYNES et P. CROCQ, *Droit Civil, Les sûretés, la publicité foncière*, 5^{ème} éd., 2011, Defrénois Lextenso éd., n° 400, p. 169.

264. En effet, au-delà de la transmission d'avantages économiques, l'idée d'une acquisition « par transmission » du droit réel a été émise en doctrine chez certains auteurs. Cette analyse se constate en particulier chez Beudant qui estime que les droits réels sont transmis et non acquis⁸⁷³, tout en relevant de façon confuse que la transmission des droits est par la nature des choses inconcevable⁸⁷⁴. Elle se retrouve également chez d'autres auteurs comme Proudhon⁸⁷⁵ ou Toullier, pour qui la servitude consiste pour le propriétaire à « céder » à une autre personne le droit de faire exclusivement ou en commun avec lui certains actes de propriété⁸⁷⁶. La doctrine moderne peut sembler parfois reconduire cette idée, en particulier concernant le cas de l'usufruit où il est parfois indiqué que les prérogatives juridiques de l'usufruitier font suite à une aliénation⁸⁷⁷ ou d'un dépouillement de la part du propriétaire. C'est la théorie du démembrement du droit de propriété que l'on retrouve à travers l'idée selon laquelle le bénéficiaire du droit réel bénéficie d'un transfert des prérogatives juridiques du propriétaire. En effet, il est traditionnellement enseigné que le droit de propriété, en raison de la plénitude des pouvoirs qu'il suppose, s'incarne dans la chose en constituant l'objet. Le transfert de la chose s'accompagne alors d'un « transfert » du droit de propriété, raisonnement qui fut étendu aux droits réels. La théorie classique des droits réels, assimilant la nature du droit de propriété à celle des droits réels, repose ainsi sur l'idée selon laquelle le droit réel constitue une part du droit de propriété⁸⁷⁸. La tentation est alors grande de relever, en présence de la constitution d'un droit réel, un transfert des prérogatives juridiques du propriétaire au profit du titulaire du droit réel. Selon cette analyse, la formation du droit réel conduit alors à un transfert d'avantages économiques accompagné d'un transfert de certaines des prérogatives juridiques dont dispose le propriétaire. L'analyse ne convainc pas pour deux raisons principales.

265. En premier lieu, la théorie de l'incorporation du droit de propriété avec son objet, jugée indéfendable par Josserand⁸⁷⁹, fait à juste titre l'objet de remises en cause

⁸⁷³ BEUDANT, *op. cit.*, n° 635, p. 691.

⁸⁷⁴ BEUDANT, *op. cit.*, n° 637, p. 695.

⁸⁷⁵ PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, Dijon, 1823, T. I, n° 5, p. 6.

⁸⁷⁶ TOULLIER, *op. cit.*, éd. 1819, T. III, n° 496 bis, p. 327. *Adde*, n° 95, p. 62, où l'usufruit, selon l'auteur, revient à concéder une part de son droit de propriété.

⁸⁷⁷ P. VEAUX-FOURNERIE et D. VEAUX, *Juris-classeur civil*, « Usufruit », éd. 2000, fasc. 10, art. 578-881, n° 100.

⁸⁷⁸ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 166, p. 263.

⁸⁷⁹ JOSSERAND, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », *Mélanges juridiques dédiés à Monsieur le Professeur Sugiyama*, Tokyo, 1940, p. 95 et s.

substantielles⁸⁸⁰. La théorie de l'incorporation n'est pourtant pas une ineptie car elle représente une construction destinée assurer l'exclusivisme du droit de propriété, en sortant du système féodal des propriétés simultanées où les différentes façons de jouir d'un bien sont assimilées à des propriétés concurrentes⁸⁸¹. Le droit de propriété est alors incorporé dans son objet, ce qui évite par ailleurs que son titulaire ne se retrouve avec deux biens dans son patrimoine : le droit réel et son objet. Cependant, les objections à cette analyse sont significatives et conduisent finalement à sa remise en cause. Tout d'abord, si le droit de propriété est un bien, force est de constater que le Code civil n'en fait pas état dans son énumération des biens⁸⁸². Par ailleurs et surtout, la théorie de l'incorporation est artificielle⁸⁸³ car elle renvoie à une vision archaïque selon laquelle le droit ne pourrait pas être distingué de son objet. Or, tel n'est pas le cas. Le droit de propriété est distinct de son objet⁸⁸⁴, c'est-à-dire de la chose ainsi que des utilités que le propriétaire peut en retirer. Etre propriétaire est une chose, pouvoir utiliser son droit en est une autre. La technique de la propriété-garantie offre une illustration de cette affirmation dans la mesure où, bien que le propriétaire, bénéficiaire du bien transféré en garantie, dispose de prérogatives restreintes, celles-ci sont compatibles avec l'essence du droit de propriété⁸⁸⁵. Un autre exemple significatif réside dans l'acquisition d'un bien inutile ou devenu inutile, à la suite d'un dysfonctionnement ou d'un dépérissement. Sans préjudice de ses droits à l'égard de son vendeur, nul doute que l'acquéreur, bien que ne pouvant jouir voire disposer du bien acquis, en est pourtant bien propriétaire. Le droit de propriété est donc distinct de son objet. Il en va de même des droits réels démembres, ce qui représente nécessairement un obstacle à la perspective selon laquelle la constitution du droit réel reposerait sur la transmission des prérogatives juridiques du propriétaire au profit du bénéficiaire⁸⁸⁶.

⁸⁸⁰ V. notamment F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 163, pour lesquels le droit de propriété, droit subjectif, est nécessairement dissocié de son objet. Cette conception subjective de la propriété coexiste avec une conception objective correspondante "au fait pour un bien d'appartenir à une personne" et s'assimilant à la chose elle-même, distinctement du droit.

⁸⁸¹ Sur la notion de propriétés simultanées, A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 88 et s.

⁸⁸² En ce sens, Y. EMERICH, *op. cit.*, n° 398, p. 226.

⁸⁸³ Ch. LARROUMET, *Les biens, Droits réels principaux, Economica*, T. II, 5ème éd., 2006, n° 441, p. 251; Y. EMERICH, *op. cit.*, n° 397, p. 225: "C'est une pure fiction que de considérer, grâce à la théorie juridique dite de l'incorporation, que la difficulté du double bien du propriétaire d'un bien corporel s'évanouit".

⁸⁸⁴ V. *supra* n° 265.

⁸⁸⁵ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 98, p. 79, selon lequel "l'existence actuelle de la plénitude des prérogatives du propriétaire sur le bien n'est pas l'essence du droit de propriété".

⁸⁸⁶ Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 442, p. 252.

266. L'idée se vérifie en second lieu à l'aune de la différence des prérogatives juridiques constatées entre le propriétaire et le bénéficiaire du droit réel. S'agissant de l'usufruit, tandis que le propriétaire d'un bien peut en user discrétionnairement, jusqu'à épuisement de sa substance, l'usufruitier use d'une prérogative limitée, d'un droit de jouissance différent de celui que peut connaître le propriétaire dès lors qu'aucun droit réel ne vient grever son bien. Ainsi doit-il se garder d'altérer, au titre de sa jouissance, la substance de la chose⁸⁸⁷. Plus précisément, l'usufruitier ne peut disposer de la chose en l'échangeant contre une autre sans l'accord du nu-propriétaire⁸⁸⁸, ou bien en modifier la destination⁸⁸⁹. De même, tandis que le propriétaire acquiert les fruits par accession, l'usufruitier les acquiert grâce à un procédé original reposant sur la détention puisqu'il n'est pas propriétaire du bien⁸⁹⁰. « *Qualitativement, l'extraction de l'usufruit des entrailles de la propriété est un non-sens* »⁸⁹¹ et il faut admettre que les droits dont jouit l'usufruitier, comme tous bénéficiaires d'un droit réel, n'ont donc rien de commun avec ceux dont jouit le propriétaire. Pour cette raison, la théorie du démembrement du droit de propriété a été justement fortement critiquée⁸⁹² et est considérée aujourd'hui comme une construction périmée⁸⁹³.

267. ...au démembrement de l'utilité de la chose. Si la constitution du droit réel repose sur une transmission, il ne s'agit que d'une transmission des avantages économiques, c'est-à-dire des utilités procurées par la chose grevée. C'est en ce sens tout d'abord qu'il faut vraisemblablement appréhender le recours en droit romain à une *quasi-traditio* afin d'expliquer le processus de constitution de certaines servitudes qui pouvaient être remises par tradition⁸⁹⁴ : de la même manière que la *traditio* permettait le transfert de propriété des biens, la *quasi-traditio* assurait le transfert des utilités du bien lors de la constitution des servitudes. C'est en ce sens également qu'il faut entendre la notion de nue-propriété lors de la constitution d'un usufruit, où la nue-propriété représente le résultat de la

⁸⁸⁷ V. par exemple, C. Civ. art. 578 selon lequel « *l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* ».

⁸⁸⁸ Cass. Civ. 3^{ème} 23 mai 2002, n° 00-17604, *Bull. Civ. III*, n° 106, *D.* 2003, somm. 2050, obs. B. MALLET-BRICOURT, *Deffrénois* 2002, 1311, obs. Ch. ATIAS.

⁸⁸⁹ Cass. Civ. 3^{ème} 5 décembre 1968, *Bull. Civ. III*, n° 532, *D.* 1969, 274, où il fut jugé que l'usufruitier qui transforme une maison de plaisance en maison de commerce contrevient aux dispositions de l'article 578 qui l'oblige à conserver la substance de la chose.

⁸⁹⁰ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 344, p. 502.

⁸⁹¹ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Ibid.*

⁸⁹² La critique a été initiée par VAREILLES-SOMMIERES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905, p. 443 et s., n° 82-95.

⁸⁹³ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, p. 297 et s., n° 6.

⁸⁹⁴ GIRARD, *op. cit.*, p. 401.

transmission des utilités à l'usufruitier⁸⁹⁵. C'est en ce sens, enfin, qu'il faut entendre la notion de démembrement, qui ne concerne pas le droit mais l'utilité de la chose⁸⁹⁶. L'analyse ne condamne pas pour autant la notion de démembrement de la propriété mais invite au contraire à la repenser. Lors de la constitution d'un droit réel démembré, l'objet du démembrement n'est pas à rechercher dans la transmission des prérogatives juridiques du propriétaire mais dans celle des utilités de la chose.

268. Bien souvent, l'utilité procurée au bénéficiaire du droit réel démembré s'entend de la valeur d'usage du bien, c'est-à-dire de l'avantage inhérent à la jouissance de ce dernier. Ainsi, la constitution de l'usufruit permet à l'usufruitier d'user, dans la limite de la conservation de la substance de la chose, de toutes les utilités du bien à tel point qu'il est parfois qualifié de propriété temporaire⁸⁹⁷. De même, la servitude porte sur les utilités d'un fonds. Une précision néanmoins s'impose. Selon l'article 637 du Code civil, la servitude est instituée pour « *l'usage et l'utilité d'un autre héritage* » et non pas pour l'usage et l'utilité du *propriétaire* d'un autre héritage. Si l'on interprète strictement cette disposition, qui se justifie essentiellement pour des raisons historiques⁸⁹⁸, il s'ensuit que la servitude profite avant tout à un fonds dominant plutôt qu'au propriétaire de celui-ci⁸⁹⁹, si bien qu'il est concevable de remettre en cause l'idée qu'elle soit un droit⁹⁰⁰. Il est pourtant

⁸⁹⁵ F. ZENATI- CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 339, p. 497 : « *Les avantages que le propriétaire consent à l'usufruitier sont tels qu'il se trouve dépouillé de la quasi-totalité des utilités de la chose, ce qui explique que son droit soit qualifié de nue-propriété* ».

⁸⁹⁶ W. DROSS, *op. cit.*, n° 115, p. 227 : « *lorsqu'on parle de démembrement de la propriété, faut-il entendre le mot propriété comme désignant la chose et non le droit. La notion de démembrement traduit une réalité simple : rien n'impose que les multiples utilités offertes par une chose soient réunies entre les mains d'un seul. Il est au contraire possible de les répartir entre différents individus* ».

⁸⁹⁷ En ce sens, W. DROSS, *op. cit.*, n° 82.

⁸⁹⁸ Il s'est agi pour les rédacteurs du Code civil de rompre avec le système féodal où le titulaire d'une servitude sur un fonds était considéré comme un propriétaire concurrent du fonds. Les relations entre les propriétaires simultanés étaient alors régies par des rapports d'obligation personnelle, où le maître du fonds servant était personnellement assujéti au maître du fonds dominant. Sur ce point, v. A.-M. PATAULT, *op. cit.*, n° 118 et s., p. 146 et s. ; W. DROSS, *op. cit.*, n° 381-2, p. 706 : « *c'est donc avant tout pour des raisons politiques et non juridiques que les rédacteurs ont radicalement exclu les personnes de leur analyse de la servitude, en l'érigent en rapport réel entre deux fonds* ».

⁸⁹⁹ PARDESSUS, *Traité des servitudes ou services fonciers*, 4^{ème} éd., Paris, 1817, Part. I, Chap. I, sect. I, n° 5 et § III, n° 10, p. 19. Le rattachement des utilités du fonds servant à un fonds dominant est essentiel, si bien qu'à défaut, il ne saurait y avoir de servitude. En ce sens, Cass. Civ. 3^{ème} 12 décembre 1984, n° 82-14989, *Bull. Civ. III*, n° 216, *JCP G* 1985, II, 20411, note GOUBEAUX, *RTD Civ.* 1985, p. 741, obs. GIVERDON et SALVAGEGEREST ; Cass. Civ. 3^{ème} 25 mars 1992, n° 89-21866, *Bull. Civ. III*, n° 106, *D.* 1996, 65, note DE LA MARNIERRE : « *Mais attendu qu'ayant relevé que, si le droit de seconde herbe revendiqué représentait bien une charge pour le fonds des consorts Z(...), il ne bénéficiait pas à un fonds dominant, mais profitait seulement aux habitants d'une entité territoriale et que l'exercice de ce droit n'impliquait pas d'être propriétaire foncier à l'endroit considéré, la Cour d'appel, qui a, ainsi, retenu que la charge imposée au fonds des consorts Z(...) n'était pas établie pour l'usage et l'utilité d'un autre fonds, a légalement justifié sa décision de ce chef* ».

⁹⁰⁰ En ce sens, W. DROSS, *op. cit.*, n° 382.

communément admis que la servitude est un droit réel⁹⁰¹, ce qui conduit alors nécessairement à affirmer qu'elle est un droit réel principal et accessoire à la propriété du fonds dominant, afin de tenir compte de ce qu'elle ne profite pas directement au propriétaire de ce fonds en vertu de l'article 637 du Code civil. Cette analyse peut trouver un soutien dans l'idée qu'aujourd'hui les justifications historiques de la rédaction particulière de l'article 637 n'ont plus réellement lieu d'être⁹⁰², si bien qu'à travers la maîtrise de son fonds c'est bien le propriétaire du fonds dominant qui bénéficie de la servitude sur le fonds servant. Elle est également confortée dès lors que l'on considère que la servitude porte le sceau du droit réel en raison de la transmission d'utilités inhérente à sa constitution, justifiant que le régime de son opposabilité aux tiers soit identique à celui de tout droit réel⁹⁰³. Par conséquent, le schéma selon lequel le droit procède d'une transmission des utilités de la chose est commun aux droits réels principaux. L'analyse révèle cependant qu'il se constate également en présence de la constitution du droit du preneur à bail, ce qui nécessite d'apprécier la nature juridique de ce droit.

B) L'identification du phénomène de transmission lors de la constitution du droit du preneur à bail

269. Paradigme de la nature personnelle du droit du preneur. L'article 1709 C. civ. définit le contrat de louage de choses comme celui « *par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ». Il paraît délicat, de prime abord, de déceler dans cette définition un quelconque processus translatif. En l'absence de disposition législative expresse, la jurisprudence décide de longue date que le bail n'opère aucun démembrement de la propriété⁹⁰⁴ et se prononce en faveur de la nature personnelle des droits de preneur. Parce qu'il est un droit personnel et non un droit réel, le droit du preneur à bail n'est qu'un rapport obligatoire entre le bailleur et le preneur, né de la conclusion de la convention, en

⁹⁰¹ AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. 2, § 238, p. 480 : « *La servitude est un droit réel établi sur un héritage pour l'utilité ou l'agrément d'un héritage appartenant à un autre propriétaire* ».

⁹⁰² Le spectre de l'asservissement personnel issu du système féodal des propriétés simultanées n'est plus à craindre aujourd'hui, si bien que la rédaction de l'article 637 du Code civil ne se justifie plus véritablement. En ce sens, D. FERRU, *La notion de servitude*, Préface P. RAYNAUD, LGDJ 1973, p. 227.

⁹⁰³ V. *infra* n° 297.

⁹⁰⁴ Cass. Req. 6 mars 1861, S. 1861, 1, 713, DP 1861, 1, 417 ; Cass. Civ. 21 février 1865, S. 1865, 1, 113, DP 1865, 1, 133 ; Cass. Req. 4 mai 1925, DP 1925, 1, 141 : « *le bail n'opère aucun démembrement de la propriété, qui reste entière dans les mains du bailleur, pour qui il n'est qu'un moyen de la rendre productive et d'en recueillir les fruits. Sous l'empire de l'ancienne législation, le caractère purement personnel et mobilier du droit que le bail confère au preneur n'a jamais été mis en question..., dans le silence qu'il a gardé à cet égard, il est impossible d'admettre du Code Napoléon, en reproduisant la définition que Pothier donne du bail, ait entendu transformer la nature de ce contrat, pour en changer et en modifier les effets...* ».

application de laquelle le bailleur s'engage à assurer la jouissance des lieux au preneur. Cette analyse fédère également la doctrine, ralliant majoritairement l'interprétation jurisprudentielle⁹⁰⁵.

270. Particularité du mécanisme de l'opposabilité du droit du preneur. Pourtant, derrière l'apparente clarté de la situation se cache une réalité plus complexe. Une difficulté est issue de la lettre de l'alinéa 1^{er} de l'article 1743 du Code civil, selon lequel « *si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le métayer ou le locataire qui à un bail authentique ou dont la date est certaine* ». Cet article a été à l'origine d'un débat autour de la nature juridique du droit du preneur à bail. En effet, si le bail ne génère aucun droit réel, comment se fait-il que le preneur puisse opposer son droit à l'acquéreur du bien ? C'est que l'opposabilité dont il s'agit va bien au-delà du devoir de chacun de respecter les droits d'autrui, en l'occurrence ceux du preneur, qui est sanctionné par l'allocation de dommages-intérêts. Le preneur a véritablement la possibilité de se prévaloir de la « force obligatoire » du bail à l'égard du tiers acquéreur du bien. En effet, dès la vente le preneur s'acquitte de ses loyers entre les mains de l'acquéreur mais celui-ci ne peut agir contre le locataire pour des manquements au bail antérieurs à la vente⁹⁰⁶. Par ailleurs, il est admis que l'acquéreur puisse agir contre le preneur pour des dégradations liées à un manquement aux réparations locatives, mêmes si celle-ci sont antérieures à la vente⁹⁰⁷. Tout se passe ainsi comme si le bien était grevé d'un véritable droit réel, dont le caractère absolu permettrait alors au preneur de l'opposer à l'acquéreur. Cette idée peut, au demeurant, se trouver renforcée par la position du droit positif en matière de résolution des conflits entre preneurs successifs et ayants cause du même bailleur. En effet, la jurisprudence décide qu'entre deux preneurs successifs de la chose louée, celui qui a l'antériorité du titre doit être préféré à l'autre, son droit étant opposable aux tiers à partir du jour où il a eu date certaine⁹⁰⁸. La solution est intéressante et témoigne d'une certaine

⁹⁰⁵ AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. 3, § 361 et s., p. 336 et s. ; ROGRON, *op. cit.*, art. 1709, p. 853 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 621, p. 342 : « *selon les articles 1709 et 1719, la jouissance du preneur est due par le bailleur ; le preneur est donc titulaire d'un droit de créance* » ; B. VIALPEDROLETTI, *Juris-Classeur Civil*, Art. 1708 à 1762, Fasc. 85, « Bail d'habitation, Généralités, Définition du contrat de bail », éd. 2011, spéc. n° 8.

⁹⁰⁶ Cass. Civ. 3^{ème} 2 octobre 2002, n° 01-00696, *Bull. Civ. III*, n° 189, D. 2003, somm. 731, obs. DAMAS.

⁹⁰⁷ Cass. Civ. 3^{ème} 21 novembre 2001, n° 00-13237, *Loyers et copr.* 2002, n° 57.

⁹⁰⁸ Cass. Soc. 1^{er} juin 1954, n° 54-02098, *Bull. Civ. IV*, n° 383 ; JCP G 1955, II 85507, note MAYER-JACK : « *Attendu que, entre deux preneurs successifs de la même chose louée, celui qui a l'antériorité du titre doit être préféré à l'autre, son droit, opposable aux tiers depuis le jour où il avait eu date certaine, l'étant par conséquent à celui de l'autre locataire, postérieur au sien* ». La Cour ajoute en conséquence qu'« *attendu qu'en statuant ainsi sur la demande d'expulsion, alors que, le titre antérieur en date dont se prévalait X(...) étant reconnu préférable à celui de dame de Z(...), la question de savoir si ladite dame était ou non de bonne foi s'avérait sans*

singularité du régime juridique de l'opposabilité du droit du preneur. Comme tout droit personnel, le droit du preneur devrait en principe être « opposable » aux tiers sous la condition de la démonstration de leur connaissance effective du droit⁹⁰⁹. Or, tel n'est pas le cas s'agissant du droit du preneur à bail, dont l'opposabilité est alors mise en œuvre par l'accomplissement d'un formalisme particulier⁹¹⁰, à l'instar du droit réel. L'opposabilité de son droit fait état d'une proximité importante et surprenante avec celle du droit réel.

271. Justification classique : mécanisme de la cession de contrat. Afin de justifier la nature personnelle du droit du preneur et ainsi la position du droit positif, il est considéré que l'article 1743 repose sur une cession du contrat de bail. Un exemple significatif de ce raisonnement concerne le sort du cautionnement dont bénéficie le bailleur lorsqu'il vend son bien à un tiers acquéreur. Après avoir un temps refusé que l'acquéreur puisse bénéficier du cautionnement à défaut d'engagement exprès de la caution⁹¹¹, la Cour de cassation décide désormais qu'« *en cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur par l'effet combiné de l'article 1743 et des articles 1692, 2013 et 2015 du Code civil* »⁹¹². En application de cette solution, le cautionnement est transmis de plein droit à l'acquéreur, nonobstant la règle selon laquelle l'engagement de la caution doit être exprès en vertu de l'ancien article 2015, devenu l'article 2292 du Code civil. Le raisonnement de la Haute Cour repose en réalité sur l'article 1692 du Code civil selon lequel « *la vente ou la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque* ». C'est ainsi parce que la Cour considère que la vente de l'immeuble par le bailleur provoque un transfert des créances qu'il détient vis-à-

influence à l'égard des conséquences qui devaient nécessairement résulter de cette décision, l'arrêt attaqué a violé par fausse application les dispositions légales susvisées et ne saurait être sur ce point maintenu ». Comp. Cass. Com. 25 avril 1983, n° 81-16804, *Bull. Civ. IV*, n° 122, *D.* 1984, 1, note P. JOURDAIN : « *le bail consenti à un preneur en vue de l'exploitation de son commerce a, à son égard, le caractère d'un acte de commerce dont la preuve n'est pas soumise aux dispositions de l'article 1328 du Code civil. Ce preneur est donc en droit d'opposer son bail, qui n'a pas acquis date certaine, à un autre preneur, lui-même commerçant qui bénéficiait d'un bail portant sur la même chose, consenti postérieurement et enregistré* ». Il n'est pas tant question d'un revirement de la jurisprudence établie en 1954 mais d'une application de la règle de la liberté probatoire en matière commerciale.

⁹⁰⁹ V. *infra* n° 377-378.

⁹¹⁰ Par ailleurs, l'opposabilité des baux d'une durée supérieure à 12 ans est soumise, comme en principe pour tout droit réel immobilier, à la publicité foncière. V. Art. 28 1° b) *D.* 4 janvier 1955.

⁹¹¹ Cass. Com. 26 octobre 1999, n° 97-15794, *Bull. Civ. IV*, n° 184, *JCP G* 2000, II, 10320, note J. CASEY, *D.* 2000, p. 224, note L. AYNES, *D.* 2000, Chron. p. 115, obs. Ch. LARROUMET.

⁹¹² Cass. Ass. Plén. 6 décembre 2004, n° 03-10713, *Bull. Civ. n° 14*, *D.* 2005, 227, note L. AYNES, *JCP* 2005, II, 10010, note S. PIEDELIEVRE, *Defrénois* 2005, 316, note L. AYNES.

vis du preneur que le cautionnement est transmis de plein droit au tiers acquéreur. A travers cette décision, se trouve clairement illustrée l'idée selon laquelle la vente de l'immeuble évoquée à l'article 1743 du Code civil provoque une cession du contrat de bail, expliquant l'opposabilité du droit du preneur vis-à-vis de celui du tiers acquéreur du bien⁹¹³. Cette analyse est ancrée en doctrine⁹¹⁴, peu importe si elle force quelque peu la lettre de cette disposition qui n'évoque pas la cession du rapport locatif avec celle du bien loué⁹¹⁵. Elle s'impose également en jurisprudence afin de justifier la protection identique dont jouit le locataire lorsque le bailleur constitue une servitude conventionnelle au profit d'un tiers⁹¹⁶. La solution est surprenante dans la mesure où il est alors difficile de concevoir que le bailleur cède alors son contrat de bail au profit du bénéficiaire de la servitude. C'est pourtant bien ce qu'il faut en déduire lorsque la Cour de cassation justifie sa position en affirmant que le titulaire de la servitude est « tenu d'exécuter les obligations du bailleur » et doit par conséquent respecter le droit du locataire. N'étant pas propriétaire du bien grevé, on voit mal comment le bénéficiaire de la servitude pourrait hériter des obligations du bailleur à l'égard du preneur.

272. Justification dissidente : nature réelle du droit du preneur. La thèse de la nature réelle du droit du preneur a été proposée dès 1811 par Merlin⁹¹⁷ et a été développée ultérieurement par Troplong sur la base de l'article 1743 du Code civil⁹¹⁸. Selon l'auteur, contrairement au droit romain où le louage offrait à son titulaire un droit relatif, pouvant

⁹¹³ En ce sens, Ph. SIMLER, obs. sous CA Paris 6 mars 1997, *JCP G* 1998, I, 103, n° 10 : « le maintien par décision de la loi du rapport locatif en cas de vente de l'immeuble doit, en effet, être assimilé à une cession et procède en tout cas d'un mécanisme translatif » ; W. DROSS, *op. cit.*, n° 143, p. 278.

⁹¹⁴ C. BELLOC et J. de FREMINVILLE, note sous Cass. Ass. Plén. 6 décembre 2004 préc., *JCP E* 2004, 1901.

⁹¹⁵ R. De GOUTTES, avis de l'Avocat général sous Cass. Ass. Plén. 6 décembre 2004 préc., : « s'il est vrai que cet article (article 1743 du Code civil) n'a pas été conçu par ses rédacteurs comme réalisant une cession de contrat mais comme une disposition destinée à assurer la protection du locataire en favorisant sa pérennisation dans les lieux loués, la majorité de la doctrine considère désormais que la cession de bail est un effet obligatoire qu'attache la loi à la vente de l'immeuble loué, qu'elle constitue bien une cession de contrat (...) ».

⁹¹⁶ Cass. Civ. 3^{ème} 23 octobre 1991, n° 89-14147, *Bull. Civ. III*, n° 248 : « Mais attendu que la Cour d'appel a retenu à bon droit qu'étant acquéreurs d'un droit réel grevant une partie de la propriété des consorts Y(...) par l'institution de la servitude litigieuse sur la parcelle précédemment donnée à bail, les époux A(...) et les époux X(...), tenus d'exécuter les obligations du bailleur, ne pouvaient revendiquer l'exercice de la servitude qui entraînait une modification substantielle de la chose louée ».

⁹¹⁷ MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit*, T. 6, *Additions*, 2^{ème} éd. 1820, V. Tiers, §2, p. 809.

⁹¹⁸ TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, De l'échange et du louage*, éd. 1841, Bruxelles, Meline, Cans et compagnie, n° 473, p. 159 : « l'article 1743 est peut être le plus grave et le plus fécond de toute la matière du louage. C'est lui qui a fait passer le droit du preneur de la classe des droits relatifs (jus ad rem) à la catégorie des droits absolus (jus in re). L'importance n'en a pas été saisie par tous les commentateurs du Code. Plusieurs se sont même attachés à la rapetisser et à l'étouffer ».

mener à l'éviction du locataire à l'initiative de l'acquéreur⁹¹⁹, de l'usufruitier ou du donataire, le Code civil a choisi de généraliser les avancées législatives effectuées par l'Assemblée Constituante en 1791 en matière de bail à ferme, où les droits des locataires furent alors un peu plus ancrés en cas de vente du bien loué⁹²⁰. Le Code civil de 1804 reprit et généralisa ces avancées à travers l'article 1743, consacrant ainsi l'adage « louage passe vente »⁹²¹. Ce faisant, Troplong estime qu'il a nécessairement fait évoluer la nature du droit au bail par rapport au droit romain où le cessionnaire du bien n'était pas tenu par la relativité du contrat de bail conclu entre le cédant et le locataire⁹²². La jurisprudence du 19^{ème} siècle, hésita un temps en optant pour celle de droit réel⁹²³, avant de se fixer aujourd'hui autour de la qualification de droit personnel, essentiellement par tradition et fidélité vis-à-vis de l'ancien droit⁹²⁴. Cependant, la question de l'évolution de la nature du droit du preneur demeure en raison de l'évolution de ses prérogatives, si bien que la thèse soutenue jadis par Troplong n'a pas disparu aujourd'hui en doctrine. Elle est défendue par certains auteurs⁹²⁵, constatant une identité des prérogatives du preneur et de celles du titulaire d'un droit réel. Outre le fondement de l'article 1743 du Code civil, la solution jurisprudentielle accordant la préférence au preneur dont le titre a acquis date certaine en présence d'un conflit d'ayants cause, est mise en avant par certains auteurs. Ainsi, pour M. Jourdain, le fondement de cette position doit « *sans doute être recherché dans la nature toute emprunte de réalité du droit du preneur à bail* »⁹²⁶.

⁹¹⁹ Tel était l'effet de la fameuse loi *Emptorem*, C., Lib., 4, tit. LXV, 1, 9 : « *Emptorem jundi non necesse est stare colono cui prior dominus locavit nisi ea lege emit* ». L'éviction du locataire ne pouvait être évitée que si le bailleur avait eu soin de stipuler de l'acquéreur le respect du contrat de louage.

⁹²⁰ TROPLONG, *op. cit.*, n° 484-487.

⁹²¹ En ce sens, PERIER, *De la règle « Louage passe vente »*, Thèse Paris, 1900, p. 39-40.

⁹²² TROPLONG, *op. cit.*, n° 491, p. 165 : « *le bail n'engendre plus des rapports purement personnels ; il réagit sur la chose, il l'affecte, il l'embrasse de son étreinte, et si le propriétaire essayait de l'aliéner sans le bail, il violerait la règle... nul ne peut transmettre plus de droit qu'il n'en a lui-même. Or, qu'est ce qu'un droit qui, de la personne, rejaillit sur la chose par une affectation directe et incessante, qui suit cette chose de main en main, qui survit aux aliénations et aux changements de propriétaires ? Est-ce un inconnu dans la jurisprudence ? Non ! Les jurisconsultes de tous les temps l'ont nommé un droit réel* ».

⁹²³ Cass. 16 novembre 1825, *D.* 1825, 1, 455 ; CA Dijon 21 avril 1827, *S.* 1827, 2, 116 ; CA Paris 24 juin 1858, *S.* 1859, 2, 146.

⁹²⁴ Cass. Req. 6 mars 1861, préc. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 621, p. 343, note 44, estimant que « *l'arrêt est fondé sur la tradition* ».

⁹²⁵ En ce sens, YSEUX, « *La nature du droit du preneur dans le contrat de louage* », *Rev. crit.* 1893, p. 102 et s. ; P. RAYNAUD, « *Le contrat de location d'un fonds de commerce* », *Rev. crit.* 1936, p. 556 ; DALLANT, « *Les positions actuelles de l'article 1743* », *JCP* 1958, I, 1431. R. SAVATIER, « *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels* », *RTD Civ.* 1958, p. 339, n° 19 ; GINOSSAR, *op. cit.*, n° 65, p. 179 : « (...) *depuis la métamorphose de l'article 1743, les vestiges de personnalité qui subsistent dans le droit au bail n'apparaissent plus que comme une superfétation dont il serait bon de se défaire complètement* ».

⁹²⁶ P. JOURDAIN, note sous Cass. Com. 25 avril 1983, préc., p. 3. Et l'auteur de poursuivre : « *c'est cet aspect réel qui a conduit naturellement la jurisprudence à résoudre les conflits de droits entre locataires de façon comparable à ceux qui opposent des titulaires de droits réels mobiliers incorporels ayant cause d'un auteur commun, tels les acquéreurs successifs d'un même fonds de commerce* ».

273. *Baux particuliers conférant un droit réel au preneur.* La thèse de la nature réelle du droit du preneur prend davantage de consistance au regard de l'existence en droit positif de baux dérogatoires, où le droit du preneur est clairement qualifié de droit réel. Ainsi, le contrat de bail à construction diffère du bail ordinaire en ce qu'il confère au preneur un droit réel immobilier⁹²⁷. Ce droit, d'une durée entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans, lui est reconnu par l'article L. 251-3, alinéa 4, du Code de la construction et de l'habitation, de manière impérative. D'une durée identique, le bail à réhabilitation confère également au preneur un droit réel immobilier qui peut être hypothéqué et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière⁹²⁸. Enfin, le bail emphytéotique déroge également au bail de droit commun. Il est lui aussi d'une durée longue, de dix-huit ans au minimum, et confère au preneur un droit réel⁹²⁹, ce qui est rappelé par la jurisprudence⁹³⁰. Ces différents régimes dérogatoires, concernant des baux de longue durée, contribuent à brouiller la frontière entre la nature réelle et personnelle du bail. Ils appellent à cet égard les deux observations suivantes. Tout d'abord, ils s'accordent mal avec l'obligation fondamentale du bailleur de faire jouir paisiblement le preneur à bail. En effet, s'il n'est pas d'obstacle à l'existence de rapports obligatoires entre le propriétaire d'une chose et le titulaire d'un droit réel sur celle-ci, il n'est pas concevable que l'une de ces obligations personnelles porte sur la jouissance du bien puisqu'elle concerne alors l'essence même du droit réel⁹³¹. En second lieu, la recherche d'une cohérence entre la nature du bail de droit commun et celles des baux issus des régimes spéciaux amène inéluctablement à l'idée selon laquelle la nature du droit du preneur évoluerait avec le temps, ce qui n'a pas de sens. Une rationalisation en la matière passe nécessairement par un choix à propos de la nature personnelle ou réelle du droit du preneur.

⁹²⁷ Article L. 251-3 alinéa 1^{er} du Code de la construction et de l'habitation : « *le bail à construction confère au preneur un droit réel immobilier* ».

⁹²⁸ Article L. 252-2 alinéa 1^{er} du Code de la construction et de l'habitation : « *le preneur est titulaire d'un droit réel immobilier. Ce droit peut être hypothéqué ; il peut être saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière* ».

⁹²⁹ Art. L.451-1 du Code rural et de la pêche maritime : « *Le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque* ».

⁹³⁰ Cass. Civ. 3^{ème} 10 avril 1991, n° 89-20276, *Bull. Civ. III*, n° 114, *JurisData* n° 1991-001044 ; *Loyers et copr.* 1991, comm. 360 : « *attendu que le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; que ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière* ».

⁹³¹ W. DROSS, *op. cit.*, n° 136, p. 261. L'auteur ajoute qu'il y a là « *une contradiction certaine qui ne paraît guère émouvoir* ».

274. Dans ses travaux, M. Derruppé soutient la nature réelle du droit du preneur⁹³². L'auteur réfute tout d'abord l'argument tiré de l'article 1743 du Code civil dans la mesure où il estime qu'il n'y est pas tant question de l'opposabilité du droit du preneur que de faire du cessionnaire une partie au contrat de bail⁹³³. Par ailleurs, l'analyse précise des baux conférant au preneur un droit réel ne lui permet pas de conclure que l'évolution du droit a modifié la nature juridique du droit du preneur⁹³⁴. Pour l'auteur, la nature juridique du droit du preneur a en réalité toujours été réelle, puisque ce droit consiste précisément dans la jouissance d'un bien, et plus précisément des utilités de la chose. Il s'agit là non pas d'un droit personnel mais d'un droit réel, lequel bénéficie d'une protection juridique⁹³⁵. Cet aspect essentiel du droit du preneur à bail a été masqué par l'essor de la liberté contractuelle des parties, en particulier lors de l'adoption du Code civil de 1804⁹³⁶. Au contraire, les législations modernes conférant un droit réel au preneur ont provoqué le mouvement inverse : fondées sur l'ordre public, elles ont atrophié la volonté des parties et mis en relief l'élément réel du contrat de bail⁹³⁷. Il n'en reste pas moins que l'élément fondamental du droit du preneur est la jouissance de la chose, ce qui s'entend avant tout d'un droit réel. La thèse de l'auteur est intéressante dans la mesure où, au-delà de l'interprétation que l'on peut avoir de l'article 1743 du Code civil, elle s'entend d'une véritable analyse structurelle du droit du preneur, permettant ainsi de conclure à sa nature réelle. L'existence d'une transmission inhérente au droit du preneur à bail, à l'instar de tout droit réel, permet de conforter cette analyse.

275. *Transmission de la jouissance du bien loué.* En donnant son bien à bail, il est indéniable que le bailleur transmet au locataire la jouissance de celui-ci, de sorte que la distinction avec l'usufruit peut être délicate⁹³⁸. On fait parfois valoir des différences

⁹³² J. DERRUPPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Dalloz, 1952.

⁹³³ J. DERRUPPE, *op. cit.*, n° 144.

⁹³⁴ J. DERRUPPE, *op. cit.*, n° 114.

⁹³⁵ J. DERRUPPE, *op. cit.*, n° 262.

⁹³⁶ J. DERRUPPE, *op. cit.*, n° 265-266, qui relève que le Code civil a provoqué « l'écrasement de l'élément réel par l'élément personnel ».

⁹³⁷ J. DERRUPPE, *op. cit.*, n° 267.

⁹³⁸ W. DROSS, *Ibid.* : « il est parfaitement possible pour un propriétaire de consentir un droit d'usufruit sur sa chose pour une durée donnée et à titre onéreux, moyennant le versement par l'usufruitier d'une redevance mensuelle. La figure ressemble alors à s'y méprendre, du moins dans ses manifestations externes, à un simple droit au bail. Dans les deux cas, la jouissance est conférée pour une durée précise en contrepartie d'un versement mensuel d'une somme d'argent. Les pouvoirs d'utilisation de la chose par l'usufruitier et le locataire sont très proches sinon identiques, et le propriétaire est à chaque fois essentiellement requis de s'abstenir de troubler leur jouissance. L'observateur aura peine à dire si l'usage de la chose s'effectue au titre d'un droit réel ou d'un droit personnel ».

importantes entre le bail et l'usufruit, tirées de ce que l'usufruit peut être mobilier ou immobilier, qu'il peut faire l'objet d'une sûreté réelle, ou bien être librement cédé ou loué⁹³⁹. Cependant, ces prérogatives existent également en matière de bail. En effet, même s'il peut exister des limitations issues du contrat ou de la loi, le droit du preneur peut également être mobilier⁹⁴⁰ ou être cédé⁹⁴¹. Les lieux loués peuvent également être sous-loués⁹⁴² de sorte que ces arguments n'ont rien de péremptoire. En revanche, il est une différence indéniable entre l'usufruit et le bail, tenant à l'existence de nombreuses obligations « actives » à la charge du bailleur, notamment, l'obligation de délivrance, de garantie et d'entretien. Cet argument représente la plus sérieuse objection à la thèse de la nature réelle du droit du preneur puisque le nu-proprétaire n'est pas soumis à de telles obligations⁹⁴³. C'est que, dans le cadre de l'usufruit, la seule obligation du propriétaire est de ne pas entraver la jouissance de l'usufruitier⁹⁴⁴, hormis l'obligation d'assurer les grosses réparations⁹⁴⁵. Cette différence existe mais elle ne doit pas occulter l'identité structurelle qui existe entre le bail et l'usufruit⁹⁴⁶, reposant pour l'essentiel sur le transfert de la jouissance du bien meuble ou immeuble concerné. L'existence de ce mécanisme translatif ne souffre d'aucune contestation⁹⁴⁷. Ainsi, le bail repose bien sur le transfert de l'avantage économique que représente la jouissance de la chose. De la proximité structurelle évidente entre le bail et l'usufruit, il est nécessaire de conclure à la nature réelle du droit au bail. Comme tout droit réel, le bail est assis sur un mécanisme transmissif. Cette transmission justifie la nature réelle du droit du preneur, ce qui se vérifie par ailleurs au regard du régime particulier de son opposabilité *erga omnes* en droit positif. L'intervention d'une transmission dans le processus de constitution du droit de preneur justifie que l'opposabilité *erga omnes* de ce dernier ne dépende pas de la seule

⁹³⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 622, p. 343

⁹⁴⁰ C. Civ. article 1713.

⁹⁴¹ C. Civ. article 1717.

⁹⁴² C. Civ. article 1717.

⁹⁴³ C. Civ. art. 1719, indiquant que le bailleur est obligé « *par la nature du contrat* » de délivrer au preneur la chose louée, de l'entretenir en état de fonctionnement et d'assurer au preneur une jouissance paisible. Par ailleurs, le dynamisme de l'obligation de délivrance est certain, notamment avec l'obligation de délivrer un logement décent lorsqu'il est question de l'habitation principale du preneur, issue dernièrement de la loi n 2009-323 du 25 mars 2009.

⁹⁴⁴ GINOSSAR, *op. cit.*, n° 65, p. 171-172, notant que cette objection est « *la plus grave assurément, celle qui paraissait décisive* » aux partisans de la thèse personnaliste.

⁹⁴⁵ C. Civ. Article 605 : « *l'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien. Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, ...* ».

⁹⁴⁶ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, n° 622, p. 343, notant que « *par son objet l'usufruit est proche du bail* ».

⁹⁴⁷ AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. III, § 363, p. 337, pour qui le louage « *a pour objet de transférer, non la propriété, ni même la possession de la chose qui en est faite en la matière, mais seulement l'usage ou la jouissance de cette chose* ».

preuve de la connaissance effective du droit par un tiers mais s'effectue au contraire au moyen d'une formalité particulière et objective à travers l'exigence de la date certaine de l'acte⁹⁴⁸, comme pour tout droit réel. Pour ces raisons, il est nécessaire de reconnaître la réalité du droit du preneur, qui a ainsi structurellement toujours été présente au sein du contrat de bail.

276. *Intérêt de la reconnaissance de la nature réelle du droit du preneur.* La proximité des régimes juridiques du bail et l'usufruit invite à se pencher sur l'intérêt à reconnaître la nature réelle du droit du preneur. Il ne peut s'agir de la protection possessoire dont bénéficie le titulaire d'un droit réel⁹⁴⁹ puisque le droit positif reconnaît cette protection au simple détenteur de la chose, en particulier en présence d'un locataire⁹⁵⁰. Cependant, la reconnaissance d'un droit réel au profit du preneur à bail peut présenter une utilité lorsque ce dernier a réalisé des constructions sur le terrain loué. En effet, si cette reconnaissance ne lui est d'aucune utilité sur la propriété des constructions concernées, laquelle est reconnue au locataire jusqu'à la fin du bail⁹⁵¹, elle présente un intérêt dans le cas d'une revente des édifices élevés sur le fonds en cours de bail. Une telle cession n'est envisageable qu'à la condition qu'elle s'accompagne du transfert de la jouissance du sol puisque l'acquéreur ne pourra pas jouir des constructions sans utiliser en même temps le sol qui les porte. Or, l'effet relatif du contrat de bail peut à cet égard poser difficulté. Certes, l'article 1717 du Code civil mentionne que « *le preneur a le droit ...de céder son bail* », mais cette faculté n'est réalisable qu'à la condition qu'elle « *ne lui a pas été interdite* » par le contrat de bail⁹⁵². Or, si le bailleur ne peut en application de cette disposition interdire par principe la cession du bail, il peut la subordonner à son

⁹⁴⁸ V. *supra* n° 270.

⁹⁴⁹ La protection possessoire est notamment reconnue à l'usufruitier : Cass. Civ. 14 décembre 1840, *S.* 1841, 1, p. 237. Elle est également reconnue au titulaire d'un droit réel d'usage : Cass. Civ. 1^{ère} 7 mai 1957, *Bull. Civ. I.*, n° 201.

⁹⁵⁰ La loi du 9 juillet 1975 a reconnu l'action possessoire au simple détenteur d'un bien, tel le locataire : G. GOUBEAUX, « L'extension de la protection possessoire au bénéfice des détenteurs », *Deffrénois* 1976, p.374 et s. ; W. DROSS, *op. cit.*, n° 255 et 255-2, p. 472-473.

⁹⁵¹ En ce sens, Cass. Civ. 3^{ème} 2 avril 2003, n° 01-17017, *Bull. Civ. III*, n° 76 : « *Mais attendu qu'ayant retenu que le bailleur n'accédait à la propriété des améliorations réalisées dans les lieux loués par le locataire qu'à la fin du bail et qu'avant cette issue, il n'avait vocation à aucune prétention à ce titre, et ayant constaté qu'en l'es-pèce les aménagements et les améliorations avaient été détruits avant même la fin du bail, la Cour d'appel en a justement déduit que la SCI était mal fondée à prétendre au paiement de leur contre valeur* ».

⁹⁵² En matière de bail commercial, si l'article L. 145-16 du Code de commerce interdit les clauses ayant pour objet l'interdiction faite au locataire de céder son bail, la jurisprudence reconnaît la validité des clauses d'agrément de la cession par le bailleur : en ce sens, Cass. Civ. 3^{ème} 2 octobre 2002, n° 01-02035, *Bull. Civ. III*, n° 192. Ces aménagements sont fréquents dans les baux commerciaux. De même, en matière de baux d'habitation, le locataire ne peut céder son bail sans l'autorisation écrite du propriétaire en application de l'article 8 de la loi du 6 juillet 1989.

consentement exprès⁹⁵³, ce qui peut représenter un frein significatif pour le preneur. La reconnaissance du caractère réel du droit de ce dernier permet d'améliorer sa situation lorsqu'il souhaitera céder les constructions qu'il a édifiées et se heurtera au refus de son bailleur⁹⁵⁴. La cession des constructions pourra alors s'accompagner alors de celle du droit réel de jouissance grevant le terrain loué. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la législateur prend souvent soin, en présence de baux dérogatoires, de poser la nature réelle du droit du preneur avant de mentionner que ce droit peut être cédé, hypothéqué ou saisi⁹⁵⁵.

277. L'identification d'une opération translatrice inhérente à la constitution du droit du preneur à bail permet de conforter l'analyse consistant à lui conférer une nature réelle. Cette transmission s'entend de la valeur d'usage du bien loué, c'est-à-dire de l'utilité qu'il procure. Cependant, il est des cas où les utilités ne se transmettent pas lors de la constitution du droit réel. Parfois, seule la valeur d'échange d'un bien est transmise, c'est-à-dire la valeur résultant du rapport d'échange qui se trouve entre telle chose et telle autre. Ce phénomène se manifeste en présence de la constitution des droits réels accessoires.

C) L'identification du phénomène de transmission lors de la constitution des sûretés réelles

278. *Transmission de la valeur d'échange de la chose lors de la constitution des sûretés réelles.* Bien qu'elle soit un droit réel⁹⁵⁶, la sûreté réelle prend ses distances vis-à-vis de la théorie classique des droits réels, en ce qu'il est admis qu'elle ne représente pas un véritable démembrement du droit de propriété. L'analyse met en avant l'idée selon

⁹⁵³ Cass. Req. 16 novembre 1927, DP 1928, 1, 61, rapport BRICOURT, où la Cour de cassation a jugé que si la clause selon laquelle « les preneurs ne pourront céder leurs droits au présent bail sans le consentement exprès et par écrit du bailleur » ne constitue pas une interdiction absolue de céder le bail et ne permettrait pas au bailleur de refuser son consentement sans motifs légitimes, elle oblige le preneur à solliciter le consentement de son bailleur.

⁹⁵⁴ Contra. W. DROSS, *op. cit.*, n° 136-2, p. 263, pour lequel « il suffisait pour ces baux de faire de la faculté de l'article 1717 une règle d'ordre public pour que le preneur puisse librement disposer de son bail à titre d'accessoire de la cession des édifices ».

⁹⁵⁵ Par exemple, l'article L. 251-3 alinéa 1^{er} du Code de la construction et de l'habitation précise que « le bail à construction confère au preneur un droit réel immobilier », avant de préciser qu'il peut être « hypothéqué, de même que les constructions sur le terrain loué » ou saisi (alinéa 2^{ème}) ou bien alors encore cédé (alinéa 3^{ème}). Il en va de même en matière d'emphytéose où l'article L.451-1 du Code rural et de la pêche maritime indique que « le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel » avant de préciser qu'il est « susceptible d'hypothèque » et que « ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière ».

⁹⁵⁶ En doctrine, il a parfois été soutenu que la sûreté réelle n'est pas un droit réel dans la mesure où elle ne permet pas un pouvoir direct d'utilisation de la chose : CHAUVÉAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. Crit. Leg. et juris.* 1931, p. 539 et s., n° 40-49. L'idée ne fédère pas la doctrine, qui considère que la sûreté réelle appartient à la catégorie du droit réel : M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 568, p. 415 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 352, p. 331 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 297, p. 460-461.

laquelle le démembrement ne peut avoir pour objet que les utilités matérielles et concrètes offertes par la chose. Or, la sûreté réelle ne permet pas au créancier d'appréhender les utilités de la chose grevée puisque les prérogatives du créancier ne se retrouvent pas à l'état causal chez le constituant. En effet, « *peut-on dire qu'un propriétaire a sur sa chose un droit d'hypothèque, c'est-à-dire un droit de la vendre à l'effet d'en appliquer le prix au paiement d'une créance qu'il aurait contre lui-même ?* »⁹⁵⁷. La réponse à cette question est assurément négative de sorte que l'absence de démembrement est érigée en véritable différence entre les droits réels principaux et les droits réels accessoires. Elle est soulignée en doctrine, qui considère souvent que la sûreté réelle, à la différence du droit réel, ne confère au créancier aucune utilité de la chose⁹⁵⁸. Pour autant, l'idée d'une transmission inhérente à la constitution de la sûreté réelle n'est pas inexistante. S'il est vrai que la constitution de la sûreté réelle ne saurait reposer sur la transmission de prérogatives juridiques ou bien des utilités de la chose, elle paraît néanmoins impliquer le transfert de la valeur « marchande » du bien grevé.

279. A l'exception du droit de rétention⁹⁵⁹, toute sûreté réelle repose sur l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens au profit du créancier⁹⁶⁰. Au plan juridique, cette relation particulière s'établit au moyen de la constitution d'un droit de préférence au profit du créancier représentant l'essence même de la sûreté réelle⁹⁶¹. Le droit de préférence porte davantage sur la valeur que représente la chose plutôt que sur la chose elle-même. Absente des traités de droit civil du 19^{ème} siècle, l'idée selon laquelle le droit de préférence porte sur la valeur marchande du bien a été initialement formulée par Bonnecase puis

⁹⁵⁷ CHENON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, thèse Paris, L. Larose et Forcel, 1881, p. 12, cité par Ch. GIJSBERS, thèse préc., n° 41, p. 39.

⁹⁵⁸ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op.cit.*, n° 568, p. 415 : « *les droits réels de garantie ne nous semblent pas pour autant être issus d'un démembrement de la propriété, puisque leur véritable objet est le droit du constituant sur le bien grevé et qu'ils permettent seulement d'en appréhender la valeur et de bénéficier des utilités qu'il peut offrir* » ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 400, p. 169 : « *contrairement aux droits réels principaux, elles (les sûretés réelles) ne confèrent aucune utilité économique de la chose : jouissance, usage... Le droit réel est vidé de sa substance matérielle ; il n'en reste que les attributs juridiques, droit de préférence et parfois droit de suite* ».

⁹⁵⁹ C. Civ. art. 2286.

⁹⁶⁰ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op.cit.*, n° 567, p. 413, notant que la technique de l'affectation est inhérente à la notion de sûreté réelle, « *l'épithète réelle impliquant que le créancier jouisse d'un droit particulier sur des éléments de l'actif du débiteur* » ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 352, p. 331.

⁹⁶¹ J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 140, selon lesquels, « *le droit de préférence, c'est la sûreté réelle* », de sorte que le droit de suite apparaît comme l'expression de l'opposabilité du droit de préférence. V. *infra* n° 339 et s.

systematisée par Quincartlet⁹⁶². Elle s'est imposée aujourd'hui en doctrine⁹⁶³. La valeur marchande dont il s'agit est la valeur d'échange du bien, autrement dit une qualité de la chose aussi importante que ses utilités et qui découle de sa libre cessibilité⁹⁶⁴. Du constat de l'existence d'un droit portant sur la valeur d'échange du bien à l'idée d'une transmission de cette valeur au profit du créancier, il n'y a qu'un pas qui doit être effectué en présence de la constitution d'une sûreté réelle. En réalité, le droit de préférence dont jouit le créancier repose dans sa formation sur un mécanisme de transmission, non pas des utilités du bien grevé mais plutôt de la valeur d'échange de ce dernier. Il ne se conçoit que pour autant que le créancier peut disposer de la valeur marchande du bien grevé, lui permettant le cas échéant la réalisation de la chose et le règlement de sa créance. Il est à cet égard nécessaire de bien considérer le caractère accessoire de la sûreté réelle par rapport à la créance principale : si la transmission de la valeur d'échange du bien s'effectue dès la constitution de la sûreté, son usage à l'initiative du créancier⁹⁶⁵ est nécessairement conditionné à la défaillance du débiteur. A travers la transmission de la valeur d'échange du bien grevé au profit du créancier, la sûreté réelle procède donc d'un démembrement des prérogatives du propriétaire⁹⁶⁶.

280. Articulation avec le droit de gage général des créanciers. L'idée d'une transmission de la valeur d'échange du constituant de la sûreté réelle au créancier en bénéficiant a été récemment remise en cause en doctrine par M. Gijssbers⁹⁶⁷. Selon l'auteur, le créancier accèderait à la valeur du bien grevé sur le fondement du rapport obligatoire et non de la

⁹⁶² Ch. GIJSBERS, thèse préc., n° 43-44.

⁹⁶³ Ch. GIJSBERS, thèse préc., n° 39. M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 567, p. 413 : « la logique de la sûreté réelle veut, puisqu'elle tend au paiement préférentiel, que ne soient pas tant les utilités présentées par le bien qui soient prises en considération mais seulement cette qualité seconde qu'est sa valeur marchande ». Dans le même sens, J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 128, p. 113 : « Le droit de préférence, critère de la sûreté réelle, est le droit donné à un créancier par rapport aux autres de se faire payer en rang prioritaire sur la valeur dégagée par la réalisation du bien grevé ».

⁹⁶⁴ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 567, p. 413, note 4.

⁹⁶⁵ Il s'agit là de la manière privilégiée de faire apparaître la valeur d'échange du bien grevé. Cependant, ce n'est pas la seule, de sorte que la valeur d'échange peut aussi apparaître indépendamment de la volonté du créancier, notamment par le fait du prince en cas d'expropriation ou bien alors en cas de destruction du bien avec la fixation du montant de l'indemnité d'assurance. Sur ce point, v. W. DROSS, *op. cit.*, n° 123-1, p. 239.

⁹⁶⁶ En ce sens, W. DROSS, *op. cit.*, n° 120, p. 233 : « en réalité, les sûretés, qu'elles soient mobilières ou immobilières, participent de la technique du démembrement. En les constituant, le propriétaire se défait au profit d'un tiers d'une utilité particulière de son bien, celle consistant à pouvoir l'aliéner afin d'en retirer un prix de cession. En d'autres termes, il cède à autrui en tout ou partie la valeur d'échange de sa chose ».

⁹⁶⁷ Ch. GIJSBERS, thèse préc., n° 75 : « contrairement à la constitution d'un usufruit, d'une servitude, d'un droit d'emphytéose ou de tout autre droit réel digne de ce nom, la sûreté n'aboutit à aucun transfert d'utilité du bien – matérielle ou immatérielle – et, plus largement, à aucun mouvement de richesse du patrimoine du débiteur vers celui du créancier. Celui-ci n'obtient ni la valeur d'usage (puisque'il ne peut exploiter le bien grevé et lorsqu'il le peut, doit en principe imputer les profits sur le montant de la dette) ; ni la valeur d'échange (à laquelle il accède, non grâce à sa sûreté, comme c'était le cas à Rome et sous l'ancien régime, mais par la seule créance) ».

sûreté, par l'application du mécanisme du droit de gage général permettant à tout créancier de recourir à l'exécution forcée sur l'ensemble du patrimoine de son débiteur. Le droit gage général des créanciers prévu aux articles 2284 et 2285 du Code civil⁹⁶⁸ expliquerait alors l'appréhension de la valeur du bien par le créancier privilégié. Il n'est à cet égard aucune spécificité propre aux sûretés réelles, ce que souligneraient les procédés utilisés par le créancier pour faire apparaître la valeur du bien reposant sur le droit commun des voies d'exécution, même en présence d'une attribution en propriété du bien engagé⁹⁶⁹. Admettre une solution contraire, poursuit M. Gijsbers, conduirait à admettre une superposition de voies d'accès à la valeur du bien grevé, qui n'est pas acceptable au plan théorique⁹⁷⁰. Aussi pour l'auteur, la sûreté réelle n'impliquerait par elle-même aucune transmission de la valeur d'échange au profit du créancier privilégié.

L'analyse proposée par M. Gijsbers, bien qu'intéressante, n'est pas pleinement convaincante. Une superposition d'accès à la valeur du bien pourrait effectivement interpellier si la sûreté réelle n'offrait aucune « valeur ajoutée » par rapport au droit de gage général. Or, tel n'est pas le cas puisque le créancier titulaire d'une sûreté réelle jouit d'un droit de préférence qui se distingue du gage général. Cette préférence, dont est dépourvu le gage général des créanciers, influence le mécanisme d'accès à la valeur du bien. En effet, le droit de gage général confère au créancier un droit général, soumis aux fluctuations de la consistance du patrimoine du débiteur ainsi qu'à la loi du concours avec les tiers⁹⁷¹. L'indétermination de son objet rend également incertaine sa nature juridique

⁹⁶⁸ Situé au sein du Livre 4^{ème} du Code civil, l'article 2284 énonce que : « *quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir* ». L'article 2285, quant à lui, énonce que « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ».

⁹⁶⁹ Ch. GIJSBERS, thèse préc., n° 69. Afin de justifier la singularité de l'attribution judiciaire du bien gagé ou la possibilité de convenir d'un pacte comissoire, prévus aux articles 2347 et 2348 du Code civil, l'auteur estime que « *moins que la concrétisation d'un droit réel dans la chose, l'attribution de la propriété apparaît plutôt comme un mode original d'exécution du rapport d'obligation, qui seul légitime le droit du créancier de se payer sur les biens du débiteur. Un tel mode de réalisation des créances peut d'ailleurs se concevoir en dehors de toute sûreté. Ainsi, celui qui diligente une saisie-attribution se voit attribuer la propriété de la créance saisie* ».

⁹⁷⁰ Ch. GIJSBERS, thèse préc., n° 59 : « *Affirmer que la sûreté investit son titulaire d'un droit réel sur la valeur, c'est donc superposer artificiellement au pouvoir légal de se payer sur le patrimoine du débiteur une prérogative identique créée par la sûreté. Le créancier s'en trouverait alors comme investi de deux voies d'accès à la valeur du bien grevé, l'une tirée du droit de gage général, l'autre de la sûreté : une sorte de droit sur la valeur au carré ! Or, une telle superposition n'est pas admissible sur le plan conceptuel* ».

⁹⁷¹ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 2, p.5-6 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 1, p. 1, soulignant que la situation d'insolvabilité du débiteur représente en particulier une « *épée de Damoclès suspendue sur la tête du créancier chirographaire, celui qui n'a pas de sûreté réelle* ».

exacte⁹⁷². Au contraire, la sûreté réelle offre au créancier un droit réel, direct et préférentiel sur un ou plusieurs biens déterminés de ce débiteur. Elle permet ainsi au créancier, au-delà des prérogatives issues du rapport obligatoire, d'accéder à la valeur du bien grevé au moyen d'un mécanisme particulier, bien que tirant sa légitimité de la règle générale issue des articles 2284 et 2285 du Code civil⁹⁷³. Par conséquent, il est exact d'affirmer que la constitution de la sûreté réelle permet de « substituer » au droit de gage général résultant du rapport obligatoire un droit direct et préférentiel sur un ou plusieurs biens déterminés du débiteur⁹⁷⁴. Cette substitution est prégnante en présence d'une procédure d'ordre entre les créanciers d'un débiteur, en particulier lors de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Si tous les créanciers ont généralement un droit sur la valeur des biens de leur débiteur, seuls les créanciers titulaires de sûretés réelles sur les biens du débiteur bénéficient d'un accès privilégié à la valeur des biens grevés leur permettant d'être préférés aux créanciers chirographaires lors des opérations de répartitions d'actifs. C'est donc bien que la sûreté réelle confère un accès particulier à la valeur du bien grevé, différent et supérieur à celui auquel mène le droit de gage général issu du rapport obligatoire. L'argument selon lequel l'apparition de cette valeur procède de l'application du droit commun des voies d'exécution n'y change rien. Propre aux modalités de réalisation du bien grevé et non à l'accès à la valeur de ce dernier, le recours au droit commun des voies d'exécution ne remet pas en cause la singularité du mécanisme de la sûreté réelle. Il doit dès lors être affirmé que la sûreté réelle permet bien au créancier d'appréhender le bien grevé au moyen de la transmission d'un avantage sur sa valeur d'échange.

⁹⁷² La généralité de l'objet du gage général rend délicate la détermination de sa nature juridique. Comme l'indique M. DROSS, *op. cit.*, n° 151-3, p. 293, « la plupart des auteurs se contente d'observer que, bien que portant sur des choses, le droit de gage général ne saurait être un droit réel, faute de procurer au créancier aucun droit de suite ni aucun droit de préférence sur aucun des biens du débiteur ». Par conséquent, il est souvent enseigné que l'indétermination de l'objet du droit de gage général, ainsi que l'absence de droit de suite, conduit à sa qualification de droit personnel : en ce sens, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1096, p. 1144-1145.

⁹⁷³ Ainsi peut s'expliquer la formule de l'article 2285 du Code civil selon laquelle l'existence de « causes légitimes de préférence » représente une « exception » aux effets du droit de gage général, comme si celui-ci constituait le principe et le droit de préférence l'exception.

⁹⁷⁴ En ce sens, A. PIEDELIEVRE, *Droit des biens*, éd. Masson, 1977, Col. Sciences économiques, n° 234, p. 212, cité par Ch. GIJSBERS, thèse préc., n° 60, p. 56, note 2, pour qui la sûreté réelle permet de « substituer au droit de gage général un droit direct sur un ou plusieurs bien déterminés du débiteur ».

§2) Les modalités de la transmission d'avantages économiques lors de la constitution du droit réel démembré

281. L'identification d'une opération translatrice sur laquelle repose la constitution du droit réel démembré doit conduire à l'examen des modalités de cette transmission. A cet égard, il apparaît que la transmission peut s'opérer de deux différentes façons : par abandon ou par duplication. Ainsi, l'étude de la transmission par « abandon » des avantages économiques du bien grevé (A), précèdera l'examen de la transmission par « duplication » (B).

A) Modalités de transmission des avantages économiques lors de la constitution des droits réels principaux

282. *Transmission par abandon des avantages sur le bien : usufruit et droit du preneur.*

Le cas de l'usufruit, comme par ailleurs le droit d'usage ou d'habitation représente l'illustration la plus éloquente de la transmission d'avantages économiques procurés par un bien, plus précisément ses utilités, par abandon. Sa constitution emporte alors abandon de certains de ces avantages, mécanisme s'apparentant à une amputation des droits du propriétaire, à une perte des utilités du bien concerné⁹⁷⁵. Cet abandon repose sur un phénomène de transmission. Lors de la constitution de l'usufruit, les utilités du bien dont profite le propriétaire font l'objet d'une transmission au bénéfice de l'usufruitier par abandon de ceux dont dispose le propriétaire du bien. Cette transmission se limite aux utilités du bien, indépendamment de sa valeur d'échange car l'usufruitier ne peut altérer la substance de la chose grevée.

283. Il en va de même du droit du preneur, dès lors que l'on estime qu'il relève de la catégorie des droits réels⁹⁷⁶. Le transfert de jouissance auquel consent le bailleur au profit du preneur s'entend d'un abandon de sa jouissance des lieux. La jouissance est alors exclusive pour le preneur⁹⁷⁷. Ce critère de la transmission par l'abandon est consacré par la jurisprudence et a notamment été pris en compte par la Cour de cassation pour exclure la qualification du bail dans l'hypothèse de la mise à disposition d'une piscine et de

⁹⁷⁵ F. ZENATI- CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 339, p. 497: « La plupart de ces utilités profitent au seul usufruitier ».

⁹⁷⁶ V. *supra* n° 269 et s.

⁹⁷⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, *op. cit.*, n°, p. 337 ; B. VIAL-PEDROLETTI, *op. cit.*, n° 13 : « le contrat de bail réserve, au locataire, la pleine jouissance du bien loué. Il est seul à pouvoir l'utiliser, seul à pouvoir habiter l'appartement loué, seul à pouvoir se servir de l'automobile louée. Ce transfert de jouissance au preneur induit l'abandon par le bailleur de l'usage de son bien ».

vestiaires à plusieurs enseignants en gymnastique aquatique, à des horaires modifiables à tout moment⁹⁷⁸.

284. Transmission par duplication des avantages sur le bien : servitudes. Le phénomène de transmission est plus difficile à déceler en présence de la constitution d'une servitude dans la mesure où, à la différence de l'usufruit ou du droit au bail, le propriétaire du fonds servant n'est pas forcément dépouillé des utilités de son bien. L'idée même d'un démembrement des utilités est en conséquence parfois réfutée en doctrine en présence d'une servitude. Selon ce raisonnement, c'est l'absence de dépouillement du propriétaire du fonds servant qui ferait obstacle à la reconnaissance d'une transmission des utilités en matière de servitude⁹⁷⁹. Pour d'autres auteurs, le constat d'un démembrement est empêché en matière de servitude par l'absence de concordance entre l'utilité ôtée au propriétaire du fonds servant et celle dont jouit le titulaire de la servitude⁹⁸⁰. Comment la transmission peut-elle expliquer qu'en présence d'une servitude de passage, le propriétaire du fonds servant perd la possibilité de cultiver et de se clore sur l'assiette de la servitude tout en ne perdant pas la possibilité d'y passer alors que le propriétaire du fonds dominant acquiert quant à lui la possibilité d'y passer sans pouvoir se clore, ni cultiver l'assiette du droit dont il est titulaire ? De là, l'idée selon laquelle la notion de démembrement ne repose pas sur une transmission des utilités se trouve parfois émise en doctrine⁹⁸¹. Selon cette analyse, la notion de démembrement, dissociée de la notion de transmission, est centrée sur la chose elle-même : le titulaire du droit réel tire son utilité directement du bien sans que l'intervention de quiconque ne soit nécessaire⁹⁸².

⁹⁷⁸ Cass. Civ. 3^{ème} 11 janvier. 2006, n° 04-19736, *Bull. Civ. III*, n° 10, *Juris Data* n° 2006-031580, *Loyers et copr.* 2006, comm. 48 : « Mais attendu qu'ayant relevé que M. X... bénéficiait de la mise à disposition d'un bassin de piscine partagé avec d'autres utilisateurs et selon des horaires modifiables à tout moment, la cour d'appel, qui a retenu qu'en l'absence d'une libre disposition à usage exclusif de ce local, la convention signée entre les parties ne pouvait être qualifiée de bail, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ».

⁹⁷⁹ RIPERT affirmait ainsi, à propos de la servitude de passage, que « s'il y avait véritable démembrement, le propriétaire du fonds servant ne pourrait plus user du tout de sa chose, tandis qu'au contraire il peut en user à la condition de ne pas contrarier la jouissance spéciale que son voisin en retire... », *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Thèse Aix 1902, p. 306-307.

⁹⁸⁰ En ce sens, MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, Thèse Paris 1900, p. 241.

⁹⁸¹ W. DROSS, *op. cit.*, n° 115-2, p. 228 : « la compatibilité de l'idée de démembrement avec celle d'une simple abstention est certaine. Il faut seulement pour cela se convaincre que l'idée de démembrement n'implique pas l'idée de transmission ». Il s'ensuit alors que « le démembrement de propriété n'implique pas qu'il existe une masse de pouvoirs à répartir entre les titulaires des différents droits réels de telle sorte que tout ce qui serait retiré à l'un devrait être attribué à l'autre », G. GOUBEUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, *op. cit.*, n° 283, note 325.

⁹⁸² G. GOUBEUX, *Ibid.*

285. Cette dissociation opérée entre les notions de démembrement et de transmission ne convainc pas, tant la seconde participe de la substance de la première. En effet, la transmission peut avoir pour objet non seulement un bien ou une utilité mais aussi plus généralement un savoir, une connaissance. Dira-t-on du professeur transmettant son savoir à ses étudiants qu'il s'en dépouille nécessairement ? La réponse à cette question est assurément négative. L'idée que la transmission des utilités d'un bien puisse s'effectuer non seulement par duplication est alors mise en relief. Le cas de la servitude participe de cette approche de la notion de transmission, et partant de là, de la notion de démembrement. La constitution de la servitude n'implique pas une amputation des droits du propriétaire du fonds servant mais plutôt une charge dont il doit souffrir puisqu'il n'abandonne aucunement ses prérogatives⁹⁸³. En présence d'une servitude de passage, le propriétaire du fonds dominant pourra ainsi utiliser dans une certaine limite le fonds servant. Cette utilisation n'est cependant pas exclusive et ne s'entend pas d'un abandon corrélatif par le propriétaire du fonds servant de sa faculté d'user de son bien⁹⁸⁴. Il s'agit plutôt d'une duplication de cette faculté au profit du propriétaire du fonds dominant, idée qui a déjà été émise en doctrine⁹⁸⁵. Il en va de même en présence d'une servitude négative, telle la servitude *non aedificandi* par exemple, où l'interdiction de construire dont peut se prévaloir son titulaire provient de la même faculté conservée par le propriétaire du fonds servant. Dans ce cas, il importe peu que le bénéficiaire de la servitude ne puisse construire sur le fonds servant car l'interdiction de construire faite négativement au propriétaire du fonds servant n'a pas à se retrouver positivement chez lui sous les traits d'une telle faculté : au regard de la notion de transmission, l'essentiel est qu'il bénéficie « par duplication » de la même possibilité que le propriétaire du fonds servant d'interdire la construction⁹⁸⁶. Il s'agit là d'une différence non pas de nature mais de structure avec l'usufruit où le propriétaire abandonne l'utilité de la chose. Certes, il est des cas où le

⁹⁸³ Par conséquent, si le fonds supporte une servitude de passage ou de puisage, le propriétaire peut utiliser à son profit le fonds qui fait l'objet de la servitude. En ce sens, Cass. Civ. 20 février 1884, *DP* 1884, 1, p. 392.

⁹⁸⁴ Cass. Civ. 3^{ème} 24 mai 2000, n° 97-22255, *Bull. Civ. III*, n° 113, *D.* 2001, 151, note R. LIBCHABER, *Defrénois* 2000, p. 1170, obs. Ch. ATIAS : « Une servitude ne peut être constituée par un droit exclusif interdisant au propriétaire du fonds servant toute jouissance de sa propriété ».

⁹⁸⁵ Ch ATIAS, « La mutabilité des servitudes conventionnelles », *RTD Civ.* 1979, p. 245 et s., spéc. n° 31 : « Voilà l'extraordinaire supériorité du procédé ! L'un acquiert ce que l'autre ne perd pas : les deux propriétaires pourront, par exemple, emprunter le même chemin (...). Le transfert d'utilité s'accompagne donc d'une multiplication, d'un accroissement global ».

⁹⁸⁶ Contra. ABERKANE, *Contribution à la distinction des droits de créances et des droits réels. Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, LGDJ 1957, n° 101 bis : « Dans la servitude de ne pas faire, de ne pas bâtir par exemple, le bénéficiaire peut certes interdire à quiconque d'édifier une construction sur le fonds servant, mais n'acquiert en aucune façon le pouvoir d'édifier lui-même. Il n'a donc aucun pouvoir de jouissance effectif sur le fonds servant. Comment soutenir alors qu'il est titulaire d'un droit réel ? ».

propriétaire du fond dominant pourra user exclusivement de l'utilité⁹⁸⁷ mais ce n'est là que le fruit d'aménagements conventionnels. La servitude, par essence, s'entend de l'exercice conjoint des utilités objets de la servitude du moment que le propriétaire du fonds servant s'abstienne de faire quoi que ce soit qui tende à diminuer l'usage de la servitude ou à la rendre plus incommode⁹⁸⁸.

286. Elle ne représente cependant pas la seule manifestation d'une transmission d'avantages économiques par duplication : d'une manière plus sibylline, la constitution des sûretés réelles fait apparaître le même phénomène.

B) Modalités de transmission des avantages économiques d'un bien lors de la constitution des sûretés réelles

287. Duplication de l'avantage sur la valeur d'échange du bien. La constitution de la sûreté réelle permet au créancier d'accéder à l'avantage provenant de la valeur d'échange du bien grevé. Cependant, la transmission de la valeur d'échange procurée par le droit de préférence n'implique aucun abandon du constituant⁹⁸⁹ qui continue généralement de pouvoir user de la valeur marchande du bien grevé. Là encore, la transmission concernée s'entend principalement d'une transmission par duplication d'un accès à la valeur d'échange de la chose. La remarque est importante car elle permet d'évincer certains arguments opposés à l'égard de la perspective d'une transmission de l'accès à la valeur d'échange du bien grevé lors de la constitution de la sûreté réelle. L'idée d'une transmission de la valeur d'échange paraît être contredite par la possibilité laissée théoriquement au constituant de disposer du bien grevé⁹⁹⁰ et d'en percevoir le prix de vente dès lors qu'aucune procédure de purge n'est organisée⁹⁹¹. La faculté laissée au constituant de céder le bien grevé interpelle ainsi parfois en doctrine car elle s'oppose

⁹⁸⁷ L'utilité peut être exercée en commun mais peut également faire l'objet d'une exclusivité au profit du propriétaire du fonds dominant, v. TOULLIER, *op. cit.*, éd. 1819, T. III, n° 496 *bis*, p. 327.

⁹⁸⁸ Ainsi, le propriétaire d'un fonds supportant une servitude de passage peut-il se clore, à condition de remettre les clefs du portail au propriétaire du fonds dominant : CA Dijon 9 mai 1927, *S.* 1927, 2, p. 141 ; Cass. Req. 6 juillet 1927, *S.* 1927, 1, p. 384 ; CA Grenoble 23 juin 1947, *D.* 1947, somm. p. 34 ; Cass. Civ. 3^{ème} 16 avril 1969, *Bull. Civ.* III, n° 292, *D.* 1969, somm. p. 122.

⁹⁸⁹ *Contra.* W. DROSS, *op. cit.*, n° 125, p. 241 : « si le titulaire de la sûreté est préféré, c'est tout simplement parce que cette valeur qu'il accapare lui appartient exclusivement. Ne figurant plus dans le patrimoine du débiteur, il est naturel que les créanciers chirographaires, qui n'ont de droit que sur celui-ci, ne puissent y prétendre ».

⁹⁹⁰ V. *infra* n° 288 et s., sur l'examen des différents cas issus du droit positif.

⁹⁹¹ Ch GIJSBERS, thèse préc., n° 67, p. 63-64, rappelant qu'en droit positif la purge est une faculté dont l'acquéreur est libre de ne pas user.

radicalement à l'idée d'une transmission de la valeur d'usage au profit du créancier⁹⁹². Par ailleurs, pour M. Gijbers la possibilité laissée au constituant d'appréhender le prix de cession est tout aussi incompatible avec l'idée d'une transmission de la valeur d'échange⁹⁹³. S'il est vrai que cette situation empêche de voir dans la constitution de la sûreté réelle l'existence d'une transmission par abandon de l'accès à la valeur d'échange du bien, elle s'explique au contraire par la perspective d'une transmission par duplication. Le créancier bénéficie d'un droit sur la valeur d'échange du bien grevé, à l'instar du constituant qui conserve des prérogatives en la matière, de même qu'il conserve la possibilité de grever le bien au-delà de sa valeur⁹⁹⁴. Il convient à présent d'analyser en détail, à travers l'examen des principales sûretés réelles, les manifestations de la transmission par duplication de la valeur d'échange au profit du créancier.

288. Sûretés réelles avec dépossession. Ce phénomène se constate tout d'abord en présence d'une sûreté réelle avec dépossession, telle que le gage de droit commun, où le constituant conserve théoriquement la possibilité de céder le bien grevé en raison de la règle du transfert de propriété *solo consensu*. Le créancier gagiste est cependant protégé par la dépossession dont il bénéficie car il pourra invoquer sa possession de bonne foi, en application de l'article 2276 du Code civil⁹⁹⁵, vis-à-vis de l'acquéreur du bien. Ce dernier ne pourra alors opposer au gagiste son droit de propriété qui est inopposable, à défaut de mise en possession réelle. Il en résulte que le débiteur, en constituant un gage avec dépossession sur l'un de ses biens au profit de son créancier, transmet à ce dernier l'avantage que représente la valeur d'échange de ce bien. Dans un système où la propriété se transfère *solo consensu*, cette transmission s'entend d'une duplication dans la mesure où le constituant conserve la possibilité de céder le bien gagé, malgré la mise en possession du gagiste. En revanche, dans un système où la propriété se transfère *sola traditione*, par la remise matérielle du bien, cette transmission s'entend d'un abandon de la possibilité d'aliéner le bien grevé, c'est-à-dire de l'avantage que représente la valeur d'échange de ce dernier.

⁹⁹² En ce sens, W. DROSS, *op. cit.*, n° 123-2, p. 239, pour lequel « on pourrait de manière prospective se demander s'il est normal que le propriétaire conserve son droit de céder l'immeuble lorsqu'il est grevé d'inscriptions dont le montant dépasse manifestement sa valeur vénale ».

⁹⁹³ Ch. GIJBERS, thèse préc., n° 67, p. 64 : « si la sûreté emportait réellement transfert de la valeur d'échange au profit du créancier, le prix devrait être systématiquement appréhendé par ce dernier dès qu'il apparaît ».

⁹⁹⁴ Ce point représentant pour Ch. GIJBERS, thèse préc., n° 68, p. 65, un autre écueil à l'admission d'un transfert de la valeur d'échange au profit du créancier : « à prendre la théorie valoriste à la lettre, une telle faculté devrait être refusée au constituant ».

⁹⁹⁵ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 752, p. 564.

289. Sûretés réelles sans dépossession. Le phénomène de transmission se vérifie également en présence d'une sûreté réelle sans dépossession. Le plus souvent, le débiteur conserve la possibilité de jouir et disposer du bien car les droits du créancier sont préservés en raison du droit de suite dont il bénéficie en cas d'aliénation. Ainsi, en matière hypothécaire, le droit de suite permet au créancier « *de suivre l'immeuble entre les mains d'un autre que le débiteur, de le saisir, et de faire ainsi apparaître une valeur sur laquelle le droit de préférence sera exercé* »⁹⁹⁶. Ainsi, parce qu'il conserve la possibilité de céder le bien hypothéqué, le constituant transmet par duplication au créancier hypothécaire l'avantage que représente la valeur d'échange de l'immeuble. De même, en matière mobilière, le droit de suite attaché au nantissement de fonds de commerce, prévu par l'article L.142-12 du Code de commerce, a été rappelé avec force par la jurisprudence en matière de procédures collectives⁹⁹⁷. Pareillement, il est généralement reconnu, dans le silence des textes, que le gage automobile confère au créancier gagiste un droit de suite complet, lequel, représente le corollaire de la faculté de cession conservée par le constituant⁹⁹⁸. Cette cession à l'initiative du débiteur-constituant est d'autant plus possible que le gage automobile confère au créancier une dépossession fictive⁹⁹⁹, lui permettant d'éviter le jeu de l'article 2276 du Code civil en présence d'un tiers acquéreur. Enfin, le constituant d'un gage de droit commun dispose de la même faculté de cession car le gagiste peut dorénavant opposer son droit de suite aux ayants cause à titre particulier du débiteur, nonobstant la règle de l'article 2276 du Code civil¹⁰⁰⁰. Ces différentes situations montrent, lors de la constitution de la sûreté réelle concernée, que le constituant transmet par duplication au créancier nanti l'avantage que représente la valeur d'échange du bien grevé dans la mesure où il conserve le même avantage à travers la faculté de céder son bien.

⁹⁹⁶ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 977, p. 730.

⁹⁹⁷ Cass. Com. 7 juillet 2009, n° 08-17275, *Bull. Civ. IV*, n° 100, *JCP E*, n° 38, 1866, où la Haute Cour considère, en cas d'adoption d'un plan de cession dans le cadre d'une procédure collective, que le droit de suite du créancier titulaire d'un nantissement de fonds de commerce n'est pas subordonné à une inscription modificative à l'égard du cessionnaire du fonds de commerce reprenant la charge de la sûreté en application des dispositions de l'article L. 642-12 al. 4^{ème} du Code de commerce.

⁹⁹⁸ En ce sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 807, p. 609: « *dans le silence du décret de 1953, on admet néanmoins que le constituant a la faculté d'aliéner le véhicule puisque l'éalinéation ne menace pas directement la situation du gagiste en raison de son droit de suite, du moins à partir du moment où la publicité a été faite* ». En l'absence de procédure de purge prévue par les textes, il cependant est vivement recommandé en pratique à l'acquéreur de recueillir l'accord du gagiste.

⁹⁹⁹ C. Civ. article 2352 : « *par la délivrance du reçu de la déclaration, le créancier gagiste sera réputé avoir conservé le bien remis en gage de sa possession* ».

¹⁰⁰⁰ C. Civ. article 2337 alinéa 3^{ème} : « *lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276* ». V. *infra* n° 318.

290. Cependant, dans certains cas, le droit de préférence dont bénéficie le créancier doit être conjugué avec le jeu de l'article 2276 du Code civil, lequel peut entraver son droit de suite. Tel est le cas en présence d'un nantissement sur le matériel et l'outillage, issu de la loi 18 janvier 1951, où le créancier dispose d'un droit de suite tantôt complet, s'il a procédé à une publicité matérielle spécifique¹⁰⁰¹, tantôt restreint par l'article le jeu de l'article 2276 du Code civil, à défaut d'une telle publicité¹⁰⁰². A ce droit de suite aménagé correspond un droit de disposition aménagé pour le constituant du nantissement dans la mesure où celui-ci ne conserve la possibilité d'aliéner l'assiette de la sûreté qu'à la condition de recueillir l'accord préalable du créancier ou du juge des référés¹⁰⁰³. Même si elle est soumise à l'autorisation du créancier, le constituant dispose ainsi en principe de la possibilité d'aliéner son bien. Plus généralement, l'utilisation de la valeur d'échange, transmise au créancier lors de la constitution de la sûreté réelle, s'entend ainsi principalement d'une duplication de l'avantage dont bénéficie le constituant au profit du créancier.

Section 2^{ème} L'effet constitutif de droit réel de la tradition

291. Le constat de l'existence d'une translation inhérente à la formation du droit réel démembré détermine le mécanisme constitutif de ce dernier. Parce que le droit réel démembré s'inscrit dans le cadre d'une opération translative, son opposabilité *erga omnes* dépend de l'accomplissement d'un procédé ostensible. Parce qu'il est absolu, le droit réel ne peut véritablement être constitué qu'avec l'accomplissement du formalisme d'opposabilité concerné, qui s'assimile à une « tradition ». Par conséquent, c'est à travers une analyse *de lege feranda* que doit être envisagé le principe de l'effet constitutif de droit de la tradition lors de la formation des droits réels principaux (§1) puis lors de celle des droits réels accessoires (§2).

¹⁰⁰¹ Apposition d'une plaque sur le bien indiquant la date le lieu et le numéro de l'inscription du nantissement, v. Art. L. 525-4 du Code de commerce. Selon l'article L. 525-7 alinéa 2^{ème} du Code de commerce, lorsqu'il a été satisfait aux exigences de publicité précédemment évoquées, « le créancier nanti ou ses subrogés disposent pour l'exercice du privilège résultant du nantissement du droit de suite prévu à l'article L. 143-12 ».

¹⁰⁰² La jurisprudence considère que la publicité du nantissement n'est pas suffisante afin de caractériser la mauvaise foi du tiers acquéreur et fait alors bénéficier ce dernier de l'article 2276 du Code civil. En ce sens, T.C. de Nancy, 13 mars 1962, *JCP, éd. N.*, 1962, II, 12789, note J.A., *RTD Com.* 1962, 730.

¹⁰⁰³ Art. L. 525-7 du Code de commerce : « sous peine des sanctions prévues à l'article L. 525-19, le débiteur qui, avant paiement ou remboursement des sommes garanties ... veut vendre à l'amiable tout ou partie des biens grevés, doit solliciter le consentement préalable du créancier nanti, et, à défaut, l'autorisation du juge des référés du tribunal de commerce statuant en dernier ressort ». L'interdiction faite au débiteur est sanctionnée pénalement d'abus de confiance par l'article L. 525-9 du Code de commerce.

§1) L'effet constitutif de la tradition lors de la formation des droits réels principaux

292. Le don manuel d'usufruit offre une illustration intéressante de la constitution *sola traditione* d'un droit réel principal. Aussi, il convient d'examiner cet exemple afin d'identifier précisément le mécanisme constitutif d'usufruit (A). L'exposé de cette situation positive permettra dans un second temps d'envisager une généralisation *de lege feranda* de l'effet constitutif de la tradition en matière de droits réels principaux, afin de correspondre à leur absolutisme (B).

A) L'exemple du don manuel d'usufruit

293. *Validité du don manuel avec réserve d'usufruit.* La Cour de cassation ne s'est prononcée qu'à de rares occasions sur la question du don manuel d'usufruit. La dernière décision en date concerne un arrêt de la première chambre civile du 25 février 1997¹⁰⁰⁴. Deux anciens concubins s'opposaient à propos de la remise de deniers, l'un n'y voyant rien d'autre qu'un prêt, l'autre, au contraire, invoquant l'existence d'une donation entre vifs à son profit. La Cour d'appel de Paris, à la lecture des déclarations des parties, estima « *qu'il y a bien eu don manuel mais que la commune intention des parties, ..., s'avère devoir s'apprécier comme limitant le don à l'usufruit des sommes remises...* ». L'idée d'un don manuel d'usufruit utilisée par la Cour d'appel est particulièrement révélatrice de l'opération translatrice sous-jacente à la constitution de l'usufruit : si on a l'impression que l'usufruit peut se « donner » lorsqu'il se constitue, c'est avant tout parce qu'il implique la transmission des utilités du bien grevé au profit de son titulaire. Cependant, la formule des juges du fonds est spécieuse car c'est en réalité de la constitution d'un usufruit sur une somme d'argent dont il s'agit. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation qualifia l'opération d'« usufruit conventionnel sur une somme d'argent », ce qui est plus conforme à la réalité juridique. Néanmoins, le raisonnement de la Haute Cour est plus complexe qu'il n'y paraît puisque la qualification d'usufruit conventionnel est en l'occurrence l'effet d'un pacte adjoint¹⁰⁰⁵ entre les parties, ce qui signifie que la remise

¹⁰⁰⁴ Cass. Civ. 1^{ère} 25 février 1997, n° 94-22022, *Bull. Civ. I*, n° 70, p. 45, *Defrénois* 1997, p. 1448, obs. G. CHAMPENOIS, *RTD Civ.* 1998, p. 439, obs. J. PATARIN, *Ibid.* 1999, obs. F. ZENATI, *D.* 1999, somm. p. 309, obs. M. NICOD, *Dr. fam.* 1997, note H. LECUYER : « *C'est sans contradiction que l'arrêt attaqué a admis l'existence, par l'effet d'un pacte adjoint, de l'usufruit conventionnel d'une somme d'argent, l'usufruitier disposant librement de cette somme remise par le nu-propriétaire* ». Antérieurement, Cass. Req. 6 février 1844, *DP.* 1844, 1, 152.

¹⁰⁰⁵ On entend généralement par pacte adjoint, toute convention modifiant la signification naturelle du don manuel. Sur cette notion, BERLIAT, *Des pactes joints aux dons manuels*, Thèse Dijon, 1912 ; GILLIER, *Des*

matérielle de la chose opère une donation manuelle à défaut d'une volonté contraire des parties clairement exprimée. Au contraire, si tel est le cas, la Cour de cassation valide la possibilité d'un don manuel d'usufruit, expression approximative¹⁰⁰⁶ traduisant le cas particulier d'un usufruit constitué par la tradition matérielle du bien grevé.

294. Constitution du droit d'usufruit *sola traditione* Toute la question porte en réalité sur le point de savoir si la tradition d'un bien peut permettre l'opposabilité *erga omnes* du droit d'usufruit le grevant. Dans nos sociétés où prévaut le concept de propriété privée, la tradition d'une chose exprime naturellement sa cession de sorte que l'on pourrait imaginer que cette remise ne peut assurer autre chose que l'opposabilité du transfert de propriété. Pourtant ce raisonnement est réducteur car on ne voit pas pourquoi la tradition de la chose ne pourrait pas extérioriser l'usufruit conventionnel auquel les parties ont consenti. Le droit positif l'autorise par ailleurs en matière de gage sur meuble corporel où la remise de la chose assure alors l'opposabilité *erga omnes* de ce droit réel accessoire¹⁰⁰⁷. Cette idée est par ailleurs renforcée par la réfutation de la théorie de l'incorporation du droit de propriété dans son objet¹⁰⁰⁸. Le droit de propriété ne s'incorporant pas dans la chose en étant l'objet, la remise de cette chose peut parfaitement exprimer le transfert des utilités du bien dans le cadre d'un usufruit conventionnel, sans être exclusivement assignée à l'expression du transfert de propriété. La tradition matérielle peut donc parfaitement conditionner l'opposabilité *erga omnes* de l'usufruit. Ainsi doit s'expliquer la position de la Cour de cassation lorsqu'elle reconnaît que l'usufruit, dans le cadre d'un don manuel, se forme *sola traditione*. Parce qu'il est absolu, l'usufruit doit être constitué par l'accomplissement de la formalité le rendant opposable *erga omnes*, en l'occurrence la tradition matérielle. La référence au don manuel n'est en réalité même plus nécessaire afin d'expliquer le rôle créateur de droit de la remise manuelle. Ce raisonnement peut en définitive être généralisé à tout droit réel.

pactes adjoints aux dons manuels, Thèse Paris 1913 ; F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1997, n° 497, p. 404.

¹⁰⁰⁶ Même si la fongibilité de l'argent peut conduire à un transfert de propriété des fonds grevés d'usufruit au profit du titulaire de ce dernier, l'opération est davantage un usufruit conventionnel qu'une donation.

¹⁰⁰⁷ V. *infra* n° 318.

¹⁰⁰⁸ V. *supra* n° 265.

B) La généralisation de l'effet constitutif de la tradition lors de la formation des droits réels principaux

295. Servitude conventionnelle. Initialement, la servitude était constituée en droit romain par legs, par une *adjudicatio* ou bien encore, à l'instar du transfert de propriété, par la *mancipatio* et l'*in jure cessio*¹⁰⁰⁹. Cependant, après la disparition de la mancipation et l'*in jure cessio*, de nombreux textes mentionnent que les servitudes se forment par des pactes et stipulations, c'est-à-dire par un contrat verbal où le constituant promet au bénéficiaire qu'il le laissera exercer la servitude¹⁰¹⁰. Pour autant, s'appuyant sur l'idée selon laquelle la servitude pouvait parfaitement se manifester par des actes matériels, d'autres textes indiquent que la servitude peut se former par une quasi-tradition. Niée notamment par Gaius ou Labéon, cette solution fut celle du droit de Justinien dans les textes du Digeste¹⁰¹¹. Il existe ainsi des divergences autour du processus de formation des servitudes en droit romain, « *qui montrent l'indépendance du développement de la théorie des servitudes* »¹⁰¹². La solution proposée par le Code civil est la formation consensuelle de la servitude et se trouve à cet égard en cohérence avec la règle du transfert de propriété *solo consensu*. Les articles 686 à 710 du Code civil consacrent un chapitre spécifique à ces servitudes volontaires qui sont « *établies par le fait de l'homme* » par opposition aux « *servitudes qui dérivent de la situation des lieux* » et aux « *servitudes établies par la loi* ». Le terme de « *fait de l'homme* » ne doit pas tromper car il est admis en jurisprudence et en doctrine que les servitudes du fait de l'homme se forment dès l'accord des volontés¹⁰¹³, sous réserve des particularités de l'opération au sein de laquelle elles s'inscrivent¹⁰¹⁴. Valables *inter partes*, les servitudes conventionnelles doivent néanmoins être rendues opposables *erga omnes* puisque le décret du 4 janvier 1955 impose la publication des droits réels immobiliers à des fins d'opposabilité¹⁰¹⁵. Par conséquent, si l'on admet que la servitude se forme par simple convention, elle doit néanmoins être conclue sous la forme authentique afin de pouvoir être publiée au Service de la publicité foncière¹⁰¹⁶.

¹⁰⁰⁹ GIRARD, *op. cit.*, p. 398.

¹⁰¹⁰ GIRARD, *op. cit.*, p. 399.

¹⁰¹¹ GIRARD, *op. cit.*, p. 401.

¹⁰¹² GIRARD, *op. cit.*, p. 402.

¹⁰¹³ En jurisprudence, Cass. Req. 7 février 1883, *DP* 1884, 1, 128.

¹⁰¹⁴ Ainsi, lorsque la servitude est constituée entre vifs à titre gratuit, elle devra, comme toute donation, est soumise à l'exigence d'un acte authentique, en vertu de l'article 932 du Code civil.

¹⁰¹⁵ Articles 28 1° et 30 1° du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955.

¹⁰¹⁶ Cass. Civ. 3^{ème} 27 octobre 1993, n° 91-19874, *Bull. Civ. III*, n° 132, *D.* 1994, somm. 165, obs. A. ROBERT. *Adde.* Cass. Civ. 3^{ème} 4 février 1971, n° 69-11259, *Bull. Civ. III*, n° 81, où il fut jugé que la figuration d'une zone *non aedificandi* sur un plan annexé à un acte publié qui n'en fait pas état, ne permet pas de la rendre opposable

296. Le processus de constitution de la servitude conventionnelle fait néanmoins état en droit positif d'un particularisme caractérisant la matière depuis fort longtemps. Sous l'empire du Code Napoléon, les actes constitutifs de servitudes étaient efficaces vis-à-vis des tiers par eux-mêmes et indépendamment de toute transcription, pour autant qu'ils avaient acquis date certaine¹⁰¹⁷. La loi du 23 mars 1855 modifia cette situation puisque la transcription devint la condition de l'opposabilité aux tiers de la servitude¹⁰¹⁸. Cette exigence fut reprise à travers l'article 28 1° du décret du 4 janvier 1955 qui soumet généralement à la publicité foncière les actes translatifs ou constitutifs de droits réels immobiliers. Néanmoins, la jurisprudence a admis que la servitude conventionnelle puisse être opposable à l'acquéreur du fonds si elle est simplement mentionnée dans son acte d'acquisition¹⁰¹⁹. Cette solution pose problème tant il est difficilement concevable qu'un droit réel immobilier puisse être opposable indépendamment des règles relatives à la publicité foncière. Dans le cadre de l'éventuel conflit l'opposant au bénéficiaire de la servitude conventionnelle, l'acquéreur du fonds ne pourrait-il pas se prévaloir de l'article 30 1° du décret du 4 janvier 1955 selon lequel les actes soumis à publicité sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis du même auteur, des droits concurrents ? Il est ainsi nécessaire d'interpréter la position de la jurisprudence. La servitude conventionnelle est « opposable » à l'acquéreur parce qu'en réalité il l'accepte dans le cadre de la vente du fonds servant¹⁰²⁰. Il n'est pas tant question de l'opposabilité de la servitude à l'acquéreur que d'une reprise par ce dernier de l'engagement du constituant vis à vis du propriétaire du fonds dominant. Ce faisant, l'acquéreur doit logiquement respecter la servitude conventionnelle, même si celle-ci n'a pas fait l'objet d'une publication. En revanche, l'opposabilité *erga omnes* de la servitude vis-à-vis des autres tiers requiert nécessairement l'accomplissement des formalités de publicité foncière afin de respecter la lettre de l'article 28 1° du décret du 4 janvier 1955.

aux tiers, s'il s'agit d'une servitude conventionnelle ; il en irait autrement d'une servitude administrative, dispensée en principe de publicité.

¹⁰¹⁷ Cass. Civ. 28 juillet 1858, S. 1858, 1, 792.

¹⁰¹⁸ AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. II, §250, p. 547.

¹⁰¹⁹ Cass. Civ. 3^{ème} 27 octobre 1993, préc. : « *Viole les articles 28 et 30-1 du décret du 4 janvier 1955 la Cour d'appel qui, pour déclarer opposable à l'acquéreur la servitude de passage dont était grevé le fonds acquis, retient qu'il n'est pas un tiers par rapport à la convention par laquelle son auteur avait consenti cette servitude, mais l'ayant cause de ce dernier, alors que les servitudes établies par le fait de l'homme ne sont opposables aux acquéreurs que si elles sont mentionnées dans leur titre de propriété ou si elles font l'objet de la publicité foncière* ». Dans le même sens, Cass. Civ. 3^{ème} 4 octobre 2000, n° 99-10258 ; Cass. Civ. 3^{ème} 14 décembre 2005, n° 04-14245, *Bull. Civ. III*, n° 249 ; Cass. Civ. 3^{ème} 16 mars 2011, n° 10-13771, *RTD Civ.* 2011, p. 373, obs. Th. REVET ; Cass. Civ. 3^{ème} 2 juillet 2013, n° 12-20681.

¹⁰²⁰ En ce sens, W. DROSS, *op. cit.*, n° 377-2, p. 696, estimant que la mention de la servitude dans l'acte d'acquisition « *fonde non pas la connaissance du droit du tiers mais son acceptation même* ».

297. Charge réelle, la servitude conventionnelle se conçoit dans les rapports entre les parties comme à l'égard des tiers. Ceux-ci, en particulier, ne doivent pas empêcher l'usage du fonds par le titulaire de la servitude. La servitude est opposable *erga omnes*, à tel point que la méconnaissance du droit de son titulaire est par principe sanctionnée par une réparation en nature. En effet, la jurisprudence considère depuis longtemps que la sanction en nature participe de « l'existence même de la servitude »¹⁰²¹ et ne peut être subordonnée à la démonstration préalable d'un préjudice, à la différence de l'opposabilité du droit personnel¹⁰²². Cette spécificité du régime juridique de la servitude a ultérieurement été clairement exprimée par la jurisprudence, à propos de la mise en œuvre de l'article 701 du Code civil, imposant notamment au propriétaire du fonds servant de ne rien faire qui tende à diminuer l'usage du fonds ou le rendre incommode. Par un arrêt rendu le 4 octobre 1989, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a considéré que « la démolition est la sanction d'un droit réel transgressé (...) »¹⁰²³, position qui a été confirmée à plusieurs reprises et est aujourd'hui bien ancrée¹⁰²⁴. Par conséquent, la sanction en nature constitue la sanction exclusive de la violation du droit de servitude car elle est l'expression de l'opposabilité substantielle du droit réel, analyse qui a été soutenue en doctrine par M. Levis¹⁰²⁵. C'est la raison pour laquelle cette sanction concerne « l'existence même de la servitude ». Cette position jurisprudentielle conduit alors directement et inéluctablement au constat de la constitution *sola traditione* du droit de servitude. En effet, le mécanisme de constitution du droit de servitude doit nécessairement respecter l'opposabilité substantielle de ce droit réel. La servitude conventionnelle doit ainsi se constituer par l'effet de l'accomplissement des formalités de publicité foncière en assurant l'opposabilité *erga omnes*, c'est-à-dire par la tradition. Il n'est pas certain à cette fin, compte tenu de la rédaction des textes relatifs à la publicité foncière, qu'une

¹⁰²¹ Cass. Civ. 16 avril 1890, D. 1890, 1, 394 : « en subordonnant à la constatation d'un préjudice la solution d'une question touchant à l'existence même de la servitude, les juges du fond violent l'article 701 du Code civil ».

¹⁰²² V. *infra* n° 425.

¹⁰²³ Cass. Civ. 3^{ème} 4 octobre 1989, n° 87-14837, Bull. Civ. III, n° 183, RTD Civ. 1990, p. 682, obs. F. ZENATI, *Deffrénois* 1990, 1028, obs. SOULEAU.

¹⁰²⁴ Cass. Civ. 3^{ème} 19 juillet 1995, n° 93-17134, Bull. Civ. III, n° 207 ; Cass. Civ. 3^{ème} 17 décembre 2003, n° 02-10300, Bull. Civ. III, n° 241, *Deffrénois* 2004, 1164, obs. Ch. ATIAS : « La démolition est la sanction d'un droit réel transgressé. Viole les dispositions de l'article 701 du Code civil la Cour d'appel qui refuse d'ordonner la démolition d'une construction édifée en violation d'une servitude en retenant qu'il faut tenir compte de la gravité des conséquences de cette mesure et que la demande subsidiaire en dommages-intérêts élargit ses pouvoirs ».

¹⁰²⁵ M. LEVIS, *op. cit.*, n° 134, p. 123 : « Ainsi, la définition même du droit réel, quelle qu'elle soit, non seulement implique - comme pour tout droit - mais contient la prohibition des atteintes à cette prérogative. Il est permis d'en déduire le caractère obligatoire de la sanction en nature ».

modification législative soit nécessaire¹⁰²⁶. Il doit en être de même en présence de la constitution d'un usufruit conventionnel.

298. *Usufruit conventionnel.* C'est au terme d'une évolution historique similaire à la servitude conventionnelle¹⁰²⁷, que l'article 579 du Code civil prévoit que l'usufruit peut être créé par la volonté de l'homme. Cette constitution peut s'effectuer de différentes façons. Le propriétaire peut aliéner l'usufruit de son bien, en gardant la nue-propriété¹⁰²⁸. Il peut aussi aliéner son bien en conservant l'usufruit, ce qui est plus fréquent¹⁰²⁹, ou encore il aliène son bien au profit d'une personne pour la nue-propriété, et au profit d'une autre personne, généralement plus âgée, pour l'usufruit. Il est admis que la constitution de l'usufruit peut ainsi être conventionnelle, la question de son opposabilité aux tiers se réglant avec l'accomplissement des formalités applicables selon la nature du bien concerné. Ainsi, en présence de l'usufruit d'un bien immobilier, l'opposabilité *erga omnes* sera subordonnée à l'accomplissement des formalités de publicité foncière¹⁰³⁰. L'usufruit de parts sociales sera rendu opposable aux tiers par les formalités d'opposabilité des cessions de parts sociales.

299. Comme le droit de servitude, l'usufruit est substantiellement opposable *erga omnes*. Cette opposabilité substantielle se manifeste en particulier lors de la sanction d'une atteinte au droit d'usufruit. Depuis longtemps, la jurisprudence décide en effet que cette sanction s'accomplit par principe en nature, sans que l'usufruitier n'ait à apporter en sus la démonstration d'un préjudice. Le principe a été posé de la manière la plus claire qui soit par l'arrêt Benault du 5 mars 1850¹⁰³¹. Dans cette affaire, le propriétaire d'un fonds de terre avait, en creusant un fossé, anticipé de quelques centimètres sur le fonds voisin qui était l'assiette d'un usufruit. Il avait par ailleurs planté des arbres à une distance inférieure à celle requise par l'article 672 du Code civil. En première instance, les juges ont estimé que le préjudice subi par l'usufruitier était minime et qu'il ne justifiait que l'allocation d'une indemnité, compensable avec les dettes de l'usufruitier à l'égard de son adversaire. La position de la Cour de cassation, rendue sur le fondement des articles 671 et

¹⁰²⁶ V. *supra* n° 220.

¹⁰²⁷ GIRARD, *op. cit.*, p. 397 et s.

¹⁰²⁸ Constitution directe d'usufruit.

¹⁰²⁹ Constitution d'usufruit par rétention.

¹⁰³⁰ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 323, p. 486. Articles 28 1° et 30 1° du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, exigeant la publicité des droits réels immobiliers.

¹⁰³¹ Cass. 5 mars 1850, S. 1850, 1, 378.

672 du Code civil, fut contraire¹⁰³². L'usufruitier peut opposer son droit de manière inconditionnée au tiers que représente le propriétaire d'un fonds voisin, en particulier sans avoir à justifier d'un préjudice particulier. Cette position a été ultérieurement reconduite à plusieurs reprises¹⁰³³. Ces solutions témoignent d'une spécificité de l'opposabilité du droit réel, qui est non seulement inconditionnée mais conduit aussi par principe à une réparation en nature. A l'instar du droit de servitude, cette sanction en nature participe de l'existence même du droit d'usufruit.

300. Il en résulte que le mécanisme constitutif de l'usufruit doit intégrer cette donnée afin de respecter l'opposabilité substantielle de ce dernier. L'usufruit ne peut ainsi véritablement se constituer qu'avec l'accomplissement de ses formalités d'opposabilité. L'usufruit immobilier doit ainsi prendre naissance avec sa publication au Service de la publicité foncière tandis que la constitution de l'usufruit des parts sociales doit être subordonnée à l'accomplissement des formalités de signification. Dans cette perspective respectueuse de l'absolutisme du droit réel, l'usufruit se forme *sola traditione*, autrement dit par un mécanisme extériorisant le transfert des utilités du propriétaire à l'usufruitier.

301. *Droit du preneur à bail.* L'analyse traditionnelle classe le droit du preneur à bail parmi la catégorie du droit personnel. Pour cette raison, la question d'une sanction en nature du droit du preneur ne se pose pas véritablement en droit positif. Néanmoins, comme tout détenteur, le preneur bénéficie en vertu de l'article 2278 du Code civil des actions possessoires, ce qui représente un point de convergence avec le régime juridique de la sanction du droit réel. Surtout, la présence lors de sa constitution d'un phénomène de transmission des avantages économiques du bien conduit à qualifier ce droit de droit réel¹⁰³⁴. Cette position est renforcée par l'opposabilité particulière du droit du preneur à bail d'un bien immobilier qui est soit subordonnée à des formalités de publicité foncière lorsque sa durée excède 12 années¹⁰³⁵, soit dépendante d'un acte ayant date certaine

¹⁰³² « Attendu que la disposition de la loi est formelle ; que l'article 672 donne au voisin le droit absolu d'exiger que les arbres plantés à la distance moindre que la distance prescrite soient arrachés, et ne lui impose l'obligation de justifier d'aucun préjudice ».

¹⁰³³ Cass. Civ. 3^{ème} 29 février 1968, n° 65-11941, *Bull. Civ.* III, n° 84 ; Cass. Civ. 1^{ère} 8 mai 1973, n° 71-13217, *JCP* 1973, II, 17566, note GOUBEAUX : « l'usufruitier peut, comme un propriétaire, exiger la remise des biens sur lesquels est assis son droit, et cette faculté ne rencontre aucun obstacle dans le fait que ces biens se trouvent dans les mains d'un nu-propriétaire » ; Cass. Civ. 3^{ème} 16 mai 2000, n° 98-22382, où la Haute Cour a jugé qu'une personne est fondée à réclamer l'application des articles 671 et 672 sans avoir à justifier d'un préjudice particulier.

¹⁰³⁴ V. *supra* n° 269 et s.

¹⁰³⁵ L'article 28 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 soumet à publication les baux d'une durée supérieure à douze ans.

dans les autres cas¹⁰³⁶. Le régime de l'opposabilité *erga omnes* du droit du preneur à bail porte ainsi le sceau du droit réel, en n'étant pas lié à la connaissance effective des tiers comme l'est le droit personnel. Par conséquent, parce qu'elle assure l'opposabilité du droit du preneur à bail de plus de douze ans, la publicité foncière doit afficher un effet constitutif de droit. Mais, il en va de même lorsque le droit du preneur n'est pas soumis à publicité légale. En effet, l'acquisition de la date certaine de l'acte servant à trancher les conflits d'ayants cause, elle assure alors l'opposabilité du droit du preneur. Comme il sera évoqué ultérieurement, cette perspective ne doit pas surprendre car la date certaine d'un acte est en mesure de parfaire l'opposabilité substantielle du droit réel puisque l'accomplissement de ses modalités permet l'extériorisation de l'opération translatrice concernée¹⁰³⁷. A l'instar du droit de servitude ou du droit d'usufruit, il en résulte l'idée que le formalisme d'opposabilité substantielle du droit du preneur, qu'il s'agisse de la publicité foncière ou de la date certaine de l'acte, doit être constitutif de droit. Cette perspective s'impose avec encore plus d'évidence en présence de la constitution des sûretés réelles, lesquelles concernent par essence les rapports vis-à-vis des tiers.

§2) L'effet constitutif de la tradition lors de la formation des sûretés réelles

302. En la matière, l'effet constitutif de droit de la tradition se déduit non seulement de l'absoluité attachée à la sûreté réelle mais aussi de la préférence qu'elle confère au créancier, invitant à concevoir par essence la sûreté réelle dans les rapports avec les tiers (A). Cette perspective sera ensuite généralisée dans le cadre d'une analyse *de lege feranda* (B).

A) Le respect du caractère essentiel du droit de préférence

303. *Caractère essentiel du droit de préférence.* Le droit de préférence ne représente pas une prérogative parmi d'autres, se trouvant à la disposition du créancier privilégié. Il touche en réalité l'essence même de la sûreté réelle, sans lequel la notion de sûreté réelle ne peut véritablement se concevoir. Reposant sur un transfert de la valeur d'échange du bien du constituant¹⁰³⁸, la sûreté réelle confère au créancier une préférence sur cette valeur vis-à-vis des autres ayants cause de son débiteur. Le droit de préférence tend ainsi au

¹⁰³⁶ Cass. Soc. 12 février 1954 et 1er juin 1954, préc.

¹⁰³⁷ V. *infra* n° 468 et s.

¹⁰³⁸ V. *supra* n° 278 et s.

paiement préférentiel et représente la raison d'être de la sûreté réelle. Le caractère essentiel du paiement préférentiel est clairement mis en avant par la doctrine¹⁰³⁹. Toutefois, selon une opinion émise en doctrine, l'idée même de droit de préférence caractérisant la sûreté réelle serait affaiblie puisque le créancier privilégié bénéficie exclusivement du transfert de la valeur d'échange du bien grevé et ne peut ainsi réellement entrer en concours avec les créanciers chirographaires qui n'ont de droit que sur le patrimoine de leur débiteur¹⁰⁴⁰. Selon cette idée, le paiement préférentiel se concevrait nécessairement de façon restrictive et serait réservé au cas où le créancier bénéficiant de la sûreté réelle entre en concours avec d'autres créanciers privilégiés sur la valeur d'échange du même bien¹⁰⁴¹. Le raisonnement paraît excessif car les créanciers chirographaires ont bien un droit de gage général sur les biens de leur débiteur en application des articles 2284 et 2285 du Code civil. Le droit de gage général, bien que n'étant généralement pas considéré en doctrine comme une sûreté réelle¹⁰⁴², permet également aux créanciers chirographaires d'appréhender la valeur d'échange des biens de leur débiteur puisqu'ils peuvent en obtenir la réalisation en cas de défaillance de sa part. Le gage général est, en outre appliqué sans restriction par la jurisprudence¹⁰⁴³. En réalité, on retrouve ici la dualité du processus de transmission, lequel peut s'effectuer soit par abandon soit par duplication¹⁰⁴⁴. Lors de la constitution d'une sûreté réelle, la transmission de la valeur d'échange procède précisément d'une duplication de sorte que le constituant conserve la disposition de cette valeur, laquelle peut également être

¹⁰³⁹ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 567, p. 413 : « le paiement préférentiel est la finalité essentielle – au sens étymologique du qualificatif – de la sûreté réelle, qui n'a d'autre raison d'être que de l'assurer. Sans doute, la sûreté peut-elle également procurer d'autres avantages à son titulaire ; ainsi elle peut élever un obstacle de fait ou de droit à l'aliénation du bien grevé ou encore lui en conférer la détention. Tel ou tel de ces avantages peut être aux yeux du créancier le résultat recherché en priorité ; il n'y a que position subjective et circonstance contingente. Ces avantages sont des effets indirects et secondaires ; ils n'altèrent en rien le fait que toute sûreté réelle est existentiellement créée, conçue et agencée en vue du paiement préférentiel ». Dans le même sens, L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 607, p. 277 : « une sûreté sans droit de préférence serait comme une rivière sans eau, elle ne correspondrait à rien » ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 37, p. 29.

¹⁰⁴⁰ W. DROSS, *op. cit.*, n° 125, p. 241-242, pour qui l'affirmation d'un droit de préférence « a tout au plus une portée pédagogique : elle rend compte de manière parlante d'un résultat concret, sans pour autant que ce droit de préférence n'existe en tant que tel. Si le titulaire de la sûreté est préféré, c'est tout simplement parce que cette valeur qu'il accapare lui appartient exclusivement. Ne figurant pas dans le patrimoine du débiteur, il est naturel que les créanciers chirographaires, qui n'ont de droit que sur celui-ci, ne puissent y prétendre. Puisqu'il n'y a pas de situation de concours entre le titulaire de la sûreté et les autres créanciers, l'idée même de préférence n'a pas de sens ».

¹⁰⁴¹ W. DROSS, *Ibid.*

¹⁰⁴² V. *supra* n° 280.

¹⁰⁴³ Cass. Civ. 1^{ère} 18 mars 1971, n° 68-14083, *Bull. Civ. I*, n° 93, où la Haute Cour refusa de limiter la mise en œuvre du gage général en considération de la personne du débiteur (vente massives de tableaux qui auraient pu entraîner une dépréciation du talent de leur auteur).

¹⁰⁴⁴ V. *supra* n° 281 et s.

« transmise » au créancier chirographaire avec lequel le débiteur serait amené à contracter. Le cas de figure est alors identique à celui où le bien du débiteur serait grevé de plusieurs sûretés réelles, comme cela peut être le cas par exemple en matière hypothécaire. Dans ce cadre concurrentiel, le droit de préférence inhérent à la sûreté réelle prend tout son sens en assurant au créancier privilégié un avantage déterminant par rapport au gage général des créanciers chirographaires. Le paiement préférentiel représente, en conséquence, l'essence même de la sûreté réelle, ce qui met en exergue l'extériorité substantielle de cette dernière.

304. Extériorité substantielle de la sûreté réelle. Ayant pour finalité essentielle de procurer une préférence à son titulaire vis-à-vis des autres ayants cause du débiteur, la sûreté réelle ne se conçoit pas tant dans le rapport entre le constituant et le créancier mais dans le rapport entre ce dernier et les tiers. Elle est ainsi gouvernée par un principe d'extériorité « substantielle ». Cette analyse n'est pas nouvelle¹⁰⁴⁵. Lors des travaux préparatoires du Code civil, Grenier a pu faire remarquer « *que du créancier au débiteur, l'hypothèque n'est pas nécessaire. On ne conçoit l'idée même de l'hypothèque que respectivement à des tiers, tels que des créanciers postérieurs en date, ou des acquéreurs du débiteur* »¹⁰⁴⁶. Ce raisonnement est également présent chez certains commentateurs du Code civil comme Mourlon¹⁰⁴⁷. Cette approche de la sûreté réelle a été reprise récemment dans la thèse de M. Gijbers, où celui-ci indique que « *ce n'est plus contre le débiteur que la sûreté réelle joue prioritairement (ce qui ne veut pas dire qu'elle n'ait, à son égard, aucun effet) mais contre ses créanciers et ayants cause qui en subissent de plein fouet l'exercice. Ces prérogatives contre les tiers ne sont plus une simple suite de la sûreté ni une simple*

¹⁰⁴⁵ Autrefois, les rapports entre les parties à la sûreté réelle représentaient l'essentiel de cette dernière, les rapports vis-à-vis des tiers étant relégués au second plan. Ainsi, à la fin de l'ancien régime FLEURY écrivait à propos de l'hypothèque que « *ces effets de l'hypothèque qui regardent les autres personnes que le principal obligé, à savoir : les actions contre le tiers détenteur et les héritiers, et le droit de préférence contre les créanciers, tout cela s'appelle suite d'hypothèque, parce qu'il semble que ce soit la chercher hors de sa place que d'en exercer les droits contre un autre que contre le débiteur* », *Institution au droit français*, T. 2, rééd. Laboulaye et Dareste, Durand, Paris, 1858, p. 19.

¹⁰⁴⁶ GRENIER, cité par FENET, *op. cit.*, T. 15, éd. Videcoq, Paris 1836, p. 476 et s., spéc. p. 494.

¹⁰⁴⁷ MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, T. 3, 6^{ème} éd., Marescq, Paris, 1863, obs. sous l'article 2114, p. 458 : « *un créancier chirographaire peut, tout aussi bien qu'un créancier hypothécaire, contraindre son débiteur à l'acquiescement de la dette car la saisie et la vente des biens peuvent être faites en vertu d'une créance même non hypothécaire. L'hypothèque est donc inutile lorsqu'on l'envisage dans les rapports du créancier avec son débiteur. Mais s'agit-il d'exclure les autres créanciers du débiteur ou de saisir l'immeuble entre les mains des tiers acquéreurs étrangers à la dette, c'est alors, mais seulement alors, que l'hypothèque devient utile, indispensable. C'est donc contre les tiers, et toujours contre eux, qu'elle produit son effet* ». Dans le même sens, BOILEUX, *Commentaire du Code civil*, T. 7, Videcoq, Paris, 1851, p. 307 : « *Du créancier au débiteur, l'hypothèque n'est pas nécessaire : ce dernier peut être contraint au paiement de la dette, sur tous ses biens, par toutes les voies judiciaires, même jusqu'à l'expropriation. L'utilité de l'hypothèque ne se fait sentir que par rapport aux créanciers et aux acquéreurs* ».

manifestation de son opposabilité mais en constituent le cœur, le contenu, les effets »¹⁰⁴⁸. Derrière les rapports entre le créancier et les tiers apparaît ainsi en filigrane le caractère substantiel de l'extériorité de la sûreté réelle : puisqu'elle a vocation à conférer au créancier une préférence, la sûreté réelle, par essence, ne se conçoit pas autrement que dans les rapports avec les tiers.

305. Il reste à approfondir l'analyse des rapports du créancier titulaire de la sûreté réelle vis-à-vis des tiers. A cet égard, l'extériorité de la sûreté réelle se distingue de l'altérité caractérisant généralement le droit subjectif mais également de l'opposabilité substantielle caractérisant particulièrement le droit réel. En effet, M. Gijsbers a parfaitement démontré que le droit de préférence a pour effet d'aggraver la situation des créanciers primés en les « appauvrissant » dans la mesure où la préférence diminue d'autant le dividende qui aurait dû revenir aux autres¹⁰⁴⁹. Le droit de préférence produit par conséquent un effet sur la situation patrimoniale des tiers, plus précisément des créanciers primés, ce qui traduit une différence notable avec le droit réel. En effet, nonobstant l'enseignement dominant¹⁰⁵⁰, le droit de préférence est une caractéristique propre aux sûretés réelles et non une caractéristique générale du droit réel lequel ne comporte pas généralement un tel effet vis-à-vis des tiers¹⁰⁵¹. Le droit de préférence caractérise ainsi la spécificité de l'extériorité de la sûreté réelle par rapport à la catégorie du droit réel. A défaut d'un droit de préférence opposable *erga omnes*, tout se passe comme si la sûreté réelle n'existait pas car le créancier subit alors la loi du concours. Cette analyse se vérifie en particulier au vu du droit des procédures collectives.

306. Illustration « positive » en droit des procédures collectives - procédure de déclaration des créances. Une sûreté réelle peut constituer un avantage significatif

¹⁰⁴⁸ Ch. GIJSBERS, thèse préc., n° 120, p. 114.

¹⁰⁴⁹ Ch. GIJSBERS, thèse préc., n° 129, p. 120-123, spéc. p. 123 : « on retiendra que le droit de préférence aggrave bel et bien la situation patrimoniale des créanciers primés puisqu'il les prive d'une partie de leur gage, cet effet spoliateur n'étant d'ailleurs pas étranger à l'hostilité parfois manifestée à l'encontre de l'institution, accusée de voler les chirographaires et de favoriser par là même les faillites en chaînes ».

¹⁰⁵⁰ AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. 2, § 172, p. 43 : « lorsque plusieurs personnes ont, à des époques différentes, acquis sur une chose, soit le même droit réel, soit des droits réels différents qui se trouvent en collision l'un avec l'autre, le droit acquis antérieurement l'emporte en principe sur le droit acquis plus tard. Au contraire, en cas de collision de divers droits personnels contre un même débiteur, aucun des créanciers ne jouit en thèse générale d'un droit de préférence ».

¹⁰⁵¹ Ch. GIJSBERS, thèse préc., n° 134, p. 128 : « le prétendu droit de préférence attaché aux droits réels par les premiers commentateurs du Code n'est finalement ni un véritable droit ni une véritable préférence. Son effet est patrimoniallement neutre à l'égard du tiers contre lequel il est dirigé, qui est évincé d'un bien sur lequel il n'avait aucun droit. Il n'est au fond que l'expression banale de l'aspect externe du droit réel : son opposabilité à un tiers dépourvu de droit. Toute différente est la situation des créanciers primés par une sûreté réelle ».

pour le créancier qui en bénéficie lors de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de son débiteur. Le créancier accède ainsi au statut de créancier « privilégié », ce qui lui permet d'accroître ses chances d'être payé en cas d'application de la règle du paiement par ordre des créanciers. L'article L. 622-24 du Code de commerce oblige les créanciers à déclarer leurs créances dans les deux mois de la publication du jugement d'ouverture, ceux-ci devant mentionner leur privilège dans leur déclaration. La déclaration de créance doit, en vertu de l'article L. 622-25 alinéa 1^{er} du Code de commerce, préciser « *la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie* ». À défaut la jurisprudence admet depuis longtemps que la créance sera admise à titre chirographaire, faute pour le créancier d'avoir corrigé sa déclaration dans le délai légal¹⁰⁵². La solution est fréquemment rappelée par la Cour de cassation¹⁰⁵³. Cependant, pour que la déclaration puisse être effectuée à titre privilégié, il est nécessaire que la sûreté soit « efficace » au moment de la déclaration de la créance, ce qui pose la question de la détermination du moment de cette efficacité. A cet égard, il est admis que la garantie est efficace vis-à-vis de la procédure collective du débiteur si elle est opposable aux tiers au jour du jugement d'ouverture. Tel n'est pas le cas par exemple de l'inscription provisoire d'une sûreté qui est devenue caduque au jour du jugement d'ouverture, de sorte que la créance doit être admise à titre chirographaire¹⁰⁵⁴.

307. Par ailleurs, tandis que tous les créanciers doivent en principe déclarer leurs créances dans les deux mois de la publicité du jugement d'ouverture, l'article L. 622-24 alinéa 1^{er} du Code de commerce prévoit que les créanciers titulaires d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication ou d'un contrat publié doivent être avertis personnellement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception¹⁰⁵⁵. Le texte précise que l'avertissement a lieu personnellement ou, s'il y a lieu, à domicile élu de sorte qu'en cas de double avertissement, l'un au siège, le second au domicile élu, c'est

¹⁰⁵² Cass. Com. 4 février 1992, n° 90-13.962, *Bull. Civ. IV*, n° 56, *JurisData* n° 1992-000236, *JCP G* 1992, IV, 1015, *RJDA* 1992, n° 508, *LPA* 13 juill. 1992, p. 16, note F. DERRIDA ; Cass. Com., 27 octobre 1998, *JurisData* n° 1998-004180, *Act. proc. coll.* 1998, comm. 172.

¹⁰⁵³ Cass. Com. 13 mai 2003, n° 00-12354, *JurisData* n° 2003-019072, *Act. proc. coll.* 2003, comm. 158, note H.-D. MODI-KOKO-BEBEY ; Cass. Com., 13 mai 2003, n° 00-12.354, *JurisData* n° 2003-019297, *Act. proc. coll.* 2003, comm. 169, *D.* 2003, p. 1563, obs. A. LIENHARD, *JCP E* 2003, 1396, n° 8, obs. Ph. PETEL.

¹⁰⁵⁴ Cass. Civ. 2ème 21 novembre 2002 n° 01-02705, *Bull. Civ. II*, n° 267, *JurisData* n° 2002-016434, *Act. proc. coll.* 2003, com. 17, obs. C. REGNAUT-MOUTIER.

¹⁰⁵⁵ Il a été jugé que l'avertissement par lettre simple était insuffisant. En ce sens, Cass. Com., 14 mars 2000, n° 97-20.715 et n° 97-14.912, *JurisData* n° 2000-000988 et n° 2000-000989, *JCP E* 2000, p. 1571, note P.-M. LE CORRE.

le premier en date qui fait partir le délai¹⁰⁵⁶. En outre, en cas de changement d'adresse du créancier, ce dernier n'est pas régulièrement averti si l'avertissement à l'ancienne adresse ne l'a pas atteint¹⁰⁵⁷. Selon l'article L. 622-24 alinéa 1^{er} du Code de commerce, seule la notification de l'avertissement fait courir le délai de déclaration des créances de deux mois. A défaut d'avertissement personnel, les créanciers concernés ne sont pas considérés comme forclos et ne sont pas contraints en conséquence d'exercer une action en inopposabilité de forclusion¹⁰⁵⁸. Ils bénéficient ainsi d'un véritable report du délai de déclaration de leurs créances jusqu'à leur avertissement personnel. Là encore, les créanciers qui bénéficient du report du délai de déclaration sont d'une part ceux qui sont titulaires d'une sûreté publiée et les cocontractants dont le contrat a été publié. C'est donc la publication de la sûreté réelle portant sur les biens du débiteur qui justifie la faveur législative, cette sûreté fût-elle générale¹⁰⁵⁹, tel le privilège de l'Administration fiscale¹⁰⁶⁰. Par ailleurs, il est nécessaire que la sûreté soit publiée au jour du jugement d'ouverture¹⁰⁶¹ afin que le créancier bénéficie du report du délai, peu importe que la validité de la sûreté soit susceptible de contestation¹⁰⁶². En revanche, ne sont visés par le texte ni les créanciers privilégiés dont la sûreté ne nécessite aucune inscription, tel le privilège du syndicat de copropriétaires¹⁰⁶³, ni les créanciers bénéficiant d'une sûreté dont la formalité n'est pas une publication au sens strict, tel le gage sur parts sociales de SARL¹⁰⁶⁴. Il n'en reste pas moins que la qualité de créancier privilégié, dans le cadre de l'article L. 622-24 du Code de commerce, s'acquiert avec la publication de la sûreté réelle concernée.

¹⁰⁵⁶ Cass. Com. 16 décembre 2008, n° 06-21.803, *JurisData* n° 2008-045056, *Act. proc. coll.* 2008, comm. 247

¹⁰⁵⁷ Cass. Com. 27 février 2007, n° 06-12033, *JurisData* n° 2007-037792, *Act. proc. coll.* 2007, comm. 72

¹⁰⁵⁸ Tel était pourtant le cas avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005. En ce sens Cass. Com., 14 mars 2000, préc.

¹⁰⁵⁹ Cass. Com. 9 janvier 2001, n° 98-15102, *Bull. Civ. IV*, n° 6, *JurisData* n° 2001-007711, *Act. proc. coll.* 2001, comm. 33, *JCP E* 2001, p. 752, n° 7, obs. M. CABRILLAC, *JCP G* 2001, I, 321, n° 7, obs. M. CABRILLAC.

¹⁰⁶⁰ Cass. Com. 4 juillet 2000, n° 97-22414, *JurisData* n° 2000-002852, *Act. proc. coll.* 2000, comm. 179, *JCP E* 2001, p. 219, n° 11, obs. Ph. PETEL, *D.* 2000, act. jurispr., p. 353, obs. P. PISONI, *D.* 2001, p. 617, obs. A. HONORAT.

¹⁰⁶¹ Cass. Com. 12 juillet 2004, n° 00-17120, *Bull. Civ. IV*, n° 155, *JurisData* n° 2004-024689, *Act. proc. coll.* 2004, comm. 186 : « la qualité de créancier titulaire d'une sûreté publiée au sens de l'article L. 621-43 du Code de commerce s'apprécie à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective, peu important que la sûreté, qui a été radiée par erreur antérieurement à ce jugement, ait été réinscrite sur le Livre foncier postérieurement ».

¹⁰⁶² Cass. Com. 15 avril 2008, n° 07-10.174, *JurisData* n° 2008-043663, *Act. proc. coll.* 2008-8, comm. 125.

¹⁰⁶³ Cass. Com. 4 mars 2003, n° 00-11952, *JurisData* n° 2003-018030, *Act. proc. coll.* 2003, comm. 98, *D.* 2003, p. 909, *JCP E* 2003, 1396, obs. M. CABRILLAC. Rappr. CA Paris, 3e ch. C, 30 oct. 1998, *JurisData* n° 1998-023006, *Act. proc. coll.* 1999, comm. 33, obs. C. REGNAUT-MOUTIER, *D. Affaires* 1998, p. 1954, obs. A. L., *JCP E* 1999, p. 200 et 810, obs. M. CABRILLAC, *JCP G* 1999, I, 139, n° 4, obs. M. CABRILLAC.

¹⁰⁶⁴ Cass. Com. 16 mai 2006, n° 05-12400, *Bull. Civ. IV*, n° 121, *JurisData* n° 2006-033617, *Act. proc. coll.* 2006, comm. 127, obs. J. VALLANSAN.

308. L'examen du régime juridique de la déclaration de la créance privilégiée souligne l'importance du formalisme d'opposabilité *erga omnes* de la sûreté réelle. Ayant vocation à être opposée aux autres créanciers du débiteur, celle-ci doit nécessairement être opposable à la « procédure collective ». C'est la raison pour laquelle l'article L. 622-24 alinéa 1^{er} du Code de commerce requiert que la sûreté réelle dont se prévaut le créancier ait nécessairement fait l'objet d'une inscription lors du jugement d'ouverture. A défaut de publication au jour du jugement d'ouverture, au sens de l'article L. 622-24 alinéa 1^{er}, le créancier ne pourra se prévaloir de sa sûreté et participer aux éventuelles répartitions d'actifs, si bien que son droit de préférence deviendra alors parfaitement inutile. En effet, depuis la loi du 26 juillet 2005 le droit positif à travers l'article L. 622-26 alinéa 2^{ème} du Code de commerce estime que la créance non déclarée est inopposable à la procédure collective¹⁰⁶⁵, le créancier étant alors considéré comme « invisible » au regard de cette dernière¹⁰⁶⁶. La même inopposabilité est applicable au droit de préférence au cas où le créancier omet simplement de déclarer son privilège. Comme le souligne M. Pérochon « *s'il a seulement omis de déclarer son droit de préférence, il ne peut être admis qu'à titre chirographaire. Les actifs du débiteur grevés des sûretés inopposables peuvent vraisemblablement être réalisés sans qu'il en soit tenu compte, ce qui aboutira généralement à leur extinction, la créance subsistant quant à elle : le créancier forclos ne saurait exercer son droit de préférence sur le prix de vente et, si le bien est inclus dans un plan de cession, il ne lui est affecté aucune quote-part du prix* »¹⁰⁶⁷. A travers le régime juridique de la déclaration de créance se trouve ainsi illustrée la substantialité de l'extériorité de la sûreté réelle. A défaut de déclaration, tout se passe comme si l'avantage conféré par la sûreté réelle sur la valeur d'échange du bien grevé n'existait pas au cas où ce dernier est réalisé dans le cadre de la procédure collective. La sûreté est donc par essence orientée vers les rapports avec les tiers en raison de la préférence accordée au créancier vis à vis des autres créanciers. Cette orientation justifie que le droit des

¹⁰⁶⁵ Avant la loi du 26 juillet 2005, l'effet juridique attaché à l'absence de déclaration de créance était fort puisque la créance non déclarée et n'ayant pas bénéficiée d'un relevé de forclusion était éteinte. V. ancien art. 621-46 alinéa 4^{ème} du Code de commerce.

¹⁰⁶⁶ F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 1377, p.746. L'inopposabilité n'est pourtant pas alors définitive en raison de la possibilité pour le créancier d'obtenir du Juge-Commissaire un relevé de forclusion en vertu de l'article L. 622-26 du Code de commerce. Par ailleurs, le même article prévoit que l'inopposabilité est temporaire en cas de liquidation judiciaire, les créanciers forclos pouvant agir théoriquement contre le débiteur à la clôture de la liquidation. L'inopposabilité est en revanche « définitive » lorsque le débiteur a pu bénéficier d'un plan d'apurement de son passif, en application de l'article L. 622-26 alinéa 2^{ème} : définitive pendant toute la durée du plan de sauvegarde ou de redressement ; définitive également après l'exécution du plan lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus.

¹⁰⁶⁷ F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 1377, p.746-747.

procédures collectives considère l'opposabilité *erga omnes* du droit de préférence au titre du régime juridique de la déclaration de créances. Cependant, le droit des procédures collectives ne fait pas preuve d'homogénéité en la matière puisque seule la « constitution » de la sûreté réelle est prise en compte dans le cadre de l'application du régime juridique des nullités de la période suspecte.

309. Illustration « négative » en droit des procédures collectives - l'application des nullités de la période suspecte. L'article L. 632-1 I 6° du Code de commerce frappe de nullité « toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées », à compter de la date de cessation des paiements. L'objectif poursuivi par cette disposition est de reconstituer le patrimoine du débiteur, au cas où ce dernier aurait accompli certains actes considérés comme frauduleux au cours de la période suspecte, c'est à dire entre la date de sa cessation des paiements et l'ouverture de la procédure collective. Les actes concernés, s'ils rentrent dans la liste mentionnée à l'article L. 632-1 du Code de commerce, seront alors annulés par le juge lors de l'ouverture ultérieure d'une procédure collective, dans le cadre d'une action en nullité exercée à l'initiative de l'administrateur judiciaire, du mandataire judiciaire ou du commissaire à l'exécution du plan¹⁰⁶⁸.

310. Au titre de la mise en œuvre de l'éventuelle nullité, il est admis que la sûreté réelle doit avoir été « constituée » après la naissance de la créance garantie, signe de l'anormalité de l'avantage conféré au créancier. Ainsi, la date à prendre en considération est celle de la constitution de la sûreté aux termes de l'article L. 632-1 I 6° du Code de commerce et non de son opposabilité aux tiers et en particulier à la procédure collective du débiteur. La jurisprudence, au regard de la lettre du texte, en déduit ainsi que la date du formalisme d'opposabilité *erga omnes* de la sûreté réelle n'a pas à être prise en compte¹⁰⁶⁹. Par conséquent, en présence d'une sûreté conventionnelle, il convient de s'attacher essentiellement à la date de conclusion de la convention. Ainsi, pour un nantissement de meubles incorporels, la jurisprudence

¹⁰⁶⁸ C. Com. art. L. 632-4.

¹⁰⁶⁹ Cass. Com. 29 Octobre 2002, *JurisData* n° 2002-016259, *Act. proc. coll.* 2003-10, comm. 19 ; CA Aix-en-Provence, 8 janvier 1974, *D.* 1974, somm. p. 50 ; CA Rennes, 2e ch., 18 mai 1994, *JurisData* n° 1994-050131 ; CA Paris, 2 ch. B, 8 avril 1999, *D.* 1999, somm. p. 302, obs. S. PIEDELIEVRE.

recherche la date de sa constitution¹⁰⁷⁰ ; le nantissement devant désormais être constaté par écrit depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, c'est au jour de la passation de l'écrit qu'il faudra se placer. Il en est de même pour un gage de meubles corporels, puisque le contrat de gage est parfait par l'établissement d'un écrit¹⁰⁷¹. Pareillement, la constitution d'une hypothèque conventionnelle ne peut être remise en cause par l'article L. 632-1 I 6° du Code de commerce dès lors que la convention d'hypothèque est antérieure à la cessation des paiements, même si la publication est postérieure¹⁰⁷². Ce principe a été récemment rappelé pour une hypothèque maritime conventionnelle¹⁰⁷³. La sûreté n'échappera au régime des nullités de la période suspecte qu'à la condition qu'elle ait été constituée avant le début de la période suspecte. Par ailleurs, la modification de la date de la cessation des paiements postérieurement au jugement d'ouverture¹⁰⁷⁴ peut conduire à attirer une sûreté réelle dans le domaine des nullités de l'article L. 632-1 du Code de commerce¹⁰⁷⁵.

311. Il ressort de ce qui précède qu'à la différence de la solution applicable en matière de déclaration de créance¹⁰⁷⁶, la qualité de créancier privilégié s'acquiert, au sens du régime des nullités de la période suspecte, indépendamment de l'opposabilité *erga omnes* de la sûreté réelle et correspond au moment de la conclusion de la convention. Si elle semble respecter la lettre de l'article L. 632-1 I 6°, qui évoque une sûreté « constituée » en période suspecte ainsi que le schéma du transfert de propriété *solo consensu*, la solution est critiquable. En effet, la perspective d'une constitution consensuelle de la sûreté réelle pose nécessairement la question de son opposabilité *erga omnes* et en particulier à la procédure collective du débiteur. Lorsque l'administrateur judiciaire, le mandataire judiciaire ou bien le commissaire à l'exécution du plan engagent une action en nullité à l'égard d'une sûreté constituée en

¹⁰⁷⁰ Pour un nantissement sur fonds de commerce constitué avant la période suspecte et inscrit après : CA Rennes, 26 juin 1902, *DP* 1903, 2, p. 169 ; CA Amiens, 24 juin 1952, *JCP N* 1953, II, 7770, note COHEN, *RTD Com.* 1953, p. 970, obs. HOUIN. Pour un nantissement sur créances alors que la remise du titre au créancier est postérieure à la cessation des paiements : Cass. Civ., 20 janvier 1886, *DP* 1886, 1, p. 406, *S.* 1886, 1, p. 305, note Ch. LYON-CAEN.

¹⁰⁷¹ C. Civ. art. 2236.

¹⁰⁷² Cass. Com. 22 octobre 1974, n° 73-13897, *Bull. Civ.* IV, n° 263 ; CA Aix-en-Provence, 8 janvier 1974, *D.* 1974, somm. p. 50 ; CA Paris, 11 janvier 1985, *JurisData* n° 1985-020294.

¹⁰⁷³ Cass. Com., 18 février 2003, n° 99-19.249, *Rev. proc. coll.*, 2004, p. 72, comm. n° 8, obs. G. BLANC.

¹⁰⁷⁴ C. Com. art. L. 631-8.

¹⁰⁷⁵ CA Paris, 3e ch. B, 19 avr. 1984, *JurisData* n° 1984-022081 ; CA Metz, 28 mai 1986, *JurisData* n° 1986-041433 ; CA Caen, 1re ch., 3 octobre 1985, *JurisData* n° 1985-000130, *GP* 1987, 1, p. 114 ; CA Rouen, 26 février 1987, *JurisData* n° 1987-041922 ; CA Douai, 2e ch., 15 oct. 1992, *JurisData* n° 1992-051022.

¹⁰⁷⁶ V. *supra* n° 306 et s.

période suspecte, ils le font à l'égard d'une sûreté qui peut théoriquement leur être inopposable à défaut de publicité. Reposant sur la volonté de lutter contre l'organisation de l'insolvabilité du débiteur, les nullités de la période suspecte semblent davantage considérer l'intention frauduleuse de ce dernier à travers la prise en compte de la date de la convention entre le débiteur et son créancier. Pourtant, il serait plus cohérent de prévoir l'annulation d'une sûreté qui soit véritablement efficace vis-à-vis de la procédure collective. Les nullités de la période suspecte ne se conçoivent que pour autant que la sûreté avantageant frauduleusement un créancier au cours de la période suspecte puisse ultérieurement menacer l'égalité entre les créanciers dans le cadre du déroulement de la procédure collective. Or, tel n'est pas le cas avec une sûreté qui est en réalité inopposable à cette dernière. Il semble par conséquent plus cohérent de considérer que l'article L. 632-1 I 6° du Code de commerce vise à travers la notion de sûreté constituée, une sûreté opposable *erga omnes*. L'acquisition de la qualité de créancier, au sens de cette disposition, s'effectuera ainsi lors de la publicité de la sûreté réelle et intégrera la donnée essentielle de l'extériorité de la sûreté réelle. Le constat de l'extériorité substantielle de la sûreté réelle doit conduire corrélativement à prendre conscience de la nécessité d'une constitution *sola traditione* de cette dernière.

312. Nécessité d'une constitution *sola traditione* de la sûreté réelle. Le mécanisme constitutif de la sûreté réelle doit nécessairement intégrer la donnée tirée de l'extériorité substantielle de cette dernière. Il s'ensuit, sur un plan technique, que la sûreté ne peut être constituée qu'à la condition qu'elle soit opposable aux tiers. Le formalisme d'opposabilité *erga omnes* de la sûreté réelle est donc nécessairement constitutif de droit¹⁰⁷⁷. Ainsi, l'hypothèque dont bénéficie un établissement bancaire sur un bien immobilier de son débiteur ne présente aucun intérêt si elle n'est pas opposable aux tiers, de façon à permettre au créancier de faire valoir son droit vis-à-vis d'un autre créancier hypothécaire ou un autre ayant cause du débiteur. De la même façon, le nantissement sur le matériel et

¹⁰⁷⁷ Rapp, Ch. GIJSBERS, thèse préc., n° 285, p. 273, pour lequel « les sûretés ne sortent, contre les tiers qui sont les principales cibles de l'institution, aucun de leurs effets tant que la publicité n'est pas accomplie. Aussi une sûreté soumise à publicité qui ne serait pas inscrite ne servirait à rien (ou presque) : elle ne serait qu'un fantôme. La publicité n'est plus ici simplement confortative d'une opposabilité préexistante. Elle est au contraire constitutive. Non pas constitutive de la sûreté réelle qui préexiste nécessairement à la publicité ; mais constitutive des prérogatives que la sûreté confère au créancier contre les tiers ». Le raisonnement proposé comporte indéniablement une limite portant les stigmates du schéma de la constitution *solo consensu* du droit réel : comment une sûreté réelle peut-elle se constituer indépendamment des prérogatives qu'elle confère au créancier vis-à-vis des tiers ? Essence de la sûreté réelle, le droit de préférence dont jouit le créancier vis-à-vis des tiers ne peut naître postérieurement à la formation de la sûreté. Par conséquent, l'extériorité substantielle de la sûreté réelle ne peut se concevoir autrement que dans le cadre d'une remise en cause *de lege feranda* de la règle de la constitution *solo consensu* du droit réel accessoire.

l'outillage dont bénéficie un créancier ne lui sera d'aucun intérêt en l'absence d'accomplissement des formalités d'opposabilité aux tiers puisqu'il ne pourra s'en prévaloir en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de son débiteur¹⁰⁷⁸. Admettre une constitution consensuelle de la sûreté réelle, sur le modèle du transfert de propriété *solo consensu*, conduit ainsi à méconnaître son caractère préférentiel. C'est pourquoi, la perspective d'une constitution *sola traditione* est plus opportune : la sûreté réelle n'est constituée que lorsque la « tradition » de la valeur d'échange au profit du créancier est accomplie à l'égard des tiers.

313. Cette acception n'est pas inconnue du droit positif. *De lege lata*, c'est en ce sens qu'il faut entendre, en matière de nantissement de fonds de commerce, l'article L.142-3 du Code de commerce qui prescrit explicitement, en son alinéa 2^{ème}, que « le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit par le seul fait de l'inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité »¹⁰⁷⁹. C'est en ce sens que s'entend, en matière de nantissement de parts de sociétés civiles, l'article 1866 alinéa 2^{ème} du Code civil aux termes duquel « le privilège du créancier gagiste subsiste sur les droits sociaux nantis par le seul fait de la publication du nantissement »¹⁰⁸⁰. Pour les autres cas, le constat de la nécessité d'une constitution *sola traditione* de la sûreté réelle s'effectuera *de lege feranda*. L'analyse se trouvera cependant confortée par le constat selon lequel le droit positif confère fréquemment au formalisme d'opposabilité *erga omnes* une vigueur particulière, à mi-chemin entre l'effet confortatif et l'effet constitutif de droit¹⁰⁸¹.

B) La généralisation de l'effet constitutif de la tradition lors de la formation des sûretés réelles

314. Constitution de l'hypothèque. A l'image du droit romain où elle se formait clandestinement par l'effet des conventions¹⁰⁸², l'analyse jurisprudentielle et doctrinale dominante considère que l'hypothèque se constitue par la convention, la publicité ne

¹⁰⁷⁸ V. *supra* n° 308.

¹⁰⁷⁹ V. *infra* n° 329 et s.

¹⁰⁸⁰ V. *infra* n° 340 et s.

¹⁰⁸¹ C'est le cas en matière de nantissement sur le matériel et l'outillage ainsi que pour le gage de droit commun. V. *infra* n° 315.

¹⁰⁸² L'hypothèque se constituait alors sans la publicité « grossière » que représente le déplacement de la possession, GIRARD, *op. cit.* p. 820, note 4. Il est intéressant de noter toutefois que la clandestinité de la constitution de l'hypothèque en droit romain suscita des difficultés en raison des risques de fraude puisque un créancier pouvait antidater son acte d'hypothèque au préjudice des droits d'un créancier hypothécaire antérieur. Ainsi, l'empereur LEON fut amené à décider que les hypothèques constatées en présence des autorités publiques prévalaient sur celles constatées dans de simples actes privés : GIRARD, *op. cit.*, p. 820, note 6.

représentant qu'une condition de son opposabilité aux tiers¹⁰⁸³. Pourtant, ni les dispositions du Code civil ni celles du décret du 4 janvier 1955 ne régissent précisément le moment de la constitution de l'hypothèque. La position actuelle du droit positif est en réalité le fruit de l'histoire mais elle méconnaît l'extériorité substantielle de la notion de sûreté réelle. L'article 2396 alinéa 3^{ème}, en énonçant que « *l'hypothèque conventionnelle est celle qui résulte des conventions* » fait simplement référence aux diverses sources de l'hypothèque, sans pour autant régir le moment précis de sa constitution. Par ailleurs, l'article 2416 du Code civil, exigeant la forme notariée de l'acte, est étranger à la question de la constitution de la sûreté et ne concerne que la protection du consentement du constituant en prescrivant que « *l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié* ». Ainsi, en l'absence d'écueil textuel, il est concevable, sans modification législative, que l'inscription hypothécaire soit constitutive de la sûreté réelle. Cette perspective est par ailleurs souhaitable car elle est en phase avec l'essence même de la notion de sûreté réelle. L'hypothèque, comme toute sûreté réelle, ne se conçoit que dans ses rapports avec les tiers puisque, par essence, elle est une technique conférant au créancier un droit de préférence sur un bien de son débiteur par rapport aux autres créanciers de ce dernier¹⁰⁸⁴. Le droit de préférence n'a dès lors de sens qu'en considération d'une altérité lui étant essentielle, c'est-à-dire lorsqu'il est appréhendé vis-à-vis des autres créanciers du débiteur. L'opposabilité *erga omnes* représente ainsi une phase essentielle de la constitution de la sûreté réelle de sorte que l'hypothèque ne peut en réalité se former qu'avec l'accomplissement des formalités de publicité foncière.

315. Constitution du nantissement sur le matériel et l'outillage. Une analyse identique doit prévaloir concernant la sûreté réelle que représente le nantissement sur le matériel et l'outillage, laquelle doit dépendre de l'accomplissement de la publicité légale sur le registre public concerné. A la différence de l'hypothèque, l'examen des textes rend cependant nécessaire une modification législative à cette fin. En effet, l'article L. 525-3

¹⁰⁸³ La jurisprudence dissocie de longue date la constitution *inter partes* de l'hypothèque et ses effets vis-à-vis des tiers. En ce sens, Cass. Civ. 16 avril 1859, S. 1859, 1, 511 : « *l'hypothèque existe vis-à-vis du débiteur par la seule force du contrat ; pour être valable et produire effet à son égard, elle n'a pas besoin d'être inscrite, l'inscription n'étant exigée que pour fixer le rang entre les créanciers* ». En doctrine, AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. II, § 266, p. 724 et s. ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 393 et 394, p. 380-381 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 915, p. 689.

¹⁰⁸⁴ M. BENECH, *Du droit de préférence en matière de purge des hypothèques légales dispensées d'inscription et non-inscrits*, Paris 1853, éd. Alphonse Leclère, p. 24 : « *il n'y a jamais eu d'hypothèque ou de privilège sans droit de préférence, ce droit étant non pas de la nature mais de l'essence de l'hypothèque* ». Dans le même sens, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 352, p. 332 : « *une hypothèque sans droit de préférence n'est plus une hypothèque* »

alinéa 2^{ème} du Code de commerce impose au créancier, à peine de nullité, de prendre une inscription « *dans un délai de quinze jours à compter de l'acte constitutif* » du nantissement sur le matériel et l'outillage. Si le texte qualifie la convention entre les parties de constitutive, il confère tout de même à l'inscription un rôle substantiel, dont le défaut conduit à l'anéantissement rétroactif de l'acte. De ce fait, le rôle de l'inscription s'entend cependant bien plus que d'une simple mesure d'opposabilité du droit¹⁰⁸⁵ et représente une condition de l'existence de la sûreté. En raison de l'importance que lui a conférée le législateur, la subordination de la constitution de la sûreté à l'accomplissement de la publicité légale est donc concevable mais nécessite, en l'état des textes, une modification législative.

316. Constitution du gage de droit commun. Le nantissement sur meubles corporels est particulièrement révélateur de l'attractivité du schéma de la constitution *solo consensu* du droit réel, où le droit est dissocié de son opposabilité *erga omnes*. En effet, en écho au droit romain¹⁰⁸⁶, il était traditionnellement admis que la remise matérielle de la chose représente la condition essentielle de la constitution du gage, enseignement qui se base sur l'ancien article 2074 du Code civil, lequel prescrivait que « *dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties* ». Contrat réel, la convention et le droit réel se formaient alors par l'effet de la dépossession. Celle-ci, reposant sur une tradition matérielle du bien gagé, se justifiait en doctrine par les multiples fonctions dont elle était dotée. La remise de la chose affichait tout d'abord une fonction publicitaire en informant les tiers de la constitution de la garantie¹⁰⁸⁷. Qui plus est, il était admis qu'elle assurait une certaine prévention des fraudes en évitant que le débiteur ne détourne le bien affecté en garantie. Parce que le bien nanti est en la possession du créancier, les risques de destruction, de transformation ou d'aliénation auprès d'un tiers protégé par le jeu de l'article 2276 C. civ. étaient réduits. De l'avis de nombreux auteurs, il s'agissait là d'une fonction primordiale de la dépossession, celle de donner au créancier l'assurance de

¹⁰⁸⁵ Comp. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 701, p. 634, lesquels considèrent que l'inscription, dont le défaut conduit à la nullité de la sûreté, sert *a fortiori* l'opposabilité aux tiers de cette dernière, signe de la vigueur particulière de l'inscription.

¹⁰⁸⁶ GIRARD, *op. cit.*, p. 565.

¹⁰⁸⁷ A. BLAISOT, *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage*, thèse Paris, 1897, p. 19 ; S. QUINCARLET, *La notion de gage en droit privé français, ses diverses applications*, thèse Bordeaux, 1937, p. 319 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, éd. 1996, n° 802, p. 229.

pouvoir faire valoir ses droits sur le bien le moment venu¹⁰⁸⁸. Une troisième fonction reconnue était celle de l'individualisation. Par la remise au créancier, la chose se trouvait individualisée permettant de ce fait la détermination de l'assiette du gage¹⁰⁸⁹.

317. Parmi les fonctions assignées à la dépossession, la « publicité » offerte par la prise de possession était essentielle. De nombreux arrêts attestent nettement que la dépossession avait pour fonction principale d'extérioriser auprès des tiers de la constitution du nantissement¹⁰⁹⁰ et de les informer que la chose n'était plus disponible dans le patrimoine du débiteur. Notamment, dans un arrêt daté du 11 février 1885¹⁰⁹¹, la Cour de cassation indiqua par une formule explicite qu'il « *est de l'essence du contrat de gage que la mise en possession du créancier soit un fait apparent d'une notoriété suffisante pour avertir les tiers que le débiteur est dessaisi et que l'objet engagé ne fait plus partie de son actif libre* ». La formule se retrouve dans d'autres arrêts¹⁰⁹². Un arrêt rendu le 26 mars 1907 par la Cour de cassation précise par ailleurs que « *le contrat de gage étant un contrat réel, il est de son essence que la chose donnée en nantissement soit mise et continue de rester en la possession du créancier, cette circonstance seule pouvant faire savoir aux tiers que l'objet engagé est sorti du patrimoine du débiteur* »¹⁰⁹³. La Cour dévoile ainsi un raisonnement où l'importance de la remise de la chose engagée se justifie théoriquement en raison de la réalité du gage mais aussi en raison de ses vertus publicitaires¹⁰⁹⁴. L'analyse jurisprudentielle de la remise de la chose en un procédé d'extériorisation n'a pas échappé aux commentateurs des arrêts. Ainsi, M. Lyon-Caen estima que « *c'est dans un but de publicité que la possession du créancier est requise par la loi. Il faut qu'en fait,*

¹⁰⁸⁸ La dépossession jouerait le rôle d'une « pré-saisie conservatoire » destinée à protéger le créancier contre les manipulations du débiteur. En ce sens, S. QUINCARLET, thèse préc., p. 319 ; A. BLAISOT, n° 26, p. 18 ; R. HARDEL, *Etude de la notion de dessaisissement en matière de gage en droit français*, thèse Paris, Sirey, 1932, p. 36.

¹⁰⁸⁹ En ce sens, J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Ibid.*, soulignant que la fonction de publicité de la remise est « *expressément soulignée par la jurisprudence* ».

¹⁰⁹¹ Cass. Req. 11 février 1885, S. 1886, 1, 117. Déjà, Cass. Req. 29 décembre 1875, DP 1876, 1, 109 ; Cass. 19 mars 1878, S. 1878, 1, 261.

¹⁰⁹² Cass. Req., 24 janvier 1905, S. 1905, 1, 113 ; Cass. Req. 23 mai 1927, S. 1927, 1, 97.

¹⁰⁹³ Cass. Req. 26 mars 1907, S. 1911, 1, 372.

¹⁰⁹⁴ Cette analyse fut rappelée ultérieurement : Cass. Com. 10 janvier 1968, Bull. Civ., IV, n° 13, p. 11, où il fut jugé que « *la simple existence d'un acte notarié ne constituait pas à elle seule une mesure de publicité* » suffisante au regard de la condition de dépossession ; Cass. Com. 3 novembre 1980, n° 77-14829, Bull. Civ. IV, n° 359, D. 1981, IR, p. 260, où la Haute Cour estima que la Cour d'appel qui, par une appréciation souveraine, retient que « *la dépossession du débiteur par la remise à des éleveurs d'animaux objets d'un gage n'avait pas revêtu le caractère d'apparence nécessaire pour que les tiers soient informés de son existence, peut en déduire que la constitution de ce gage n'était pas opposable à une personne restée étrangère à la convention* ».

la situation soit telle que les tiers ne puissent pas croire que les choses constituées en gage sont encore libres dans le patrimoine du débiteur »¹⁰⁹⁵.

318. Signe de l'influence du schéma de la constitution consensuelle du droit réel, ce système fut abandonné avec la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006. L'article 2336 dispose dorénavant que « *le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature* ». Supprimant tout caractère réel au contrat de gage¹⁰⁹⁶, les textes, issus de l'ordonnance du 23 mars 2006, sont clairs : l'écrit donne seul naissance au gage, son opposabilité *erga omnes* étant subordonnée à « *la publicité qui en est faite* » et qui s'effectue soit au moyen de la remise matérielle du bien soit au moyen d'une inscription sur registre¹⁰⁹⁷. Est désormais préféré un système où la formation du droit réel est dissociée de son opposabilité aux tiers. Cependant, même cantonnée à l'opposabilité du gage, l'inscription publicitaire conserve une vigueur particulière¹⁰⁹⁸ puisque l'article 2337 alinéa 3^{ème} du Code civil indique que lorsque le gage a été « *régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276 du Code civil* »¹⁰⁹⁹. Si certains auteurs estiment que l'éviction de l'article 2276 du Code civil de l'article 2237 n'était pas nécessaire de la part du législateur¹¹⁰⁰, d'autres soulignent au contraire la nécessité d'une telle solution pour l'efficacité du gage, en raison de la force de la règle « *en fait de meubles possession vaut titre* »¹¹⁰¹. La publicité du gage sur meubles corporels comporte ainsi un effet important en permettant au créancier gagiste d'évincer les droits du possesseur de bonne foi. Par conséquent, la neutralisation de la prescription acquisitive prévue à l'article 2276 du Code civil met en relief un effet acquisitif propre à l'inscription du gage. Fort de l'importance ainsi accordée en droit positif à cette formalité,

¹⁰⁹⁵ Ch. LYON-CAEN, note sous Cass. Civ. 25 novembre 1891, S. 1893, 1, 465.

¹⁰⁹⁶ Caractère que le gage arborait depuis le droit romain en raison de la dépossession qui en représentait l'élément constitutif. En ce sens, GIRARD, *op. cit.*, p. 816-817.

¹⁰⁹⁷ Article 2337 alinéa 1^{er} du Code civil. Sur l'opposabilité du gage de droit commun issu de la réforme du 23 mars 2006 : R. BOFFA, « L'opposabilité du nouveau gage sans dépossession », *D.* 2007, p.1161 ; G. ANSALONI, « Sur l'opposabilité du gage sans dépossession de droit commun », *JCP E* 2009, n° 27, 1672.

¹⁰⁹⁸ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 618, p. 554, soulignant que la « *règle est dotée d'un force juridique singulière* ».

¹⁰⁹⁹ La neutralisation de l'article 2276 par l'article 2337 se limite aux rapports entre le créancier gagiste et le possesseur qui entend faire échec aux droits de celui-ci. Autrement dit, ce texte n'interdit pas à un possesseur d'opposer l'article 2276 du Code civil au constituant-propriétaire du meuble remis en gage, ce qui laisse intact les droits du créancier gagiste. En ce sens, G. ANSALONI, art. préc., n° 15, note 41.

¹¹⁰⁰ En ce sens, R. BOFFA, art. préc., n° 12 et s., note 15.

¹¹⁰¹ En ce sens, G. ANSALONI, art. préc., spéc. n° 16 : « *D'une manière générale, il est permis d'affirmer que les opérations translatives sur des meubles non immatriculés, fussent-elles opposables aux tiers, peuvent être remises en cause par l'article 2276 du Code civil, et plus précisément par l'effet acquisitif attaché à la possession de bonne foi de l'acquéreur a non domino. D'où l'utilité d'en prévoir l'éviction* ».

il peut être, *de lege feranda*, reconnu que celle-ci représente la condition de la constitution du gage afin d'en respecter l'extériorité substantielle.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1^{er}

319. L'existence d'une opération translatrice inhérente à la formation du droit réel démembré comporte des répercussions sur le mécanisme constitutif de ce dernier. Parce que le droit réel démembré transfère certains avantages économiques procurés par le bien, son opposabilité *erga omnes* ne peut résulter que de l'accomplissement d'un procédé ostensible, d'une tradition destinée à extérioriser le transfert et ainsi sécuriser les tiers. Corrélativement, le titulaire du droit réel démembré peut dès cet instant se prévaloir auprès des tiers de l'exclusivité du rapport juridique sur le bien grevé. Garante de l'exclusivité du droit réel, l'opposabilité invoquée est qualifiée de substantielle et bénéficie par conséquent d'une sanction en nature en cas d'atteinte de la part des tiers. Le mécanisme constitutif de droit doit nécessairement intégrer cette donnée. Le droit réel démembré ne peut véritablement se former qu'avec l'accomplissement du procédé permettant de parfaire son opposabilité *erga omnes*. Ainsi se trouve justifiée la perspective d'une généralisation *de lege feranda* de la règle de la constitution du droit réel par la tradition. Celle-ci est particulièrement cohérente en matière de sûretés réelles, lesquelles ne se conçoivent par essence que dans les rapports avec les tiers en raison de la préférence accordée à leurs titulaires. Il est alors logique que les sûretés réelles se forment par l'accomplissement de leur formalisme d'opposabilité *erga omnes*. Pareille démarche peut en outre s'appuyer sur les manifestations positives de la constitution *sola traditione* du droit réel, ce qu'il convient à présent de développer.

CHAPITRE 2^{ème} LA CONSTITUTION DE LEGE LATA DU DROIT REEL DEMEMBRE PAR LA TRADITION

320. A l'instar des manifestations positives du transfert de propriété *sola traditione*, le droit n'ignore pas que le droit réel démembré puisse se constituer par la tradition, compte tenu du cadre translatif au sein duquel il s'inscrit. Seulement, une attraction du schéma du transfert *solo consensu*, où le droit réel est dissocié de son opposabilité *erga omnes*, se constate. Cette situation conduit à refouler l'affirmation d'une constitution *sola traditione* du droit, se déduisant pourtant des textes. Ainsi s'explique que les manifestations *de lege lata* de la constitution du droit réel démembré par la tradition soient de deux ordres : il existe des manifestations ignorées (Section 1^{ère}), ainsi que des manifestations clairement consacrées par le droit positif (Section 2^{ème}).

Section 1^{ère} Les manifestations ignorées

321. Deux exemples particulièrement éloquents doivent être exposés : celui de la constitution du nantissement de fonds de commerce (§1) et celui de la constitution du nantissement de films cinématographiques (§2), où il se déduit des textes que l'inscription de la sûreté joue a un effet constitutif de droit réel. Pourtant, la doctrine et la jurisprudence préfèrent une analyse selon laquelle la constitution du nantissement correspond au moment de la conclusion du contrat de nantissement, indépendamment de l'inscription.

§1) La constitution du nantissement de fonds de commerce par l'inscription

322. La constitution du nantissement de fonds de commerce représente une illustration intéressante de l'attraction exercée par le schéma du transfert *solo consensu*. En dépit de la lettre de l'article L.142-3 du Code de commerce indiquant que « *le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit par le seul fait de l'inscription sur un registre public (...)* », il est considéré que le droit réel naît de l'acte de nantissement dans la mesure où il est requis que l'inscription doive s'effectuer dans les quinze jours de « l'acte constitutif ». Ainsi, l'étude de la thèse positive de la constitution *solo contractu* du nantissement (A)

précèdera celle de la thèse de la constitution du nantissement par son inscription, en application de la lettre de l'article L. 142-3 du Code de commerce (B).

A) Constitution du nantissement de fonds de commerce par le contrat en droit positif

323. Référence à l'article L. 142-3 du Code de commerce. La date de constitution du nantissement de fonds de commerce, sûreté réelle sans dépossession¹¹⁰², se déduit généralement de l'article L. 142-3 alinéa 1^{er} du Code de commerce, lequel énonce que « *le contrat de nantissement est constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé, dûment enregistré* ». Sur cette base, il est admis que l'acte de nantissement représente une condition de validité nécessaire et suffisante du nantissement, ce que semble confirmer l'article L. 142-4 du Code de commerce selon lequel l'inscription du nantissement sur un registre spécial, tenu par le greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité, « *doit être prise, à peine de nullité dans la quinzaine de l'acte constitutif* ». L'évocation du caractère « constitutif » de l'acte de nantissement semble de prime abord abonder dans le sens d'une liaison entre l'acte de nantissement et la constitution de la sûreté. Pourtant, les analyses divergent : en effet, tandis que certains auteurs estiment que l'écrit enregistré représente une véritable condition de validité du nantissement, d'autres indiquent, au contraire que le seul écrit est constitutif du simple contrat de nantissement.

324. Constitution par l'enregistrement de l'acte de nantissement. L'interprétation selon laquelle l'écrit enregistré représente une condition de validité du nantissement de fonds de commerce s'appuie sur une lecture stricte de l'article L. 142-3 du Code de commerce qui parle d'acte authentique ou sous seing privé enregistré¹¹⁰³. Ainsi, Messieurs Cabrillac et Mouly soutiennent-ils que le nantissement conventionnel sur fonds de commerce est « *constitué par acte authentique ou par acte sous privé enregistré* »¹¹⁰⁴. Cette analyse, qui est partagée par un grand nombre d'autres auteurs¹¹⁰⁵, a trouvé un certain écho

¹¹⁰²M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 801, p. 604; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 715, assimilant le nantissement de fonds de commerce à une hypothèque mobilière ; N. DISSAUX, *Juris Classeur Commercial*, Fasc. 206, « Fonds de commerce, Nantissement », éd. 2011, n° 27.

¹¹⁰³ L'enregistrement est requis, qu'il s'agisse d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique. En ce sens, N. DISSAUX, *op. cit.*, n° 26.

¹¹⁰⁴ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 801, p. 605.

¹¹⁰⁵ A. LEVI et A. SAYAG, *Lamy droit commercial, Fonds de commerce*, éd. 1998, n° 690, p. 344. J. DERUPE, *Répertoire commercial Dalloz, Nantissement de fonds de commerce*, éd. 2000, n° 71, p. 8 ; B. MERCADAL, *op. cit.*, n° 3421 : « *Le nantissement est valable entre les parties dès lors qu'il est constaté par un écrit*

jurisprudentiel à travers un jugement du Tribunal de commerce de Versailles du 28 juin 1950¹¹⁰⁶. Elle peut s'expliquer par son apparente conformité à la lettre de l'article L. 142-3 du Code de commerce. Par ailleurs, en dépassant la règle de l'acquisition consensuelle par l'exigence de l'enregistrement, cette analyse peut également trouver une justification dans la volonté de subordonner la constitution du nantissement à un acte ayant date certaine dans un souci de protection des tiers¹¹⁰⁷.

325. Constitution par la simple conclusion du contrat de nantissement. Nonobstant le texte de l'article L. 142-3 du Code de commerce, la condition de l'enregistrement de l'acte de nantissement fait l'objet de controverses. En effet, pour certains auteurs, la date de la conclusion de l'acte de nantissement, outre son enregistrement, est suffisante afin de déterminer si la sûreté réelle que représente le nantissement est constituée¹¹⁰⁸.

326. Outre sa conformité au schéma consensualiste, cette interprétation peut exciper de ce que la formulation de l'alinéa 2^{ème} de l'article L. 142-3 du Code de commerce fait état d'une virgule, isolant la formalité de l'enregistrement du reste de la formule¹¹⁰⁹. Sur la base de cette subtile observation, il est ainsi déduit que l'acte de nantissement n'est constitué que par acte authentique ou par acte sous seing privé. L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 novembre 2002¹¹¹⁰ peut paraître consacrer cette solution. Dans cette affaire, un acte de nantissement a été signé le 1^{er} octobre 1990, puis, le 3 octobre 1990, soit moins de quinze jours, l'inscription a été prise sur le registre spécial du greffe du tribunal de commerce. La difficulté provenait de ce qu'un créancier titulaire d'un nantissement de second rang invoqua la nullité de ce nantissement au motif que lors de l'acte de nantissement (le 1^{er} octobre 1990), le constituant n'était pas encore propriétaire du fonds de commerce qui n'a été acquis que le 2 octobre 1990. Confirmant l'arrêt d'appel, la Cour de cassation considéra que « *la nullité du nantissement d'un fonds de commerce appartenant à autrui est couverte lorsque, avant toute action en nullité, le*

enregistré. Mais en vue de son opposabilité aux tiers, il doit être inscrit sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce... ».

¹¹⁰⁶ TC Versailles, 28 juin 1950, *D.* 1950, p. 518, *JCP* 1952, II, 6670.

¹¹⁰⁷ L'enregistrement d'un acte non daté permet ainsi de faire courir le délai de 15 jours nécessaire à l'inscription de la sûreté. En ce sens, Cass. Com. 17 septembre 2002, *D.* 2002, 3 338, obs. L. AYNES, *RTD Com.* 2003, p. 57, obs. B. SAINTOURENS.

¹¹⁰⁸ En ce sens, E. CHEVRIER, obs. sous Cass. Com. 5 novembre 2002, n° 00-14885, *Bull. Civ. IV*, n° 159, *D.* 2003, AJ, p. 70 ; M. KEITA, obs. *JCP E*, 2003, n° 14, p. 616.

¹¹⁰⁹ G. ROUZET, « Le point sur la virgule dans l'article 10 de la loi du 17 mars 1909 », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges J. DERRUPPE, GLN Joly Litec, 1991, p. 365.

¹¹¹⁰ Cass. Com. 5 novembre 2002, *Bull. Civ. IV*, n° 159.

constituant devient propriétaire du fonds ». Par cette position, la chambre commerciale de la Cour de cassation soutient incidemment que le seul écrit donne naissance au nantissement sur fonds de commerce.

327. Dès lors qu'il est considéré que l'acte de nantissement, qu'il soit ou non enregistré, donne naissance au nantissement, l'inscription du nantissement au greffe du tribunal de commerce ne peut se voir affecter un rôle substantiel. L'inscription assure alors seulement l'opposabilité aux tiers du nantissement de fonds de commerce. Il est ainsi partagé par la plupart des auteurs que « *l'inscription de l'acte constitutif du nantissement est la seule condition qui soit exigée pour l'opposabilité aux tiers des droits du créancier nanti* »¹¹¹¹. Cette analyse s'inscrit alors dans le schéma du transfert de propriété *solo consensu*, où la constitution du droit est dissociée de son opposabilité aux tiers.

B) La constitution du nantissement de fonds de commerce par l'inscription issue de la lettre de l'article L. 142-3 du Code de commerce

328. Modalités de l'inscription. L'inscription du nantissement de fonds de commerce, dont le régime n'a pas été prévu par le législateur de 1909, s'effectue par le dépôt de la part du créancier d'un des exemplaires originaux de l'acte de nantissement, si celui-ci est sous seing privé, ou d'une expédition s'il s'agit d'un acte authentique dressé en minute. En même temps, il doit présenter deux exemplaires d'un bordereau rempli selon un imprimé préétabli en vertu d'un arrêté du 26 décembre 1955¹¹¹², qui contient des informations sur le bien grevé et sur la sûreté inscrite. Le greffier conserve un exemplaire qui sera enliassé et relié avec les autres pour constituer un registre ; il restitue le titre et l'autre exemplaire du bordereau après les avoir revêtus, dès leur réception, de la mention d'inscription.

329. Rôle constitutif de droit de l'inscription. L'enseignement selon lequel l'écrit, qu'il ait ou non date certaine, représente une condition de forme essentielle et suffisante à la formation du nantissement de fonds de commerce s'accommode mal de l'article L.142-3 du Code de commerce qui prescrit explicitement, en son alinéa 2^{ème}, que « *le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit par le seul fait de l'inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité* ». La formulation de ce second alinéa est ainsi des plus claires : le privilège,

¹¹¹¹ J. DERRUPPE, *op. cit.*, n° 92 ; P. et Ph. DIDIER *Droit commercial, T. 1^{er}, Introduction générale, L'entreprise commerciale*, éd. 2005, Economica, Coll. *Corpus droit privé*, n° 438 ; B. MERCADAL, *Ibid.*

¹¹¹² JO 27 décembre 1955.

autrement dit la sûreté réelle que représente le nantissement, naît de l'accomplissement de l'inscription au greffe du tribunal de commerce, destinée à protéger les créanciers¹¹¹³. Cet alinéa n'est, au demeurant, nullement contradictoire vis à vis du premier dans la mesure où celui-ci ne vise que le contrat de nantissement et non la sûreté réelle. Il s'ensuit, en définitive, que la thèse consistant à subordonner la constitution du nantissement à la convention entre le constituant et son créancier n'a pour seul argument que l'alinéa 1^{er} de l'article L. 142-4 du Code de commerce qualifiant cet acte « *d'acte constitutif* ». La faiblesse de cette position ne peut alors résister à la clarté de l'énoncé de l'alinéa 2^{ème} de l'article L. 142-3 du Code de commerce et il s'avère difficilement réfutable que l'inscription emporte en réalité constitution du nantissement de fonds de commerce en exécution de la convention conclue entre le constituant et le créancier. C'est, par ailleurs en ce sens qu'il convient d'entendre le mot « constitutif » contenu à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 142-4 du Code de commerce. Ce terme n'a d'autre sens que celui d'effectuer un renvoi à l'acte constitutif de la convention de nantissement entre les parties, qui sera nulle à défaut d'inscription dans le délai requis¹¹¹⁴.

330. *Appréhension doctrinale du rôle de l'inscription.* Si la jurisprudence n'a jamais consacré cette solution, rares sont les auteurs qui soulignent le rôle substantiel de l'inscription du nantissement de fonds de commerce. Ainsi, malgré qu'ils retiennent la date de l'écrit enregistré au titre de la validité du nantissement, Messieurs Levi et Sayag énoncent-ils que cet écrit et son enregistrement « *sont en réalité non suffisants puisqu'il faut en outre assurer la validité du gage à l'égard des tiers par une inscription* »¹¹¹⁵. Messieurs Simler et Delebecque relèvent, quant à eux, que « *pour être valablement constitué, le nantissement doit, d'abord, être constaté par un acte écrit ou sous seing privé et enregistré. Il doit, ensuite, être inscrit dans un registre spécial au greffe du tribunal de commerce...* »¹¹¹⁶. La formule, qui pourrait sur ce point être utilement précisée, paraît relever la substantialité de l'inscription du nantissement. Plus significativement, Messieurs Mestre, Putman et Billiau, constatent que la publicité est une condition de validité du

¹¹¹³ N. DISSAUX, *op. cit.*, n° 27.

¹¹¹⁴ C'est exactement la solution retenue en matière de gage sur stocks, où l'article L. 527-4 du Code de commerce dispose que « *le gage des stocks ne produit effet que s'il est inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal dans le ressort duquel le débiteur a son siège ou son domicile. L'inscription doit être prise à peine de nullité du gage dans le délai de quinze jours à compter de la formation de l'acte constitutif* ». Il est intéressant d'observer que la reconnaissance de l'effet constitutif de droit de l'inscription ne pose aucune difficulté en droit positif. A défaut d'inscription, non seulement le droit réel n'est pas constitué mais la convention de gage est également annulée. V. *supra* n° 350 et s.

¹¹¹⁵ A. LEVI et A. SAYAG, *op. cit.*, n° 690, p. 344.

¹¹¹⁶ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 717, p. 649.

nantissement de fonds de commerce¹¹¹⁷, de même que M. Gibirila selon lequel la publicité est une condition « *nécessaire et suffisante à l'existence du privilège du créancier nanti* »¹¹¹⁸.

331. *Influence du paradigme du transfert solo consensu.* La clarté de l'alinéa 2^{ème} de l'article L.142-3 du Code de commerce conduit à s'interroger sur les raisons motivant l'interprétation selon laquelle le nantissement de fonds de commerce procède de la convention entre les parties, que cette dernière ait ou non été enregistrée. L'explication est certainement à rechercher dans la conception consensualiste de l'acquisition des droits réels. La règle de l'acquisition *solo consensu* de la propriété est si fermement ancrée dans les esprits qu'il apparaît de bonne analyse d'affirmer que le nantissement de fonds de commerce naît de la seule convention entre les parties, à partir de la mention de l'acte constitutif figurant à l'article L. 142-4 du Code de commerce. L'absence de dépossession régissant le nantissement de fonds de commerce a par ailleurs vraisemblablement contribué à entretenir cette idée. Pour autant, l'analyse paraît tout de même procéder d'une lecture quelque peu forcée des textes car elle fait peu de cas de la clarté de la lettre de l'article L. 142-3 du Code de commerce, où il est clairement indiqué que le privilège, autrement dit la sûreté réelle, naît de l'accomplissement de l'inscription du nantissement. Ainsi, le rôle substantiel de l'inscription au titre de la validité du nantissement du fonds de commerce est le plus souvent ignoré par la jurisprudence et la doctrine dominante. Pourtant, le nantissement de fonds de commerce s'acquiert, non pas par la convention conclue entre les parties, mais par une inscription portant à la connaissance des tiers l'acte d'aliénation qu'est la constitution d'un droit réel.

332. *Constitution du nantissement par une tradition.* Bien qu'elle n'ait pas eu beaucoup d'illustration historique en matière de sûretés réelles¹¹¹⁹, le rôle de la tradition réelle doit être relevé lors de la formation du nantissement de fonds de commerce. En effet, la constitution de la sûreté repose sur l'inscription, c'est-à-dire un mécanisme en l'application duquel le droit du créancier s'acquiert par l'extériorisation du transfert de l'avantage procuré par la valeur d'échange du bien concerné, en cas de défaillance de son débiteur. C'est en cela que l'inscription s'assimile à un procédé constitutif d'une tradition,

¹¹¹⁷ J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin, Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 969, p. 409.

¹¹¹⁸ D. GIBIRILA, *Juris-classeur Banque, crédit, bourse*, éd. 2009, fasc. 760, « Sûreté portant sur le bien d'autrui », n° 66.

¹¹¹⁹ Le seul exemple concerne la formation du gage en droit romain. Sur ce point, v. *supra* n° 316.

c'est-à-dire un procédé qui n'est pas tant centré sur la remise matérielle de la chose - ou des avantages procurés par celle-ci - que sur la projection de cette remise auprès des tiers afin de garantir leur sécurité juridique. Cette finalité sécuritaire justifie l'effet acquisitif de droit attaché à l'inscription en matière de nantissement de fonds de commerce.

§2) La constitution du nantissement de films cinématographiques par l'inscription

333. La situation du nantissement de films cinématographiques est identique à celle du nantissement de fonds de commerce. L'examen de la lettre de l'article 124-1 du Code du cinéma et de l'image animée (A) révèle que « *le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit sans dépossession du seul fait de l'inscription* ». Pourtant, il est préféré en doctrine et en jurisprudence une position où l'inscription assure l'opposabilité *erga omnes* du droit constitué par la convention (B).

A) La lettre de l'article 124-1 du Code du cinéma et de l'image animée

334. *Substantialité de l'inscription au Centre national de la cinématographie.* La spécificité et la complexité du film, prenant la forme tant d'un bien corporel, pour les négatifs et les copies, qu'incorporel, pour les droits d'auteurs, nécessita la consécration d'une sûreté spécifique, proche de l'hypothèque mobilière¹¹²⁰. Embrassant tous les droits dont le film peut être l'objet, ce nantissement sans dépossession fut organisé par la loi du 22 février 1944¹¹²¹ et son décret d'application du 29 février 1944¹¹²², avant d'être codifié récemment avec l'ordonnance n° 2009-901 du 24 juillet 2009, au sein du Code du cinéma et de l'image animée. Compte tenu de l'étendue de l'assiette de la sûreté, l'écrit occupe une place importante dans la constitution du nantissement de sorte que les parties devront prendre soin d'en déterminer exactement l'objet à travers un acte authentique ou sous seing privé. L'ancien article 33 du Code de l'industrie cinématographique, devenu l'article L. 123-1 du Code du cinéma et de l'image animée, prévoit, au sein du Chapitre III traitant des « *inscriptions et publication des actes, conventions et jugements* », la publicité de cette convention, à travers une inscription prise au Centre national de la cinématographie.

¹¹²⁰ Un auteur l'a qualifiée d' « *hypothèque mobilière mâtinée de gage* », C. MONNERIE, « Mise en perspective du nantissement cinématographique : tentative d'identification entre théorie et pratique », *Communication, Commerce électronique*, n° 5, Mai 2006, Etude 12.

¹¹²¹ JO du 19 février 1944 ; JCP 1944, III, 8327.

¹¹²² JCP 1944, III, 8332.

Cette dernière représente « *l'épine dorsale* » du système¹¹²³. L'inscription est ainsi généralement requise pour nombre d'opérations sur des films cinématographiques, telles les conventions relatives à leur distribution, les cessions d'antériorité, les apports en société ou les concessions de droits mais également toutes les constitutions de nantissement¹¹²⁴. L'article L. 123-1 précise *in fine* qu'à défaut, les droits issus de ces actes et conventions sont inopposables aux tiers. *A priori*, cette précision peut sembler indiquer que le nantissement sur films naît de la seule convention.

335. Néanmoins, tandis qu'à défaut de publicité, la convention de nantissement n'est opposable qu'entre les parties, la constitution du privilège naît de l'inscription sur le registre public. Ainsi, le chapitre IV du Code du cinéma et de l'image animée traitant spécialement du « *privilège et de la réalisation du nantissement* » prévoit à l'article L. 124-1 que « *le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit sans dépossession du seul fait de l'inscription visée à l'article 33* ». La formule n'est pas sans rappeler celle figurant à l'article L. 142-3 du Code de commerce en matière de nantissement de fonds de commerce¹¹²⁵. Il ressort ainsi de la combinaison des articles L. 123-1 2° et L. 124-1, que le Code du cinéma et de l'image animée distingue nettement la conclusion du contrat de nantissement et la sûreté réelle y afférente, laquelle n'est constituée que par l'inscription sur le registre prévu. L'article L. 124-1 déroge en réalité à l'article L. 123-1 *in fine* sur la question de l'opposabilité des droits issus des conventions sur films cinématographiques énumérées par cette dernière disposition pour le cas particulier du nantissement. En effet, si le nantissement n'est constitué qu'avec l'accomplissement des formalités de publicité¹¹²⁶, aux termes de l'article L. 124-1, cela ne signifie pas pour autant qu'il en aille de même pour les autres situations où l'inscription est également requise, telle, par exemple, la publicité des concessions de droit, celle des délégations de recettes ou des accords de distribution. En pareils cas, l'article L. 123-1 *in fine* est bien entendu applicable en ce sens que la publicité conditionne l'opposabilité aux tiers de la convention conclue. L'analyse est partagée par Messieurs Mestre, Putman et Billiau, lorsqu'ils énoncent que « *l'accomplissement de la formalité de publicité devrait rationnellement toujours constituer une condition de validité de la sûreté, mais à l'exception du nantissement de fonds de commerce et de films, le droit positif s'oriente vers une simple*

¹¹²³ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 814, p. 612.

¹¹²⁴ Art. L. 123-1 2° du Code du cinéma et de l'image animée.

¹¹²⁵ V. *supra* n° 329.

¹¹²⁶ C. MONNERIE, art. préc., n° 2.

inopposabilité aux tiers »¹¹²⁷. Ainsi, pour les auteurs, l'inscription représente une condition de validité du nantissement de films cinématographiques, à l'instar du nantissement de fonds de commerce. Cependant, la doctrine réfute majoritairement cette lecture des textes, ce qui est critiquable.

B) Critique de l'analyse jurisprudentielle et doctrinale de l'article 124-1 du Code du cinéma et de l'image animée

336. Influence du paradigme du transfert solo consensu. Malgré les termes relativement clairs de l'article L. 124-1 du Code du cinéma et de l'image animée¹¹²⁸, la doctrine s'est interrogée sur le rôle que joue l'inscription du nantissement. La plupart des auteurs ne voit pas dans l'inscription une condition de validité du nantissement et estiment que, dans les rapports entre les parties, le nantissement se forme en dehors de toute publicité, laquelle ne représente qu'une condition d'opposabilité aux tiers¹¹²⁹. A l'appui de cette analyse, il est tout d'abord un argument, que de se prévaloir du régime du gage de droit commun selon lequel l'inscription constitue, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, un moyen, avec la dépossession, assurant l'opposabilité aux tiers de la convention de gage¹¹³⁰. L'argument revêt, par ailleurs, plus de relief, avec l'affaiblissement de la dépossession dont a fait l'objet le régime du gage, le rapprochant ainsi des sûretés réelles sans dépossession. Ainsi, à l'instar du gage sur meubles corporels, l'inscription du nantissement sur films cinématographiques n'aurait vocation qu'à servir l'opposabilité d'un droit constitué par la convention, ce qu'a confirmé par ailleurs récemment la Cour de cassation¹¹³¹. Le schéma consensualiste selon lequel le droit réel, droit opposable à tous, est distinct de son

¹¹²⁷ J.MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 968, p. 406.

¹¹²⁸ *Contra*. M. CABRILLAC, « Gage, Formes particulières de gage commercial », *Juris Classeur commercial*, Fasc. 375, éd. 1996, n° 88, indiquant que l'article L. 124-1 du Code ne « permet pas de trancher le problème avec certitude ».

¹¹²⁹ En ce sens, G. LYON-CAEN et P. LAVIGNE, *Traité théorique et pratique du droit du cinéma*, LGDJ, éd. 1957, n° 566 ; M.CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 815, p. 612 : « le nantissement est constitué par le producteur du film ; un écrit est nécessaire pour permettre la publicité qui le rend opposable aux tiers » ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 722, p. 653 : « les parties rédigent un écrit constatant la constitution de la sûreté qu'elle vont ensuite faire inscrire sur un registre public ». Comp. toutefois, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, obs. sous Cass. Com. 23 octobre 2012, *JCP E* n° 22, 30 mai 2013, 1314, n° 18, qui indiquent qu'« une fois ces formalités faites, le créancier nanti jouit d'un droit de préférence et d'un droit de suite et bénéficie, ce qui est plus important pour lui, d'un droit direct sur les recettes, présentes et à venir, produites par l'exploitation du film ».

¹¹³⁰ Art. 2337 du Code civil.

¹¹³¹ Cass. Com. 23 octobre 2012, n° 11-23.599, 1033, *JurisData* n° 2012-023945, *Dr. et patrimoine* févr. 2013, p. 92, obs. Ph. DUPICHOT, *JCP E* n° 22, 30 mai 2013, 1314, n° 18, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE : « ...si la publication au registre public du cinéma et de l'audiovisuel rend la délégation ou la cession opposable aux tiers sans qu'il soit besoin d'une notification, cette opposabilité ne vaut que pour les délégations ou cessions publiées, de sorte qu'une délégation ou une cession sur un débiteur ne figurant pas dans la publication ne lui est pas opposable, sauf notification directe à ce débiteur avant qu'il ait réglé ... ».

opposabilité aux tiers, représente l'explication à l'analyse généralement admise en doctrine de l'article L. 124-1. A l'instar du droit de propriété, le droit réel que représente le nantissement de films cinématographiques peut naître par le seul effet de l'accord des volontés, indépendamment de son opposabilité *erga omnes*. Il n'en reste pas moins que cette interprétation prend ses distances vis-à-vis de la lettre de l'article 124-1 du Code du cinéma et de l'image animée, lequel abonde, au contraire dans le sens du constat de l'effet constitutif de droit de l'inscription de la sûreté au Centre national de la cinématographie.

337. *Validation de l'effet constitutif de l'inscription.* Pour certains auteurs, l'inscription du nantissement de films cinématographiques est constitutive de droit¹¹³² dans la mesure où il est nécessaire de considérer la nature incorporelle des droits pouvant faire l'objet de cette sûreté. Tandis que les choses corporelles existent par elles-mêmes, les choses incorporelles n'existent que « *du jour où elles sont juridiquement reconnues* »¹¹³³. L'incorporalité du film justifie ainsi que la publicité soit associée au processus de constitution du nantissement, en raison de la reconnaissance qu'elle implique chez les tiers. Cependant, cette analyse ne justifie pas pourquoi le nantissement est pareillement constitué par l'inscription lorsque son assiette n'est constituée que de biens corporels, avec les négatifs et les copies, mais présente le mérite de reconnaître le rôle substantiel de l'inscription et de respecter ainsi la lettre de l'article L. 124-1 du Code du cinéma et de l'image animée. Il semble néanmoins qu'il faille davantage considérer que l'exigence de l'inscription au titre de la constitution du nantissement de films cinématographiques procède avant tout de la volonté de subordonner la constitution de la sûreté réelle à un procédé d'extériorisation et ce, indépendamment de la nature de l'assiette de la garantie.

338. *Assimilation de l'inscription à une tradition.* A l'instar de l'inscription du nantissement de fonds de commerce¹¹³⁴, l'inscription du nantissement sur films cinématographiques constitue un procédé destiné à informer les tiers de l'opération translatrice. Cette publicité ne peut être accomplie que si la convention a donné lieu à la rédaction d'un écrit, à travers un acte sous seing privé ou authentique. Les formalités de publicité consistent dans le dépôt au Centre national de la cinématographie, par la partie la plus diligente, de deux exemplaires, expéditions ou copies conformes à l'acte de nantissement. Le registre public est destiné à assurer la publicité des conventions

¹¹³² J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 969, p. 410.

¹¹³³ J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 969, p. 409.

¹¹³⁴ V. *supra* n° 329.

mentionnées à l'article 123-1 du Code du cinéma et de l'image animée, dont fait partie le nantissement de films¹¹³⁵. A cette fin, l'article L. 125-1 prévoit que le Conservateur des registres du cinéma et de l'audiovisuel délivre à tous ceux qui le requièrent copie ou extrait des énonciations portées au registre public du cinéma et de l'audiovisuel, ou au registre des options¹¹³⁶, et des pièces remises à l'appui des inscriptions ou des publications ou un certificat s'il n'existe pas d'inscription ou de publication. Au travers de ses modalités, il est évident que l'inscription du nantissement de films cinématographiques, à l'instar d'une tradition réelle, extériorise l'opération translative sur laquelle repose la constitution du nantissement. Son effet constitutif de droit doit donc logiquement s'inscrire dans le cadre de la règle de la constitution du droit réel *sola traditione*.

Section 2^{ème} Les manifestations consacrées

339. A la différence des situations qui précèdent, et à vrai dire sans grande cohérence, un effet constitutif de droit est clairement reconnu à l'inscription¹¹³⁷ en présence de la formation du nantissement de parts de sociétés civiles (§1) ainsi qu'en présence du gage sur stocks (§2).

§1) La constitution du nantissement de parts de sociétés civiles par l'inscription

340. Il est établi que le nantissement de parts de sociétés civiles procède de son inscription sur un registre. L'inscription du nantissement affiche ainsi un effet constitutif de droit parce qu'elle est associée à une dépossession du constituant, laquelle a longtemps représenté une condition d'existence du nantissement de créances (A). Pourtant cette analyse comporte des insuffisances qui conduisent à préférer l'idée selon laquelle l'effet constitutif de droit réel attaché à l'inscription s'explique essentiellement par l'extériorisation de l'opération translative (B). Cette perspective équivaut à assimiler l'inscription à une tradition des droits du créancier nanti.

¹¹³⁵ L'état des inscriptions est, depuis peu, consultable en ligne sur le site officiel du Centre national de la cinématographie : www.cnc.fr.

¹¹³⁶ Registre créé par l'ordonnance n° 2005-652 du 6 juin 2005 (JO 7 juin 2005).

¹¹³⁷ La constitution de la sûreté réelle est parfois tributaire d'une simple notification à une tierce personne, comme c'est le cas avec le nantissement de compte d'instruments financiers. V. art. L. 211-20 du Code monétaire et financier : « le nantissement d'un compte-titres est réalisé, tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers, par une déclaration signée par le titulaire du compte ».

A) Le rôle de l'inscription dans la constitution du nantissement

341. Effet constitutif de droit de l'inscription du nantissement. Le nantissement de parts de sociétés civiles est prévu par l'article 1866 du Code civil et fut initialement organisé autour de l'ancien article 2075 du Code civil. Ainsi, le nantissement se constituait au moyen d'un écrit et d'une signification à la société, à laquelle pouvait se substituer l'acceptation de cette dernière dans un acte authentique. La loi du 4 janvier 1978¹¹³⁸ bouleversa cet état des choses en modifiant l'article 1866 alinéa 2^{ème}, lequel dispose dorénavant que « *les parts sociales peuvent faire l'objet d'un nantissement constaté soit par acte authentique, soit par acte sous signatures privées signifié à la société ou accepté par elle dans un acte authentique et donnant lieu à une publicité dont la date détermine le rang des créanciers nantis* ». Désormais, le nantissement requiert une formalité supplémentaire, à travers une mesure de publicité au registre du commerce et des sociétés¹¹³⁹, dont la portée est susceptible d'interprétations diverses. Schématiquement, deux analyses sont envisageables. La première est d'estimer que la formalité, sans revêtir de caractère substantiel, ne fait qu'intéresser l'opposabilité aux tiers de la sûreté déjà constituée par la rédaction de l'écrit. Une autre, à l'inverse, est de considérer que la publicité est nécessaire à la constitution du nantissement. Un argument fort abonde dans le sens de cette seconde analyse qui est préférable. En prescrivant que le « *privilege du créancier gagiste subsiste sur les droits sociaux nantis, par le seul fait de la publication du nantissement* », l'alinéa 2^{ème} de l'article 1866, qui n'a pas été modifié par la réforme du droit des sûretés en 2006, confère à l'inscription un effet constitutif évident. Malgré quelques dissonances jurisprudentielles¹¹⁴⁰, la doctrine enseigne généralement que l'exigence de la publicité au registre du commerce et des sociétés doit être perçue comme une condition essentielle du nantissement de parts de sociétés civiles¹¹⁴¹. Par conséquent, la constitution du droit réel que représente le nantissement est subordonnée à un processus de transcription, en constituant la « *pierre angulaire* »¹¹⁴². La nécessité d'un agrément, en raison de la prise en compte de l'*intuitu personae*, n'y change rien tant cette procédure¹¹⁴³,

¹¹³⁸ M. VION, « Bref aperçu de la loi du 4 janvier 1978 relative au contrat de société, à la société civile et à la société en participation », *Deffrénois* 1993, art. 35596, p. 881 et s.; Y. CHARTIER, « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *JCP N*, 1978, n° 327 et s.

¹¹³⁹ Les modalités sont fixées par les articles 53 à 57 du décret n° 704 du 3 juillet 1978.

¹¹⁴⁰ CA Paris 5 janvier 1990, *D.* 1990, p. 422, obs. J. -Cl. GROSLIERE, jugeant que les formalités de publicité déterminent seulement le rang des créanciers.

¹¹⁴¹ V. *infra* n° 343.

¹¹⁴² J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILIAU, *op. cit.*, n° 953, p. 394.

¹¹⁴³ Art. 1867 C. Civ.

comparable à celle ayant cours en cas de cession des parts, ne représente qu'un accord préalable sur un projet de nantissement dont l'aboutissement s'effectue avec la constitution du nantissement par un écrit signifié à la société et une publicité au registre du commerce et des sociétés.

342. *Le modèle du nantissement de créances de l'ancien article 2075 C. Civ.* A défaut de dispositions spécifiques, le nantissement de parts sociales de sociétés civiles a été initialement coulé dans la catégorie des gages avec dépossession. Cependant, les difficultés suscitées par la dépossession ont représenté un obstacle majeur à la reconnaissance de cette sûreté. C'est la raison pour laquelle la dépossession de la sûreté fut calquée sur l'ancien article 2075 du Code civil, relatif au nantissement des créances¹¹⁴⁴. L'enseignement dominant de cette disposition était favorable à la reconnaissance du caractère substantiel de la signification du nantissement au débiteur de la créance nantie¹¹⁴⁵. Trolong justifiait déjà au 19^{ème} siècle cette analyse par le fait que la signification constitue le genre de prise de possession propre au transport des meubles incorporels¹¹⁴⁶. La même analyse de la signification était effectuée par Planiol et Ripert, selon lesquels « *c'est la signification au débiteur de la créance engagée qui met le créancier gagiste en possession de cette créance à lui affectée comme garantie* »¹¹⁴⁷ ainsi que la plupart des auteurs¹¹⁴⁸. La signification marque l'instant où naît le droit réel, d'autant plus que la Haute Cour paraît avoir dorénavant renoncé à y ajouter la condition de la remise du titre constatant la créance. La jurisprudence était assez clairement fixée en ce sens, et appréhendait la signification en tant que condition de validité du nantissement de créances¹¹⁴⁹, distincte d'une simple mesure de publicité. La dépossession du constituant

¹¹⁴⁴ Avant la réforme du 23 mars 2006, l'ancien article 2075 du Code civil mentionnait que « *lorsque le gage s'établit sur des meubles incorporels tels que les créances mobilières, l'acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré est signifié au débiteur de la créance donnée en gage, ou accepté par lui dans un acte authentique* ».

¹¹⁴⁵ Comp. avec le nouvel art. 2362 du Code civil, lequel substitue une notification à la signification du nantissement et en fait une condition d'opposabilité au débiteur de la créance engagée.

¹¹⁴⁶ TROPLONG, *Le droit civil expliqué, op. cit., Du nantissement et de l'antichrèse*, commentaire du Titre XVIII, livre III, du Code civil, Paris, éd. 1847, n° 265 : « (...) il a toujours été de règle qu'en droit français que le simple transport ne saisit pas et que c'est par la signification que le créancier prend possession extérieure de son droit ».

¹¹⁴⁷ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, par E. Becqué, T. XII, 2^{ème} éd., 1953, n° 94.

¹¹⁴⁸ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 790, p. 597 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 819, p. 255 ; P. CROCQ, *Répertoire civil Dalloz*, « Nantissement », 2000, n° 22 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 660, p. 594. *Contra*. D LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, Préface Ph. REMY, *Economica*, 1986, n° 63, p. 40.

¹¹⁴⁹ Cass. Com. 23 janvier 2001, n° 98-10974, *Bull. Civ. I*, n° 20, D. 2001, AJ, p. 779, obs. A. LIENHARD, *JCP* 2001, I, 315, n° 17, obs. Ph. DELEBECQUE : « *le gage qui porte sur des meubles incorporels ne confère de droit réel au créancier gagiste qu'autant que l'acte conclu entre les parties a été enregistré puis signifié au débi-*

s'effectue par la signification du nantissement au débiteur de la créance engagée, privant ainsi le constituant du recouvrement de sa créance. C'est pourquoi, il était généralement admis que la signification, en faisant perdre au constituant sa maîtrise de fait sur sa créance, s'assimilait à une dépossession de celle-ci.

343. Application au nantissement des parts de sociétés civiles. Le même raisonnement fut adopté pour le nantissement des parts de sociétés civiles et l'accomplissement de la signification du nantissement à la société assurait la dépossession du constituant. Après avoir soutenu que la remise de la chose devait être nécessairement remplacée par la remise du titre¹¹⁵⁰, la Cour de cassation, sous l'impulsion de certains juges du fond¹¹⁵¹ et de la doctrine¹¹⁵², estima, que la remise du titre n'est pas nécessaire à la dépossession, lorsqu'elle est matériellement impossible, comme c'est le cas lorsque le nantissement n'a fait l'objet d'aucun écrit¹¹⁵³. Cependant, la loi du 4 janvier 1978, en consacrant des dispositions spécifiques au nantissement de parts de sociétés civiles, rajouta une formalité substantielle supplémentaire à travers l'inscription au registre du commerce et des sociétés. La coexistence entre la signification et l'inscription sema le trouble¹¹⁵⁴. S'il est toujours admis que la sûreté appartient à la catégorie des sûretés réelles avec dépossession en raison de la similitude rédactionnelle de l'alinéa 2^{ème} de l'article 1866 avec l'ancien article 2076 du Code civil¹¹⁵⁵, tous les auteurs ne sont pas d'accord sur le rôle joué par chacune de ces formalités. MM. Simler et Delebecque indiquent que « *la publicité au registre du commerce et des sociétés est en réalité à considérer comme une forme de dépossession* » du nantissement¹¹⁵⁶, conformément à l'enseignement dominant¹¹⁵⁷. En

teur de la créance gagée ou acceptée par lui dans un acte authentique ». Déjà, Cass. Com. 28 janvier 1997, n° 94-20554, *Bull. Civ. IV*, n° 35, *JCP* 1997, II 22791, rapport de J.-P. REMERY et I, 4029, n° 6, obs. M. CABRILLAC, *D. Affaires* 1997, p. 382, *RJDA* 5/ 1997, n° 705, *Dr. sociétés* mars 1997, p. 16, *D.* 1998, somm. p. 140, obs. M.-N. JOBARD-BACHELLIER.

¹¹⁵⁰ Cass. Req. 11 juin 1846, *DP* 1846, 1, 252 ; Cass. Civ. 13 avril 1859, *DP* 1859, 1, 167 ; Cass. Civ. 20 janvier 1886, *DP* 1886, 1, 406, *S.* 1886, 1, 305, note LYON-CEAN ; Cass. Req. 13 mars 1888, *DP* 1888, 1, 351, *S.* 1888, 1, 302 ; Cass. Civ. 19 février 1894, *DP* 1894, 1, 420 ; Cass. Civ. 18 mai 1898, *DP* 1900, 1, 481, note SARRUT, *S.* 1898, 1, 433, note LYON-CEAN ; Cass. Civ. 27 janvier 1908, *DP* 1910, 1, 522, *S.* 1910, 1, 537.

¹¹⁵¹ CA Douai, 19 avril 1956, *D.* 1956, p. 343.

¹¹⁵² V. les critiques formulées par P.-E. AVRIL, *Principes et caractères juridiques de la constitution du gage sur meubles incorporels*, thèse Grenoble 1898, n° 39 et s. La position de la jurisprudence induisait qu'une créance non constatée par écrit ne pouvait être donnée en gage.

¹¹⁵³ Cass. Civ. 1^{ère} 10 mai 1983, n° 81-11705 81-12410, *Bull. Civ. I*, n° 141, *D.* 1984, 433, note LIEGER, *Defrénois* 1983, art. 33161, p. 1394, note S. PIEDELIEVRE, *D.* 1984, IR, p. 82, obs. VASSEUR.

¹¹⁵⁴ C. LISANTI-KALCZYNSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, Préface F. PEROCHON, Litec, *Bibl. de droit de l'entreprise*, 2001, n° 108.

¹¹⁵⁵ L'ancien article 2076 du Code civil, à l'instar de l'alinéa 2^{ème} de l'article 1866, évoquait que le gage sur meubles corporels de droit commun ne subsistait, autrement dit n'était constitué, qu'avec la dépossession.

¹¹⁵⁶ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 660, p. 594, note 3.

conséquence, l'inscription au registre du commerce et des sociétés est envisagée comme une condition de validité du nantissement car elle s'assimile à la dépossession du constituant requise par les anciens articles 2074 et 2075 du Code civil, applicables au gage de droit commun, dont elle tire sa substantialité. D'autres auteurs, en revanche, considèrent que l'inscription ne fait que conforter la signification du nantissement à la société, sans pour autant emporter intrinsèquement dépossession des parts sociales¹¹⁵⁸. La doctrine est ainsi divisée entre une fonction constitutive ou confortative de la publicité du nantissement de parts au registre du commerce et des sociétés. Dans les deux cas, il est cependant admis que l'inscription concourt à une dépossession du constituant qui permet la constitution de la sûreté. Ce raisonnement, basé sur la notion de dépossession, présente pourtant des insuffisances qui conduisent à rechercher une autre justification de l'effet constitutif de droit attaché à l'inscription du nantissement de parts de sociétés civiles.

B) L'assimilation de l'inscription du nantissement de parts à une tradition

344. Les insuffisances de la justification classique du rôle majeur joué par l'inscription dans la constitution du nantissement de parts (1) conduisent à préférer un raisonnement mettant en avant l'extériorisation de l'opération translative et rapprochant ainsi l'inscription de la notion de tradition (2).

1) Les obstacles à l'assimilation de l'inscription à une dépossession du constituant

345. *Des obstacles décisifs.* Trois écueils principaux s'opposent à la considération selon laquelle l'inscription du nantissement de parts de sociétés civiles emporte une dépossession du constituant.

346. En premier lieu, il convient d'observer que cette analyse de l'alinéa 2^{ème} de l'article 1866 du Code civil est surannée dans la mesure où l'évolution du droit des sûretés réelles, depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006, s'est faite dans le sens d'un affaiblissement du rôle substantiel de la dépossession¹¹⁵⁹ et de la notion de contrat réel en

¹¹⁵⁷ En ce sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 790, p. 596, soulignant que le législateur « a manifestement entendu assigner à cette publicité le rôle de la dépossession, comme en témoigne l'alinéa 2^{ème} de l'article 1866 où l'on retrouve l'écho de l'ancien article 2076 » ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *op. cit.*, p. 395 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, T. III, *Sûretés, Publicité foncière*, *op. cit.*, n° 91-3, p. 171.

¹¹⁵⁸ C. LISANTI-KALCZYNSKI, *op. cit.*, n° 106, p. 87.

¹¹⁵⁹ Seul le gage immobilier paraît conférer à la dépossession un rôle constitutif de droit à travers l'article 2387 du Code civil : « le gage immobilier est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation ; il emporte dépossession de celui qui le constitue ». En ce sens, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 364, p. 353.

matière de gage de droit commun. En particulier, les articles 2074, 2075 et 2076 du Code civil, sur la base desquels on fondait l'idée d'une dépossession du constituant du nantissement de parts sociales, ont été abrogés à cette occasion. L'assimilation de l'inscription du nantissement de parts de sociétés civiles à une dépossession représenterait donc aujourd'hui un anachronisme juridique.

347. En second lieu, la réalité d'une dépossession du constituant soulève des interrogations. En effet, les prérogatives du créancier nanti sur les parts d'une société civile sont très limitées et ne semblent pas pouvoir s'assimiler au bénéfice d'une dépossession du constituant. En effet, les articles 1867 et 1868 du Code civil n'évoquent que l'articulation de la réalisation forcée de l'objet du nantissement¹¹⁶⁰, en cas de défaillance du débiteur, avec la procédure d'agrément nécessaire des associés. Ils ne fixent pas les modalités d'une éventuelle dépossession, avant la réalisation de l'assiette du nantissement, consécutive à l'exercice du droit de préférence du créancier. Alors que le créancier qui bénéficiait d'un nantissement de créances sous l'ancien article 2075 du Code civil, profitait d'une véritable dépossession du constituant, à travers le règlement sur un compte spécial du débiteur de la créance engagée, devenue exigible avant la créance nantie, il en va différemment du nantissement de parts sociales de sociétés civiles puisque le créancier ne profite pas alors d'une pleine « dépossession » dans la mesure où le constituant continue d'exercer ses droits patrimoniaux sur les parts sociales nanties. Cette solution provient de la particularité des parts sociales dont la propriété emporte non seulement l'attribution de la qualité d'associé mais également celle, corrélative, de droits propres¹¹⁶¹, politiques, financiers et patrimoniaux au sein de la société émettrice. La diversité et la complexité des droits conférés par la qualité d'associé rendent en définitive impossible la mise en œuvre d'une pleine et entière dépossession des parts sociales. Par conséquent, il n'apparaît pas envisageable d'assimiler l'inscription du nantissement de parts de sociétés civiles à une dépossession.

348. En troisième et dernier lieu, l'article 1866, en son alinéa 1^{er} énonce que la date de l'inscription détermine le rang entre les créanciers nantis, ceux dont les titres sont publiés le même jour venant en concurrence. Cette précision, issue de la loi du 4 janvier 1978,

¹¹⁶⁰ L'article 1867 du Code civil organise une procédure d'agrément préalable des associés à un « *projet de nantissement* » qui produira effet en cas d'exercice ultérieur du créancier de son droit de préférence. L'article 1868 vise, au contraire, le cas de l'agrément en l'absence d'agrément préalable des associés au nantissement.

¹¹⁶¹ Attributs essentiels attachés à la qualité d'associé dont celui-ci ne saurait être dépouillé.

laisse entendre que plusieurs créanciers peuvent procéder à des inscriptions sur les parts sociales concernées et s'oppose ainsi à toute dépossession. Sous cet angle, le nantissement de parts de sociétés civiles s'assimile à une hypothèque mobilière, étranger à toute dépossession. C'est la raison pour laquelle certains auteurs, souhaitant maintenir le nantissement dans le giron du gage avec dépossession, estiment que la publicité ne fait que conforter la dépossession s'effectuant par la signification de la sûreté auprès de la société¹¹⁶². Le raisonnement apparaît néanmoins davantage justifié par le souhait de conserver la proximité initiale entre le gage avec dépossession et le nantissement de parts de sociétés civiles. En réalité, l'avènement, à travers la loi du 4 janvier 1978, de l'inscription dans le processus de constitution du nantissement de parts de sociétés civiles a profondément bouleversé la nature même de la sûreté réelle. D'une sûreté avec dépossession, elle est devenue, bien avant la réforme de 2006, une sûreté sans dépossession et ce malgré le maintien injustifié d'une référence à la signification du nantissement à la société. Le nantissement de parts de sociétés civiles se trouve aujourd'hui parfaitement en phase avec l'évolution actuelle du droit des sûretés réelles mobilières.

2) L'information des tiers, véritable fondement de l'effet constitutif de l'inscription

349. Une « tradition » du nantissement au profit du créancier. Le nantissement de parts de sociétés civiles se constitue au moyen d'un procédé dont la finalité est avant tout d'informer les tiers. En effet, le nantissement, en raison de l'inscription dont il fait l'objet au registre du commerce et des sociétés, bénéficie d'une portée générale. Comme pour le nantissement de fonds de commerce¹¹⁶³, toute personne intéressée peut prendre connaissance de l'état des inscriptions de la société concernée. Cette situation se justifie par le contenu de l'information communiquée aux tiers. En effet, comme toute sûreté réelle, la constitution du nantissement de l'article 1866 du Code civil repose sur une transmission de la valeur d'échange des parts sociales au profit du créancier, dont celui-ci ne pourra cependant user dans le cadre de l'exercice de son droit de préférence qu'en cas de défaillance du constituant¹¹⁶⁴. L'importance de cette information de nature patrimoniale explique qu'elle soit communiquée généralement aux tiers, en particulier dans la mesure où cette situation est susceptible d'affecter leur droit de gage général. Ainsi s'explique que

¹¹⁶² C. LISANTI-KALCZYNSKI, *op. cit.*, n° 106, précité.

¹¹⁶³ V. *supra* n° 329.

¹¹⁶⁴ V. *supra* n° 303.

le nantissement de parts de sociétés civiles se constitue par l'accomplissement d'un procédé en réalité essentiellement informatif. L'accomplissement de cette publicité est destiné à rendre la sûreté opposable *erga omnes*, et prend ainsi indéniablement ses distances vis-à-vis de la règle de l'acquisition du droit de propriété *solo consensu*. En cela, la publicité de ce nantissement représente une manifestation positive de la notion de tradition réelle.

§2) La constitution du gage sur stocks par l'inscription

350. Le problème qui précède ne se pose pas en présence d'un gage sur stocks dans la mesure où celui-ci est une sûreté réelle sans dépossession. Il n'y a donc pas lieu à s'interroger sur l'éventuelle influence d'une dépossession du constituant dans le processus de constitution de la sûreté. Il n'en demeure pas moins que la formation de la sûreté est subordonnée à l'accomplissement d'une inscription sur un registre public. Il convient alors de s'interroger sur la raison d'être du mécanisme constitutif que représente l'inscription. Ainsi, après avoir relevé le rôle constitutif de droit réel de l'inscription du gage A), il conviendra de conclure à l'assimilation de l'inscription à une tradition réelle (B).

A) Le rôle constitutif de l'inscription du gage

351. *Gage sans dépossession.* L'ordonnance du 23 mars 2006 a institué une nouvelle sûreté mobilière sans dépossession à travers le gage sur stocks¹¹⁶⁵. Bien que les dispositions soient logées dans le Code de commerce aux articles L. 527-1 et suivants, cette sûreté n'est pas de nature commerciale et est destinée à garantir des crédits accordés à des professionnels personnes physiques ou morales. Le gage porte sur les stocks de matières premières, les approvisionnements et les marchandises du débiteur et opère sans dépossession au profit et au seul profit des établissements de crédit¹¹⁶⁶. Afin de ne pas perturber l'exploitation de l'entreprise du constituant, une inscription est substituée à la dépossession. Ainsi, la constitution de ce nouveau gage est simple et repose sur un écrit sous seing privé comportant certaines mentions prévues à l'article L. 527-1 du Code de commerce, prévu à peine de nullité. Au caractère substantiel de l'écrit s'ajoute celui de la

¹¹⁶⁵ P. BOUTEILLER, « Le gage de stocks de biens ou de marchandises », *JCP E* 2006, 808 ; D. LEGEAIS, « Gage sur stocks », *RTD Com.* 2006, 639.

¹¹⁶⁶ C. Com. art. L. 527-1.

publicité qui doit être effectuée, en application du décret du 23 décembre 2006¹¹⁶⁷. En effet, l'article L. 527-4 du Code de commerce dispose que « *le gage des stocks ne produit effet que s'il est inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal dans le ressort duquel le débiteur a son siège ou son domicile. L'inscription doit être prise à peine de nullité du gage dans le délai de quinze jours à compter de la formation de l'acte constitutif. Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leur inscription. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence* ». Une difficulté d'interprétation pourrait provenir de ce que cette disposition vise l'inscription de l'acte constitutif, lequel pourrait s'entendre alors de l'acte donnant naissance au droit réel qu'est la gage, avant toute inscription. Pourtant, à l'instar du nantissement de fonds de commerce¹¹⁶⁸, il n'en est rien tant la lettre de l'article L. 527-4 du Code de commerce est claire : la sûreté ne produit effet qu'à compter de l'inscription de sorte que l'acte constitutif évoqué doit s'entendre uniquement de la convention entre les parties et dont l'objet est de constituer un gage sur stocks. En dépit de textes dont les rédactions sont proches, il est surprenant de constater qu'à la différence du nantissement de fonds de commerce, où la substantialité de la publicité est généralement méconnue par la doctrine majoritaire, le caractère constitutif de l'inscription du gage sur stocks est, quant à lui, reconnu. Ainsi, est-il admis que la publicité du gage sur stocks remplit une double fonction : elle est attributive de rang et elle conditionne la validité même du gage, à l'égard des tiers comme des parties¹¹⁶⁹, dérogeant ainsi au schéma de la règle de l'acquisition du droit de propriété *solo consensu*.

B) L'assimilation de l'inscription à une tradition

352. Extériorisation du transfert d'avantages au profit du gagiste. A l'instar du nantissement de parts de sociétés civiles, l'inscription de la constitution du gage sur stocks traduit le phénomène de transmission de l'avantage économique sur lequel repose la constitution de toutes sûretés réelles. Ainsi, la constitution du gage sur stocks repose sur l'accomplissement d'un procédé en assurant l'extériorisation auprès des tiers de cette

¹¹⁶⁷ JCP G, 2007, act. 9.

¹¹⁶⁸ V. *supra* n° 329.

¹¹⁶⁹ En ce sens, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 714, p. 645 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 768, p. 575 : « *ce gage est soumis à une publicité dont le rôle est essentiel : elle ne commande pas seulement l'opposabilité du gage mais bien sa validité puisque l'inscription doit être prise dans les quinze jours de l'acte constitutif à peine de nullité du gage* » ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *Droit des sûretés*, Sirey Universitaire, 2007, n° 1761 ; B. MERCADAL, *Mémento Francis Lefebvre, Droit commercial, op.cit.*, n° 57342, observant que le gage « *ne produit effet que s'il est inscrit* ».

opération translatrice. L'acquisition du gage s'effectue ainsi par une « tradition » des droits du créancier gagiste.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2^{ème}

353. Qu'elles soient ignorées ou consacrées, il existe des manifestations légales de la règle de la constitution différée du droit réel, par l'exécution de son formalisme d'opposabilité *erga omnes*. Ces manifestations concernent essentiellement la matière des sûretés réelles, où l'extériorisation de la constitution du droit réel s'impose avec évidence. Cela n'est pas surprenant car la sûreté réelle ne se conçoit qu'en raison de la préférence qu'elle confère au créancier vis-à-vis des tiers, de sorte que son opposabilité *erga omnes* apparaît à l'évidence comme une donnée substantielle. Ainsi s'explique que la matière des droits réels accessoires représente *de lege lata* le terrain privilégié de la manifestation de la constitution du droit réel par la tradition. Celle-ci prend alors principalement les traits d'une inscription. Cependant, il ne faut pas conclure à une spécificité de la matière des sûretés réelles. Le même raisonnement est applicable à tout droit réel, dont l'opposabilité substantielle requiert qu'il se constitue par l'accomplissement de son formalisme d'opposabilité, c'est-à-dire par le procédé ayant extériorisé le transfert de l'avantage économique au profit du titulaire du droit. Ce procédé, c'est la tradition.

CONCLUSION DE LA 1^{ère} PARTIE

354. Reflet d'un spiritualisme triomphant lors de l'adoption du Code civil, la règle du transfert *solo consensu* fonde, selon l'enseignement classique, le transfert des risques à l'acheteur dès l'échange des consentements ainsi que la possibilité pour ce dernier d'obtenir l'exécution forcée de son vendeur en cas d'inexécution¹¹⁷⁰. Pourtant, l'apport de la règle du transfert *solo consensu* s'avère en la matière très limité. En effet, s'il existe bien une coïncidence entre le transfert de propriété et celui des risques à la lecture de l'article 1138 du Code civil, celle-ci ne correspond souvent pas à la réalité. En pratique, le transfert des risques fait l'objet d'aménagements conventionnels de sorte que sa perfection coïncide le plus souvent avec la remise matérielle du bien. Par ailleurs, la possibilité pour l'acquéreur d'obtenir l'exécution forcée du vendeur, en cas d'inexécution de la part de ce dernier, peut parfaitement trouver une explication plausible à travers la spécificité de l'obligation de livrer qui est susceptible d'exécution forcée en ce qu'elle est dépourvue de caractère *intuitu personae* et ce, indépendamment du constat de la qualité de propriétaire de l'acheteur dès l'échange des consentements¹¹⁷¹.

355. L'intérêt de l'admission du principe d'une constitution *sola traditione* du droit réel se mesure à l'aune de son apport au droit positif. L'identification, tant *de lege lata* que *de lege feranda*, de l'effet constitutif de droit attaché à la tradition a permis d'apprécier la manière dont cette règle s'intègre au sein du droit positif. A cet égard, il est certain qu'elle conduit à une rationalisation du droit civil et du droit commercial. Nombre de principes juridiques s'avèrent en réalité « forcés » par le principe de la constitution *solo consensu*, si bien que la perspective d'une constitution *sola traditione* est préférable.

356. Parmi les principaux effets favorables attachés à cette perspective, il convient de rappeler qu'elle permet véritablement d'expliquer, au sein d'un système d'acquisition dérivée de la propriété, la préférence accordée à l'acquéreur d'un bien immobilier ayant procédé à la publicitation de son titre malgré l'existence d'une vente antérieure du même

¹¹⁷⁰ V. *supra* n° 24, note 139 et n° 130.

¹¹⁷¹ V. *supra* n° 130.

auteur non publiée. Pourtant propriétaire *solo consensu*, l'ayant cause dont le titre n'est pas publié ne peut faire valoir son droit, ce qui confère à la publicité foncière un effet substantiel certain¹¹⁷². Par ailleurs, la règle du transfert *sola traditione* explique pourquoi, en présence d'une cession de brevet ou de marque, le cédant conserve jusqu'à la publicité de l'opération translatrice, l'exercice de l'action en contrefaçon vis-à-vis des tiers¹¹⁷³. Propriétaire jusqu'à la publication de la cession, le cédant conserve véritablement un intérêt personnel à agir vis-à-vis des tiers, qui lui fait défaut dès lors qu'il agit dans l'intérêt du cessionnaire par application de la règle du transfert *solo consensu*. En outre, l'apport de la règle du transfert *sola traditione* se mesure en présence d'une cession de créance de droit commun, où il est admis en jurisprudence que le débiteur cédé, comme le cédant, conserve la faculté jusqu'à la signification de la cession de se prévaloir vis-à-vis du cessionnaire des exceptions issues de leur rapports contractuels¹¹⁷⁴. Si le cédant peut se prévaloir d'une telle exception vis-à-vis du cessionnaire, c'est qu'il demeure véritablement le propriétaire de la créance jusqu'à la tradition que représente la signification de la cession. Il en va de même en présence d'une cession de droit sociaux où la perspective d'un transfert par la signification de la cession auprès de la personne morale permet une opportune coïncidence entre les qualités de propriétaire et d'associé¹¹⁷⁵.

Mais ce n'est pas tout. L'intérêt de la reconnaissance d'un effet constitutif de droit attaché à la tradition se vérifie également en présence de la constitution du droit réel démembré. A l'instar du droit de propriété, le droit réel démembré est absolu, c'est-à-dire exclusif, nécessitant que sa constitution s'effectue au moyen du procédé destiné à en assurer l'opposabilité *erga omnes*. Une particularité tient au cas des sûretés réelles, dont la formation en droit positif s'opère de façon erratique, tantôt par l'exigence d'une convention écrite entre les parties tantôt par celle de l'accomplissement d'un procédé ostensible tel que la publicité légale. Cette situation traduit l'incompatibilité de la matière avec le schéma du transfert de propriété *solo consensu* où le droit est dissocié de son opposabilité aux tiers. La considération de l'extériorité substantielle de la sûreté réelle, issue de la préférence que celle-ci confère à son titulaire vis-à-vis des tiers¹¹⁷⁶, permet de

¹¹⁷² V. *supra* n° 216 et s.

¹¹⁷³ V. *supra* n° 224.

¹¹⁷⁴ V. *supra* n° 242-243.

¹¹⁷⁵ V. *supra* n° 253-254.

¹¹⁷⁶ V. *supra* n° 303 et s.

légitimer le principe d'une constitution *sola traditione* du droit réel accessoire, par l'effet du formalisme d'opposabilité *erga omnes*.

357. L'apport de la règle de la constitution *sola traditione* du droit réel ne s'arrête pas là. Profondément différente de la règle de la constitution *solo consensu*, elle conduit à une approche différente de la notion d'opposabilité du droit réel, qu'il convient à présent de développer.

2^{ème} PARTIE L'OPPOSABILITE DU DROIT REEL CONSTITUE PAR LA TRADITION

358. Le formalisme d'opposabilité du droit réel est actuellement appréhendé sous un angle essentiellement technique. La justification de cette situation est à rechercher dans le schéma du transfert de propriété *solo consensu*. L'opposabilité du droit propriété se concevant dans son principe dès l'effet translatif issu de l'échange des consentements, le formalisme d'extériorisation de l'opération translative, c'est-à-dire la tradition, ne fait que conforter cette opposabilité. Au sein de cette analyse, le fondement technique de l'opposabilité du droit propriété ne procède pas tant du formalisme d'opposabilité la mettant pourtant en œuvre que de la convention dont elle est issue.

359. La consécration en droit positif d'une constitution *sola traditione* du droit réel bouleverse forcément ce schéma. L'accomplissement des formalités d'extériorisation de l'opération translative permet la constitution *erga omnes* du droit réel de sorte que les formalités concernées produisent ainsi un effet substantiel sur l'opposabilité du droit. Constitutive de droit, la tradition, à travers les formalités requises, devient le fondement technique de l'opposabilité *erga omnes* du droit réel, celle-ci n'entretenant aucun lien avec l'opposabilité de la convention.

360. Ce système conduit à analyser en détail le fondement technique de l'opposabilité du droit réel que représente, dans cette perspective, la tradition. A cet égard, l'assimilation classique du formalisme d'opposabilité à la connaissance générale des tiers présente des insuffisances, si bien que le fondement distinct de « l'extériorisation » de l'opération translative est préférable. Simple extériorisation de la convention en dehors du cercle des parties, ce formalisme est destiné à prévenir une éventuelle fraude de celles-ci et explique de façon plus cohérente que ne le fait le fondement de la connaissance des tiers les choix du droit positif à l'égard des formalités d'opposabilité.

361. L'effet de la tradition sur la constitution du droit réel et son opposabilité *erga omnes* éclaire opportunément le droit positif. Tout d'abord, l'effet constitutif de droit de la

tradition conduit nécessairement à une approche objective de l'opposabilité du droit réel. En effet, parce que le droit réel naît du formalisme d'opposabilité et non de l'échange des consentements, son opposabilité ne peut être appréhendée subjectivement. Elle doit faire l'objet d'une approche objective, détachée de la considération de la bonne ou mauvaise foi du titulaire du droit, ce qui conduit à la remise en cause de certaines solutions positives. Ensuite, la règle de la constitution du droit réel *sola traditione* permet de valider certaines options du droit positif relatives à l'opposabilité de la clause de réserve de propriété. En particulier, la détermination du fondement technique de l'opposabilité du droit réel, situé dans le souci d'éviter l'éventuelle fraude des parties, conduit à la confirmation de la règle de l'opposabilité par l'écrit de la propriété réservée. La propriété étant alors réservée et non transférée, le risque de fraude n'existe théoriquement pas si bien que l'opposabilité de la convention de réserve de propriété n'a pas à dépendre d'un procédé ostensible.

362. Par conséquent, le schéma d'une constitution *sola traditione* comporte un effet déterminant sur l'opposabilité substantielle du droit réel. Elle permet non seulement d'en déterminer le véritable fondement technique (Titre 1^{er}) mais apporte aussi une contribution significative au droit positif (Titre 2^{ème}).

TITRE 1^{er} LA TRADITION ENVISAGEE COMME **LE FONDEMENT TECHNIQUE DE** **L'OPPOSABILITE**

- 363.** Lorsque le droit réel se forme par l'échange des consentements, il semble logique de penser que l'opposabilité de la convention représente la « base de légitimité » de son opposabilité *erga omnes*. Pourtant, l'analyse révèle qu'il n'en est rien et les différentes manifestations positives de la constitution *sola traditione* du droit réel suffisent à démontrer que l'opposabilité de ce dernier n'entretient aucun lien avec l'opposabilité de la convention : l'opposabilité du droit réel procède exclusivement du procédé ostensible lui donnant naissance. Cette analyse est par ailleurs renforcée par le constat selon lequel le concept juridique d'opposabilité de la convention n'existe pas, puisque son régime juridique nécessite l'intervention de règles préexistantes et extérieures, telles que celles de la responsabilité civile. Ainsi, l'opposabilité substantielle se conçoit essentiellement à travers le prisme de la relation entre le droit réel et la tradition.
- 364.** Lorsque le droit réel se forme *sola traditione*, la tradition devient nécessairement le fondement technique de l'opposabilité de ce dernier, puisqu'elle permet sa constitution *erga omnes*. Son mécanisme doit cependant être précisément détaillé. Il s'avère que la tradition conduit à l'opposabilité *erga omnes* du droit réel parce qu'elle extériorise l'opération translatrice en « sortant » la convention du cercle des parties afin d'éviter le risque de fraude. A cet égard, la connaissance générale des tiers importe peu ; seule compte l'extériorisation de la transmission afin d'éviter l'éventuelle fraude des parties à la convention. Il s'ensuit que le formalisme de la tradition subit l'influence de cette approche. Selon le cas, les formes que revêtent les différents procédés d'opposabilité concernés doivent correspondre à cette orientation.
- 365.** Ainsi s'explique que l'étude du rejet de la convention comme fondement technique de l'opposabilité du droit réel (Chapitre 1^{er}) précède celle de l'assimilation de la tradition au fondement technique de l'opposabilité du droit réel (Chapitre 2^{ème}).

CHAPITRE 1^{er} LE REJET DE LA CONVENTION

366. A partir de l'idée selon laquelle la convention translatrice de propriété peut produire des effets vis-à-vis des tiers, a été émise celle d'un effet *erga omnes* propre à tout contrat. Ainsi, sur la base de la consécration en 1804 du transfert de propriété *solo consensu*, une théorie générale de l'opposabilité du contrat a été dégagée par la doctrine, qui fonde l'opposabilité de tous les droits nés de la convention (Section 1^{ère}). Cependant, la règle de la constitution *sola traditione* du droit réel contrevient à l'idée d'une articulation entre l'opposabilité du droit réel et celle de convention. Le droit réel se formant par l'effet de son formalisme d'opposabilité, il n'est alors pas possible de situer le fondement de cette opposabilité dans la convention. En pareil cas, l'opposabilité procède exclusivement du formalisme requis, qui s'assimile à une tradition compte tenu de l'opération translatrice sous-jacente à la constitution du droit réel (Section 2^{ème}).

Section 1^{ère} La construction de la théorie de l'opposabilité du contrat à partir du transfert de propriété *solo consensu*

367. Inconnue lors de l'adoption du Code civil de 1804, la notion d'opposabilité ne fait l'objet d'aucune disposition spécifique et seule la règle de l'effet relatif des conventions figure au sein du Code à travers l'article 1165. Ce n'est qu'au cours du 19^{ème} siècle que la notion d'opposabilité du contrat fit son apparition, comme si l'avènement de la règle du transfert de propriété *solo consensu* rendait nécessaire l'émergence d'une construction destinée à expliquer les effets du contrat auprès des tiers. Doctrine et jurisprudence ont alors œuvré afin de forger la notion d'opposabilité des conventions. L'opposabilité du contrat aux tiers est aujourd'hui justifiée en droit positif par la théorie du contrat-fait (§1). Cependant, celle-ci fait l'objet de difficultés théoriques et des analyses alternatives ont été proposées en doctrine (§2).

§1) L'élaboration de la théorie de l'opposabilité du contrat-fait

368. Nonobstant la règle de l'effet relatif des conventions, le droit positif a été rapidement amené à reconnaître à la convention, notamment lorsqu'elle est translatrice, des effets à l'égard des tiers (A) fondés plus généralement sur l'idée d'une opposabilité des conventions (B).

A) La nécessité d'un effet auprès des tiers des conventions translatives de propriété

369. « *Res inter alios acta* ». La notion d'opposabilité du contrat a été pendant longtemps ignorée en droit positif et en doctrine. En effet, ni le droit romain, ni d'illustres auteurs romanistes, tels Domat ou Pothier, ne l'évoquèrent. En outre, la notion est également inconnue des rédacteurs du Code civil de sorte qu'elle est absente de la lettre du Code¹¹⁷⁷, qui ne connaît que la notion distincte¹¹⁷⁸ de relativité des conventions prévue à l'article 1165 du Code civil : « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ». Provenant de l'adage « *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* »¹¹⁷⁹, dont l'origine romaine est contestée¹¹⁸⁰, la formulation actuelle de l'article 1165 a été empruntée à Pothier, qui l'exposa à travers un titre de son Traité des obligations intitulé « *de l'effet des contrats* », représentant un « *concept nouveau que l'on ne retrouve ni en droit romain, ni chez Domat* »¹¹⁸¹.

370. *Effet relatif des conventions – Article 1165 du Code civil.* Texte fondamental, inchangé depuis 1804¹¹⁸², l'article 1165 du Code civil pose le principe de l'effet relatif des contrats et détermine ainsi le domaine d'efficacité du contrat. Cette règle peut se fonder sur le principe de l'autonomie de la volonté. L'article 1165 est le corollaire de l'article 1134 du Code civil et l'affirmation de l'effet relatif du contrat est déjà contenue dans ce dernier article lorsqu'il dispose que « *les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont*

¹¹⁷⁷ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, les effets du contrat*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2001, n° 724, p. 766, qui observent que la notion est « *formellement inconnue du Code civil* ».

¹¹⁷⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 793, p. 411.

¹¹⁷⁹ DUCLOS, *op. cit.*, n° 26, p. 50, note 20.

¹¹⁸⁰ Sur ce point, v. R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 24, p. 21. Certains auteurs ont soutenu l'origine romaine de l'adage : WEIL, *op. cit.*, n° 17 et s. ; BARTIN, *De la règle res inter alios acta en droit romain*, thèse Paris 1885, p. 5. Aujourd'hui, il est fréquemment enseigné que l'adage est l'œuvre des glossateurs du moyen-âge : Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 788, p. 407.

¹¹⁸¹ R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 23, p. 20.

¹¹⁸² L'avant-projet de réforme du droit des obligations remis au garde des Sceaux le 22 septembre 2005, proposa un nouvel article 1165 ainsi rédigé : « *les conventions ne lient que les parties contractantes. Elles n'ont d'effet à l'égard des tiers que dans les cas et limites ci-après expliqués* ».

faites »¹¹⁸³. L'article 1165 du Code civil édicte par ailleurs une règle de bon sens, qui correspond parfaitement à l'idée d'indépendance des individus et de non-ingérence dans les affaires d'autrui. Seules les parties qui ont conclu le contrat peuvent bénéficier ou supporter le contrat ; si le contrat produisait des effets sur les tiers, qu'ils soient évidemment néfastes mais également positifs, cela limiterait leur liberté¹¹⁸⁴. La règle de la relativité des conventions fit l'objet d'une interprétation initiale rigoriste. En effet, le principe de la relativité des conventions formulé par l'article 1165 du Code civil fut tout d'abord perçu par la doctrine et la jurisprudence du 19^{ème} siècle comme le signe de l'exclusion de tout effet du contrat auprès des tiers¹¹⁸⁵. Ainsi en est-il d'Aubry et Rau pour qui « *les conventions ne peuvent ni être opposées aux tiers, ni être invoquées par eux* »¹¹⁸⁶, soulignant ainsi un hermétisme du contrat vis-à-vis des tiers. Cette conception de l'effet relatif des conventions posa difficulté dès lors que celles-ci purent parfaire le transfert de propriété avec l'avènement du Code civil de 1804.

371. *Les difficultés posées par la règle de l'effet relatif en présence de contrats translatifs de propriété ou constitutifs de droits réels.* En posant à travers les articles 711 et 1138 du Code civil la règle selon laquelle la propriété se transmet par l'effet des obligations, les auteurs du Code civil ont dû résoudre « *une contradiction apparente avec les termes généraux de l'article 1165 qu'il fallait résoudre sans qu'il puisse être question, bien sûr, de limiter aux parties les effets d'une convention translative* »¹¹⁸⁷. En effet, en présence d'une convention translative, l'effet relatif des conventions posé à l'article 1165 du Code civil représenta un obstacle à l'absolutisme du droit de propriété acquis *solo consensu*. En réalité, la question est la suivante : peut-on concevoir que le contrat translatif de propriété ou constitutif de droit réel, en ce qu'il donne naissance à un droit absolu, puisse produire un effet au-delà de la sphère contractuelle ?

372. La question fut posée en doctrine qui fit preuve initialement d'un certain embarras. Ainsi, Demolombe proposa purement et simplement de rendre inapplicable l'article 1165

¹¹⁸³ En ce sens, BUFNOIR, *op. cit.*, p. 748.

¹¹⁸⁴ Pour DUCLOS, *op. cit.*, n° 22, p. 47, le « *Code Napoléon est largement imprégné de philosophie libérale et individualiste* ».

¹¹⁸⁵ DUCLOS, *op. cit.*, n°27-1, p. 51 et les références citées.

¹¹⁸⁶ AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. 3, § 346, p. 223.

¹¹⁸⁷ R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 85, p. 78.

du Code civil aux contrats translatifs¹¹⁸⁸. La limite du raisonnement proposé tient à la généralité des termes de l'article 1165 du Code civil, qui s'oppose à ce que cette disposition soit cantonnée aux seules conventions qui ne sont pas translatives de propriété ou constitutives de droit réel. D'autres auteurs affirmèrent en revanche que le contrat peut, nonobstant l'effet relatif le régissant, produire des effets à l'égard des tiers. Tel le cas de Josserand lorsqu'il indique que « *les contrats qui sont translatifs de propriété ou constitutifs de droits réels produisent des effets qui se réalisent – réserve faite des règles de publicité – à l'égard de tous : il est acquis erga omnes que tel bien a été aliéné et est donc devenu la propriété de telle personne ; le caractère absolu du droit issu du contrat réagit et reflue en quelque sorte jusqu'au contrat qui se trouve avoir lui-même une portée d'application dépassant le cercle contractuel* »¹¹⁸⁹. Dénoncée par certains auteurs¹¹⁹⁰, il peut être objecté à cette analyse une contradiction avec la règle de l'effet relatif de la force obligatoire du contrat dans la mesure où le contrat ne peut afficher, sous l'impulsion de l'absoluité du droit auquel il donne naissance, une portée dépassant la sphère contractuelle.

373. Afin de pallier la difficulté, un autre raisonnement pourrait consister à avancer que seul le transfert de propriété ou la constitution du droit réel produisent un effet auprès des tiers et non la convention dans son ensemble. Dans cette perspective, ce n'est pas tant la force obligatoire du contrat dont la portée excèderait le cercle contractuel mais plutôt l'effet que représente le transfert de propriété ou la constitution du droit réel. Ce raisonnement a été soutenu en doctrine par M. Wintgen pour lequel « *l'effet translatif du contrat est un effet légal du contrat distinct de son effet obligatoire. Une fois ceci admis, cet effet translatif est normalement opposable aux tiers, en ce sens qu'il se produira à l'égard de tous à moins que la loi ne subordonne cette opposabilité à l'accomplissement de certaines formalités, ce qu'elle fait fréquemment* »¹¹⁹¹. Il peut trouver un appui certain

¹¹⁸⁸ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. 25, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, op. cit., n°45 : « Ce n'est qu'au point de vue du droit personnel qui en résulte, que les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes d'après l'article 1165. Cet article ne se préoccupe pas du droit réel que les conventions peuvent produire. C'est dans les articles 1138 et s. que notre Code a réglé l'effet des conventions à l'égard des tiers en tant qu'elles sont translatives de propriété ou d'autres droits réels. Peut-être eût-il été plus logique de traiter en même temps, dans une seule section, de l'effet des conventions à l'égard des tiers au double point de vue du jus ad rem et du jus in re qui peut en naître ».

¹¹⁸⁹ JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, T. 2, 3^{ème} éd. 1939, n° 260.

¹¹⁹⁰ LEVY, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, Thèse Paris, 1896, éd. Pédone, n° 9, p. 20, qui estime que cette position repose sur un sophisme, à savoir « *la propriété est un droit absolu: donc le titre qui la constate a un effet absolu* ».

¹¹⁹¹ R. WINTGEN, op. cit., n°85, p. 79.

dans l'idée soutenue par une partie de la doctrine¹¹⁹² selon laquelle le transfert de propriété ne s'inscrit pas dans le cadre de l'exécution d'une obligation de donner, dévolue au vendeur, mais représente un effet légal attaché au contrat. Cependant, il conduit, sur un plan théorique, à reconnaître au transfert de propriété une opposabilité dès la formation du contrat qui s'accorde difficilement avec la nécessité que celle-ci soit ultérieurement mise en œuvre notamment au moyen d'une publicité légale.

374. *Les solutions jurisprudentielles rendues en matière de preuve du droit de propriété.*

La jurisprudence du 19^{ème} siècle dût trancher les difficultés nées de l'application de l'article 1165 du Code civil en présence d'une convention translatrice de propriété ou constitutive de droit réel. A l'origine, le débat s'instaura sur le terrain probatoire et la question fut de savoir si l'acquéreur d'un bien immobilier pouvait opposer, à l'occasion d'un procès, le titre d'acquisition que représente la convention à un possesseur. Le principe de la relativité des conventions prévu à l'article 1165 du Code civil peut sembler l'interdire dans la mesure où il s'agit d'opposer au possesseur une convention à laquelle il est étranger et qui ne peut en principe lui nuire. A vrai dire, la question ne s'est posée devant les tribunaux que longtemps après la promulgation du Code civil de 1804¹¹⁹³. Initialement, la jurisprudence réglait ce conflit en « *faisant alors triompher celui qui avait une possession mieux caractérisée et plus ancienne que l'autre* »¹¹⁹⁴. Cependant, sa position évolua ultérieurement autour de l'idée selon laquelle celui qui a un titre acquisitif de propriété l'emporte sur quiconque n'a qu'une possession postérieure à ce titre. Le premier arrêt qui fit date fut celui rendu par la Cour de cassation le 22 juin 1864. Celle-ci décida sur le fondement de l'article 711 du Code civil que le titre d'acquisition faisait preuve complète du droit de propriété à l'encontre du possesseur et ce nonobstant la règle de l'article 1165 du Code civil¹¹⁹⁵. Cette position fut reconduite à travers d'autres décisions, comme celle de l'affaire du Lac de Paladru, où la Cour de cassation décida en 1865 d'accorder préférence au titre acquisitif que représente un jugement¹¹⁹⁶. Ainsi, le

¹¹⁹² V. *supra* n° 132.

¹¹⁹³ LEVY, thèse préc., n°4, p.13.

¹¹⁹⁴ LEVY, *Ibid.*

¹¹⁹⁵ Cass. Civ. 22 juin 1864, DP 1864, 1, 412, S. 1864, 1, 349 : « *Attendu que le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes qui y auraient été parties ; puisque, de l'impossibilité de faire concourir les tiers à des contrats ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les tiers* ».

¹¹⁹⁶ Cass. Civ. 27 décembre 1865, D. 1866, 1, 5 : « *Attendu, en droit que, la propriété étant un droit réel, l'arrêt qui déclare un individu propriétaire équivaut nécessairement à un titre susceptible, comme tout autre titre, d'être opposé à tous par celui qui l'a obtenu* ».

jugement fait preuve du droit *erga omnes* et on ne détruit l'effet de ce droit qu'en établissant à son profit un droit meilleur¹¹⁹⁷. D'autres arrêts peuvent être cités, tel un arrêt de la chambre civile du 17 février 1886 où la Haute Cour admit qu'une constitution en dot d'un immeuble suffit à justifier de la propriété contre une semblable possession¹¹⁹⁸. Un autre arrêt de requête du 17 juillet 1894 confirma cette jurisprudence à propos du titre d'acquisition que représentait un acte de vente¹¹⁹⁹. Bien que critiquée par certains auteurs¹²⁰⁰, la position de la Cour de cassation fut ultérieurement maintenue même si, en matière de preuve du droit de propriété, la possession a actuellement conservé un rôle important en raison des faiblesses inhérentes à la relativité du titre juridique que constitue la convention¹²⁰¹.

375. Premières manifestations de l'opposabilité des conventions. A bien y réfléchir, les arrêts précités représentent vraisemblablement les premières manifestations en droit positif de l'opposabilité aux tiers des conventions, appliquée à la matière de la preuve du droit de propriété¹²⁰². Seulement, il est question d'une forme particulière d'opposabilité, appelée opposabilité-probatoire par opposition à l'opposabilité substantielle. Le contrat est alors considéré comme un fait susceptible de fournir des renseignements sur la réalité d'une situation donnée et non comme une véritable opération juridique donnant naissance ou modifiant un droit. Bien que les décisions précitées ont recours à la formule de force probante *erga omnes* du titre juridique¹²⁰³, il est bien question de l'opposabilité de l'instrument de preuve du droit de propriété que représente l'acte juridique. Certains auteurs ont parfois nié que l'utilisation probatoire du contrat puisse traduire une manifestation de l'opposabilité des conventions au motif que le contrat joue alors

¹¹⁹⁷ LEVY, thèse préc., n°5, p. 15.

¹¹⁹⁸ Cass. Civ. 17 février 1886, D. 1886, 1, 250.

¹¹⁹⁹ Cass. Req. 17 juillet 1894, cité par E.LEVY, thèse préc., n°6, p. 16.

¹²⁰⁰ MONTAGNE, *De l'action en revendication des immeubles*, Thèse Poitiers, 1879, p.213, lequel dans le cadre d'un conflit entre possesseur et acquéreur précise qu'« en vain, le demandeur m'objecte son titre ; je ne vois pas comment cela pourrait modifier ma situation. Quelle théorie singulière, en effet, que celle qui veut que le titre me soit opposable, comme si j'étais l'aliénateur, et qui m'impose de le renverser...Mais ce qui serait le renversement de toutes les règles de bon sens et d'équité, ce serait d'admettre qu'il pût en rien me lier au point de vue des conventions qu'il renferme et qui me sont parfaitement étrangères... ». Dans le même sens, LEVY, thèse préc., n° 9, p. 19-20 : « Dira-t-on avec la jurisprudence que la propriété est de sa nature un droit réel opposable à tous ? D'accord. Mais, il est excessif d'en conclure avec elle que les actes qui constatent sa transmission ont la même force probante *erga omnes* » ; DUCLOS, *op. cit.*, n° 30.

¹²⁰¹ V. *infra* n° 538 et s.

¹²⁰² Rappr., à propos de la circonscription de l'effet relatif du contrat, DUCLOS, *op.cit.*, n° 31 : « Historiquement d'ailleurs, c'est grâce à elle (l'utilisation du contrat comme moyen de preuve) qu'à l'origine le principe de relativité de l'article 1165 a pu être réduit à son sens technique actuel ».

¹²⁰³ V. LEVY, *Ibid.*

simplement le rôle d'un élément de preuve¹²⁰⁴ et ne concerne pas l'opposabilité substantielle du contrat et des droits qui en résultent. Par ailleurs, il peut être objecté qu'un fait s'impose à tous sans qu'il soit besoin que le droit le déclare opposable, de sorte que l'on peut douter de la pertinence du recours au concept d'opposabilité¹²⁰⁵. Pourtant, il est possible d'y voir le signe d'une opposabilité « naturelle » du fait invoqué. Sous cet angle, lorsque le contrat est invoqué dans le cadre d'un procès en revendication, c'est bien de son opposabilité dont il est question. Cependant, « *il s'agit d'une opposabilité de pur fait. Le contrat n'est pas envisagé alors comme une véritable opération juridique s'imposant au respect des tiers, mais comme un simple élément de fait dont ils ne peuvent pas faire abstraction* »¹²⁰⁶. Cette appréhension du contrat comme un fait vis-à-vis des tiers fut décisive car rien n'empêcha alors qu'elle s'applique tant à l'opposabilité probatoire qu'à l'opposabilité substantielle. L'opposabilité probatoire constitua vraisemblablement le préalable à la construction d'une théorie générale de l'opposabilité substantielle des conventions, où le contenu juridique du contrat put alors être opposé aux tiers en tant que fait, sans préjudice à la règle de l'effet relatif des conventions. L'idée fit son chemin et la jurisprudence appliqua cette conception de l'opposabilité substantielle du contrat-fait aux conventions matrimoniales¹²⁰⁷. Réservée initialement aux actes translatifs ou constitutifs de droit réels, rien n'empêcha alors que l'application de la théorie de l'opposabilité du contrat-fait, ainsi conçue, soit étendue à tout contrat, qu'il soit ou non translatif.

B) L'émergence de la théorie générale de l'opposabilité des conventions

376. Assouplissement de la règle de la relativité des conventions. La doctrine du début du 20^{ème} siècle a critiqué l'idée selon laquelle le contrat ne pourrait pas produire d'effet vis-à-vis des tiers, en vertu d'une conception stricte de la règle de la relativité des conventions. Le risque d'un « *splendide isolement* » du contrat¹²⁰⁸, ou de « *la conception purement individualiste du droit des obligations* »¹²⁰⁹ a ainsi été dénoncé par certains auteurs. Cette

¹²⁰⁴ En ce sens, R. DECOTTIGNIES, cité par DUCLOS, *op. cit.*, n° 32.

¹²⁰⁵ En ce sens, à propos de l'opposabilité du titre de propriété dans le cadre d'un procès en revendication, W. DROSS, *op. cit.*, n° 45-2.

¹²⁰⁶ DUCLOS, *op. cit.*, n° 32.

¹²⁰⁷ Cass. Req. 17 décembre 1873, S. 1974, 1, 409, note LABBE : « *Les conventions matrimoniales, en tant qu'elles transmettent ou modifient des droits réels, ou donnent au mari le pouvoir d'administrer plus ou moins librement les biens de la ferme, sont susceptibles de profiter aux tiers, ou de leur être opposées ; ...les tiers ne peuvent, pour repousser cet effet, invoquer utilement l'article 1165 du Code civil dont la disposition n'est relative qu'aux obligations que les conventions font naître entre les parties* ».

¹²⁰⁸ LALOU, « 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant ou d'un contractant à l'égard des tiers », *D.H.* 1928, Chron., p. 69.

¹²⁰⁹ SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD. Civ.*, 1934, p. 525.

critique tend à prendre en compte l'idée d'une socialisation du contrat, à vouloir le faire échapper à son individualisme puisque « *du fait de la vie en société, il est impossible de faire abstraction de l'interdépendance qui relie nécessairement les individus ; toute activité de l'homme est susceptible de retentir sur ses semblables* »¹²¹⁰. Dès lors, il est généralement considéré aujourd'hui que l'effet relatif des conventions doit être entendu dans un sens plus étroit tendant uniquement à limiter l'effet obligatoire du contrat aux contractants, sans occulter que celui-ci puisse comporter des effets vis-à-vis des tiers. Comme l'indique A. Weil « *les conventions n'ont d'effet obligatoire qu'entre les parties contractantes ; elles ne peuvent ni créer une obligation à la charge d'un tiers ni lui conférer un droit* »¹²¹¹. Cette analyse conduit tout d'abord à assimiler la relativité des conventions à celle de l'effet créateur d'obligations du contrat¹²¹². Les tiers échappent ainsi à l'effet obligatoire du contrat de sorte que le principe de l'effet relatif interdit de les rendre créancier ou débiteur d'obligations, ce que la jurisprudence ne manque pas de rappeler¹²¹³. La relativité de l'obligation entraîne la relativité de la convention : tel est le sens à donner à la formule de l'article 1165 selon laquelle les conventions ne "*nuisent point au tiers*" et, par principe, ne lui "*profitent*" pas. Néanmoins, il est considéré que la règle de l'effet relatif des conventions va plus loin que l'effet créateur d'obligations du contrat et concerne plus généralement la relativité de la norme contractuelle. Certains auteurs soutiennent ainsi à juste titre que la relativité de l'obligation ne rend pas suffisamment compte de la force obligatoire du contrat car « *les parties sont véritablement assujetties à la norme contractuelle et cet assujettissement va au-delà de l'obligation au sens strict qui permet au créancier d'exiger du débiteur une prestation* »¹²¹⁴. L'assimilation de la force obligatoire du contrat à la norme contractuelle permet de considérer, outre les rapports obligatoires entre les parties, les autres manifestations du pouvoir normatif du contrat. Ainsi, en est-il, par exemple, des droits potestatifs, tels que le droit d'option ou le droit de résiliation unilatéral, qui peuvent conférer aux parties des prérogatives distinctes des créances découlant du contrat. Or, ces éléments sont soumis à

¹²¹⁰ DUCLOS, *op. cit.*, n° 27-2, p. 51.

¹²¹¹ WEIL, *op. cit.* n° 77 et s. Dans le même sens, J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 27-2, p. 51-52 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 790-791, p. 408-409.

¹²¹² R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 77, p. 69.

¹²¹³ Cass. Civ. 1^{ère}, 15 févr. 2000, n° 97-20.179, *JurisData* n° 2000-000520, *Bull. Civ.*, I, n° 47 où il s'agissait de réparations sur un véhicule demandées par le locataire de la voiture : le propriétaire ne peut être condamné à payer. Dans le même sens, Cass. Civ. 1^{ère}, 5 juin 2008, n° 07-13.181, où il fut jugé qu'une Cour d'appel viole l'article 1165 du Code civil en condamnant une personne, *in solidum* avec le débiteur, à payer une somme au titre de la fourniture et la pose de meubles de cuisine au motif qu'elle ne conteste pas que les prestations ont été réalisées dans son immeuble, alors que le débiteur est seul signataire du bon de commande.

¹²¹⁴ En ce sens, R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 79, p. 72.

la règle de l'effet relatif de la convention de la même manière que les obligations en découlant. Par ailleurs, il est des cas où il est fait référence à l'article 1165 du Code civil en présence de situations où il n'est pas question de rendre un tiers débiteur ou créancier mais plutôt de lui enlever ou de modifier un droit dont il est titulaire¹²¹⁵. L'effet relatif du contrat ne peut ainsi se réduire à la relativité des obligations mais s'entend ainsi plus largement de la relativité du pouvoir normatif résultant de la force obligatoire du contrat¹²¹⁶. Il n'en demeure pas moins que cette conception permet au contrat de produire des effets auprès des tiers.

377. Construction de la théorie générale de l'opposabilité des conventions - Opposabilité du contrat aux tiers. Dire que, par l'effet relatif des conventions, les tiers ne peuvent devenir créanciers ou débiteurs en raison d'un contrat auquel ils n'ont pas été parties n'implique pas que le contrat ne puisse avoir, à leur égard, aucune répercussion. Pour reprendre l'expression de R. Savatier, le contrat a, à leur égard, un « *effet réflexe* »¹²¹⁷ qui est nécessaire à l'organisation de la cité au sein de laquelle la paix sociale n'est possible que si chacun est tenu de respecter les droits des autres¹²¹⁸. Ainsi la doctrine du 20^{ème} siècle a élaboré la théorie générale du « *contrat-fait* » et dégagé le principe de l'opposabilité du contrat¹²¹⁹ : le contrat et la situation juridique qu'il a fait naître sont opposables aux tiers en tant que faits. Résumant cette théorie du « *contrat-fait* », M.M. Malaurie, Aynes et Stoffel-Munck précisent que d'une manière générale les conventions « *constituent une situation de fait opposable aux tiers* »¹²²⁰. Ainsi s'explique que le contrat, même non translatif ou constitutif de droit réel, puisse comporter des effets auprès des tiers. La Cour de cassation fait sienne cette conception, en sanctionnant depuis fort longtemps l'employeur qui débauche l'employé d'un concurrent¹²²¹, ou bien encore le tiers acquéreur qui a connaissance d'un pacte de préférence établi au profit d'une tierce

¹²¹⁵ Ainsi, en application de l'article 1165 du Code civil, le locataire ne peut se voir opposer une clause de l'acte de vente de l'immeuble prévoyant le transfert à l'acquéreur du dépôt de garantie : Cass. Civ. 3^{ème} 18 janvier 1983, n° 81-15516, *Bull. Civ.* III, n° 14.

¹²¹⁶ En ce sens, R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 80, p. 73.

¹²¹⁷ SAVATIER, art. préc., p. 544.

¹²¹⁸ W. DROSS, *op. cit.*, n° 138, p. 266.

¹²¹⁹ La notion doctrinale d'opposabilité du contrat a, semble-t-il, été dégagée par plusieurs auteurs du début du 20^{ème} siècle : JUILLE, *Effet des actes juridiques à l'égard des tiers*, Thèse Lille 1904 ; DELCOURT, *De l'effet des actes juridiques à l'égard des tiers*, Thèse Paris 1902. Puis son articulation avec la règle de l'effet relatif des conventions a été systématisée à travers les thèses de WEIL, thèse préc. et de CALESTRENG, *La relativité des conventions*, Thèse Toulouse 1939.

¹²²⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 791, p. 409. Cette analyse est aujourd'hui majoritairement admise en doctrine : DUCLOS, *op. cit.*, n°45 et s.

¹²²¹ Cass. Civ. 27 mai 1908, *DP* 1908, 1, 459, *S.* 1910, 1, 118.

personne préalablement à la vente¹²²². Elle précise que « *si, en principe, les conventions ne sont pas opposables à ceux qui n'y ont pas été parties, il ne s'ensuit pas que le juge ne puisse pas rechercher dans les actes étrangers à l'une des parties en cause des renseignements de nature à éclairer sa décision, ni ne puisse considérer comme une situation de fait vis-à-vis des tiers les stipulations d'un contrat* »¹²²³. Nonobstant quelques hésitations isolées¹²²⁴, la Cour de cassation considère ainsi aujourd'hui le contrat comme un fait juridique¹²²⁵ qui peut être opposé au tiers, qui, en connaissance de cause, aide le débiteur à ne pas respecter le contrat. La question ne se pose pas tant pour les créances de sommes d'argent que pour les obligations de faire ou de ne pas faire, pouvant entrer en conflit les unes avec les autres. Qualifié par certains auteurs d'obligation passive universelle pour tous tiers de respecter le contrat¹²²⁶, cet effet de la convention auprès des tiers fut parfois qualifié en doctrine d'« inviolabilité »¹²²⁷. Le terme d'opposabilité est aujourd'hui communément admis et souligne l'effet du contrat auprès des tiers, par opposition à l'exigibilité de ce dernier qui est réservée aux rapports entre les parties.

378. *Recours aux règles de la responsabilité civile.* La mise en œuvre de l'opposabilité du contrat nécessite cependant le plus souvent le recours au régime juridique de la responsabilité civile, en présence d'une convention qui n'est pas translatrice de propriété ou constitutive de droit réel. Au-delà du fondement de la fraude aux droits des créanciers, le fondement de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation est le plus intéressant et a été dégagé pour la première fois en doctrine par P. Hugueney en 1910 au vu des solutions rendues en jurisprudence. Selon cet auteur, « *le débiteur qui viole*

¹²²² Cass. Req. 15 avril 1902, *S.* 1902, 1, 316, *D.* 1903, 1, 38 : « *si le pacte de préférence ne confère qu'un droit personnel, le tiers acquéreur est néanmoins tenu de restituer la chose quand il a connaissance du pacte et de l'intention du bénéficiaire du pacte d'en profiter...* ». Dans le même sens, Cass. Civ. 3^{ème} 26 octobre 1982, *GP* 1983, II, 661, note E.S. de la MARNIERE, ayant décidé de la nullité de la vente lorsque les mêmes conditions sont réunies.

¹²²³ Cass. Civ. 1^{ère} 6 février 1952, *Bull. Civ. I*, n° 55.

¹²²⁴ Cass. Ass. Plén. 22 décembre 1989, n° 88-10979, *Bull. Civ. ass. plén.* n°4, *JCP G* 1990, II, 21503, note critique Ph. DELEBECQUE. Dans cette affaire, la Haute Cour a refusé qu'un transporteur puisse se prévaloir d'une disposition du contrat de vente (clause vente FOB) afin de faire échec à l'action en responsabilité du vendeur à son égard. La solution et surtout sa motivation sont inexactes : le défendeur à une action en responsabilité peut invoquer l'absence de droit du demandeur, même si celle-ci est la conséquence d'un contrat auquel il n'est pas partie.

¹²²⁵ La Cour de cassation, dans des arrêts récents, justifie l'opposabilité du contrat aux tiers ou par les tiers en l'envisageant comme une « situation de fait ». En ce sens, Cass. Com., 1^{er} juillet 2003, n° 99-17183, *Bull. Civ.* 2003, IV, n° 115, *D.* 2003, p. 2427, obs. D. FERRIER, *RTD Com.* 2004, p. 364, obs. B. BOULOC. V. aussi, Cass. Com., 11 janvier 2005, n° 02-10566, *D.* 2006, p. 516, obs. D. FERRIER ; Cass. Com., 3 juin 2008, n° 06-13.761, *JurisData* n° 2008-044216, *JCP G* 2008, II, 10154, note C. MARECHAL, *JCP E* 2008, 2210, obs. H. HOVASSE.

¹²²⁶ V. *infra* n° 381, note 1239.

¹²²⁷ ROUBIER, *op. cit.*, p. 251.

intentionnellement une obligation par lui contractée commet un délit ; le tiers qui se rend complice de ce délit doit, comme tout autre complice d'un délit, être déclaré solidairement responsable avec le débiteur des conséquences de l'inexécution de l'obligation »¹²²⁸. La responsabilité du tiers n'est toutefois engagée que s'il agit dans une intention frauduleuse ou, tout du moins « *sciemment, en connaissance du rapport obligatoire que son acte contribue à violer* »¹²²⁹. La brèche ainsi ouverte dans le principe de l'effet relatif des conventions n'a cessé depuis de s'élargir. Le fondement de la responsabilité est aujourd'hui fréquemment utilisé par la jurisprudence qui a depuis confirmé que la responsabilité du tiers est alors de nature délictuelle¹²³⁰.

379. Construction de la théorie générale de l'opposabilité des conventions - Opposabilité du contrat par les tiers. Opposable aux tiers par les parties, rien n'empêche que la situation juridique née du contrat le soit aussi par les tiers aux parties. Il s'agit là de la conséquence de la perception de l'opposabilité du contrat à travers le prisme du fait juridique. Un tiers peut invoquer le fait juridique que représente un contrat pour rechercher la responsabilité d'une partie, lorsqu'il subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution de ce contrat¹²³¹. L'inexécution ou la mauvaise exécution d'un contrat emporte pour le contractant défaillant des conséquences différentes à l'égard des parties et des tiers. Si à l'égard des parties, le contractant qui exécute mal ou qui n'exécute pas ses obligations engage sa responsabilité civile, il en va de même à l'égard du tiers, qui n'est pas partie au contrat. L'opposabilité du contrat, en tant que situation de fait, induit la faculté pour les tiers, dans l'hypothèse de la méconnaissance de cette situation par ceux qui l'ont créée, d'en obtenir la sanction juridique en se plaçant sur le terrain de la responsabilité civile. Elle s'inscrit dans une conception « sociale » du lien contractuel¹²³². L'utilisation de l'opposabilité du contrat-fait au profit du tiers est aujourd'hui admise par la Cour de cassation qui considère que « *les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur*

¹²²⁸ HUGUENEY, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Thèse Dijon 1910, p. 251.

¹²²⁹ GINOSSAR, *op. cit.*, n° 25, p. 67.

¹²³⁰ Cass. Civ. 1^{ère} 26 janvier 1999, n° 96-20782, D. 1999, I, p. 54.

¹²³¹ Par exemple, le vice de construction affectant une automobile a provoqué un accident dans lequel un tiers a été blessé ou le vice de construction d'un immeuble affecte les conditions d'occupation d'un appartement par le locataire, tiers au contrat de construction.

¹²³² O. DEBAT, « Le contrat, source de responsabilité envers les tiers », *LPA* 23 septembre 2003, n° 190, p. 3 : « Cette approche qui veut que les parties puissent être responsables de leurs agissements à l'égard de personnes autres que celles qui appartiennent au cercle étroit des parties au contrat est en définitive révélatrice de la modification de l'analyse du lien contractuel. Désormais, le contrat n'a plus pour objet la seule satisfaction des attentes exprimées par les parties mais répond aussi à un objet social. Il apparaît de ce point de vue moins comme ayant un enjeu restreint participant d'un ensemble de volontés individuelles que comme étant pourvu d'un enjeu global, c'est-à-dire ayant une fonction d'organisation sociale ».

profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat »¹²³³. La question de la nature de l'action en responsabilité exercée par le tiers s'est par ailleurs posée. S'agit-il d'une action en responsabilité contractuelle dans la mesure où le tiers excipe des dispositions du contrat ou bien d'une action en responsabilité délictuelle compte tenu de la qualité de tiers au contrat de ce dernier ? La jurisprudence a très vite eu recours¹²³⁴ à la responsabilité délictuelle comme instrument général de protection contre les dommages dont souffrent les tiers à l'occasion de l'exécution de contrats auxquels ils sont juridiquement étrangers. Elle a « fait prévaloir la règle élémentaire d'équité et d'ordre public inscrite dans l'article 1382 sur le principe égoïste formulé dans l'article 1165 quand la violation d'un contrat constitue de la part des contractants une faute à l'égard d'un tiers, reconnaissant ainsi à un non contractant une action en responsabilité délictuelle contre un contractant »¹²³⁵. Le principe qu'un tiers peut exercer une action en responsabilité délictuelle contre un contractant a été nettement énoncé par la Cour de cassation en 1931, dans un attendu de principe, maintes fois réaffirmé¹²³⁶. Cependant, le débat relatif question de la nature de l'action en responsabilité exercée par le tiers se poursuivit ultérieurement en filigrane à travers la question de savoir si la faute délictuelle invoquée pouvait s'assimiler à la faute contractuelle du co-contractant. Dès lors qu'il fut admis que l'action du tiers peut reposer sur la preuve du seul manquement contractuel de l'une des parties¹²³⁷, ne s'inscrit-elle pas plutôt dans le cadre de la responsabilité contractuelle ? La Cour de cassation confirma définitivement en 2006 le caractère délictuel de l'action en responsabilité engagée par le tiers en affirmant que « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel, dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* »¹²³⁸.

¹²³³ Cass. Com. 22 octobre 1991, n° 89-20490, *D.* 1993, 181, note J. GHESTIN.

¹²³⁴ Cass. Req., 23 février 1897, *S.*, 1898, I, 65 et Req., 9 mars 1936, *DH*, 1936, p. 233. Auparavant, la distinction entre effet obligatoire et opposabilité du contrat était encore inconnue. Par conséquent, on estimait qu'un tiers ne pouvait jamais invoquer l'inexécution d'un contrat auquel il était étranger, même s'il en subissait préjudice. En ce sens, Cass. Civ., 27 juill. 1869, *DP* 1869, 1, p. 350, au sujet de négligences imputables à un huissier mandataire ; Cass. Civ., 18 nov. 1895, *DP* 1896, 1, p. 16, au sujet de négligences imputables à un notaire.

¹²³⁵ LALOU, art. préc. p. 72.

¹²³⁶ Cass. Civ. 1^{ère} 22 juillet 1931, *DH* 1931, p. 506 : « *attendu que si dans les rapports des parties entre elles, les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil ne peuvent en principe être invoquées pour le règlement de la faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un engagement contractuel, elles reprennent leur empire au regard des tiers étrangers au contrat* ».

¹²³⁷ Cass. Civ. 1^{ère} 13 février 2001, n° 99-13589, *Juris-Data* n° 2001-008060, *JCP G* 2002, II, 10099, note C. LISANTI-KALCZYNSKI où il fut jugé que « *les tiers à un contrat sont fondés à invoquer tout manquement du débiteur contractuel lorsque ce manquement leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve* ».

¹²³⁸ Cass. Ass. Plén. 6 octobre 2006, n° 05-13.255, *D.* 2006, 2825, note G. VINEY, *D.* 2007, pan 2900, obs. JOURDAIN, *JCP* 2006, II, 10181, note M. BILLIAU. Dans le même sens, Cass. Civ. 2^{ème} 10 mai 2007, n° 06-13269, *Bull. Civ.* II, n° 126, *D.* 2007, AJ, 1502, *JCP* 2007, I, 185, n°5, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; Cass. Civ.

380. *Influence de la règle du transfert de propriété solo consensu.* Il est une vraisemblance au vu des circonstances de l'émergence de la règle de l'opposabilité du contrat : cette dernière est historiquement liée à l'avènement du transfert de propriété *solo consensu*¹²³⁹. En effet, la nécessité de conférer au contrat translatif un effet auprès des tiers se fit sentir à la suite de la dématérialisation du transfert de propriété. Cependant, cette perspective apparut initialement impossible à concilier avec la règle de l'effet relatif des conventions issue de l'article 1165 du Code civil. Le transfert de propriété ne pouvant être appréhendé relativement aux parties sans préjudice à l'exercice du droit de propriété, il apparut indispensable que la convention translative puisse être opposée aux tiers. L'idée d'une opposabilité du contrat s'est ainsi manifestée. Puisque le contrat donne naissance à un droit par essence absolu, son rayonnement en dehors de la sphère contractuelle s'impose sans qu'il soit besoin de démontrer une quelconque mauvaise foi des tiers¹²⁴⁰. Cette particularité des conventions translatives ou constitutives de droit réel est devenue plus saillante depuis que leur opposabilité est normative, c'est-à-dire qu'elle dépend de la mise en œuvre d'un procédé ostensible spécifiquement requis par la loi afin de préserver les tiers. Tel est le cas notamment en matière immobilière. Par exemple, la vente d'un bien immobilier est par principe opposable à un ayant cause ultérieur du même auteur dans la mesure où les droits de l'acquéreur auront été publiés ; à défaut de publicité foncière, il en résulte l'inopposabilité de la vente dont il est bénéficiaire.

381. Cependant, cette opposabilité du contrat translatif a été généralisée par la doctrine du début du 20^{ème} siècle afin d'expliquer l'ensemble des effets du contrat auprès des tiers, le plus souvent sur le fondement de la responsabilité civile. Il fut décelé dans tout droit, qu'il soit réel ou personnel, un aspect interne et un aspect externe¹²⁴¹. L'aspect interne exprime le contenu du droit, c'est-à-dire les prérogatives que son titulaire peut prétendre exercer

^{3ème} 13 juillet 2010, n° 09-67.516, *JurisData* n° 2010-011703, *L'essentiel Dr. contr.* 2010, n° 9, p. 1, note O. DESHAYES : « mais attendu que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ».

¹²³⁹ Il est à cet égard intéressant de noter que le droit allemand, qui adopte un système d'acquisition différée du droit de propriété, ne connaît pas la notion d'opposabilité, comme si l'utilité de cette dernière ne se faisait véritablement sentir qu'avec la règle du transfert *solo consensu*. Sur l'absence du principe d'opposabilité en droit allemand, R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 4, p. 3-4.

¹²⁴⁰ C'est en ce sens qu'il faut lire l'arrêt rendu par la Cour de cassation 22 juin 1864, préc., selon lequel « le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes qui y auraient été parties... ». C'est en réalité à l'absolutisme du droit de propriété que fait implicitement référence la Haute Cour car seul un droit opposable *erga omnes* ne peut être « ébranlé » par la relativité des conventions. Nulle référence n'est faite à l'exigence de la mauvaise foi des tiers.

¹²⁴¹ RIGAUD, *Le droit réel, Histoire et théories. Son origine institutionnelle*, Thèse Toulouse, 1912 est l'un des premiers auteurs à approfondir et conceptualiser la distinction. Sur l'émergence de la notion d'opposabilité, W. DROSS, *op. cit.* n° 138-2 et 138-3, p. 266-267.

soit à l'encontre d'une personne, soit à l'encontre d'un bien. L'aspect externe du droit permet à son titulaire d'exiger de chacun qu'il respecte son droit. Par conséquent, le fondement de l'opposabilité dût nécessairement faire l'objet d'une évolution : parce qu'il existe auprès des tiers en tant que fait juridique, le contrat leur est en conséquence opposable. La théorie du contrat-fait est ainsi née et il est majoritairement admis depuis qu'elle constitue le fondement général de l'opposabilité des conventions, translatives ou non. L'idée d'une opposabilité générale aux droits patrimoniaux a par ailleurs conduit à des digressions à travers la thèse de l'identité des droits patrimoniaux. En effet, compte tenu du rapprochement effectué à travers leur opposabilité, le droit réel a ainsi été appréhendé à travers le prisme du droit personnel¹²⁴² et le droit personnel à travers le prisme du droit réel¹²⁴³. Ces thèses sont excessives car elles se focalisent sur les similitudes de l'extériorisation du droit réel et du droit personnel et occultant leur différence de nature : un droit réel est un rapport entre une personne et une chose tandis qu'un droit personnel est un rapport entre deux personnes¹²⁴⁴. Il n'en demeure pas moins que le droit personnel et le droit réel se rejoignent classiquement du point de vue de leur opposabilité, en ce qu'ils naissent tous deux du contrat envisagé comme un fait vis-à-vis des tiers.

382. Néanmoins, la détermination du fondement de l'opposabilité du contrat-fait pose difficulté car il n'est pas envisageable qu'une situation de fait puisse créer des effets de droit vis-à-vis des tiers sans fondement juridique. Or, une difficulté provient de ce que le contrat peut être invoqué auprès des tiers ou par ceux-ci comme un fait dont l'opposabilité n'a pas de régime juridique propre. Ainsi, en est-il lorsque le créancier d'une obligation de faire se prévaut de la faute d'un tiers dans l'inexécution de son débiteur. Il ne pourra alors « opposer » le contrat au tiers concerné que s'il parvient à démontrer sa mauvaise foi en application du régime juridique de la responsabilité civile. Dans ce cas précis, l'opposabilité n'est pas normative car elle n'est pas l'effet direct d'une règle juridique spécifique mais d'une règle extérieure et préexistante. Il peut alors s'ensuivre un

¹²⁴² Selon la thèse personaliste, le droit réel ne serait qu'une variété du droit personnel, principalement en raison de ce que tout le monde est débiteur d'une obligation de respecter le droit réel à travers l'existence d'une « obligation passive universelle ». Parmi les tenants de la thèse, ORTOLAN, *op. cit.*, §75, p. 76 ; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^{ème} éd., 1904, n° 2158, qui inspira un courant doctrinal, v. les références citées par F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 311, p. 471.

¹²⁴³ En ce sens, GINOSSAR, *op. cit.*, n° 34, p. 86, qui voit dans l'opposabilité du droit personnel la marque de l'opposabilité du droit de propriété sur le droit de créance.

¹²⁴⁴ En ce sens, W. DROSS, *op. cit.*, n° 137, p. 264 : « En dépit de la similitude de leur extériorisation, droit réel et droit personnel s'opposent fondamentalement quant à leur nature ».

affaiblissement théorique de la notion d'opposabilité des conventions qui pourrait poser problème en présence d'un conflit d'opposabilité entre les droits de différents ayants cause. L'opposabilité du droit de propriété de l'acquéreur d'un bien immobilier, bénéficiant du régime spécifique issu de la publication de la convention au Service de la publicité foncière, n'est-elle pas préférable à celle du bénéficiaire d'un simple pacte de préférence ne conférant aucun droit de propriété ? Ce dernier, malgré l'antériorité de son titre, ne peut-il pas prétendre sur le fondement de la responsabilité civile qu'à une indemnisation à hauteur de son préjudice sans pouvoir remettre en cause les droits de l'acquéreur ? Fidèle à la théorie de l'opposabilité du contrat-fait, la Cour de cassation privilégie en ce cas le bénéficiaire d'un pacte de préférence, à la condition que l'acquéreur ait eu connaissance de l'existence du pacte ainsi que de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir¹²⁴⁵. Cependant, l'absence de contenu normatif de la règle de l'opposabilité du contrat-fait permet de se poser la question du bien-fondé de cette solution. Cette situation a conduit à se demander si le fondement de l'opposabilité des conventions ne doit pas être recherché ailleurs que dans la théorie du contrat-fait. Ainsi s'explique que d'autres analyses aient vu le jour en doctrine afin de conférer à la règle de l'opposabilité des conventions un véritable contenu normatif.

§2) La recherche d'un contenu normatif à la règle de l'opposabilité des conventions

383. En raison de l'insuffisance de la théorie du contrat-fait à cet égard, un fondement normatif à l'opposabilité des conventions a été recherché en doctrine à travers l'opposabilité absolue du droit subjectif (A) ainsi que dans celui de la force obligatoire du contrat (B).

¹²⁴⁵ Cass. Ch. Mixte 26 mai 2006, n° 03-19.376, n° 03-19.495, *JCP E* 2006, 382378, p. 1585, *GP* 14 juillet 2006, page 12, *D.* 2006, n° 27, page 1861, *Bulletin Joly Sociétés* 2006, n° 8-9, p. 1072 : « Le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur à la condition que ce tiers ait eu connaissance lorsqu'il a contracté de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ». Dans le même sens, Cass. Civ. 3^{ème} 3 novembre 2011, n° 10-20.936, *Contrat Conc. Cons.* Mars 2012, comm. 60.

A) Le fondement issu de l'absolutisme du droit subjectif

384. *Manifestation de la théorie de l'opposabilité absolue des droits subjectifs.* Formulée dès la fin du 18^{ème} siècle par quelques auteurs jus-naturalistes allemands¹²⁴⁶, la théorie de l'opposabilité absolue des droits subjectifs est apparue en France au Cours du 19^{ème} siècle sous la plume d'Ortolan qui réfuta l'opposition terminologique entre les droits absolus et relatifs car ces dénominations « *semblent impliquer l'idée que le droit absolu existerait à l'égard de tous, tandis que le droit personnel et relatif n'existerait qu'à l'égard des personnes passives de ce droit. Tout droit, du moment qu'il existe, existe à l'égard de tous, et doit être protégé au besoin contre chacun* »¹²⁴⁷. Ainsi, l'idée se trouve posée selon laquelle tout droit, quelle que soit sa nature, doit être respecté par tous. Il n'est cependant pas évoqué que le droit est intrinsèquement opposable à tous mais seulement qu'il doit être protégé de tous. L'analyse a été ultérieurement reprise par Demolombe qui a clairement pris position en faveur de l'opposabilité absolue des droits subjectifs¹²⁴⁸. Les propos qui précèdent mettent en évidence deux idées bien précises. Tout d'abord, l'idée se trouve posée d'une distinction entre la force obligatoire du contrat et l'opposabilité des droits en résultant, sous les traits d'une obligation générale imposant à tous le respect des droits d'autrui. Corrélativement, l'opposabilité, même si le terme n'est pas employé représente une caractéristique commune aux droits subjectifs.

¹²⁴⁶ GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, 2ème éd. 1797, cité par R. DUBISCHAR, *Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative*, Tübingen 1961, p. 93, note 13.

¹²⁴⁷ ORTOLAN, *Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien*, précédé d'une *Généralisation du droit romain*, 11^{ème} éd. 1880, par LABBE, n° 195. Le discours est apparu dans la 1^{ère} édition de l'ouvrage paru de 1840, spéc. n°59.

¹²⁴⁸ DEMOLOMBE, *op. cit.*, T. IX, éd. 1870, n°464 : « *On ajoute souvent que le droit réel est absolu, c'est-à-dire qu'il existe à l'égard de tous erga omnes, et le droit personnel relatif, c'est-à-dire qu'il n'existe qu'à l'égard de celui-là seul qui est obligé personnellement envers le créancier. Il importe sur ce point de s'entendre. Veut-on parler de ce devoir général et commun qui est imposé à tous les membres de la société de respecter les droits d'autrui ? Sous ce rapport, le droit personnel est aussi absolu que le droit réel. La puissance publique garantit en effet à chacun tous les droits qui lui appartiennent, ses droits personnels de créances aussi bien que ses droits réels, de propriété ou autres ... Lorsque donc nous disons que le droit personnel ne peut naître que d'une obligation personnelle, il ne s'agit pas, bien entendu, de cette obligation universelle en quelque sorte négative, et je dirai presque banale, par laquelle tous les membres de l'Etat sont tenus de ne pas attenter aux droits d'autrui ; il s'agit d'une obligation spéciale et particulière par laquelle une personne déterminée est tenue envers une autre, obligation qui est constitutive de l'existence même de ce droit. Et sous ce rapport, il est vrai de dire que le droit personnel est relatif, car il ne forme la créance que corrélativement à la dette, et il ne rend créancier que vis-à-vis de l'autre, qui est seul constitué débiteur* ». Dans une moindre mesure, AUBRY ET RAU, *op. cit.*, T. 2, éd. 1863, § 172, p. 42-44. Après avoir indiqué que le droit réel peut être exercé « *envers et contre tous* », les auteurs admettent que certains droits personnels « *contrairement à la nature générale des droits personnels proprement dits, sont susceptibles d'être efficacement opposés à d'autres personnes que l'obligé. Tel sont les droits de jouissance résultant du bail ou de l'antichrèse* ».

385. Doctrine contemporaine. L'absolutisme des droits individuels a trouvé un écho important auprès de la doctrine contemporaine, certains auteurs y voyant une caractéristique du concept du droit subjectif. J. Dabin a nettement mis en relief cet aspect de la structure des droits subjectifs à travers la « *condition d'altérité* »¹²⁴⁹, c'est-à-dire de la condition de l'inviolabilité des droits¹²⁵⁰ par les tiers, qui est nécessaire « *à l'éclosion du concept de droit subjectif* »¹²⁵¹. Le droit subjectif ne se situe plus ainsi « *face au sujet* » mais « *face à autrui* »¹²⁵², rapport qui se réfère à la relation juridique existante entre le titulaire du droit et les tiers. Cet effet extérieur du droit subjectif permet de faire le lien avec la notion d'opposabilité des droits laquelle signifie que chacun est tenu juridiquement de respecter ceux d'autrui. L'idée que le concept de droit subjectif représente le fondement de l'opposabilité absolue des droits individuels se développa en doctrine et Planqueel estima ainsi que « *c'est une donnée fondamentale, qui a été longtemps méconnue que celle qui veut que tout droit, simplement parce qu'il est tel, s'impose au respect de tous* »¹²⁵³. L'analyse est partagée par Duclos lorsqu'il indique que « *l'opposabilité est donc inscrite dans la notion même de droit subjectif ... Elle permet de mieux comprendre la manière dont les droits individuels s'imposent au respect d'autrui. Il sera en particulier inutile de rechercher dans le concept de propriété, abusivement déformé, l'explication de cette efficacité externe, puisque l'opposabilité est inhérente aux droits subjectifs. Dans le même temps, il faudra admettre que tout droit individuel est en principe opposable quelle que soit son origine créatrice ou sa nature* »¹²⁵⁴. Le raisonnement doit être particulièrement souligné en ce qu'il déduit du fondement de l'opposabilité des droits subjectifs, l'inutilité de fonder l'opposabilité des conventions sur l'absolutisme du droit de propriété. L'opposabilité absolue du droit subjectif présente ainsi le mérite non négligeable de conférer une certaine consistance juridique à la théorie de

¹²⁴⁹ DABIN, *op. cit.*, p. 93 et s. Adde, DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD Civ.* 1962, p. 20 et s., spéc. p. 32 : « *il n'y a ni paradoxe, ni contradiction à soutenir, comme je l'ai fait, que tout droit même relatif est absolu quant à son opposabilité à tous* ».

¹²⁵⁰ ROUBIER, *op. cit.*, p. 251.

¹²⁵¹ DABIN, *op. cit.*, p. 95.

¹²⁵² DABIN, *op. cit.*, p. 93-94.

¹²⁵³ A. PLANQUEEL, note sous Cass. Civ. 3^{ème} 22 mars 1968, *JCP* 1968, II, 15587.

¹²⁵⁴ DUCLOS, *op. cit.*, n° 134, p. 165-166. Dans le même sens, J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 681 : « *le principe d'opposabilité du contrat se déduit de l'opposabilité générale des droits subjectifs ; il est inexact de dire que le droit de créance ne s'impose qu'au débiteur. Les tiers ne peuvent impunément violer le droit du créancier à l'égard de son débiteur... Tout droit subjectif, quel qu'il soit, engendre ce que la thèse personnaliste appelle l'obligation passive universelle, il n'y a pas de droit qui ne soit pas opposable à tous* ».

l'opposabilité des conventions que ne peut véritablement lui procurer le fondement de l'opposabilité du contrat-fait¹²⁵⁵.

386. Critiques formulées à l'encontre de la théorie de l'opposabilité absolue des droits subjectifs. Cependant, la justification exclusive de l'opposabilité des conventions par l'absolutisme du droit subjectif a été contestée en doctrine¹²⁵⁶. Il est vrai que plusieurs arguments ne sont pas dénués de pertinence. Tout d'abord, l'absolutisme du droit subjectif, s'il peut justifier l'action de son titulaire envers un tiers, n'expliquerait pas que ce dernier puisse se prévaloir de l'opposabilité du contrat envers les parties¹²⁵⁷, ce qui est pourtant admis par le droit positif¹²⁵⁸. Certes, ce faisant, le tiers se prévaut bien d'un droit subjectif vis-à-vis des parties, mais il ne s'agit pas d'un droit issu du contrat mais d'un droit subjectif issu de l'effet de ce dernier à son égard. A cet égard, la théorie du contrat-fait offre une explication plus pertinente de cette situation puisque le tiers oppose finalement aux parties le fait juridique que représente pour lui le contrat. Par ailleurs, il est un second argument. Tout droit subjectif confère à son titulaire un domaine propre¹²⁵⁹ de sorte que son opposabilité doit en principe se traduire par une exclusivité des prérogatives en résultant vis-à-vis d'autrui¹²⁶⁰. Partant de ce constat, il est ainsi soutenu que la diversité des modalités de protection des droits patrimoniaux ne peut s'expliquer en tout cas par l'opposabilité absolue du droit subjectif. En particulier, la différence importante existante entre la protection du droit réel, dont le manquement est à lui seul constitutif d'une faute, et le droit personnel, où la connaissance par le tiers de la créance concernée est une condition de son éventuelle responsabilité¹²⁶¹, ne peut être ainsi justifiée. Cette différence de degré de protection du droit personnel dépendrait davantage de la solution à apporter à un conflit d'intérêts entre le créancier et le tiers. Au-delà d'une préférence accordée systématiquement à l'opposabilité du droit du créancier vis-à-vis du tiers, induite par la théorie de l'absolutisme du droit subjectif, le droit positif recherche plutôt un point

¹²⁵⁵ V. *supra* n° 411-412.

¹²⁵⁶ R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 139 et s., spéc. n° 139, p. 127-128 : « l'affirmation selon laquelle tous les effets du contrats que l'on rattache à l'opposabilité s'expliqueraient par l'opposabilité des droits subjectifs n'est étayée par aucune démonstration et ne semble pas résister à l'examen. La personnalité morale n'est pas un droit subjectif et pourtant l'effet créateur d'une personne morale est opposable aux tiers. Certes, une personne morale a des droits subjectifs et on pourrait soutenir que c'est l'opposabilité de ces droits qui justifie celle de la personne morale. Mais ce serait manifestement inverser l'ordre des choses. Pour avoir des droits il faut d'abord avoir la personnalité juridique ».

¹²⁵⁷ R. WINTGEN, *Ibid.*

¹²⁵⁸ V. *supra* n° 379.

¹²⁵⁹ C'est notamment l'« appartenance-maitrise » issue du droit subjectif, telle que posée par J. DABIN, *op. cit.*, p. 80 et s.

¹²⁶⁰ R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 141, p. 129.

¹²⁶¹ R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 150, p. 138.

d'équilibre entre les intérêts en présence¹²⁶². Ainsi s'explique qu'en droit positif, le tiers ne sera pas responsable vis-à-vis des parties s'il agit en violation d'un contrat dont il ignore le contenu¹²⁶³. Nonobstant la violation du contrat, qui heurte le principe de l'opposabilité du droit subjectif, la solution cherche avant tout à préserver le tiers des inconvénients issus de la relativité et de la clandestinité des conventions. La mise en œuvre de l'opposabilité des conventions n'est, selon cette analyse, pas tant animée par l'application de l'absolutisme du droit subjectif que par le souci de trouver une conciliation des intérêts en cause. A l'instar de la théorie de l'opposabilité du contrat-fait, celle de l'absolutisme du droit subjectif n'est pas pleinement convaincante et ne permet pas de justifier la règle de l'opposabilité des conventions. C'est la raison pour laquelle, une autre explication vit le jour, fondée sur la propriété des créances qui représente une variante de la théorie de l'opposabilité absolue des droits subjectifs.

387. *La théorie de l'opposabilité de la propriété des créances.* Dans cette perspective, l'opposabilité des conventions, et plus précisément des droits personnels, n'est pas justifiée au sens large par l'absolutisme du droit subjectif mais plus étroitement par l'opposabilité intrinsèque du droit de propriété. On attribue la paternité de la théorie de la propriété des créances à la doctrine allemande du début du 20^{ème} siècle¹²⁶⁴. En France, l'idée fut soutenue et systématisée en 1960 par Ginossar, à travers son ouvrage *Droit réel, Propriété et Créances*. L'auteur affirme que « *tout droit de créance s'analyse donc en deux rapports juridiques distincts et coexistants, l'un relatif, l'autre absolu, ayant le même sujet actif mais des sujets passifs différents. Le rapport relatif constitue la substance même de la créance ; le rapport absolu en assure simplement la maîtrise au créancier et la protection à l'égard des tiers. Aussi, ce rapport absolu mérite-t-il pleinement le nom de propriété : tout créancier est propriétaire de sa créance, il en jouit et en dispose comme un propriétaire le fait de sa chose et les tiers lui en doivent également le respect* »¹²⁶⁵. L'opposabilité du droit personnel s'explique ainsi pour l'auteur

¹²⁶² R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 151, p. 139 : « *La conciliation de ces intérêts contradictoires ne se fera pas nécessairement par un principe unique d'opposabilité des droits subjectifs. Il est parfaitement possible d'adopter des solutions plus nuancées en fonction de la nature et de la valeur des intérêts en présence* ».

¹²⁶³ Ainsi en est-il en matière de contrat de franchise. V. Cass. Com. 15 mai 2007, n° 06-12871, *Bull. Civ. IV*, n° 129, *D.* 2007, AJ, 1498, obs. E. CHEVRIER, *RTD Civ.* 2007, 794, obs. P.-Y. GAUTIER, pour qui le tiers qui acquiert d'un franchisé un fonds de commerce, « *sans déloyauté et dans le respect du droit de préemption du franchiseur, ne commet pas de faute de nature à le rendre complice de la rupture même fautive du contrat de franchise par le cédant* ».

¹²⁶⁴ V. les références citées par R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 155, p. 141.

¹²⁶⁵ S. GINOSSAR, *op. cit.*, n° 34, p. 85-86.

à travers l'idée d'une propriété des créances où l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété rejaillit sur celle du droit personnel. En somme, si le droit de créance, droit relatif qui ne peut viser qu'une ou plusieurs personnes déterminées, est opposable, c'est parce que le créancier est propriétaire de sa créance¹²⁶⁶.

388. Critique de la théorie de l'opposabilité de la propriété des créances. La théorie de Ginossar bouleverse profondément les concepts fondamentaux classiquement enseignés à propos de la composition du patrimoine. En particulier, la distinction classique entre les droits personnels et les droits réels y est mise à mal par la perspective d'une propriété des créances. Cette dernière, comme il a déjà été évoqué¹²⁶⁷, est particulièrement discutable en raison du régime juridique de l'opposabilité du droit personnel, qui diffère de celui de l'opposabilité du droit de propriété. En effet, lorsque la créance se forme, son opposabilité est soumise en droit positif à un régime juridique particulier nécessitant la démonstration de la mauvaise foi du tiers à travers la mise en œuvre des règles de la responsabilité civile. La créance n'est alors opposable à ce tiers qu'à la condition qu'il l'ait ignorée, si bien qu'il pourra alors faire échec au droit de propriété du créancier. Ginossar fut conscient de la difficulté¹²⁶⁸ mais, au sein de son système, il s'en accomoda¹²⁶⁹, comme si la créance affichait une opposabilité d'un degré différent et non d'une nature différente de celle de la propriété d'un autre bien¹²⁷⁰ : l'opposabilité de la propriété des créances nécessite la connaissance effective des tiers là où l'opposabilité de la propriété d'un autre bien repose sur la connaissance présumée des tiers par l'accomplissement du procédé ostensible requis. Pourtant, des difficultés résistent à l'analyse. En premier lieu, la possibilité pour un tiers de bonne foi de faire échec à l'opposabilité de la créance invoquée par le créancier amoindrit la force de la propriété des créances¹²⁷¹. Tout se passe alors comme si

¹²⁶⁶ Dans le même sens, F. DANOS, *op.cit.*, n° 215, p. 237 : « Si le droit de créance est pourvu d'une opposabilité *erga omnes*, c'est qu'il est objet de propriété » ; Y. EMERICH, *op. cit.*, n° 295, p. 169 : « comme les autres biens, les droits sont objets de propriété et leur respect s'impose, à ce titre, *erga omnes* ».

¹²⁶⁷ V. *supra* n° 236.

¹²⁶⁸ GINOSSAR, *op. cit.*, n° 34, p. 85-86 : « la seule différence notable entre la propriété d'une créance et celle d'un bien corporel réside en ce que, dans une certaine mesure, les tiers censés connaître celle-ci, sont censés ignorer celle-là et sont par conséquent autorisés à la méconnaître ».

¹²⁶⁹ GINOSSAR, *Ibid.* : « Si l'exception déroge quelque peu à la règle, elle ne la dément pas dans son principe ».

¹²⁷⁰ En ce sens, Y. EMERICH, *op. cit.*, n° 295, p. 169 : « Il est vrai que l'opposabilité du droit de créance est réduite par rapport à l'opposabilité des meubles corporels, les tiers pouvant contester l'opposabilité du transfert de la créance, s'ils sont de bonne foi. Néanmoins, cette différence de degré d'opposabilité s'explique par la spécificité du bien objet de propriété ». Sur ce point, v. *infra* n° 427 et s.

¹²⁷¹ En ce sens, Y. EMERICH, *op. cit.*, n° 298, p. 171 : « Dans le cas de la propriété des créances, les tiers peuvent contester l'opposabilité de la créance s'ils sont de bonne foi. La force de la propriété des créances est donc amoindrie, puisqu'elle dépend de la connaissance des tiers, ceux-ci étant présumés être dans l'ignorance du droit lésé ».

l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété se diluait dans la subjectivité du critère de la connaissance effective des tiers, pour être en définitive dénaturée. En second lieu, dès lors que l'on admet que le fondement technique de l'opposabilité n'est pas à rechercher dans le critère artificiel de la connaissance générale des tiers mais dans celui de l'extériorisation¹²⁷², l'argument précédent se trouve renforcé. Rien ne permet alors de relier l'opposabilité de la propriété d'un bien corporel, nécessitant l'accomplissement d'un procédé ostensible, à l'opposabilité de la créance qui nécessite l'absence de connaissance effective par le tiers du droit du créancier. Au-delà d'une différence de degré, il semble qu'existe une véritable différence de nature entre l'opposabilité de la créance et l'opposabilité du droit de propriété, de sorte que la seconde ne peut fonder la première. Cette différence est, par ailleurs, soulignée par une autre difficulté à laquelle est confrontée la propriété des créances. La notion de propriété des créances explique mal le phénomène de l'opposabilité de la convention par les tiers dans la mesure où elle est davantage centrée sur l'opposabilité aux tiers de la convention.

389. La théorie de la propriété des créances ne semble en réalité pas nécessaire afin d'expliquer l'opposabilité des droits personnels. En effet, l'opposabilité du droit de propriété ne fonde pas nécessairement celle du droit de créance, dont le régime juridique en droit positif s'explique davantage par la considération de la relativité et de la clandestinité inhérentes au droit personnel¹²⁷³. L'opposabilité des conventions s'explique davantage par la notion même de droit subjectif ainsi que par des règles particulières de protection requises par le droit positif¹²⁷⁴.

B) Le fondement issu de la force obligatoire du contrat

390. *L'opposabilité déduite de la force obligatoire du contrat.* Si pour certains auteurs l'effet obligatoire peut parfois pratiquement se confondre avec l'opposabilité des conventions¹²⁷⁵, pour d'autres, l'opposabilité se déduit purement et simplement du principe de la force obligatoire. Tel est le cas de MM. Ghestin, Jamin et Billiau selon lesquels l'opposabilité est un phénomène général qui tend à faire reconnaître l'existence

¹²⁷² V. *infra* n° 451 et s.

¹²⁷³ Rappr. R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 156, p. 142 : « à supposer même que le créancier soit propriétaire de sa créance, il ne s'en déduirait pas que la créance doit être protégée de la même façon qu'un bien corporel ».

¹²⁷⁴ En ce sens, R. WINTGEN, *Ibid.*

¹²⁷⁵ Ainsi, en est-il lorsque un tiers, victime de l'exécution d'un contrat, engage une action en responsabilité à l'encontre des parties : Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris II, 1977, n° 42 et s., cité par J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 59.

du contrat par les tiers car si ces derniers étaient autorisés à le méconnaître, il ne pourrait pratiquement pas atteindre l'efficacité, même entre les parties¹²⁷⁶. Ainsi, de la même manière qu'elle s'impose au juge, la force obligatoire s'impose vis-à-vis des tiers à travers le concept d'opposabilité¹²⁷⁷. L'avantage de cette analyse, c'est qu'elle vaut tant pour expliquer l'opposabilité du contrat aux tiers que pour expliquer l'opposabilité du contrat par les tiers¹²⁷⁸. Par ailleurs, il convient de préciser que cette conception de l'opposabilité destine cette dernière à faire produire au contrat tous ses effets mais rien que ses effets. Il s'ensuit que l'opposabilité ne peut avoir pour effet d'investir les parties à l'égard des tiers de droits autres que ceux qu'ils ont pu valablement stipuler entre eux¹²⁷⁹. Autrement dit, et la précision est importante, l'opposabilité ne peut investir les parties contractantes d'un droit absolu si leur contrat a pour objet un simple droit personnel qui n'est qu'un droit relatif. Il s'en déduit notamment en matière de distribution sélective que le tiers qui commercialise des produits au mépris de l'exclusivité reconnue à un concurrent ne commet aucune faute s'il s'est procuré les produits auprès d'une personne étrangère au réseau¹²⁸⁰. A cet égard, la théorie constitue une explication intéressante du régime juridique de l'opposabilité des conventions, en particulier lorsque celles-ci sont non-translatives et reposent sur la connaissance des tiers. La démonstration de la connaissance du tiers permet alors de leur opposer le contenu du contrat. Cependant, cette théorie n'est pas exempte de critiques.

391. Critiques formulées à l'encontre de la théorie de l'opposabilité déduite de la force obligatoire du contrat. On peut lui reprocher de confondre les notions de force obligatoire et d'opposabilité. En effet, la règle de la force obligatoire peut difficilement

¹²⁷⁶ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 724.

¹²⁷⁷ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 725 : « il ressort clairement de la jurisprudence que l'opposabilité est un principe qui se déduit effectivement de la force obligatoire que l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil attribue au contrat. On sait que cette force obligatoire s'impose aux parties, mais aussi au juge en ce qu'elle s'analyse comme une règle de compétence en principe impérative. A ce titre, il n'est d'ailleurs pas sans intérêt de souligner que le juge est précisément un tiers et que refuser la notion d'opposabilité conduirait nécessairement à l'autoriser à nier l'existence même du contrat, en conséquence à affranchir les parties du strict respect de leur convention. L'opposabilité s'impose donc au juge, tenu d'en tirer les conséquences lorsque ses conditions d'application sont réunies ».

¹²⁷⁸ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Ibid.*

¹²⁷⁹ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 724.

¹²⁸⁰ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 736. A l'appui de cette analyse, il peut être cité la position de la jurisprudence considérant que le simple fait pour le tiers au réseau de se procurer des produits et de les revendre ne constituait pas en soi un acte de concurrence déloyale. Encore faut-il démontrer une faute du tiers distincte de la commercialisation des biens concernés : Cass. Com., 13 décembre 1988, n° 87-15521, *Bull. Civ. IV*, n° 344 ; Cass. Com., 10 janvier 1989, n° 86-16156, *Bull. Civ. IV*, n° 18, *D.* 1989, p. 337, note Ph. MALAURIE ; Cass. Com., 27 octobre 1992, "Azzaro", n° 90-15831, *Bull. Civ. IV*, 1992, n° 322, *D.* 1992, p. 505, note A. BENABENT ; Cass. Com. 30 janvier 2001, n° 99-11.076, *JurisData* n° 2001-008079.

fonder celle de l'opposabilité du contrat tant elles diffèrent sur le terrain des normes applicables. La règle de la force obligatoire autorise les parties à faire leur propre loi mais les normes ainsi créées ne lient pas les tiers. En revanche, des règles distinctes de celles créées par les parties régissent l'opposabilité de la convention auprès des tiers, telles que celles de la responsabilité civile ou bien celles subordonnant l'opposabilité à l'accomplissement d'une publicité légale. La force obligatoire du contrat et l'opposabilité aux tiers procèdent de règles juridiques différentes de sorte qu'il ne peut pas être véritablement soutenu que l'opposabilité se déduit de la force obligatoire du contrat¹²⁸¹. Par conséquent, l'idée selon laquelle la force obligatoire du contrat doit être respectée par les tiers revient à envisager le contrat comme créant une situation de fait à l'égard de ces derniers¹²⁸². Ainsi, les tiers, à l'instar des parties, pourront se prévaloir de la situation de fait créée par le contrat. De même, le juge qui est un tiers au contrat doit appliquer la loi et les faits qu'il qualifiera, le cas échéant, de contrat ; l'opposabilité du contrat en tant que fait lui permet ainsi de tenir compte de l'existence du contrat et d'en déduire les conséquences prévues par la loi¹²⁸³. La force obligatoire ne peut conférer aucun contenu normatif à l'opposabilité de la convention.

392. *L'opposabilité issue du contenu obligationnel du contrat.* S'appuyant sur les travaux de P. Amssek¹²⁸⁴, P. Ancel a proposé une thèse alternative à la précédente¹²⁸⁵. Pour lui, on ne peut justifier l'opposabilité en qualifiant le contrat de fait. Les deux termes sont antinomiques, car le fait juridique ne crée pas de nouvelles normes, mais déclenche l'application à une situation particulière d'une norme préexistante¹²⁸⁶. Il propose alors une autre explication, fondée sur la différence entre la force obligatoire du contrat et le contenu obligationnel. Tandis que la première envisage le contrat en tant que norme, qui s'impose à tous, le second serait limité aux parties contractantes. En ce sens, la force

¹²⁸¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 793, p. 410, pour qui la violation du contrat par un tiers est étrangère à l'opposabilité des effets obligatoires : « *comme l'existence du contrat s'impose à lui (le tiers), il commet une faute en agissant consciemment comme si le contrat n'existait pas. Il n'est pas pour autant débiteur des obligations contractuelles* ».

¹²⁸² En ce sens, R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 160, p. 146 pour qui refuser la notion d'opposabilité conduirait nécessairement à nier l'existence du contrat, et en conséquence à affranchir les parties du strict respect de leur convention, mais « *l'opposabilité dont il s'agit est l'opposabilité du contrat en tant que fait* ».

¹²⁸³ R. WINTGEN, *Ibid.*

¹²⁸⁴ P. AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in P. AMNSELEK, *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica 1986, p. 31 et s.

¹²⁸⁵ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999, p. 771, spécialement n° 49 et s.

¹²⁸⁶ P. ANCEL, art. préc., n° 52.

obligatoire s'applique donc aussi aux tiers¹²⁸⁷. La démarche se veut essentiellement normativiste et consiste à démontrer que les parties ne s'obligent pas seulement aux obligations contractuelles et que le contrat crée ou applique des normes, qui vont au-delà du « faire », « ne pas faire » ou « donner ». On peut rapprocher de cette théorie consistant à fonder l'opposabilité sur la force obligatoire du contrat de celle émise par M. Aubert, selon lequel « *s'agissant plus précisément de l'opposabilité du contrat par les tiers, il est permis d'y voir le tribut nécessaire de la délégation de pouvoir que la loi consent aux volontés individuelles : la volonté contractuelle engage à l'égard de tous* »¹²⁸⁸.

393. Critiques de la théorie. La théorie présente le mérite de conférer à l'opposabilité un contenu normatif situé dans la force obligatoire du contrat mais on peut lui reprocher de confondre la force obligatoire et l'opposabilité du contrat, qui nécessitent l'application de règles juridiques différentes. Corrélativement, elle conduit à une conception trop extensive de la règle de la force obligatoire du contrat. En effet, si cette dernière en raison de sa relativité assure une protection des tiers en les préservant du contenu obligatoire du contrat, on ne peut aller jusqu'à affirmer qu'elle les oblige¹²⁸⁹. Le fait que les normes contractuelles procèdent d'une habilitation légale n'y change rien. Le principe de la force obligatoire du contrat reste patiné de la relativité que lui attribuent les articles 1134 et 1165 du Code civil de sorte que l'on ne peut en déduire que l'habilitation légale des normes contractuelles rend celles-ci obligatoires pour tout le monde. A la différence des effets obligatoires du contrat, les effets à l'égard des tiers ne sauraient se déduire du principe de la force obligatoire du contrat. C'est là le sens du principe de l'effet relatif de

¹²⁸⁷ P. ANCEL, art. préc., n°53 : « *Le contrat a force obligatoire aussi bien à l'égard des tiers que pour les parties elles-mêmes et que c'est cette force obligatoire à l'égard des tiers qu'on appelle habituellement opposabilité. (...) Il est entendu que le contenu de la norme contractuelle ne concerne directement que les parties elles-mêmes et que de manière générale, le droit n'habilite les contractants privés qu'à poser des normes qui créent des droits et des obligations pour eux-mêmes. Cela vaut au premier chef pour le contenu obligationnel : la norme contractuelle ne rend en principe créancier ou débiteur que les contractants. Mais cela vaut aussi pour les autres effets prévus par le contrat. La vente ne rend propriétaire que l'acheteur, une clause attributive de compétence ne rend compétent que le tribunal désigné à l'égard des parties. Mais ces normes qui, en raison de leur origine privée, n'ont en principe qu'un effet personnel limité, n'en sont pas moins, en ce qu'elles procèdent d'une habilitation légale, obligatoires pour tout le monde. La norme qui dit, qui statue que tel contractant devient débiteur, que tel tribunal est compétent pour régler les litiges entre tels contractants...cette norme s'impose à tout le monde, et tout sujet de droit est tenu de la respecter. En d'autres termes, si l'obligationnel dans le contrat ne concerne en principe que les parties, l'obligation, elle, est nécessairement générale* ».

¹²⁸⁸ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations, 1, L'acte juridique*, 8^{ème} éd., 1998, n° 443.

¹²⁸⁹ En ce sens, R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 165, p. 150-151 : « *Il est inexact de dire que je dois respecter la norme qui dit que telle personne devient propriétaire, c'est-à-dire le contrat d'acquisition. L'effet obligatoire de ce contrat est en effet relatif. La norme que je dois respecter est l'article 544 du Code civil. La mise en œuvre de cette norme est précéedée par la vérification de ses conditions d'application. Le droit de propriété visé par ce texte peut avoir été acquis de diverses manières, notamment par le contrat. Ce contrat détermine, le cas échéant, le moment, l'étendue et les modalités du transfert de propriété, mais cela ne le rend pas obligatoire pour le tiers...* ».

ce dernier. Seules des règles particulières, distinctes de la force obligatoire du contrat, peuvent habiliter les parties à imposer aux tiers certaines conséquences de leur accord¹²⁹⁰.

394. Conclusion. La théorie de l'opposabilité des conventions s'est construite à partir de l'idée selon laquelle tout contrat, malgré la règle de son effet relatif, produit des effets auprès des tiers en ce qu'il crée une situation de fait que ceux-ci doivent respecter. L'avènement de la règle du transfert de propriété *solo consensu* joua un rôle déterminant dans le développement de cette idée puisque l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété n'a pu s'accommoder du mécanisme constitutif que représente le contrat qu'à la condition que celui-ci puisse produire des effets auprès des tiers. Il n'en reste pas moins qu'ainsi généralisée, l'opposabilité des conventions pose des difficultés théoriques quant à la détermination de son contenu normatif. Par ailleurs, elle se trouve remise en cause par la règle de la constitution *sola traditione* du droit réel.

Section 2^{ème} La remise en cause de la théorie de l'opposabilité du contrat à partir de la constitution *sola traditione* du droit réel

395. La constitution *sola traditione* du droit réel, dont les manifestations positives sont nombreuses, prive le contrat de tout lien avec le mécanisme constitutif de droit. Ainsi, l'opposabilité du contrat ne peut fonder celle du droit réel, ce qui s'oppose à la reconnaissance d'une théorie générale de l'opposabilité des conventions justifiant l'ensemble des effets du contrat à l'égard des tiers (§1). Cette idée se trouve par ailleurs renforcée par le constat de l'inexistence du concept juridique de l'opposabilité des conventions, dressé par une fraction de la doctrine (§2).

¹²⁹⁰ En ce sens, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 793, p. 411 : « Les obligations nées d'un contrat sont donc relatives au sens de l'article 1165 : elles ne doivent être exécutées que par et entre les parties contractantes, qui les ont voulues. Au contraire, l'existence de la convention et ses effets non obligatoires s'imposent à tous et peuvent être invoqués par tous : c'est l'opposabilité, étrangère à l'article 1165 » ; R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 165, p. 151.

§1) Remise en cause de la théorie générale de l'opposabilité des conventions

396. Il est utile de rappeler préalablement le fondement de la théorie de l'opposabilité des conventions : l'opposabilité du contrat constitue la « base de légitimité » de l'opposabilité des droits issus de la convention, y compris lorsque celle-ci est constitutive de droits réels (A). Cependant, la règle de la constitution *sola traditione* du droit réel, trouvant de nombreuses manifestations positives, contredit la théorie générale de l'opposabilité des conventions (B).

A) Caractéristiques de la théorie générale de l'opposabilité des conventions

397. *Opposabilité du contrat et opposabilité des droits issus du contrat.* Il est aujourd'hui communément admis l'existence d'une théorie générale de l'opposabilité des conventions¹²⁹¹. Parce qu'il existe et fait partie de l'ordre juridique, le contrat est naturellement opposable aux tiers et peut être invoqué par ceux-ci en raison de la situation juridique qu'il crée¹²⁹². Cette opposabilité particulière du contrat justifie ainsi l'ensemble de ses effets auprès des tiers. Ainsi, le contrat de mariage crée une situation juridique opposable à tous notamment en ce que ce contrat établit entre les époux un régime matrimonial et précise l'étendue des pouvoirs dont ils disposent sur leurs biens. Les époux peuvent à dater de leur mariage se prévaloir de l'ensemble des droits issus de ce contrat vis-à-vis des tiers¹²⁹³. Il en va de même en présence d'une convention translatrice de propriété. L'acquéreur d'une chose pourra opposer le droit de propriété qu'il tient du contrat de vente à toute personne, réserve faite de l'accomplissement des règles de publicité légales. En application de la règle du transfert de propriété *solo consensu*, le contrat constitue ainsi le giron de l'opposabilité du transfert conventionnel de propriété comme le soulignent MM. Zenati-Castaing et Revet lorsqu'ils indiquent que « *le transfert de propriété est en principe opposable aux tiers solo consensu* »¹²⁹⁴. Tous les droits, qu'ils soient réels ou personnels, sont ainsi opposables aux tiers en ce qu'ils naissent du contrat et sont reliés à l'opposabilité de celui-ci. Telle est la théorie générale de l'opposabilité des conventions.

¹²⁹¹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 490, et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 791 et s.

¹²⁹² V. *supra* n° 377.

¹²⁹³ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 492, p. 548-549.

¹²⁹⁴ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 181, p. 288, lesquels ajoutent que l'existence du droit de propriété suffit, en principe, à le rendre opposable.

398. Pourtant, si l'opposabilité du droit dépend de l'opposabilité de la convention lui donnant naissance, elle ne saurait cependant se confondre avec cette dernière. Plusieurs illustrations de cette distinction peuvent être mises en avant. Le chef d'entreprise qui a embauché un salarié en connaissance de l'existence d'une clause de non-concurrence liant ce salarié à son ancien employeur commet une faute engageant sa responsabilité et constituant une manifestation de l'opposabilité du contrat-fait. L'acquéreur d'un bien immobilier, informé de l'existence d'un pacte de préférence et de l'intention de son bénéficiaire d'en profiter¹²⁹⁵, commet une faute qui est la conséquence de l'opposabilité de la clause de préférence. Ainsi, dans ce genre d'hypothèses, la responsabilité du tiers provient de l'opposabilité du contrat à son égard mais également de l'opposabilité du droit personnel. Le créancier lésé ne se contente pas d'opposer de façon statique l'existence de son acte mais oppose au tiers concerné tout le dynamisme de sa créance. Comme le souligne J. Duclos, « *cette opposabilité de la créance ne consiste pas à réclamer au tiers l'exécution de la prestation due par le débiteur, mais à reprocher au tiers d'avoir entravé cette exécution. C'est bien alors la vie même du droit qui est en cause, même si par commodité l'usage est de se référer globalement à l'opposabilité du contrat* »¹²⁹⁶. Si l'opposabilité du droit personnel semble ainsi se confondre avec celle de la convention¹²⁹⁷ en matière d'opposabilité aux tiers, il est cependant bien question d'opposabilités distinctes, comme le montre l'exemple du droit réel. En effet, le droit de suite et le droit de préférence, permettant au titulaire du droit réel de récupérer un bien en quelque main qu'il se trouve et par préférence aux autres créanciers, traduisent une opposabilité particulière du droit réel qui ne correspond pas à l'opposabilité du contrat¹²⁹⁸. Par ailleurs, la personne ayant acquis un bien opposera son droit de propriété à l'égard du tiers qui s'en est emparé afin d'obtenir sa restitution. Au-delà de l'opposabilité du contrat de vente servant de base de légitimité¹²⁹⁹ à l'acquisition du droit de propriété, c'est bien l'opposabilité de ce dernier qui est invoquée dans le cadre de l'exercice d'une action possessoire ou en revendication. Par conséquent, l'opposabilité du droit diffère bien de l'opposabilité de la convention lui donnant naissance. Un dernier exemple permet de

¹²⁹⁵ V. *supra* n° 382.

¹²⁹⁶ DUCLOS, *op. cit.*, n° 47-1.

¹²⁹⁷ DUCLOS, *Ibid.* Il est par ailleurs utile de préciser que le Code civil n'est pas très clair sur la question puisque le chapitre III du titre III du livre III s'intitule « *de l'effet des obligations* » alors qu'il est question à sa section VI de « *l'effet des conventions à l'égard des tiers* ».

¹²⁹⁸ En ce sens, DUCLOS, *op. cit.*, n° 47-2. Rapp. M. LEVIS, *op. cit.*, n° 11 pour qui la particularité de l'opposabilité du droit réel s'exprime à travers le régime juridique de sa sanction, laquelle s'effectue nécessairement en nature et indistinctement de l'appréciation du comportement des tiers.

¹²⁹⁹ DUCLOS, *Ibid.*

démontrer que l'opposabilité du contrat peut se démarquer de l'opposabilité du droit. En effet, lorsqu'un tiers agit en responsabilité contre les parties à un contrat en raison du dommage qu'il subit du fait de ce contrat, il n'invoque pas un droit, qui par définition n'appartient qu'aux parties, mais le fait juridique que représente le contrat à son égard¹³⁰⁰. Par conséquent, si l'opposabilité du contrat est étroitement liée à l'opposabilité du droit, elle s'en distingue sur le plan conceptuel. Cependant, au sein de ce système, l'opposabilité du contrat est importante car elle légitime l'opposabilité du droit et notamment celle du droit réel né *solo consensu*. Si de nombreux auteurs ont relié l'opposabilité du contrat à la « force » de l'opposabilité du droit¹³⁰¹, d'autres considèrent que c'est l'opposabilité du contrat qui influe plus justement celle du droit. Ainsi Duclos estime qu'« *il est certain que l'opposabilité du droit ou de la situation conventionnelle dépend de l'opposabilité du contrat, dans la mesure où celui-ci constitue la base de légitimité juridique de ces éléments substantiels* »¹³⁰². Il faut convenir que cette dernière analyse est plus en conformité avec la règle positive de l'opposabilité du contrat-fait : le contrat étant opposable en raison de la situation juridique qu'il crée vis-à-vis des tiers, il en va corrélativement de même des droits auxquels il donne naissance. L'opposabilité du droit s'inscrit ainsi plus largement dans le cadre de la théorie générale de l'opposabilité des conventions.

399. *Opposabilité virtuelle et opposabilité efficiente.* La théorie générale de l'opposabilité des conventions et des droits s'articule nécessairement avec la connaissance des tiers. L'opposabilité n'est plus alors envisagée dans son principe mais dans son efficacité¹³⁰³, c'est-à-dire dans sa mise en œuvre. En effet, si toute chose du fait de son existence est opposable aux tiers, on conçoit sans difficulté que l'opposabilité soit mise en œuvre à travers l'exigence d'une connaissance des tiers¹³⁰⁴. Schématiquement, la connaissance des tiers s'organise de deux façons différentes, selon qu'elle est réputée ou effective. En

¹³⁰⁰ En ce sens, DUCLOS, *op. cit.*, n° 58, p. 84 : « *le tiers victime de la défaillance du contractant ne prétend pas devenir créancier par l'effet direct du contrat inexécuté ou mal exécuté. Il invoque celui-ci et son exécution déficiente comme des faits susceptibles de fonder sa demande en réparation* ».

¹³⁰¹ En ce sens, JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, T. 1, 3^{ème} éd., Paris, Sirey, 1938-1940, n° 1562, p. 865 : « *un acte productif d'un droit opposable à tous est, par la force des choses, lui-même opposable à toute personne : la généralité de l'effet reflue sur la cause qui s'en trouve elle-même généralisée* » ; BEUDANT, *op. cit.*, T. X, *les contrats et les obligations*, avec la collaboration de G. Lagarde et R. Perrot, 2^{ème} éd. Paris, Rousseau, 1953, n° 925, p. 30 : « *Par nature, le droit réel est opposable à tous. Il dit logiquement en être de même des conventions relatives à un droit réel* » ; GINOSSAR, *op. cit.*, n° 22 et s.

¹³⁰² DUCLOS, *op. cit.*, n° 46. Rapp. ROUBIER, *op. cit.*, n° 32, p. 258 : « *il n'en est pas moins vrai que, comme les situations juridiques doivent avoir une base de légitimité, ... cette légitimité réside en principe dans un titre...* ».

¹³⁰³ DUCLOS, *op. cit.*, n° 245, p. 281.

¹³⁰⁴ Sur la remise en cause du fondement technique de la connaissance des tiers, v. *supra* n° 435 et s.

principe, cette connaissance repose sur une présomption selon laquelle chacun, du fait de la vie en société doit respecter l'activité régulière d'autrui et se montrer prudent et diligent¹³⁰⁵. La connaissance des tiers est réputée lorsqu'existe une apparence à laquelle les tiers peuvent se fier¹³⁰⁶. Tel est le cas de la publicité légale. Ainsi, en matière immobilière, l'accomplissement des formalités de publicité foncière présume la connaissance des tiers¹³⁰⁷. En pareil cas, la démonstration de la connaissance effective des tiers est juridiquement superflue : sauf si elle révèle la mauvaise foi des tiers¹³⁰⁸, elle ne fait en principe que conforter l'opposabilité de l'élément concerné¹³⁰⁹ résultant de la publicité légale. Par ailleurs, la connaissance est également réputée lorsqu'elle résulte de l'accomplissement de signes extérieurs, tels que la possession. Ainsi, en matière mobilière, l'opposabilité peut être mise en œuvre par la remise du bien vendu¹³¹⁰ de sorte que la connaissance réputée des tiers est alors qualifiée de naturelle¹³¹¹. A l'opposé, l'ignorance des tiers est présumée lorsque le droit requiert la connaissance effective des tiers au titre de la mise en œuvre de l'opposabilité. Ainsi, l'employeur qui embauche un salarié en violation de la clause de non-concurrence obligeant ce dernier envers son ancien employeur est responsable dès lors qu'il connaissait cette situation contractuelle particulière. La connaissance nécessaire à la mise en œuvre de l'opposabilité de la clause de non-concurrence est alors effective. Qu'elle repose sur une connaissance effective ou réputée, l'opposabilité des conventions s'inscrit ainsi dans le cadre d'un dynamisme où, se déduisant intérieurement de l'existence même des éléments juridiques, elle s'extériorise auprès des tiers par la nécessité d'une connaissance de ceux-ci au titre de sa mise en œuvre. C'est ce mouvement général de l'opposabilité, de la convention jusque vers les tiers, qui se trouve remis en cause par la règle du transfert de propriété *sola traditione* et par la même, l'existence d'une théorie générale de l'opposabilité des conventions.

¹³⁰⁵ DUCLOS, *op. cit.*, n° 247, p. 282.

¹³⁰⁶ DUCLOS, *op. cit.*, n° 259, p. 291.

¹³⁰⁷ V. *infra* n° 439 et s.

¹³⁰⁸ V. *infra* n° 493 et s., à propos de la notion d'opposabilité subjective.

¹³⁰⁹ En ce sens, DUCLOS, *Ibid.*

¹³¹⁰ V. *supra* n° 119 et s.

¹³¹¹ DUCLOS, *op. cit.*, n° 250 et s.

B) L'impact de la règle de la constitution du droit réel *sola traditione* sur la théorie générale de l'opposabilité des conventions

400. *Conséquences des manifestations positives de la constitution du droit réel *sola traditione* sur la théorie de l'opposabilité générale des conventions.* Lorsque le droit réel naît du contrat, l'idée que son opposabilité soit fondée sur l'opposabilité générale de la convention est destinée à lui conférer l'opposabilité intrinsèque lui faisant défaut avant l'accomplissement des formalités requises par la loi. L'analyse est contestable car, comme il a déjà été vu¹³¹², l'opposabilité *erga omnes* du droit réel ne procède pas du contrat mais distinctement¹³¹³ et exclusivement du formalisme d'extériorisation de l'opération translatrice. Il peut alors paraître artificiel d'en rechercher le fondement technique dans l'opposabilité de la convention. Cette analyse se trouve renforcée lorsque le droit réel naît *sola traditione*. Parce qu'il ne naît plus dès l'accord des volontés mais par l'accomplissement du procédé ostensible requis, le droit réel ne peut techniquement tirer son opposabilité de celle de la convention. Ce constat apporte une contradiction évidente à la théorie de l'opposabilité des conventions, liant de façon générale l'opposabilité des droits d'origine conventionnelle à l'opposabilité du contrat.

401. Ce raisonnement est d'autant plus remarquable qu'il peut parfaitement s'effectuer *de lege lata*, tant les exceptions positives à la règle du transfert *solo consensu* sont nombreuses. Le cas du transfert des valeurs mobilières retiendra plus précisément l'attention. Exception notable à la règle du transfert de propriété *solo consensu*, le transfert des valeurs mobilières est en droit positif subordonné depuis longtemps à l'accomplissement de l'inscription en compte de l'opération translatrice¹³¹⁴. Cette dérogation au transfert *solo consensu* s'accompagne nécessairement d'une dérogation à la théorie générale de l'opposabilité des conventions puisque « *le transfert de propriété entre les parties est désormais concomitant de son opposabilité aux tiers, l'inscription en compte devenant la modalité unique de la transmission, comme de son opposabilité* »¹³¹⁵. L'opposabilité du transfert de propriété des valeurs mobilières ne procède pas ainsi de l'opposabilité de la convention mais exclusivement de l'inscription en compte de la

¹³¹² Sur la critique de la notion d'opposabilité *solo consensu* du droit de propriété, v. *supra* n° 211 et s.

¹³¹³ Rapp., R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 125, p. 119, qui distingue ainsi l'opposabilité du contrat et l'opposabilité de son effet translatif : « *le contrat translatif non publié est très bien intégré dans l'ordre juridique et les tiers qui y portent atteinte peuvent par conséquent engager leur responsabilité délictuelle. L'inopposabilité pour défaut de publicité signifie donc simplement qu'un des effets du contrat, l'effet translatif, ne se produit pas à l'égard des tiers* ».

¹³¹⁴ V. *supra* n° 176 et s.

¹³¹⁵ J. GRANOTIER, *op. cit.*, n° 298, p. 161.

cession. Seule l'inscription en compte représente le fondement de l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété. Le même raisonnement prévaut pour l'ensemble des solutions où en droit positif le transfert de propriété ou bien la constitution du droit réel est conditionné à l'accomplissement du formalisme en assurant l'opposabilité aux tiers. Par exemple, s'agissant de la constitution du nantissement de parts de sociétés civiles, les formalités requises à travers l'exigence d'une signification à la société émettrice et d'une publicité au RCS constituent la condition de la constitution de la sûreté mais aussi de son opposabilité aux tiers¹³¹⁶. Lorsqu'une convention prévoit un règlement par virement bancaire, l'opposabilité du transfert de propriété ne tire pas sa légitimité de l'opposabilité du contrat mais de l'inscription au compte du bénéficiaire qui marque l'instant de la perfection du transfert des fonds et de son opposabilité *erga omnes*¹³¹⁷. Il en va de même en matière de cession Dailly où le transfert des créances est subordonné à la datation et à la remise du bordereau de cession au cessionnaire : l'opposabilité du transfert ne tire pas sa légitimité de l'opposabilité de la convention mais plutôt du formalisme requis, lequel s'assimile à une tradition des droits transmis¹³¹⁸.

402. *Autonomie de l'opposabilité du droit réel vis-à-vis de l'opposabilité de la convention.*

Avec la règle du transfert de propriété *sola traditione*, c'est la théorie de l'opposabilité générale des conventions qui se trouve remise en cause de façon significative. Elle infère l'inexistence d'une règle générale en vertu de laquelle l'opposabilité des conventions fonderait l'ensemble des effets du contrat vis-à-vis des tiers. Cette analyse a pour point d'ancrage les diverses manifestations positives du transfert de propriété *sola traditione* qui représentent ainsi autant d'illustrations des limites de la théorie de l'opposabilité des conventions, dont on voit bien qu'elle ne peut alors représenter la base de légitimité de l'opposabilité de l'acquisition du droit réel. Cette dernière est alors nécessairement l'effet de l'accomplissement du mécanisme constitutif de droit, c'est-à-dire du formalisme ostensible extériorisant l'opération translative. Au plan technique, la constitution du droit réel affiche ainsi à travers la tradition une source d'opposabilité étrangère à celle de la convention. A vrai dire, la tradition devient le fondement technique de l'opposabilité de la constitution du droit réel. Cette analyse s'impose à plus forte raison dans la perspective *de lege feranda* d'une constitution du droit réel par l'effet de la tradition. Elle est d'autant plus saillante que le concept juridique d'opposabilité de la convention fait à juste titre

¹³¹⁶ En ce sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 790, p. 596-597.

¹³¹⁷ V. *supra* n° 167 et s.

¹³¹⁸ V. *supra* n° 84 et n° 113.

l'objet d'une remise en cause doctrinale, qui en définitive conduit au constat d'une relation exclusive entre l'opposabilité du droit réel et la tradition.

§2) Remise en cause du concept juridique d'opposabilité de la convention

403. Une fraction de la doctrine a récemment remis en cause l'existence du concept juridique d'opposabilité des conventions. L'absence de contenu normatif inhérente à la théorie de l'opposabilité du contrat-fait est directement concernée par les objections formulées à l'encontre de cette dernière. Ainsi, les raisons de la remise en cause de l'opposabilité des conventions seront tout d'abord précisées (A). Par ailleurs, le constat de l'absence de concept d'opposabilité des conventions confirmera l'exclusivité de la relation entre l'opposabilité *erga omnes* du droit réel et le formalisme d'opposabilité que représente la tradition (B).

A) Les raisons : l'absence d'opposabilité normative du contrat

404. Le recours au régime juridique extérieur de la responsabilité civile (1) souligne l'inexistence d'un principe juridique d'opposabilité des conventions (2).

1) Le recours aux règles de la responsabilité civile au titre de la sanction de l'opposabilité du contrat

405. *Détermination de la faute du tiers au contrat vis-à-vis des parties.* La mise en œuvre de l'opposabilité des conventions nécessite essentiellement le recours aux règles spécifiques de la responsabilité civile. Ainsi, un contrat sera opposable à un tiers à la condition que la faute de ce dernier soit rapportée. Le tiers peut être fautif en raison de sa complicité dans la violation du contrat par le débiteur¹³¹⁹ et sa faute, qui est alors distincte du manquement contractuel, devra être clairement établie¹³²⁰.

406. Le tiers peut également être seul fautif vis-à-vis des parties. Ainsi, le tiers se rend parfois seul coupable de la violation d'un contrat, lorsqu'il porte atteinte à un droit exclusif. Tel est le cas de la responsabilité d'un éditeur qui avait publié des informations

¹³¹⁹ Les tiers sont ainsi logiquement responsables s'ils aident la partie à ne pas exécuter son obligation, selon une jurisprudence constante. En ce sens, Cass. Com., 13 mars 1979, n° 77-13518, *Bull. Civ. IV*, n° 100, *D.* 1979, p. 1, obs. Y SERRA.

¹³²⁰ Cass. Com. 9 juin 2009, n° 08-16.168, *JCP G* 2009, 312, note N. DISSAUX. Dans cette affaire, la Haute cour a estimé qu'un tiers n'était pas complice de la rupture anticipée d'un contrat de franchise par un franchisé qui a ultérieurement contracté avec lui. En effet, il n'a pas été constaté de la part de ce tiers d'agissements susceptibles de caractériser une complicité de sa part dans la rupture anticipée du contrat de franchise.

d'un ouvrage à paraître, car il privait ainsi cette parution d'une partie de son originalité, au détriment de l'éditeur titulaire des droits de l'auteur¹³²¹. Cependant, la question de la définition de la faute du tiers est alors essentielle. S'agissant du délit de concurrence déloyale, les juges ont déjà estimé que le simple fait pour le tiers au réseau de se procurer des produits et de les revendre ne constituait pas en soi un acte de concurrence déloyale¹³²². En effet, les produits peuvent avoir été achetés régulièrement, par exemple auprès d'un revendeur étranger hors réseau. Ainsi, la responsabilité délictuelle du tiers sera retenue en cas d'intention frauduleuse ce qui est le cas si le tiers achète les marchandises dans des conditions illicites ou frauduleuses, en utilisant par exemple une fausse identité, sachant que le caractère illicite peut être déduit de son refus d'indiquer l'origine des marchandises¹³²³. C'est encore le cas lorsqu'il revend ces produits dans des conditions préjudiciables à la marque ou au réseau, par exemple en pratiquant des prix anormalement bas¹³²⁴ ou la revente à perte¹³²⁵. En l'état actuel de la jurisprudence, pour qu'un distributeur non sélectionné, tiers au réseau de distribution, soit condamné pour non-respect du droit exclusif issu du contrat de distribution sélective, il faut prouver une faute en plus de la seule commercialisation des produits.

407. Un arrêt a par ailleurs retenu la responsabilité du seul tiers fautif, alors même qu'aucun droit exclusif n'était en cause¹³²⁶. Des propriétaires d'un immeuble avaient conclu un mandat non exclusif de vente avec un agent immobilier, prévoyant que la commission serait due par le vendeur. L'agent fait visiter l'immeuble à un couple qui s'était présenté sous une fausse identité, et qui ensuite avait acquis le bien directement auprès du vendeur, évitant ainsi le paiement de la commission. L'agent immobilier poursuit les acquéreurs en paiement de dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle. Un premier arrêt de la Cour de cassation avait considéré que la commission n'étant pas due

¹³²¹ Cass. Civ. 1^{ère} 17 Octobre 2000, n° 97-22.498, *Juris-Data* n° 2000-006292, *Bull. Civ. I*, n° 246, *D.* 2001, p. 952, note M. BILLIAU et J. MOURY, *JCP G* 2001, I, 338, obs. G. VINEY.

¹³²² Cass. Com. 13 décembre 1988, préc. ; Cass. Com., 10 janvier 1989, préc. ; Cass. Com. 21 mars 1989, n° 87-17138, *D.* 1989, p. 427, note A. BENABENT ; Cass. Com. 1^{er} mars 1994, n° 92-11364, *Bull. Civ. IV*, n° 86 ; Cass. Com. 30 janvier 2001, préc.

¹³²³ Cass. Com. 27 octobre 1992, « *Azzaro* », préc.

¹³²⁴ Cass. Com. 21 juin 1994, n° 92-12584, *Bull. Civ. IV* 1994, n° 229.

¹³²⁵ CA Paris 24 mars 1987, *D.* 1987, IR. p. 107.

¹³²⁶ Cass. Ass.plén. 9 mai 2008, n° 07-12449, *Bull. Civ. ass. Plén.* 2008, n° 3, *D.* 2008, p. 2328, obs. Y. ROUQUET, *RTD Civ.* 2008, p. 485, obs. P. JOURDAIN, *ibid.*, p. 498, obs. P.-Y. GAUTIER : « attendu que, même s'il n'est pas débiteur de la commission, l'acquéreur dont le comportement fautif a fait perdre celle-ci à l'agent immobilier, par l'entremise duquel il a été mis en rapport avec le vendeur qui l'avait mandaté, doit, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, réparation à cet agent immobilier de son préjudice ».

par l'acquéreur, l'agent ne pouvait se prévaloir à leur encontre d'un préjudice¹³²⁷. Devant la résistance des juges du fond, l'Assemblée plénière a été saisie et a condamné l'acquéreur. Cet arrêt fonde la responsabilité du tiers sur son comportement fautif. Qu'il soit complice du débiteur ou non, le tiers doit respecter le contrat dès lors qu'il en a connaissance et ne peut empêcher l'exécution d'une obligation contractuelle. Derrière le recours au régime de la responsabilité civile, on estime qu'il s'agit de l'opposabilité du contrat.

408. Détermination de la faute des parties vis-à-vis du tiers au contrat. Une fois le concept d'opposabilité du contrat aux tiers mis en évidence, il a été admis par principe que le tiers-victime de l'inexécution du contrat pouvait agir contre le cocontractant fautif en responsabilité délictuelle¹³²⁸. La discussion a surtout porté sur le point de savoir si la seule défaillance du débiteur suffisait pour engager sa responsabilité vis-à-vis des tiers, ou si la démonstration de l'existence d'une faute délictuelle distincte était requise. Deux conceptions s'affrontent, qu'il convient à présent d'exposer.

409. Thèse de l'exigence d'une faute détachable du contrat. Selon la théorie de la relativité de la faute contractuelle, pour que la responsabilité du contractant soit engagée à l'égard des tiers, la seule inexécution de son engagement contractuel ne suffit pas. Il faut que le tiers prouve une faute distincte du manquement contractuel, c'est-à-dire un comportement du débiteur contraire aux règles générales de prudence et de diligence caractérisant la faute délictuelle¹³²⁹. Une faute détachable du contrat est ainsi requise comme c'est le cas lorsque les parties commettent un acte de concurrence déloyale¹³³⁰. Cette acception a trouvé un certain écho en jurisprudence. Même si les expressions retenues par les juges varient¹³³¹, leur signification est la même : la faute doit être détachable du contrat¹³³², solution qui présente le mérite non-négligeable de respecter le principe de l'effet relatif des conventions. Pour justifier la responsabilité du cocontractant à l'égard du tiers, il est nécessaire ainsi que son comportement témoigne d'une faute délictuelle indépendante.

¹³²⁷ Cass. Civ. 1^{ère} 27 avril 2004, *Bull. Civ. I*, 2004, n° 111.

¹³²⁸ V. *supra* n° 379.

¹³²⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1000, p. 548; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 872, p. 927.

¹³³⁰ Cass. Com. 1^{er} juillet 2003, n° 99-17183, *Bull. Civ. IV*, n° 115, *D.* 2003, p. 2427, obs. D. FERRIER, *RTD Com.* 2004, p. 364, obs. B. BOULOC.

¹³³¹ On parle ainsi parfois d'une « *faute quasi-délictuelle ... envisagée en elle-même, indépendamment de tout point de vue contractuel* » : en ce sens, Cass. Civ. 1^{ère} 9 octobre 1962, *Bull. Civ. I*, n° 405.

¹³³² En ce sens Cass. Com., 5 avril 2005, n° 03-19370, *Bull. Civ. IV* 2005, n° 81, *D.* 2005, n° 41, p. 2848, note B. FAUVARQUE-COSSON, *RTD Civ.* 2005, 602, obs. P. JOURDAIN, *RDC* 2005, p. 687, obs. D. MAZEAUD.

410. Thèse du caractère suffisant du manquement contractuel. Certains arrêts déjà anciens ont estimé de manière très large que toute faute contractuelle est délictuelle au regard des tiers étrangers au contrat¹³³³. Mais c'est surtout la première chambre civile qui a affirmé ces dernières années cette théorie, souvent au visa des articles 1165 et 1382 du Code civil, et au motif que « *les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle lui a causé un dommage* »¹³³⁴. Selon cette acception, affirmée en jurisprudence à de nombreuses reprises, la faute contractuelle, en l'occurrence l'inexécution du contrat par une partie, suffit à engager sa responsabilité vis-à-vis du tiers qui subirait un préjudice du fait de cette inexécution. Aucune faute distincte du manquement contractuel n'est en conséquence à rapporter par le tiers concerné¹³³⁵. Force est de constater qu'une divergence de jurisprudence existait au sein de la Cour de cassation, notamment entre la première chambre civile et la chambre commerciale, ce qui a conduit à une solution claire de l'Assemblée plénière le 6 octobre 2006.

411. Arrêt de l'assemblée plénière du 6 octobre 2006 : assimilation des fautes contractuelles et délictuelles. Les controverses jurisprudentielles ont été tranchées par l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 octobre 2006¹³³⁶, qui est venu apporter une solution claire. Dans cette affaire, deux personnes concluent un contrat de bail commercial, le preneur confie ensuite la gérance de son fonds à une troisième. Cette dernière, tiers au contrat de bail, assigne le bailleur pour défaut d'entretien des locaux lui causant un préjudice. La question était donc de savoir si ce tiers pouvait invoquer une faute purement contractuelle pour obtenir réparation. La Cour d'appel ayant accueilli la demande, le pourvoi des bailleurs soutenait la nécessité d'une faute délictuelle distincte du manquement contractuel pour engager la responsabilité du contractant vis-à-vis d'un tiers. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que*

¹³³³ Cass. Soc. 21 mars 1972, n° 71-10896, *RTD Civ.* 1973, p. 128, obs. G. DURRY; Cass. Com., 16 janvier 1973, n° 71-10462, *Bull. Civ.* IV, n° 28.

¹³³⁴ Cass. Civ. 1^{ère} 15 décembre 1998, n° 96-21905 96-22440, *Bull. Civ.* I, n° 368, *Defrénois* 1999, p. 745, note D. MAZEAUD, *Contrats, Conc. Consom.* 1999, comm. 37, note L. LEVENEUR, *RTD Civ.* 1999, p. 623, obs. J. MESTRE; Cass. Civ., 1^{ère} 5 mars 2002, n° 98-21.022, *JurisData* n° 2002-013536; Cass. Civ. 1^{ère} 18 mai 2004, n° 01-13.844, *JurisData* n° 2004-023715, *Contrats, Conc. Consom.* 2004, n° 8-9, comm. 121, p. 11, note L. LEVENEUR : « *en énonçant que la faute d'un mandataire ne pouvait être invoquée par un tiers que si elle était détachable du contrat, alors que la faute commise dans l'exécution du contrat était susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de son auteur à l'égard des tiers à ce contrat, la Cour d'appel a violé les articles 1991, 1165 et 1382 du Code civil* ».

¹³³⁵ Cass. Civ. 1^{ère} 13 février 2001, *préc.* : « *Les tiers à un contrat sont fondés à invoquer tout manquement du débiteur contractuel lorsque ce manquement leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve* ».

¹³³⁶ Cass. Ass. Plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, *préc.*

ce manquement lui a causé un préjudice », et elle estime que les manquements contractuels ont bien causé un préjudice puisqu'ils rendaient impossibles l'utilisation normale des locaux. La Cour de cassation n'exige donc nullement la preuve, en plus du manquement contractuel, d'une faute délictuelle distincte : il y a bien assimilation des deux fautes, ce que souligne le recours au terme « manquement » au lieu d'utiliser le mot faute. De nombreux arrêts ont par la suite repris cette formule¹³³⁷. On relève notamment plusieurs arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation, témoignant ainsi de l'uniformisation actuelle de la jurisprudence sur la question¹³³⁸.

412. Plusieurs arguments paraissent militer en faveur de cette solution. Tout d'abord, on peut considérer qu'elle ne porte pas atteinte à l'effet relatif du contrat, lequel empêche simplement le tiers de devenir créancier et d'exiger l'exécution du contrat par les parties. Il ne s'agit alors que d'une manifestation de l'opposabilité du contrat conçu en tant que fait juridique vis-à-vis des tiers. Ainsi, « *le tiers-victime ... ne prétend en aucune façon s'introduire dans le rapport d'obligation contractuel ; il se borne à faire valoir le fait de l'inexécution ... ce n'est là que le mécanisme de l'opposabilité du contrat qui est mis en œuvre* »¹³³⁹. Ensuite, la solution n'écarterait pas forcément la notion de faute délictuelle puisque l'inexécution doit être la cause directe du préjudice du tiers. Ainsi, comme l'indique G. Viney, « *dès lors qu'un manquement contractuel est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, les éléments de la responsabilité se trouvent réunis, le manquement contractuel étant en soi un fait illicite* »¹³⁴⁰. Selon cette analyse, l'exigence d'un lien de causalité entre le manquement contractuel et le dommage subi par le tiers

¹³³⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mai 2007, n° 05-16.926, *JurisData* n° 2007-038866, *JCP G* 2007, IV, n° 2244, à propos de l'action de l'épouse de l'acquéreur contre le vendeur pour mettre à sa charge les intérêts d'emprunt bancaire à la suite de la résolution de la vente ; Cass. Civ. 1^{ère} 4 juin 2007, n° 05-13.946, *JurisData* n° 2007-039250, qui rappelle l'attendu de principe mais qui casse l'arrêt d'appel ayant retenu la responsabilité d'un agent immobilier vis-à-vis d'un tiers sans préciser le fondement juridique de la condamnation, à savoir la responsabilité délictuelle ; Cass. Civ. 3^{ème} 4 juillet 2007, n° 06-15.776, *JurisData* n° 2007-039942 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 6 décembre 2007, n° 06-12.905, *JurisData* n° 2007-041791 ; CA Paris, 19^e ch., sect. A, 7 janvier 2009, *JurisData* n° 2009-374185.

¹³³⁸ Cass. Com., 6 mars 2007, n° 04-13.689, *JurisData* n° 2007-037930 ; Cass. Com., 3 juin 2008, n° 06-13.761, *JurisData* n° 2008-044216 ; Cass. Com., 18 décembre 2007, n° 05-19.397, *JurisData* n° 2007-042109, *JCP E* 2008, p. 32, note R. MORTIER, *Dr. soc.* 2008, comm. 55, obs. H. HOVASSE. Cass. Com., 21 octobre 2008, n° 07-18.487, *JurisData* n° 2008-045511, à propos de la résiliation abusive d'un contrat de concession par le concédant invoquée par la société mère de la société concessionnaire, tiers au contrat, arrêt qui casse l'arrêt d'appel ayant rejeté la demande en réparation du préjudice subi au motif que la société mère, qui n'a pas été partie au contrat, ne peut se prévaloir de cet abus.

¹³³⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, t. I, L'acte juridique*, Sirey, 13^e éd., 2008, n° 183.

¹³⁴⁰ G. VINEY, obs. sous Cass. Ass. Plén. 6 octobre 2006, D. 2006, 2825. Rapp. A. GARIAZZO, « Avis du premier avocat général à l'occasion de l'arrêt Cass. Ass. Plén. 6 octobre 2006 », *JCP G* 2006, II, 10181, qui a suggéré que l'assimilation entre le manquement contractuel et la faute délictuelle soit tempéré par un contrôle minutieux de la causalité entre celle-ci et le dommage invoqué par le tiers.

rendrait nécessairement le manquement contractuel fautif, ce qui toutefois est discutable puisqu'un manquement contractuel peut créer un dommage pour un tiers sans systématiquement procéder d'un comportement fautif du débiteur¹³⁴¹. Enfin, un argument d'opportunité peut être invoqué au soutien de la décision à travers l'indemnisation des victimes puisque cette solution favorise une telle indemnisation en octroyant aux tiers la faculté d'invoquer le manquement contractuel¹³⁴². Cette position fait néanmoins l'objet de critiques décisives qui conduisent à remettre en cause l'opportunité du fondement de l'opposabilité de la convention.

2) L'absence de concept juridique d'opposabilité des conventions

413. Conséquences de l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle- Atteinte à l'effet relatif du contrat. Permettre au tiers d'invoquer une simple faute contractuelle pour obtenir des dommages-intérêts équivaut à lui permettre de réclamer à son profit le bénéfice du contrat auquel il n'est pourtant pas partie. La responsabilité contractuelle pourrait ainsi s'appliquer à ce tiers bien qu'il n'ait pas acquis la qualité de partie, ce qui semble directement contraire au principe de l'effet relatif des contrats. L'atteinte à la règle de l'effet relatif du contrat est discutée en doctrine, certains auteurs estimant qu'elle est inexistante. Tel est le cas de G. Viney pour laquelle l'effet relatif signifie simplement qu'au moment de la formation du contrat, les parties ne peuvent lier un tiers et qu'au moment de l'exécution du contrat, les tiers ne peuvent demander l'exécution des obligations. Cependant, ce principe ne concerne pas le régime de la responsabilité¹³⁴³ de sorte qu'un tiers est fondé à se prévaloir du dommage que lui cause un manquement contractuel sans avoir à rapporter une autre preuve. Par conséquent, la position actuelle de la jurisprudence ne contreviendrait pas à la règle de l'effet relatif des conventions prévue à l'article 1165 du Code civil. Cette position est contestée à juste titre par de nombreux auteurs, qui estiment que le principe de l'effet relatif des conventions est

¹³⁴¹ A titre d'exemple, la rupture de pourparlers peut être préjudiciable pour un tiers sans être fautive au sens des règles régissant la responsabilité civile délictuelle. Cette rupture ne sera fautive que s'il est démontré un abus à cet égard, notamment si le pollicitant a laissé croire par un certain nombre d'agissements à la conclusion quasi-certaine du contrat.

¹³⁴² Ce qui va dans le sens de l'évolution des régimes spéciaux de responsabilité, vers une indemnisation uniforme des victimes d'une inexécution contractuelle, qu'elles soient tiers ou parties. Tel est par exemple le cas en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. C. Civ., art. 1386-1 : « *le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat envers la victime* ».

¹³⁴³ G. VINEY, « *Projet de réforme du droit des obligations : les éléments clés en matière de droit de la responsabilité* », *Rev. Lamy dr. Civ.*, Déc. 2005, n° 22, p. 13 et s.

inéluçtablement maltraité par l'orientation de la jurisprudence depuis 2006¹³⁴⁴. Même à travers la mise en œuvre de la responsabilité civile, le tiers se prévaut incontestablement de l'inexécution d'une obligation dont il n'est pas le débiteur, ce qui contrevient à la règle de l'effet relatif de l'article 1165 du Code civil¹³⁴⁵. Mais là n'est pas le plus important. Plus grave est l'affaiblissement du contrat auquel conduit la solution de l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle.

414. Conséquences de l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle - Affaiblissement du contrat. La possibilité offerte au tiers de se prévaloir sur le terrain délictuel d'un manquement contractuel lui causant un dommage offre à ce tiers la possibilité d'invoquer le contrat sans que le contractant puisse lui opposer le régime contractuel prévu, telles que les éventuelles clauses limitatives de responsabilité ou clauses attributives de compétence, ainsi que les prescriptions légales. Cette situation est la conséquence directe de la nature délictuelle de l'action du tiers, telle qu'elle a été consacrée par la jurisprudence¹³⁴⁶, faisant échapper l'action au régime contractuel. Elle est qualifiée de dangereuse¹³⁴⁷ et d'injuste¹³⁴⁸ en doctrine. Il est évidemment des cas où l'inexécution du contrat constituera par la même occasion la violation d'un devoir général de vigilance et de prudence vis-à-vis des tiers de sorte que les fautes délictuelle et contractuelle coïncideront. Mais lorsqu'il s'agit de la prestation promise, « *il est anormal de permettre à un tiers de se plaindre de son défaut de fourniture et d'échapper en outre, grâce à la responsabilité extra-contractuelle, au régime du contrat* »¹³⁴⁹. Injuste, la solution jurisprudentielle est par ailleurs dangereuse car elle conduit à un affaiblissement du contrat, dont le régime diffère ainsi en fonction des personnes se prévalant de l'inexécution contractuelle. De surcroît, elle permet l'indemnisation des préjudices les plus éloignés du contrat lorsque le manquement contractuel est invoqué par un tiers qui est une victime par ricochet de l'inexécution du débiteur¹³⁵⁰. Le préjudice relatif à

¹³⁴⁴ En ce sens, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 872, p. 928, pour lesquels la solution « *repose sur une contradiction irréductible : afin de paraître respecter l'effet relatif des contrats, l'on donne à l'action en responsabilité du tiers, victime de l'inexécution du contrat, une nature délictuelle. Mais ensuite, sous couvert d'une faute délictuelle en fait inexistante, on permet au tiers de se prévaloir de la faute contractuelle résultant de la méconnaissance d'une obligation souscrite au profit du seul contractant* ».

¹³⁴⁵ C. LISANTI-KALCZYNSKI, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère} 13 février 2001, préc : « *Que reste-t-il de la relativité de l'inexécution contractuelle lorsque la faute se caractérise uniquement par la méconnaissance de la force obligatoire ? La solution ne laisse donc pas plus intact l'article 1165 du Code civil* ».

¹³⁴⁶ V. *supra* n° 379.

¹³⁴⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1000, p. 549.

¹³⁴⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 872, p. 928.

¹³⁴⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*

¹³⁵⁰ En ce sens, C. LISANTI-KALCZYNSKI, obs. préc. sous Cass. Civ. 1^{ère} 13 février 2001, spéc. n° 15.

l'inexécution contractuelle est ainsi diluée dans l'immensité du cadre extracontractuel, perspective qui semble inquiéter la Cour de cassation elle-même¹³⁵¹ et qui a provoqué des réactions doctrinales¹³⁵².

415. Hypothèse non convaincante d'une extension de l'action en responsabilité contractuelle au tiers-victime de l'inexécution du contrat. Afin de remédier à ces difficultés, certains auteurs proposent une application de la responsabilité contractuelle à l'égard des tiers susceptibles de subir un dommage du fait de la violation par le débiteur de ses obligations contractuelles sur la base d'une extension à leur égard de la notion de groupe de contrat¹³⁵³. En effet, les tiers subissant l'inexécution contractuelle du débiteur appartiennent en quelque sorte au même groupe de contrat de sorte qu'ils doivent pouvoir se prévaloir de la responsabilité contractuelle¹³⁵⁴. L'analyse est séduisante et conduit à l'idée selon laquelle le tiers-victime d'un manquement contractuel disposerait en somme d'une véritable option : soit il invoque la responsabilité contractuelle mais sera alors soumis à l'économie du contrat, soit il a recours aux règles de la responsabilité délictuelle mais devra alors apporter la démonstration d'une véritable faute délictuelle du débiteur, dépassant la simple preuve de l'inexécution du contrat. Elle correspond à la solution retenue par l'avant-projet de réforme du droit des obligations dans son article 1342¹³⁵⁵

¹³⁵¹ Dans son rapport annuel pour l'année 2006, la Cour de cassation a fait savoir qu'il conviendrait à l'avenir de distinguer entre « les obligations souscrites au profit du seul contractant dont le tiers n'a pas vocation à bénéficier » de celles qui peuvent « dans certains cas particuliers, concerner un tiers qui devient ainsi tiers intéressé » et de celles « qui en raison de leur objet dépassent le seul enjeu contractuel et qui en tant que tel sont susceptibles d'intéresser tous les tiers dès lors qu'ils ont eu à souffrir de leur transgression ». C. Cass., « Rapport 2006 », *La Documentation française*, p. 399.

¹³⁵² Un auteur a notamment proposé, afin d'identifier les conditions de mise en œuvre de l'action en responsabilité du tiers, de conditionner l'aptitude de ce dernier à invoquer une inexécution contractuelle à la démonstration préalable d'une atteinte à un droit acquis en dehors du contrat. Un contrôle de la solution rendue par l'Assemblée plénière le 6 octobre 2006 s'effectue alors par l'appréciation du dommage invoqué par le tiers. X. LAGARDE, « Le manquement contractuel assimilable à une faute délictuelle - Considérations pratiques sur la portée d'une solution incertaine », *JCP G* 2008, I, 200, n° 4 : « Il faut donc considérer que les tiers peuvent invoquer un manquement contractuel à la condition d'établir que le préjudice consiste dans une atteinte à un droit acquis en dehors du contrat dont la violation est alléguée ».

¹³⁵³ En ce sens, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 872, p. 929.

¹³⁵⁴ En ce sens, M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité contractuelle*, 1^{ère} éd., 2007, *Economica*, spéc. n° 92, p. 100, pour laquelle les tiers « souffrent en effet de l'absence de la prestation promise à un contrat qu'ils n'ont pas conclu parce qu'ils bénéficient en vertu d'un autre contrat d'une obligation identique quant à son objet à celle dont l'inexécution leur a causé le dommage. Ils appartiennent au même groupe de contrats que le débiteur défaillant entendu au sens de deux contrats unis par une identité d'obligations, qu'ils aient ou non la même nature ».

¹³⁵⁵ « Lorsque l'inexécution contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des articles 1362 à 1366 [c'est-à-dire les dispositions propres à la responsabilité contractuelle]. Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage. Il peut également obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité extra contractuelle, mais à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés aux articles 1352 à 1362 [c'est-à-dire les faits générateurs de la responsabilité délictuelle] ».

mais n'est pas pour autant exempte de critiques. Tout d'abord, on ne voit pas pourquoi le tiers-victime de l'inexécution contractuelle disposerait d'un choix entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle que n'ont pas les parties, sauf à considérer que son statut de victime justifie cette option. Ensuite, l'idée que le tiers-victime d'un manquement contractuel puisse avoir recours à l'action en responsabilité contractuelle, par essence réservée aux parties, est dérangeante au regard du principe de la relativité des conventions. Enfin, celle qui consiste à rendre ce tiers créancier d'une obligation identique à celle inexécutée par le débiteur, sur la base d'une extension de la notion de groupe de contrats, l'est tout autant car elle est empreinte d'une certaine artificialité. En réalité, le tiers demeure extérieur au contrat et peut difficilement disposer de l'action en responsabilité contractuelle, d'autant plus qu'il n'est pas dépourvu et dispose déjà d'une voie juridique afin d'obtenir réparation de son préjudice à travers l'action en responsabilité délictuelle¹³⁵⁶. A bien y réfléchir, l'artificialité de la construction provient essentiellement des difficultés à justifier la possibilité offerte à un tiers au contrat de se prévaloir, en dehors de la démonstration d'une faute délictuelle, d'une inexécution qui lui est dommageable, solution à laquelle le concept d'opposabilité des conventions n'est pas étranger.

416. Influence du concept d'opposabilité des conventions sur la solution jurisprudentielle. Depuis plusieurs décennies, on assiste à une dilution considérable de la notion de faute civile, amorcée à l'occasion du vote de la loi du 3 janvier 1968¹³⁵⁷, insérant un nouvel article 489-2 dans le Code civil selon lequel « *celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation* ». La faute délictuelle se retrouve ainsi fréquemment détachée en droit positif de toute appréciation subjective¹³⁵⁸. Elle est alors réduite à un simple fait causal apprécié objectivement de sorte qu'il n'existe plus « *à la vérité de faute dans la notion de*

¹³⁵⁶ En ce sens, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1000, p. 549 : « *Plutôt qu'une option donnée au tiers entre le régime de la responsabilité contractuelle...et celui de la responsabilité délictuelle..., solution purement pragmatique, injustifiée en droit, le retour à la solution de la chambre commerciale est souhaitable (arrêt du 5 avril 2005, préc.) : il permet de traiter la différence entre le défaut de fourniture de la prestation promise, que le tiers ne peut invoquer même sur le terrain délictuel ; et la violation d'une norme de comportement, peu important qu'elle soit enserrée dans un contrat, qu'il peut invoquer sur le fondement des articles 1382 ou 1383* ».

¹³⁵⁷ En ce sens, M. BILLIAU, note sous Cass. Ass. Plén. 6 octobre 2006, JCP G, II, 10181.

¹³⁵⁸ On peut citer, en outre, l'article 1386-1 du Code civil, en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, selon lequel « *le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime* ». La loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, en matière d'accidents de la circulation, participe du même esprit de restriction de la faute délictuelle puisque son article 2 prévoit que « *les victimes, y compris les conducteurs, ne peuvent se voir opposer la force majeure ou le fait d'un tiers par le conducteur ou le gardien d'un véhicule mentionné à l'article 1^{er}* ».

délict civil »¹³⁵⁹. La possibilité offerte au tiers de se prévaloir sur le terrain délictuel d'un manquement contractuel du débiteur sans autre condition participe de ce mouvement du droit de la responsabilité délictuelle. Cependant, ce courant d'objectivation de la responsabilité civile, propre à certaines matières¹³⁶⁰, représente une explication bien trop vague de la position du droit positif.

417. Cette dernière est en réalité fondée par la théorie de l'opposabilité du contrat-fait. En effet, puisque le contrat est un fait opposable aux parties par les tiers, ceux-ci, s'ils subissent un dommage lié à son exécution, peuvent s'en prévaloir sans autre condition dans le cadre de la mise en œuvre des règles de la responsabilité délictuelle¹³⁶¹. Ainsi, la théorie de l'opposabilité du contrat-fait explique que le tiers puisse se contenter de la démonstration du fait juridique que représente le manquement contractuel, sans avoir à prouver en sus un comportement fautif. En d'autres termes, l'opposabilité du contrat objective les règles de la responsabilité civile délictuelle qui sont censées la mettre en œuvre. En réalité, il existe une contradiction entre l'opposabilité du contrat et les règles de la responsabilité délictuelle : l'opposabilité du contrat par les tiers suppose que ceux-ci puissent se prévaloir sans condition de l'inexécution contractuelle dès lors qu'ils subissent un dommage, tandis que les principes gouvernant traditionnellement la faute délictuelle postulent une appréciation morale du comportement du débiteur. Cette contradiction est dépassée par le droit positif qui fait actuellement prévaloir l'opposabilité du contrat sur les règles devant la mettre en œuvre. Cependant, ce faisant, la faute se trouve exclue des conditions classiques de la responsabilité civile délictuelle¹³⁶². La remise en cause de la solution rendue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 6 octobre 2006, souhaitée par de nombreux auteurs¹³⁶³, nécessite en réalité une remise en cause du concept même d'opposabilité du contrat.

418. *Réfutation du concept juridique d'opposabilité du contrat.* Les difficultés provenant de la solution jurisprudentielle précédemment évoquée ne proviennent pas tant des règles de la responsabilité civile que des insuffisances théoriques du concept juridique de

¹³⁵⁹ M. BILLIAU, *Ibid.*

¹³⁶⁰ En ce sens, R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 332, p. 290 : « ce courant (d'objectivation)... s'est manifestement construit en considération d'atteintes aux personnes et aux biens. Il est plus que douteux qu'il soit opportun de l'étendre à tous les préjudices ».

¹³⁶¹ En ce sens, DUCLOS, *op. cit.*, n° 59, 85 pour qui le contrat opposé constitue « le fondement juridique de l'action en responsabilité délictuelle exercée par le tiers ».

¹³⁶² M. BILLIAU, *Ibid.*

¹³⁶³ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.* ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Ibid.* ; C. LISANTI-KALCZYNSKI, obs. préc., spéc. n° 14 et s.

l'opposabilité du contrat-fait. Pour bien comprendre ces insuffisances, il est nécessaire préalablement d'évoquer les divers éléments qui composent la norme juridique. Ceux-ci ont été mis nettement en lumière par la doctrine. La norme juridique est composée de deux éléments que sont l' « hypothèse » et l' « effet juridique »¹³⁶⁴. L'hypothèse, ou le présupposé de la règle de droit, correspond au caractère général et abstrait de cette dernière. Parce qu'elle est générale et abstraite, la règle de droit est hypothétique et se distingue ainsi du fait¹³⁶⁵. L'effet juridique, quant à lui, procède en conséquence de la règle juridique elle-même sur la base de la réalisation des éléments de fait qui en sont le déclencheur. Il s'ensuit que ceux-ci ne produisent intrinsèquement aucun effet juridique car seule la règle de droit produit ces effets et imprime ainsi à une situation de fait un caractère juridique¹³⁶⁶.

419. La remarque est importante tant elle éclaire les insuffisances théoriques du concept de l'opposabilité du contrat-fait. Envisagé comme une situation de fait, le contrat ne peut produire en lui-même aucun effet juridique vis-à-vis des tiers. Il ne représente qu'un fait « *qui sera le cas échéant pris en considération dans les conditions d'application d'une norme juridique extérieure dont le déclenchement emportera des effets de droit à l'égard de personnes qui ne sont pas visées ou concernées directement par cet acte juridique* »¹³⁶⁷. La responsabilité civile est l'une de ces normes pouvant produire des

¹³⁶⁴ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Préface ROUBIER, réimpr. Dalloz, 2002, présentation M.-A. FRISON-ROCHE, n° 16-17, p. 18-19 : « il n'y a, nous semble-t-il, qu'une seule formule qui soit apte à définir exactement la structure de la règle de droit : c'est celle... qui distingue la présupposition et l'effet juridique ». V. aussi DABIN, *Théorie générale du droit*, Nouvelle édition Paris, Dalloz, 1969, Col. Philosophie du droit, n° 60-61, p. 73-75, qui distingue entre « l'hypothèse, c'est-à-dire les conditions de l'application de la règle » et la conséquence juridique, qu'il s'appelle le « *dispositif* ».

¹³⁶⁵ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Thèse Paris, éd. Dalloz 1973, n° 60, p. 44 : « l'hypothèse n'est en elle-même jamais un fait puisqu'elle est une partie de proposition abstraite qui énonce le contenu de la règle juridique ... seule une réalisation particulière de l'hypothèse peut être considérée comme un fait ... Mais si la règle de droit est une abstraction, elle n'est pas une pure abstraction puisqu'elle est destinée à régir la réalité ... Par conséquent, ce sont toujours des situations de fait concrètes correspondant ou non à un concept juridique, qui sont visées par les termes abstraits de la règle et dont la réalisation déclenche son application ».

¹³⁶⁶ En ce sens, P. ANCEL, art. préc., n° 52, p. 806 : « un fait juridique n'est pas en soi créateur de nouvelles normes, mais il ne fait que déclencher l'application à une situation particulière d'une norme préexistante ». Rappr. en droit international privé : L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Thèse Paris II, 2005, n° 560, p. 663 : « lorsque la règle étrangère est prise en considération, elle ne produit pas ses effets juridiques propres ; mais se trouve emboîtée dans une norme juridique locale qui seule sera formellement appliquée parce qu'elle seule produit l'ensemble de ses effets en raison de la réalisation de ses conditions propres ».

¹³⁶⁷ F. DANOS, *op. cit.*, n° 182, p. 197. Dans le même sens, R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 96, p. 90 : « si le contrat est opposable comme un fait, alors cette opposabilité signifie simplement que le contrat et les faits liés à sa formation ou son exécution sont susceptibles d'être pris en compte par des règles qui y attachent des conséquences juridiques ».

effets juridiques auprès des tiers sur la base de la considération du contrat. Par conséquent, le concept juridique d'opposabilité du contrat a été réfuté par certains auteurs en doctrine. Ainsi, M. Wintgen, premier à formuler cette remise en cause, affirme que « *l'opposabilité du contrat est un phénomène, elle n'est pas un principe. La notion d'opposabilité est donc purement descriptive, elle ne permet pas d'expliquer les effets du contrat à l'égard des tiers* »¹³⁶⁸. Pour l'auteur, si l'opposabilité du contrat existe, il ne s'agit que d'une formule destinée généralement à décrire les effets que peut produire le contrat vis-à-vis des tiers. Cependant, elle ne peut les justifier. Il en résulte que l'opposabilité du contrat, en tant que concept juridique, n'existe pas. M. Danos partage l'analyse en indiquant que le « *soi-disant principe d'opposabilité des actes juridiques signifie uniquement que ces actes juridiques, en dehors de leur cercle d'activité directe, sont des faits, qui en tant que tels peuvent être pris en considération par le présumé d'une règle de droit extérieure pour le déclenchement de son application. Mais c'est cette règle de droit qui seule produira, à l'égard des tiers, un effet juridique propre, un régime juridique déterminé, et non l'acte juridique lui-même* »¹³⁶⁹. L'auteur va néanmoins plus loin dans l'analyse et distingue l'opposabilité substantielle de l'opposabilité simple : l'opposabilité simple du contrat doit être opposée à la consistance juridique de l'opposabilité substantielle du droit de propriété¹³⁷⁰ qui procède quant à elle de règles spécifiques et non extérieures. En conséquence, se trouve démontrée pour l'auteur « *l'inexistence de la théorie de l'opposabilité du contrat aux tiers, du moins l'inexistence d'une opposabilité substantielle qui serait propre au contrat* »¹³⁷¹. On ne peut qu'adhérer au raisonnement selon lequel l'opposabilité du contrat n'est pas un concept juridique tant il procède d'une analyse minutieuse et juste de la structure de la norme juridique et de ses implications au regard des manifestations positives de l'opposabilité du contrat. Diverses conséquences découlent de ce constat, qu'il convient d'aborder.

420. Absence d'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle. Une première conséquence de l'inexistence du principe juridique d'opposabilité du contrat porte sur l'assimilation des fautes contractuelles et délictuelles, résultant de l'arrêt de l'assemblée

¹³⁶⁸ R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 391, p. 351. Rapp. à propos de la conception française de l'opposabilité, R. KRASSER, *Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter*, Carl-Heymanns Verlag, 1971, p. 24 : « *En fin de compte, il semble que l'opposabilité ne soit pas une qualité de tous les contrats ayant un fondement uniforme mais plutôt une notion descriptive permettant de désigner un grand nombre d'effets hétérogènes que le contrat produit à l'égard des tiers* ».

¹³⁶⁹ F. DANOS, *op. cit.*, n° 182, p. 198-199.

¹³⁷⁰ F. DANOS, *op. cit.*, n° 185, p. 204.

¹³⁷¹ F. DANOS, *op. cit.*, n° 187, p. 205.

plénière de la Cour de cassation du 6 octobre 2006. Il convient de rappeler que si l'opposabilité du contrat par les tiers représente le mécanisme d'attraction délictuelle du contrat¹³⁷², elle a en revanche contribué à objectiver la notion de faute délictuelle. Cependant, le constat de l'inexistence du principe juridique d'opposabilité du contrat permet d'aborder la question sous un angle nouveau. Puisque les règles de la responsabilité ne sont pas l'expression de l'application d'un principe juridique d'opposabilité du contrat par les tiers aux parties, rien n'empêche que la notion de faute délictuelle soit resituée au centre des attentions. Aucune assimilation des fautes contractuelle et délictuelle n'est ainsi envisageable en raison de l'inexistence du concept juridique d'opposabilité du contrat¹³⁷³. En conséquence, au-delà de l'inexécution du contrat, le débiteur doit être fautif vis-à-vis du tiers afin d'engager sa responsabilité. La considération du comportement du débiteur redevient ainsi l'élément central de la faute délictuelle et ce d'autant plus que les arguments dans le sens d'une assimilation des fautes contractuelle et délictuelle, en dehors de la théorie de l'opposabilité, ne sont guère convaincants¹³⁷⁴.

B) Les conséquences : l'opération translatrice, giron de l'opposabilité substantielle

421. Si l'opposabilité du contrat ne représente pas un concept juridique, il reste à déterminer le contenu de l'opposabilité substantielle du droit réel. Il s'avère que celle-ci n'apparaît qu'en présence d'une opération translatrice (1), établissant ainsi un lien exclusif entre l'opposabilité substantielle, le droit réel et la tradition (2).

¹³⁷² C. LISANTI-KALCZYNSKI, obs. préc. sous Cass. Civ. 1^{ère} 13 février 2001, n° 7.

¹³⁷³ En ce sens, R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 332, p. 288 pour lequel l'opposabilité du contrat-fait, entendue en tant que phénomène et non en tant que principe juridique, « n'impose nullement que tout manquement contractuel soit en même temps une faute au sens de l'article 1382 du Code civil ».

¹³⁷⁴ V. pour l'exposé et la critique de ces arguments, R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 332, p. 289-291.

1) Relation entre l'opération translatrice et l'opposabilité substantielle

422. *Notion d'opposabilité substantielle.* L'opposabilité est dite substantielle¹³⁷⁵ lorsqu'elle est inhérente à la structure du droit. Ainsi, le droit de propriété jouit d'une opposabilité substantielle en raison de l'exclusivité qu'il implique sur un bien¹³⁷⁶. Parce qu'elle concerne la substance même du droit, cette opposabilité est l'effet d'un régime juridique spécifique. Elle est l'effet déterminé produit par une règle légale. A la différence de l'opposabilité simple du contrat qui figure dans le présupposé de la norme légale, l'opposabilité substantielle correspond à l'effet juridique spécifiquement recherché par la règle de droit¹³⁷⁷. L'opposabilité simple du contrat repose sur une reconnaissance de la convention auprès des tiers en tant que situation de fait au moyen d'une règle de droit préexistante, telle que la responsabilité civile. Pour autant, elle n'est pas l'effet particulier recherché par la norme juridique. Au contraire, l'opposabilité substantielle diffère fondamentalement puisqu'elle représente l'effet juridique directement recherché par la norme juridique, dont elle assure l'individualisation et la concrétisation auprès des sujets de droit¹³⁷⁸. On peut alors parler d'une opposabilité normative car elle dispose d'un fondement et d'un régime juridique propres. L'inobservation de la règle légale est par conséquent sanctionnée par l'inopposabilité de l'élément concerné. En ce cas, l'opposabilité constitue véritablement un principe juridique.

423. *Caractéristique du droit réel.* Si le droit subjectif est opposable aux tiers en raison de son altérité¹³⁷⁹, seul le droit réel est doté d'une opposabilité substantielle puisque le régime juridique de cette opposabilité est spécifique et ne nécessite pas l'intervention de règles préexistantes et extérieures. Ainsi, à supposer que le titulaire d'un droit réel ait rapporté la preuve de sa qualité, il pourra alors exiger du tiers qu'il cesse d'user de la chose, sans avoir à démontrer sa mauvaise foi. On pourrait cependant être tenté de voir

¹³⁷⁵ L'expression est empruntée à DUCLOS, *op. cit.* n° 6, mais ce dernier lui attribue un sens plus large et l'oppose à l'opposabilité-probatoire.

¹³⁷⁶ V. *supra* n° 2 et n° 27.

¹³⁷⁷ F. DANOS, *op. cit.*, n° 187, p. 206 : « Alors que l'opposabilité simple figure dans le présupposé de la norme légale, l'opposabilité substantielle correspond à l'effet juridique de la norme légale : les deux types d'opposabilité ne se situent pas au même stade d'application de la norme et sont donc totalement distincts ; l'une est condition d'application d'une norme, l'autre est la conséquence de son application, son effet juridique appliqué à une situation concrète ».

¹³⁷⁸ F. DANOS, *op. cit.*, n° 190, p. 207-209. L'opposabilité juridique tire son origine dans la norme légale mais ne se confond pas avec elle. Rapp. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 23 : « l'individu n'a de droit subjectif qu'en vertu de la situation qu'il tient de la règle : soit ! Celle-ci est, juridiquement, au principe de son droit. Mais en lui conférant cette situation active, ne peut-on dire que la règle lui confère, du même coup, un droit subjectif, c'est-à-dire une prérogative propre, opposable à autrui, sous la sanction du droit objectif ».

¹³⁷⁹ DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 93 et s.

dans cette situation une application des règles de la responsabilité civile : l'atteinte au droit réel serait la faute, laquelle permettrait à la victime de demander une réparation qui s'effectuerait alors en nature. Cependant, il n'en est rien car comme on peut le souligner, « en réalité, il s'agit ici non pas d'engager la responsabilité civile du tiers mais d'exiger la cessation d'une situation illicite, la responsabilité n'intervenant que pour justifier l'allocation de dommages-intérêts pour le préjudice passé et définitivement constitué »¹³⁸⁰. Seule la notion d'opposabilité substantielle permet d'expliquer le régime particulier de l'extériorisation du droit réel comme elle explique corrélativement la particularité du régime de sa sanction judiciaire par rapport au droit personnel¹³⁸¹. La vigueur de la sanction du droit réel est particulièrement significative à travers l'exemple de l'empiètement. En effet, la jurisprudence considère de façon constante qu'une construction sur un fond voisin est sanctionnée par la démolition de la partie de la construction empiétant sur ce fond, malgré l'importance relativement minimale de l'empiètement¹³⁸². A cet égard, la bonne foi du constructeur n'importe pas¹³⁸³. Dès lors, parce que son opposabilité procède d'un régime spécifiquement élaboré par le droit positif, la sanction du droit réel est plus vigoureuse que celle du droit personnel, dont l'opposabilité nécessite une appréciation du juge à travers l'application des règles de la responsabilité civile¹³⁸⁴. Se trouve ainsi soulignée la différence existante entre l'opposabilité substantielle du droit réel et l'opposabilité simple du droit personnel¹³⁸⁵.

¹³⁸⁰ W. DROSS, *op. cit.* n° 139-1, p. 269.

¹³⁸¹ En ce sens, M. LEVIS, *op. cit.*, n° 9, p. 18 : « Le titulaire d'un droit réel peut exiger du magistrat une sanction en nature ; les juges du fond qui n'accueillent pas cette prétention voient leur décision censurées par la Cour de cassation. Le titulaire d'un droit personnel ne peut que solliciter du juge la sanction en nature de son droit. Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour choisir le mode de sanction qu'ils estiment adéquat ».

¹³⁸² En ce sens, Cass. Civ. 3^{ème} 26 juin 1979, n° 78-10567, *Bull. Civ. III*, n° 142 ; Cass. Civ. 3^{ème} 5 décembre 2001, n° 00-13077, *Bull. Civ. III*, n° 147 ; Cass. Civ. 1^{ère} 20 mars 2002, n° 00-1601500-16015, *Bull. Civ. III*, n° 71, *D.* 2002, 2075, note CARON, somm. 2507, obs. B. MALLET-BRICOURT : « *Viola l'article 545 du Code civil la Cour d'appel qui, pour débouter un propriétaire d'un fonds de sa demande fondée sur un empiètement par le propriétaire du fonds voisin, retient que cet empiètement était négligeable, alors que sa mesure importe peu* ».

¹³⁸³ Cass. Civ. 3^{ème} 21 novembre 1969, n° *Bull. Civ. III*, n° 763, *D.* 1970, note R. LINDON, *RTD Civ.* 1970, p. 391, obs. J.-D. BREDIN. Sur le rejet de la théorie de l'opposabilité subjective, v. *infra* n° 525 et s.

¹³⁸⁴ Cependant, sur l'appréhension jurisprudentielle souple et discutable de la notion de faute civile, v. *supra* n° 443.

¹³⁸⁵ *Contra*. P. CROCQ, *op. cit.*, n° 332, p. 287-289. L'auteur, sur la base de la conception traditionnelle de l'opposabilité substantielle, dont tout élément de l'ordre juridique est pourvu, considère qu'il existe une proximité entre l'opposabilité du droit réel et celle du droit personnel. A l'appui de sa démonstration, il cite l'exemple du conflit entre deux preneurs à bail sur le même local, qui se résout en jurisprudence au profit de l'acte ayant acquis date certaine, sans référence à la bonne foi du preneur et aux règles de la responsabilité civile. Selon l'auteur : « ces solutions se comprennent parfaitement car tous les droits, tant réels que personnels, ont pour caractéristique commune l'exclusivité », c'est-à-dire la capacité à exclure autrui. Le raisonnement se conçoit lorsque l'on analyse le droit du preneur comme un droit personnel, conformément à la jurisprudence actuelle. Cependant, l'analyse du droit du preneur comme un véritable droit réel, au vu de sa structure reposant sur un

Cette différence doit s'entendre d'une différence de nature et non de degré puisque l'opposabilité substantielle du droit réel est liée à l'opération translatrice dans laquelle il s'inscrit nécessairement. C'est ce dernier point qu'il convient à présent de développer.

424. *Liaison entre l'opposabilité substantielle et l'opération translatrice.* Si l'opposabilité substantielle est l'apanage du droit réel, elle est étroitement liée au processus de transmission sur lequel repose ce dernier¹³⁸⁶. L'idée selon laquelle l'opposabilité substantielle se manifeste essentiellement dans le cadre d'une opération translatrice doit être précisée. En effet, il ressort de l'étude du droit positif que la norme légale ne conçoit l'opposabilité comme son effet direct qu'en présence d'une situation s'assimilant à un mouvement patrimonial. Le cas de la créance formée ou transmise par convention illustre parfaitement cette affirmation. La formation de la créance ne bénéficie d'aucune opposabilité substantielle puisqu'elle ne s'inscrit pas dans le cadre d'une opération translatrice, à la différence du cas où la créance fait l'objet d'une transmission.

425. *Opposabilité simple de la formation de la créance.* L'absence de cadre translatif lors de la formation du droit personnel doit être développée tant elle représente la justification théorique de l'absence de publicité des créances. La question d'une éventuelle transmission lors de la formation des créances suscite spontanément une réponse négative dans la mesure où avant sa formation la créance n'appartenait à personne¹³⁸⁷. Mais, au-delà, la question est de savoir si la valeur¹³⁸⁸ issue du paiement échu ou à échoir d'une obligation par un débiteur peut s'inscrire dans un cadre translatif. Une réponse négative doit prévaloir. En effet, l'idée de la transmission d'une valeur pourrait éventuellement se concevoir pour les obligations monétaires, où le paiement d'une somme d'argent par le débiteur pourrait s'entendre comme le transfert d'une valeur de son patrimoine à celui du créancier. Cependant, elle ne peut être généralisée dans la mesure où les obligations non

phénomène de transmission (v. *supra* n° 309), conduit à rejeter les propos de l'auteur. L'assimilation des droits du preneur à un droit réel conduit à constater que les solutions rendues en matière de conflit de droit entre deux preneurs s'inscrivent parfaitement dans une dissociation entre l'opposabilité du droit réel et du droit personnel. Elles sont donc parfaitement conformes aux principes gouvernant l'opposabilité du droit réel, laquelle repose sur l'extériorisation de l'opération translatrice, indifféremment de la prise en compte de la connaissance des tiers. Sur ce point, v. *infra* n° 531 et s.

¹³⁸⁶ V. *supra* n° 27.

¹³⁸⁷ En ce sens, DEMANTE, *op. cit.*, éd. 1855, T. III, art. 711 et 712, n° 5 *bis*, p. 3. L'auteur déduit l'absence de transmission lors de la constitution d'une créance de ce que « l'obligation qui vient de naître n'appartenait à personne avant sa création ».

¹³⁸⁸ Rappr. LABORDE-LACOSTE, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français*. Thèse Bordeaux, 1916, Imprimerie de l'Université, p. 152 et s., pour lequel le créancier chirographaire a un droit sur la valeur ressortissant du patrimoine de son débiteur ; CAZELLES, *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, thèse Paris, 1905, spéc. p. 362.

monétaires excluent tout cadre translatif. Comment dire d'une prestation de service, constituant le cœur de tout contrat d'entreprise, qu'elle s'inscrive dans le cadre d'une quelconque transmission ? Le prestataire de services, loin de transmettre sa prestation, se borne à l'exécuter. La valeur afférente naît ainsi de l'exécution du prestataire et ne procède pas d'une transmission. Le constat d'un principe de transmission lors de la constitution du droit personnel est donc difficilement concevable. Droit à la chose à laquelle mène l'exécution de l'obligation, la constitution de la créance n'implique en réalité aucune transmission d'un bien ou d'une valeur. Il est par conséquent logique que son opposabilité ne nécessite aucune publicité particulière, qui n'est destinée qu'à extérioriser une opération translative par nature risquée pour les tiers. Une publicité des créances s'avèrerait d'ailleurs impraticable faute de pouvoir en déterminer efficacement le support¹³⁸⁹ et serait incompatible avec la rigidité du système publicitaire¹³⁹⁰. L'absence de transmission lors de la formation de la créance explique ainsi le régime juridique particulier de l'opposabilité des créances, qui dépend de la démonstration de la connaissance effective, voire de la mauvaise foi, des tiers. Il s'agit d'une opposabilité simple et non substantielle, puisque sa mise en œuvre s'opère par l'application de règles juridiques extérieures et préexistantes, telle que la responsabilité civile. L'absence de transmission lors de la constitution des créances invite, au-delà, à repenser la notion d'ayant cause qui ne repose pas sur l'idée d'une transmission, ce qui conduirait à exclure le créancier chirographaire qui n'acquiert pas à proprement parler de bien de la part de son débiteur¹³⁹¹. Pourtant, le créancier tient bien son droit de sa relation avec son débiteur.

¹³⁸⁹ Dans son avant-projet de Code civil, LAURENT avait proposé d'étendre le système de publicité à tous les droits de créance mais il s'était heurté à une difficulté insurmontable : l'impossibilité de déterminer l'endroit où s'effectuerait pareille publicité. V. les références citées par S. GINOSSAR, *op. cit.*, n° 33, p. 83. *Adde.* DUCLOS, *op. cit.*, n° 438, p. 450, affirmant que pour les droits personnels sans lien avec une chose, « leur publicité est pratiquement irréalisable : à défaut de support matériel fixe, elle bute sur la détermination du lieu de publication ».

¹³⁹⁰ En ce sens, DUCLOS, *op. cit.*, n° 438, p. 450 : « Outre l'aspect financier, l'organisation d'une publicité générale déterminant l'opposabilité des obligations paralyserait les relations juridiques, en obligeant les tiers à consulter en permanence les registres légaux. Sous prétexte de sécurité, elle entraverait la liberté d'agir tout en créant paradoxalement un climat d'insécurité ; tant il est vrai que la sur-information est aussi néfaste que la sous-information ».

¹³⁹¹ Telle est la position de la doctrine majoritaire : PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6^{ème} éd., 1911, T. 1, p. 117, n° 305, pour qui les créanciers d'une personne « ne sont pas à proprement parler des ayants cause puisqu'ils n'ont pas acquis de biens ; il ne s'est pas opéré à leur profit une transmission de patrimoine » ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 797, p. 414 soulignant que les créanciers chirographaires ne sont ni des ayants cause universels ni des ayants cause à titre particulier.

L'ayant cause doit être simplement et généralement perçu comme une personne tenant un droit d'une autre appelée auteur¹³⁹².

426. *Opposabilité substantielle de la transmission de la créance.* L'analyse de l'opposabilité de la créance se densifie dès lors qu'on envisage le transport de cette dernière. En effet, en droit positif, lorsqu'il est question de la transmission d'une créance, l'opposabilité *erga omnes* est nécessairement l'effet d'une information spécifique du débiteur cédé au moyen d'une signification¹³⁹³. L'existence d'un cadre translatif justifie cette différence dans le régime de l'opposabilité de la créance. En raison du transfert patrimonial que constitue la cession de créance, l'opposabilité de l'opération est subordonnée à l'accomplissement d'un procédé ostensible destiné à extérioriser cette dernière et ainsi assurer une certaine sécurité juridique pour les tiers¹³⁹⁴. Le raisonnement est identique au cas où la créance est grevée d'un droit réel démembre, tel qu'un usufruit ou un nantissement. Reposant sur un processus de transmission¹³⁹⁵, la constitution du droit réel requiert généralement, afin d'être opposable aux tiers, l'accomplissement d'un formalisme particulier. L'opposabilité de la cession de créance n'est pas simple mais alors substantielle car elle est la conséquence de la structure translative du droit réel. Si le droit réel est au contact d'une chose, c'est avant tout sur la base d'un processus de transmission marquant sa singularité par rapport au droit personnel. Cette transmission « substantielle », par nature risquée pour les tiers, conduit à envisager une opposabilité substantielle du droit réel, dotée d'un régime juridique propre reposant sur l'extériorisation de l'opération translative au moyen de l'accomplissement d'un procédé ostensible¹³⁹⁶.

427. *Conséquence sur la notion de propriété des créances.* Qu'elle soit née du contrat ou bien cédée, la créance peut afficher une opposabilité différente, qui en définitive

¹³⁹² Rappr. BUFNOIR qui voyait avant tout chez l'ayant cause à titre particulier « une personne qui se trouve tenir un droit de l'un des contractants, sans cependant être un ayant cause à titre universel », *op. cit.*, *LVIème leçon, Des ayants cause, Ayants cause à titre universel, Ayants cause à titre particulier*, p. 763.

¹³⁹³ V. *supra* n° 233.

¹³⁹⁴ Le raisonnement est identique dans le cas de la créance de jouissance du locataire dans le cadre d'un bail de plus de 12 ans. Au-delà de la question de la nature juridique du droit du locataire, l'opposabilité de ce dernier est simple en présence d'un bail d'une durée inférieure ou égale à 12 ans mais devient substantielle en présence d'un bail d'une durée supérieure à 12 ans (l'article 28 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 soumet à publication les baux d'une durée supérieure à douze ans). L'explication de cette situation provient de ce que le transfert de la jouissance du bailleur au locataire, dès lors qu'il s'inscrit dans la durée, est considéré comme risqué pour les tiers de sorte que l'opposabilité du droit de jouissance est subordonnée à un procédé ostensible.

¹³⁹⁵ V. *supra* n° 262 et s.

¹³⁹⁶ V. *infra* n° 435 et s.

interpelle. A cet égard, même si elle revêt aujourd'hui une consistance certaine en droit positif¹³⁹⁷, il n'est pas sûr que la notion de propriété des créances constitue l'explication idoine de l'opposabilité du droit personnel. D'un côté, la cession de créance ainsi que le développement de techniques de financement reposant sur la transmission des créances accréditent l'idée d'une propriété des créances justifiant l'opposabilité *erga omnes* de la cession, une fois le formalisme requis accompli. D'un autre côté, le cas de l'opposabilité de la formation de la créance est plus compliqué puisque chaque tiers à qui la créance est opposée pourra faire échec au droit de propriété du créancier en démontrant qu'il ignorait la créance. Face à cette critique, deux arguments peuvent être avancés afin de justifier l'opposabilité des créances par le concept de propriété des créances. D'une part, il est indiqué que l'opposabilité de la propriété d'une créance affiche une différence de degré et non de nature par rapport à celle de la propriété d'un autre bien¹³⁹⁸ : là où l'opposabilité de la propriété d'un bien corporel repose sur la connaissance présumée des tiers par l'accomplissement du procédé ostensible requis, l'opposabilité de la propriété des créances nécessite la connaissance effective des tiers. D'autre part, il est affirmé que la considération de la connaissance effective des tiers tient à la nature occulte de la créance¹³⁹⁹, ce qui ne permet pas de réfuter l'idée que le droit de propriété puisse en faire son objet.

428. Cependant, ces arguments ne sauraient convaincre. En réponse au premier d'entre eux, il est possible d'objecter que l'exigence d'une connaissance effective des tiers au titre de l'opposabilité de la formation de la créance plonge l'opposabilité du droit de propriété dans un subjectivisme et une casuistique qui dénaturent son caractère *erga omnes*. Le droit de propriété n'est pas véritablement opposable *erga omnes* lorsque son opposabilité est diluée dans la psychologie de chaque tiers. Loin d'une différence de degré, c'est d'une différence de nature dont il s'agit par rapport au transfert de propriété d'un bien dont l'opposabilité *erga omnes* dépend objectivement de l'accomplissement du procédé

¹³⁹⁷ V. *supra* n° 237.

¹³⁹⁸ En ce sens, Y. EMERICH, *op. cit.*, n° 295, p. 169 : « Il est vrai que l'opposabilité du droit de créance est réduite par rapport à l'opposabilité des meubles corporels, les tiers pouvant contester l'opposabilité du transfert de la créance, s'ils sont de bonne foi. Néanmoins, cette différence de degré d'opposabilité s'explique par la spécificité du bien objet de propriété ».

¹³⁹⁹ En ce sens, DUCLOS, *op. cit.*, n° 438, p. 451, pour qui les créances « ne se traduisent pas nécessairement par un changement physique reconnaissable par les tiers. Ce sont...des prérogatives incorporelles ; c'est-à-dire plus exactement des droits naturellement occultes. Aussi, est-il concevable que l'opposabilité des droits personnels puisse dépendre de leur connaissance effective par les tiers » ; J. DERRUPPE, cité par Y. EMERICH, *op. cit.*, 705, p. 382 : « C'est la structure même du droit de créance et la nature particulière de l'objet de ce droit qui (...) justifie l'inopposabilité de ce droit aux tiers de bonne foi ».

ostensible requis par la loi. Le second argument, basé sur la particularité de la créance, est tout aussi discutable. Certes, la créance est occulte mais la particularité de son opposabilité ne tient pas tant à sa clandestinité, qu'au constat de l'absence de transfert patrimonial. C'est l'absence de transmission caractérisant la formation de la créance par la convention qui justifie l'opposabilité simple dont elle est dotée, qui ne bénéficie d'aucun régime juridique spécifique. Sauf à voir dans la convention un mode original d'appropriation des créances¹⁴⁰⁰, ces arguments soulignent par conséquent la différence de nature existante entre l'opposabilité de la créance et celle du droit de propriété, de sorte que la seconde ne peut véritablement fonder la première. Corrélativement, cette situation rejaillit sur l'opportunité du concept même de propriété des créances, dont le fondement théorique n'apparaît pas de façon irréfutable.

429. En la matière, il semble nécessaire de se résoudre à une certaine singularité, sans doute parce que la créance rend compte d'une certaine ambivalence liée à son histoire : rapport juridique entre deux personnes, elle est également devenue au fil du temps un véritable bien à part entière dans les rapports avec les tiers en raison de sa cessibilité¹⁴⁰¹. Comme le fait observer M. Danos, il s'ensuit que « *la nature de la créance change selon les personnes à l'égard de qui elle est invoquée ; invoquée par le créancier à l'égard du débiteur, la créance est un droit personnel qui fonde son caractère contraignant sur l'effet obligatoire ; invoquée à l'égard des tiers – ou par rapport à des tiers – la créance est invoquée en tant que bien, appartenant à tel ou tel à l'exclusion de tout autre, c'est-à-dire comme objet de propriété ; l'exclusion des tiers, l'abstention qui leur est imposée et leur*

¹⁴⁰⁰ En ce sens, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 187, p. 298 : « *si l'on admet que la propriété d'un droit ne s'acquiert pas initialement par une transmission, il semble qu'il faille voir dans pareille acquisition un mode original que l'on pourrait rattacher à l'acquisition par l'effet des obligations de l'article 711* ».

¹⁴⁰¹ Le droit romain ne consacra pas la cession de créances mais se contenta de mettre en place divers mécanismes permettant de s'en rapprocher. Une première étape fut franchie avec la possibilité d'une stipulation novatoire par laquelle le débiteur s'engageait auprès d'un nouveau créancier. Ce mécanisme présentait cependant l'inconvénient de requérir l'accord du débiteur et entraînait l'extinction des accessoires ainsi que l'inopposabilité des exceptions. C'est pourquoi une seconde technique vit le jour, la *procuratio in rem suam*, où en vertu d'un mandat judiciaire (*litis contestatio*) le créancier-mandant invitait un tiers-mandataire à se faire payer par son débiteur et, en cas de refus, à le poursuivre en justice. Le procédé offrait l'avantage de ne pas requérir l'accord du débiteur mais permettait au mandant de révoquer son mandat. La situation du mandataire fut ultérieurement renforcée par l'octroi d'une action propre en paiement et la possibilité de s'assurer le bénéfice de la créance avant la *litis contestatio* par une signification faite au débiteur cédé. Cette signification, qui permit au mandataire de faire reconnaître au débiteur sa qualité de créancier, marqua une évolution significative puisqu'on a pu alors dire « *qu'il existe un véritable transfert de créance réalisé non par la convention de cession après laquelle le créancier a toujours la créance mais par la convention suivie de la signification après laquelle le cédant n'a plus son action et le cessionnaire l'a comme action utile* ». P.-F. GIRARD, *op. cit.*, p. 776-783, spéc. p. 782. Cependant, le droit romain n'a jamais reconnu la cession de créance à proprement parler, de sorte qu'aucune réification de la créance ne fut nécessaire au plan théorique. Il a en revanche posé les bases de l'évolution ultérieure de la technique juridique jusqu'à la cession de créance consacrée par le Code civil.

mise à l'écart de la prestation à obtenir, l'appartenance exclusive de la créance reposant alors non sur l'effet obligatoire mais sur l'opposabilité substantielle du droit portant sur la créance »¹⁴⁰². Cette situation exerce une influence sur la notion de propriété des créances. Celle-ci doit être bien évidemment reconnue mais ses manifestations doivent être limitées aux cas où la créance est envisagée en tant que bien, c'est-à-dire essentiellement dans les rapports entre le créancier et les tiers. C'est en effet « *uniquement dans les relations avec les tiers qu'apparaît le droit de propriété sur la créance. La propriété et l'opposabilité qui y est attachée ne gouvernent que les relations de son titulaire avec les tiers et jamais les relations entre un créancier et son débiteur* »¹⁴⁰³. La compréhension du caractère ambivalent du droit personnel permet d'apporter une explication satisfaisante aux différents régimes juridiques de l'opposabilité de la créance, selon que celle-ci se forme ou se cède.

2) Relation entre l'opposabilité substantielle et la tradition

430. *Dépendance fonctionnelle de l'opposabilité substantielle vis-à-vis de la tradition.* Il résulte du constat de la coïncidence entre l'opposabilité substantielle et le cadre de l'opération translatrice, une dépendance fonctionnelle de l'opposabilité *erga omnes* vis-à-vis de la tradition. En effet, l'opposabilité substantielle nécessite en droit positif que soit accomplies des formalités particulières extériorisant l'opération translatrice concernée. La tradition a toujours rempli cette fonction¹⁴⁰⁴ et les manifestations positives du transfert de propriété *sola traditione* offrent autant d'illustrations de cette relation exclusive entre l'opposabilité *erga omnes* et la tradition.

431. Tel est le cas, en matière de don manuel, où la remise matérielle de la chose donnée permet l'extériorisation de la transmission concernée et corrélativement l'acquisition *erga omnes* du droit de propriété du donataire¹⁴⁰⁵. Tradition et opposabilité substantielle sont ainsi étroitement liées dans le cadre du transfert de propriété du bien donné. D'autres exemples peuvent être rappelés à travers le cas du virement bancaire et de la cession Dailly, où il a été démontré que l'inscription au compte du bénéficiaire du virement¹⁴⁰⁶

¹⁴⁰² F. DANOS, *op. cit.*, n° 219, p. 244.

¹⁴⁰³ En ce sens, F. DANOS, *op. cit.*, n° 223, p. 247.

¹⁴⁰⁴ Sur l'histoire de la tradition, v. *supra* n° 8 et s.

¹⁴⁰⁵ V. *supra* n° 123.

¹⁴⁰⁶ V. *supra* n° 167 et s.

ainsi que la remise du bordereau Dailly¹⁴⁰⁷ s'assimilient pareillement à une tradition dotée d'un effet translatif de propriété *erga omnes*. En outre, en matière de cession de titres financiers, il est rappelé que l'article 211-17 du Code monétaire et financier, issu de l'ordonnance du 8 janvier 2009, indique que « *le transfert de propriété des titres financiers résulte de l'inscription de ces titres au compte-titres de l'acquéreur* », laquelle s'assimile à une tradition dont l'effet translatif *erga omnes* provient de l'extériorisation de l'opération translative auprès des marchés financiers¹⁴⁰⁸. Enfin, entre autres¹⁴⁰⁹, une dernière illustration de la relation d'exclusivité pouvant exister entre l'opposabilité substantielle et la tradition résulte de l'extériorisation de la translation sur laquelle repose la constitution du droit réel. Ainsi, à propos de la constitution du nantissement du fonds de commerce, l'article L.142-3 du Code de commerce prescrit en son alinéa 2^{ème}, que « *le privilège résultant du contrat de nantissement s'établit par le seul fait de l'inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité* ». Dès lors, se trouve clairement énoncé que le nantissement de fonds de commerce se trouve constitué *erga omnes* par l'extériorisation de la transmission des avantages économiques particuliers que constitue l'inscription de la sûreté au greffe du tribunal compétent¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁷ V. *supra* n° 113.

¹⁴⁰⁸ V. *supra* n° 176 et s.

¹⁴⁰⁹ V. *supra* n° 334 à propos du nantissement de films cinématographiques et n° 341, à propos du nantissement de parts de sociétés civiles.

¹⁴¹⁰ V. *supra* n° 329.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1^{er}

432. Au sein du système du transfert *solo consensu*, il est considéré que le fondement technique de l'opposabilité du droit réel ne procède pas tant du formalisme la mettant pourtant en œuvre que de la convention. Parce qu'il est intrinsèquement absolu, il est considéré que le droit réel constitué par la convention est nécessairement opposable dès cet instant, même si cette opposabilité requiert d'être ultérieurement mise en œuvre. De là a été posée l'idée que le contrat est doté d'une opposabilité légitimant celle du droit réel auquel il donne naissance. Provoquée par l'avènement de la dématérialisation du transfert de propriété, cette conception a alors inexorablement conduit au constat d'une opposabilité commune à tous les droits issus du contrat. Qu'ils soient réels ou personnels, les droits patrimoniaux d'origine conventionnelle sont opposables aux tiers car ils procèdent de l'opposabilité de la convention. Cependant, la perspective d'un transfert de propriété *sola traditione* infirme cette analyse. Constitutive de droit, la tradition devient ainsi le véritable fondement technique de l'opposabilité du droit réel au lieu et place de la convention. Cette analyse empêche ainsi de voir dans l'opposabilité de la convention le giron de l'opposabilité des droits patrimoniaux. A l'évidence, elle s'impose d'ores et déjà au vu des nombreux cas en droit positif consacrant la règle de la constitution *sola traditione* du droit réel. Dans ce cas, la tradition constitue nécessairement le fondement technique de l'opposabilité du droit réel, ce qu'il convient à présent de développer.

CHAPITRE 2^{ème} L’AFFIRMATION DE LA TRADITION

433. Dans la perspective d’une constitution *sola traditione* du droit réel, il apparaît clairement que la tradition représente le véritable fondement technique de l’opposabilité *erga omnes* de ce dernier. Parce que son mécanisme repose sur une extériorisation de l’opération translative, la tradition assure au plan technique l’opposabilité substantielle du droit réel. Cependant, au sein de cette analyse, il s’avère que le mécanisme de la tradition est essentiellement destiné à éviter l’éventuelle fraude des parties, si bien qu’il apparaît inutile de porter généralement la convention à la connaissance des tiers. Au vu des solutions positives, cette position est préférable (Section 1^{ère}). Par ailleurs, cette approche du contenu du mécanisme de la tradition conduit au constat de sa diversité (Section 2^{ème}).

Section 1^{ère} Le contenu du mécanisme de la tradition

434. L’inopportunité du fondement classique de l’opposabilité *erga omnes*, à travers la connaissance générale des tiers provient essentiellement de son artificialité (§1), ce qui conduit à préférer le fondement de l’extériorisation de l’opération translative car il correspond mieux à la diversité des solutions retenues en droit positif (§2).

§1) L’inopportunité du fondement tiré de la connaissance générale des tiers

435. En raison de leur concomitance historique, la notion d’opposabilité a été influencée par le régime juridique de la publicité foncière, qui repose sur l’information générale des tiers. Pourtant, l’idée générale que la connaissance des tiers fonde au plan technique l’opposabilité du droit réel ne convient pas. Ainsi, bien qu’il soit communément admis aujourd’hui que la théorie de la connaissance des tiers fonde l’opposabilité du droit réel (A), celle-ci fait l’objet de critiques justifiées qu’il convient d’exposer (B).

A) Le rôle de la connaissance générale des tiers dans la conception traditionnelle de l’opposabilité

436. *Relation de fonctionnalité entre la connaissance générale des tiers et l’opposabilité.*

La relation entre l’opposabilité et la connaissance des tiers a été fortement influencée par le régime juridique de la publicité foncière. En effet, l’influence de la publicité foncière

sur la construction de la notion d'opposabilité doit être soulignée, dans la mesure où le droit positif sanctionne depuis longtemps par l'inopposabilité l'acte non transcrit en matière immobilière¹⁴¹¹. Deux observations s'ensuivent. En subordonnant l'opposabilité du transfert de propriété à une publicité légale, le droit positif préserva tout d'abord le principe même du transfert de propriété *solo consensu*¹⁴¹². Par ailleurs, l'avènement de la publicité foncière a favorisé la relation entre l'opposabilité et la connaissance générale des tiers. En effet, la publicité foncière, à partir de la loi sur la transcription de 1855, répondit à la création en 1852 de l'institution du crédit foncier « *lequel repose sur le crédit hypothécaire et la connaissance des aliénations* »¹⁴¹³. Ainsi s'explique qu'elle constitue non seulement un procédé destiné à protéger les tiers au titre de l'opposabilité du transfert de propriété mais aussi un instrument d'information impératif et spécifique du public sur la situation juridique des biens immobiliers. Cette particularité de la publicité foncière trouve une expression dans la diversité des sanctions en présence. Si certaines mesures requièrent la publication d'actes ou de jugements à peine d'inopposabilité, d'autres, également obligatoires, ne sont pas sanctionnées par l'inopposabilité¹⁴¹⁴, ce qui souligne la dualité des fonctions de la publicité foncière. Cette situation est connue et il est admis en doctrine que « *les fonctions mêmes de la publicité foncière sont différentes en ce qui concerne ces extensions de son champs d'application. Il s'agit moins d'assurer la sécurité des titulaires de droit soumis à publicité que de constituer un instrument d'information aussi complet que possible, à l'usage des personnes privées mais aussi des autorités publiques. L'intérêt général a ainsi insensiblement pris le pas sur l'intérêt privé. Du même coup, la publicité foncière a changé de visage et même de nature : elle est devenue une institution de police civile, voire de police administrative* »¹⁴¹⁵. Ainsi, la publicité foncière constitue par essence un instrument d'extériorisation des mutations

¹⁴¹¹ Cette sanction a été initialement consacrée par l'article 26 de la loi du 11 brumaire an VII : « *Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques, doivent être transcrits sur les registres du Service de la publicité foncière, ... Jusque-là, ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente* ». Cette disposition est présentée comme la consécration de la sanction de l'inopposabilité : en ce sens, S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 16, p. 10, pour lequel avec cette disposition « *on voit apparaître comme sanction l'inopposabilité aux tiers des actes n'ayant pas fait l'objet d'une transcription* ». Elle est reconduite en substance à travers les articles 28 et 30 du D. 4 janvier 1955.

¹⁴¹² S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 20, p. 13 : « *L'avantage de recourir à cette sanction tenait à ce qu'elle laissait subsister le principe du transfert de la propriété par le seul échange des consentements* ».

¹⁴¹³ DUCLOS, *op. cit.*, n° 291, p. 322.

¹⁴¹⁴ Il en va ainsi par exemple des mutations et constitutions de droits réels immobiliers à cause de mort (article 28 3° et 29 D. 4 janvier 1955).

¹⁴¹⁵ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 883, p. 785. *Adde*, A FOURNIER, « Les méandres de la publicité foncière pour l'information des usagers », *Defrénois* 1981, art. 32761, p. 1425.

immobilières permettant leur opposabilité *erga omnes*, mêlé à un outil complet d’information du public sur la situation juridique des biens immobiliers.

437. Ce constat est important dès lors que l’on cherche à expliquer la relation entre l’opposabilité *erga omnes* et la connaissance des tiers. A cette fin, il est nécessaire de se souvenir que le concept d’opposabilité s’est initialement manifesté en matière immobilière, en réaction à la clandestinité du transfert de propriété *solo consensu* issue du Code civil de 1804¹⁴¹⁶. Face à cette situation, la publicité foncière représenta la solution technique à ces difficultés en permettant non seulement d’opposer aux tiers les mutations patrimoniales mais aussi de lutter contre le secret des patrimoines, finalités qui traduisent en définitive sa dualité. La construction ultérieure de la notion d’opposabilité a ainsi inéluctablement subi l’influence de ce schéma où l’opposabilité est fonction d’un instrument complexe, mêlant la nécessité d’extérioriser l’opération translatrice à celle d’informer les tiers sur la situation juridique des biens immobiliers. L’analyse fut étendue à d’autres matières que la matière immobilière. C’est ainsi notamment que l’on estime dorénavant que la tradition matérielle d’un meuble corporel, dans le cadre d’une vente mobilière, agit à la manière d’une « publicité empirique » informant les tiers sur la situation du bien corporel concerné¹⁴¹⁷. Par ailleurs, en présence d’une cession de créance, il est admis que la signification de la cession au débiteur cédé constitue une sorte de publicité dans la mesure où ce dernier se trouve à la disposition des tiers afin de les renseigner sur la créance concernée¹⁴¹⁸. Le modèle de la publicité foncière a, en quelque sorte, uniformisé les analyses relatives à des techniques juridiques pourtant antérieures à la publicité foncière. L’opposabilité *erga omnes* et la connaissance des tiers sont ainsi généralement liées par un rapport de fonctionnalité, la seconde mettant en œuvre la première.

438. Il revient à Duclos d’avoir systématisé la relation existante entre l’opposabilité et la connaissance des tiers. Selon lui « *la connaissance par les tiers des éléments juridiques représente la pièce maîtresse de la mise en œuvre de l’opposabilité. Le tiers, par définition, est étranger à l’élément qu’on prétend lui opposer ; il risque de subir les conséquences néfastes d’un évènement occulte, dont la révélation en temps opportun l’aurait peut-être conduit à adopter une attitude différente. L’opposabilité doit donc*

¹⁴¹⁶ V. *supra* n° 18-19.

¹⁴¹⁷ V. *supra* n° 119.

¹⁴¹⁸ V. *infra* n° 442.

positivement sanctionner les éléments juridiques que les tiers intéressés auraient au moins pu connaître »¹⁴¹⁹. Cette relation entre opposabilité et connaissance est fermement ancrée en doctrine de sorte qu'il est aujourd'hui communément admis que « *la connaissance des tiers est nécessaire à l'efficience même de l'opposabilité substantielle* »¹⁴²⁰. Opposabilité et connaissance sont donc liées par une relation de fonctionnalité dans la mesure où la seconde est destinée à mettre en oeuvre la première. Trois remarques s'ensuivent. En premier lieu, l'idée d'une relation générale entre l'opposabilité et la connaissance des tiers confère une opposabilité substantielle au contrat, dont on a pu cependant voir qu'elle n'existe pas véritablement sur un plan théorique¹⁴²¹. Pour le reste, l'opposabilité paraît bien, de prime abord, reposer sur la connaissance des tiers lorsque sa mise en oeuvre requiert l'intervention de procédés publicitaires, tels que par exemple la publicité naturelle que constitue la possession d'un bien transmis, ou bien la publicité foncière lors d'une vente immobilière. En second lieu, la relation entre l'opposabilité et la connaissance des tiers s'entend en principe d'une relation de proportionnalité puisque l'opposabilité *erga omnes* n'est acquise que si tous les tiers sont atteints par l'information portée à leur connaissance¹⁴²². Enfin, en dernier lieu, cette connaissance générale des tiers nécessite corrélativement qu'il soit fait application d'un procédé d'extériorisation dont la portée est proportionnelle à son effet *erga omnes*. Il convient d'éprouver le bien-fondé de la perspective d'une connaissance générale des tiers à travers une analyse détaillée des différents mécanismes d'opposabilité rencontrés. Schématiquement, cette connaissance générale des tiers s'effectue soit par présomption légale, soit par représentation.

439. *Connaissance des tiers par présomption légale.* La connaissance des tiers peut tout d'abord s'effectuer au moyen de l'accomplissement d'une publicité légale, laquelle repose sur un système particulier mettant généralement les tiers en mesure d'accéder à une

¹⁴¹⁹ DUCLOS, *op. cit.*, n° 245.

¹⁴²⁰ F. DANOS, *op. cit.*, n° 301, p. 333. Dans le même sens, A. SERIAUX, *Droit des obligations*, PUF 1992, Col. *Droit civil*, n° 57, p. 215: « *L'opposabilité est donc subordonnée à la possibilité d'être informé de l'existence du contrat. Elle est ainsi conditionnée à une publicité, qu'elle qu'en soit la forme - publicité foncière, mise en possession, exécution ostensible du premier contrat, etc... C'est aux cocontractants initiaux qu'elle incombe ; eux seuls sont à même de connaître et de faire connaître la modification de l'ordre juridique qu'ils entendent réaliser* ».

¹⁴²¹ V. *supra* n° 418 et s.

¹⁴²² DUCLOS, *op. cit.*, n° 9, : « *Certes le consentement proprement dit des tiers ne saurait être exigé, puisque l'opposabilité s'analyse en un simple rayonnement indirect. Mais, comme les tiers, par définition, se situent en dehors des événements juridiques opposables, ils risquent d'ignorer leur existence au moment d'agir. Aussi, conçoit-on aisément que la mise en œuvre de l'opposabilité soit généralement subordonnée au moins à leur connaissance possible par les tiers...* ».

information¹⁴²³. Publier ne signifie en effet rien d’autre que porter une information à la connaissance du public. Cependant, ce système d’information du public par la publicité légale comporte une originalité en ce qu’il repose sur une présomption de connaissance des tiers. Destinée à éviter la démonstration systématique et délicate de la mauvaise foi du tiers¹⁴²⁴, la publicité légale présume ainsi la connaissance des tiers qui sont alors censés connaître les éléments publiés. Reposant sur l’adage « *nul n’est censé ignorer la loi* »¹⁴²⁵, cette présomption de connaissance est largement reconnue en doctrine¹⁴²⁶. La présomption de connaissance met à la charge des tiers une obligation de s’informer auprès de l’autorité tenant le registre public, qu’ils peuvent satisfaire par le large accès à l’information caractérisant la publicité légale. Elle se justifie ainsi au sein d’une organisation où l’information est quérable et non portable¹⁴²⁷. Une fois la publicité accomplie, il est inconcevable qu’un tiers agisse comme si celle-ci n’avait pas été faite et se prévale de son ignorance. Il est réputé connaître l’information publiée car il est tenu corrélativement de s’informer auprès des autorités compétentes. Ainsi, l’acquéreur d’un bien immobilier est mis en mesure, par le système de la publicité foncière, de se renseigner efficacement avant de traiter et sera dès lors réputé avoir connu les charges dûment publiées. Même réduite à une présomption, la perspective d’une connaissance générale des tiers se trouve au centre du système de la publicité légale.

440. La connaissance des tiers par présomption prévaut également lorsque l’opposabilité procède non pas par l’accomplissement d’une publicité légale mais de la nature des éléments concernés. C’est la connaissance naturelle évoquée par J. Duclos, qui provient de l’idée selon laquelle « *les faits, les actes, les droits, les situations secrètent en effet la plupart du temps leur propre publicité, grâce à une multitude de marques ou de signes reconnaissables par les tiers* »¹⁴²⁸. La connaissance des tiers est présumée puisque ceux-ci peuvent légitimement se fier à l’apparence de droit résultant de la situation donnée. Un

¹⁴²³ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 5, p. 7, estimant que la publicité légale est une « *forme d’organisation de la connaissance* » ; J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 259, p. 291 pour lequel la publicité légale est une « *organisation spéciale* » destinée à rendre public l’élément opposé.

¹⁴²⁴ DUCLOS, *op. cit.*, n° 248, selon lequel il serait trop facile pour les tiers « *de jouer les sots en prenant le masque de la bêtise pour échapper à l’opposabilité de l’élément préjudiciable* ».

¹⁴²⁵ DUCLOS, *op. cit.*, n° 247, p. 282.

¹⁴²⁶ DUCLOS, *op. cit.*, n° 259 et s. ; C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n°105, p. 69 : « *lorsque les formalités de publicité sont accomplies les tiers sont présumés connaître les éléments publiés* » ; M. LEVIS, *op. cit.*, n° 236, en matière de publicité foncière.

¹⁴²⁷ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 132, p. 84 : « *à partir du moment où l’assujetti établit que l’exécution des publicités a été régulière, l’information doit être considérée comme donnée. Il appartient aux tiers d’en prendre effectivement connaissance puisque l’information est quérable* ».

¹⁴²⁸ DUCLOS, *op. cit.*, n° 250, p. 285.

exemple de cette connaissance naturelle consiste fréquemment à citer l'article 1141 du Code civil, aux termes duquel « *si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée (...) pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi* ». La présomption de connaissance des tiers résulte ainsi de la possession réelle de l'ayant cause dont l'extériorité permet de révéler aux tiers l'existence du transfert de propriété. Bien qu'elle ne puisse être assimilée à une publicité légale en l'absence de système d'organisation de la connaissance du public¹⁴²⁹, la possession réelle représente ainsi la source des informations immédiatement disponibles pour les tiers et permet alors de présumer leur connaissance. A l'instar de la publicité légale, la connaissance naturelle réelle assure une connaissance large des tiers C'est la raison pour laquelle elle conduit à l'opposabilité *erga omnes*.

441. Connaissance des tiers par « représentation ». Il est plus délicat de concevoir que la connaissance générale des tiers s'effectue au moyen d'un mécanisme n'ayant aucune portée générale. Il paraît artificiel d'affirmer que la signification d'une cession de créance auprès du seul débiteur cédé, en application de l'article 1690 du Code civil, porte l'opération translatrice à la connaissance des tiers puisqu'elle ne s'apparente pas à une publicité légale, c'est-à-dire un système d'organisation de la connaissance du public. La question de l'appartenance de la signification de l'article 1690 du Code civil à la catégorie des publicités légales a pourtant été posée. Si elle est assimilée par une partie de la doctrine à une publicité légale¹⁴³⁰, il est davantage admis que l'information du débiteur cédé n'a pas pour finalité l'intérêt général des tiers à travers leur avertissement mais l'intérêt du cessionnaire en consolidant ses droits auprès du débiteur cédé¹⁴³¹. Se déduisant

¹⁴²⁹ DUCLOS, *op. cit.*, n° 252, p. 286 : « Pour justifier cette solution, on a souvent avancé que la tradition assure une publicité de fait efficace du transfert de droit, mais cette explication est critiquée en l'espèce par certains auteurs. Historiquement, il serait douteux que les rédacteurs du Code civil, peu soucieux en général de la publicité des actes juridiques, aient vu dans la possession visée par l'article 1141 une source d'information du tiers ».

¹⁴³⁰ WAHL, *S.* 1898, 1, 113 ; CAMPION, *De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de créance non signifié*, Arras 1909, Imprimerie Répeché, Cassel et Cie, p. 32 ; COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, par JULIOT DE LA MORANDIERE, 4^{ème} éd., Dalloz, 1957-1959, T. II, n° 1260 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil, les obligations*, T. II, Sirey, 1989, n° 808 ; J. DUCLOS, *op. cit.*, n° 260, p. 292, relevant que « la publicité légale revêt également les formes les plus diverses et l'efficacité la plus variable ».

¹⁴³¹ En ce sens, C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 5, p. 8 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFELMUNCK, *op. cit.*, n° 1411, p. 762. Dans cette perspective, la formule tirée de l'article 1690 C. Civ., selon laquelle le cessionnaire est « *saisi à l'égard des tiers* », ne signifie pas nécessairement que la signification agit vis à vis des tiers comme une publicité légale mais qu'elle comporte simplement un effet *erga omnes*.

de certaines solutions en jurisprudence¹⁴³², cette analyse est plus conforme au mécanisme de la signification de la cession de créance qui est destinée à l’information personnelle du débiteur cédé afin qu’il puisse diriger son paiement auprès du cessionnaire. Les assouplissements jurisprudentiels des formes de la signification ou de l’acte authentique dans lequel intervient le débiteur cédé¹⁴³³, y trouvent par ailleurs une meilleure justification. Il n’est donc pas possible d’affirmer que la signification de la cession de créance porte généralement l’opération translatrice à la connaissance des tiers à la manière d’une publicité légale, comme le souligna Ginossar¹⁴³⁴.

442. La seule possibilité de trouver un lien entre la formalité de notification et l’idée d’une information générale des tiers est d’affirmer que le débiteur de la créance cédée est informé de l’opération translatrice tant personnellement que pour le compte des tiers. Ce raisonnement conduit à émettre l’hypothèse d’une connaissance des tiers par représentation et non par une présomption qui ne se conçoit véritablement qu’en présence d’un système de publicité légale organisant l’accès à l’information du public. Le point de départ du raisonnement se situe dans la justification classique du recours à un formalisme d’opposabilité tourné essentiellement vers le débiteur de la créance cédée. A cet égard, il est considéré que la signification est nécessaire et suffisante car le débiteur est le premier tiers intéressé par le transport de la créance et doit nécessairement connaître l’identité de son créancier afin de s’exécuter¹⁴³⁵. Partant de là, l’idée que le débiteur cédé représente au sein d’un système de type publicitaire la source des informations disponibles pour les tiers est admise par certains auteurs. Ainsi, MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck indiquent qu’« *il suffit au tiers qui, souhaitant acquérir une créance, veut savoir si celle-ci n’a pas déjà fait l’objet d’une cession devenue opposable, de s’adresser au débiteur pour connaître ce qu’il en est : le débiteur joue le rôle d’un centre de renseignements, un quasi*

¹⁴³² En droit des procédures collectives, la jurisprudence a déjà eu l’occasion d’affirmer, à propos de la signification d’un nantissement de parts sociales, que celui-ci ne représente pas une publicité au sens de l’article L. 622-14 du Code de commerce qui prévoit un régime de faveur au profit des « *créanciers titulaires d’une sûreté publique* » : Cass. Com. 16 mai 2006, n° 05-12400, *Bull. Civ. IV*, n° 121, *D.* 2006, *AJ*, p. 1528, obs. LIENHARD, *JCP E* 2006, n° 35, p. 1429, obs. VALLANSAN, *RTD Com.* 2006, 912, obs. MARTIN-SERF.

¹⁴³³ Pour une acception sous signature privée : Req. 27 décembre 1933, *DP* 1933, 1, 13. Pour une acception par le biais d’une délibération de son Assemblée générale, s’il s’agit d’une personne morale : Cass. Civ. 1^{ère} 19 septembre 2007, n° 06-11814, *Bull. Civ. I*, n° 276, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 35.

¹⁴³⁴ GINOSSAR, *op. cit.*, n° 33, p. 83, note 154 « *Quant aux formalités prescrites par l’article 1690, elles remplissent il est vrai l’office d’une publicité pour les cessions de créances ; mais elles sont évidemment insuffisantes pour avertir les tiers en général de l’existence du droit cédé* ».

¹⁴³⁵ En ce sens, DUCLOS, *op. cit.*, n° 328, p. 351, pour qui la signification de l’article 1690 du Code civil « *s’adresse au débiteur personnellement car de tous les tiers intéressés c’est lui qui est au premier chef concerné par l’opposabilité de la cession ; le débiteur doit être parfaitement informé de l’identité de son créancier, afin de s’acquitter de sa dette entre ses mains* ».

conservateur des hypothèques. Voilà pourquoi, la loi subordonne l'opposabilité de la cession à l'information du débiteur ; il devra renseigner les tiers en la leur faisant connaître »¹⁴³⁶. L'analyse est partagée par d'autres auteurs¹⁴³⁷. Cette approche des formalités de l'article 1690 du Code civil assimile ainsi le débiteur de la créance cédée à un service de la publicité foncière auprès duquel les tiers pourront prendre connaissance de la situation exacte de la créance concernée, à l'instar d'une publicité légale.

443. Applicable aux cessions de créances, l'analyse n'est cependant pas transposable aux cessions de droits sociaux puisque l'opposabilité aux tiers dépend non seulement d'une signification à la personne morale émettrice mais également de l'accomplissement d'une publicité légale au registre du commerce et des sociétés assurant une diffusion générale de l'opération translatrice. Le cas de la cession de fonds de commerce est, en revanche, plus complexe. Certes, une publicité de la vente du fonds de commerce existe bien et porte incontestablement cette dernière à la connaissance des tiers qui sont présumés informés, mais celle-ci n'a pas pour effet de rendre opposable aux tiers la cession du fonds de commerce mais seulement le paiement du prix de cession¹⁴³⁸. Ainsi, doit-on considérer que l'opposabilité aux tiers de la vente du fonds de commerce ne dépend pas d'un mécanisme reposant sur une présomption de connaissance des tiers s'assimilant à une publicité légale. Elle procède d'un mécanisme occulte dès lors que l'on considère avec le droit positif qu'elle résulte de l'effet du contrat ; elle procède en revanche de l'information particulière d'un tiers, le plus souvent l'administration fiscale, si l'on estime qu'elle doit résulter de la date certaine de l'acte de vente¹⁴³⁹. A cette dernière exception près, issue de la volonté de remédier à une carence regrettable du législateur, seule l'opposabilité aux tiers des actes de disposition portant sur des créances, compte de tenu de la singularité de ces dernières, reposent donc véritablement sur une connaissance par des tiers s'effectuant par voie de représentation.

¹⁴³⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1415, p. 766.

¹⁴³⁷ Dans le même sens F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1284, p. 1332, observant que les tiers peuvent trouver chez le débiteur « l'information dont ils peuvent avoir besoin ». Déjà, S. CAMPION, *op. cit.*, p. 14 : « la loi fait du débiteur le centre de la publicité ; elle suppose qu'avant de traiter, le cessionnaire ira trouver ce débiteur et lui demander si la créance est toujours dans le patrimoine du créancier originaire. Elle présume aussi que le débiteur sera sincère ».

¹⁴³⁸ V. *infra* n° 479.

¹⁴³⁹ V. *infra* n° 483 et s.

B) Critique de la théorie de la connaissance générale des tiers

444. *Absence de lien systématique entre l’opposabilité substantielle et la connaissance des tiers en droit positif.* Il est des cas où le droit positif fait état de situations où l’opposabilité *erga omnes* ne repose pas sur le fondement technique de la connaissance des tiers. Ainsi en est-il en matière de paiement subrogatoire, où la cession de créance qui en résulte n’a pas à être signifiée en application de l’article 1690 du Code civil¹⁴⁴⁰. Le débiteur reste étranger à la subrogation et l’opération translative lui est opposable au jour où le paiement intervient¹⁴⁴¹, sans qu’aucune publicité ne soit spécialement requise à cette fin. Le transfert de créance est ainsi opposable *erga omnes* sans formalité particulière¹⁴⁴², ce qui montre, comme le souligne M. Crocq, le principe de l’indépendance de l’opposabilité par rapport à la connaissance des tiers¹⁴⁴³.

445. Par ailleurs, l’absence de lien systématique entre l’opposabilité substantielle et la connaissance des tiers se trouve également souligné par les solutions applicables à la vente de fonds de commerce¹⁴⁴⁴. En effet, les textes applicables ne prévoient, en présence d’une vente de fonds de commerce, que l’application de la publicité prévue à l’article L. 141-17 du Code de commerce. Cependant, cette publicité de la vente du fonds de commerce constitue une condition d’opposabilité aux tiers du paiement du prix de vente, ceci en raison de la faculté d’opposition dont elle conditionne le délai. Elle n’est pas une condition d’opposabilité de la vente aux tiers. En conséquence, la jurisprudence et la doctrine considèrent que le transfert de propriété se réalise *erga omnes* par le seul échange des consentements aussi bien dans les rapports entre les parties que dans les rapports avec les tiers¹⁴⁴⁵. Il n’est pas nécessaire en particulier, pour que ce transfert devienne opposable aux tiers que l’acquéreur prenne possession du fonds de commerce ou qu’il procède à la publicité qu’impose la loi à travers l’article L. 141-17 du Code de commerce. Il ressort

¹⁴⁴⁰ AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. III, § 321, p. 121.

¹⁴⁴¹ V. *supra* n° 201. Le transfert de la créance est alors fonction de l’inscription au compte du bénéficiaire du paiement, ce qui représente une matérialisation insuffisante afin d’affirmer qu’elle comporte une fonction informative.

¹⁴⁴² Cass. Com. 3 avril 1990, n° 89-10255, *Bull. Civ.* IV, n° 116, *D.* 1991, 180, note Y. DAGORNE-LABBE, *RTD Com.* 1990, 444, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE : « *Attendu que la subrogation conventionnelle, expressément consentie, en même temps que le paiement, par le créancier recevant ce paiement d’une tierce personne, transmet à celle-ci les droits et actions du créancier contre le débiteur ; que ce transfert est opposable au débiteur à la date du paiement subrogatoire* » ; CA Paris 9 juillet 1992, *SA Factofrance Heller c/ Sté Banque Sao Paulo*, *Jurisdata* n° 022946.

¹⁴⁴³ P. CROCQ, *op. cit.* n° 331, p. 287, note 3.

¹⁴⁴⁴ P. CROCQ, *Ibid.*

¹⁴⁴⁵ V. les références citées *infra* n° 481.

ainsi du cas particulier de la vente de fonds de commerce que l'opposabilité du transfert de propriété s'effectue *erga omnes* par l'accord des volontés, indépendamment de la connaissance des tiers. En conséquence, l'existence en droit positif de cas où l'opposabilité ne dépend pas d'un formalisme d'information spécifique des tiers démontre qu'il n'est aucun lien systématique entre l'opposabilité substantielle et la connaissance des tiers¹⁴⁴⁶, où la seconde mettrait systématiquement en œuvre la première. Cependant, il ne s'agit pas là de la seule critique qu'il est possible de formuler à l'égard de la perspective d'une relation de principe entre l'opposabilité et la connaissance des tiers. Le formalisme d'opposabilité présente lui-même des insuffisances techniques faisant douter de la pertinence de cette relation.

446. *Limites propres à la publicité légale.* Les formalités d'opposabilité ne garantissent pas une connaissance générale et effective des tiers. Elles s'en rapprochent de façon significative dans le cas de la publicité légale en raison de l'accès organisé à la connaissance de l'information diffusée au profit des tiers. Cependant, la publicité légale ne garantit pas une connaissance effective des tiers mais assure seulement une connaissance présumée et fictive¹⁴⁴⁷ du public. Cette analyse a été affirmée le 23 novembre 2011¹⁴⁴⁸ par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation où celle-ci devait se prononcer sur le point de savoir si la publication depuis plus de six mois d'une vente immobilière pouvait s'opposer au recours de la SAFER dans le cadre de son droit de préemption, qui peut intervenir en vertu de l'article L. 412-12 du Code rural dans un délai de 6 mois à compter du jour où la date où la vente lui est connue. La Haute Cour a décidé, contrairement à la Cour d'appel, que « *la publication de l'acte de vente ... ne fait pas à elle seule courir le délai de forclusion prévu par le texte susvisé, lequel suppose de la part du titulaire du droit de préemption méconnu, la connaissance effective de la date de la vente* ». Un acte, même régulièrement publié, n'est donc pas un acte connu car on ne peut pas dire de l'extériorisation issue de la publicité légale qu'elle porte véritablement

¹⁴⁴⁶ En ce sens, P. CROCQ, *op. cit.*, n°334, p. 290, note 4, lequel au regard du droit positif indique qu'« *on ne peut donc faire, comme Duclos, de la connaissance par les tiers de l'existence du droit une condition générale de la mise en œuvre de l'opposabilité et se contenter, lorsque la connaissance n'est pas exigée, de dire qu'elle est réputée* » ; J. GHESTIN, préface de l'ouvrage de C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, p. V, qui réfute l'idée d'une relation systématique entre l'opposabilité et la connaissance des tiers.

¹⁴⁴⁷ En ce sens, S. CORNELOUP, *op. cit.*, n° 2, p. 3 soulignant en matière de publicité légale que la connaissance des tiers « *n'est plus souvent que théorique, fictive* ».

¹⁴⁴⁸ Cass. Civ. 3^{ème} 23 novembre 2011, n° 10-10.788, *Revue de droit rural*, n° 399, Janvier 2012, comm. 3, note S. CREVEL.

l’opération translatrice à la connaissance des tiers. Un raisonnement similaire prévaut en présence d’une publicité dite empirique, réalisée par la possession d’un bien.

447. *Limites propres à la notification et la signification.* Plus flagrant encore est le cas de la notification et de la signification de l’opération translatrice au débiteur de la créance cédée puisque seul celui-ci est alors directement informé et non les tiers¹⁴⁴⁹. Il paraît dès lors artificiel d’admettre que l’information du débiteur cédé implique l’existence d’une présomption légale de connaissance générale des tiers : une telle présomption postule l’existence d’un système d’accès à l’information efficace pour les tiers, ce qui n’est pas le cas s’agissant de la seule signification au débiteur de la créance cédée. Ce n’est alors qu’au moyen d’une fiction que l’on peut considérer que ceux-ci sont réputés informés car ils ont la possibilité d’être renseignés par le débiteur de la créance aliénée. Cependant, la fiabilité de l’information divulguée par ce dernier pose difficulté puisqu’elle peut être soit inexistante si le débiteur refuse de renseigner le tiers soit inexacte, en l’absence de tout contrôle¹⁴⁵⁰. Par ailleurs, les tiers ne connaissent pas forcément l’existence même du débiteur cédé¹⁴⁵¹. Il pourrait plutôt être considéré que le débiteur de la créance cédée « représente » les tiers auxquels il pourra éventuellement délivrer des informations, sur la base d’une sorte de mandat tacite. Cette idée se retrouve en filigrane dans les propos de Messieurs Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck lorsqu’ils précisent que le rôle de la signification est « *d’informer le débiteur du changement de créancier et de le charger d’en prévenir les tiers* »¹⁴⁵², où l’on relève que le débiteur cédé se voit attribuer un rôle actif d’information des tiers, comme s’il les représentait.

448. Cependant, ce raisonnement est tout aussi artificiel que le précédent. Si les tiers, notamment les créanciers du cédant ou ses ayants cause, ont un intérêt à connaître une cession de créance à laquelle est partie leur débiteur, ils l’ignoreront le plus souvent en

¹⁴⁴⁹ En ce sens, S. CORNELOUP, *op. cit.*, n° 202, p. 219, note 171 pour qui l’accomplissement des formalités de l’article 1690 du Code civil n’informe pas les autres tiers : « *En réalité, l’information des véritables tiers peut résulter éventuellement de la connaissance qu’a le débiteur cédé de la cession. Ce n’est donc pas l’accomplissement de la formalité qui informe directement les tiers, mais la connaissance acquise par le débiteur cédé. La formalité elle-même est accomplie à l’insu des véritables tiers* ».

¹⁴⁵⁰ CAMPION, *op. cit.*, p. 14, qui nuance son discours en s’interrogeant : « *mais que se passera-t-il s’il (le débiteur) ne veut répondre ou s’il ment. Autant de questions qui restent sans réponse et nous montrent combien le système aurait besoin d’être remanié* ». Dans le même sens, S. CORNELOUP, *op. cit.*, n° 203, p. 220 : « *si le débiteur cédé n’est pas indifférent à l’égard de la cession, ses renseignements peuvent ne pas être fiables et il n’est pas possible de faire reposer sur lui un système légal d’information des tiers* ».

¹⁴⁵¹ En ce sens, V. FORTI, *op. cit.*, n° 434, p. 303 : « *La signification voire l’acceptation attestent que le débiteur cédé a véritablement été informé de la cession, mais ce n’est pas le cas des autres tiers dont l’état de connaissance repose exclusivement sur les renseignements qu’ils seront parvenus à recueillir auprès du débiteur* ».

¹⁴⁵² Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*

pratique en l'absence d'une publicité des droits personnels¹⁴⁵³ compte tenu de la spécificité de la créance, à la fois incorporelle et relative. La difficulté a été identifiée depuis longtemps en doctrine comme le souligne Campion lorsqu'il indique qu'hormis le cas du débiteur-cédé, le système d'information « *présente des lacunes pour les autres tiers* »¹⁴⁵⁴ ou Duclos en mentionnant de façon euphémique que « *si le débiteur cédé, en particulier, est parfaitement renseigné grâce à la signification ou mieux encore son acceptation, les autres tiers, spécialement les créanciers du cédant et les cessionnaires successifs, ne bénéficient pas de la même qualité d'information* »¹⁴⁵⁵. Il est ainsi inexact d'affirmer que les tiers sont informés de la cession, en ce qu'ils peuvent être renseignés par le débiteur cédé, dans la mesure où ignoreront fréquemment l'existence de ce dernier et celle de l'opération translatrice. En conséquence, doit-on relever que les formalités d'opposabilité substantielle présentent intrinsèquement des limites et qu'elles ne peuvent techniquement garantir la connaissance générale des tiers. Il semble, par conséquent, erroné d'associer par principe l'opposabilité *erga omnes* de la cession à l'idée d'une connaissance générale des tiers¹⁴⁵⁶.

449. Inapplicabilité d'une « représentation mutuelle » des tiers. Au-delà de l'impossibilité matérielle pour les tiers d'être renseignés par le débiteur de la créance cédée, la seconde critique tient à l'idée même d'une représentation générale de ceux-ci, ce qui revient à recourir à la théorie de la représentation mutuelle applicable notamment en matière d'obligations solidaires. En raison de l'existence d'une communauté d'intérêts, les coobligés sont censés s'être donnés mutuellement mandat de se représenter dans leurs rapports avec le créancier¹⁴⁵⁷, dès lors que cette représentation n'aggrave pas leur situation¹⁴⁵⁸. C'est ainsi d'une application large de la représentation mutuelle, au-delà de la matière de la solidarité, dont il s'agirait et qui justifierait que le débiteur de la créance cédée soit l'unique destinataire des formalités d'opposabilité *erga omnes*.

¹⁴⁵³ En ce sens ROUBIER, *op. cit.*, n° 32, p. 265, qui relève à juste titre une exception en ce qui concerne la publicité des baux de plus de 12 ans en application de l'article 28 D. 4 janvier 1955.

¹⁴⁵⁴ CAMPION, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴⁵⁵ DUCLOS, *op. cit.*, n° 329, p. 352.

¹⁴⁵⁶ Rappr. R. WINTGEN, *op. cit.*, n° 95, p. 89, pour qui « *la connaissance de la convention par le tiers (...) n'est pas toujours nécessaire notamment pour que l'effet translatif d'une convention se réalise à l'égard de tous* ».

¹⁴⁵⁷ Cass. Com. 6 juin 1961, *Bull. Civ.*, III, n° 258 : « *en matière d'obligations solidaires, chacun des codébiteurs doit être considéré comme le contradicteur légitime et le représentant nécessaire de ses coobligés* ».

¹⁴⁵⁸ Cass. Civ. 1^{ère} 27 octobre 1969, *Bull. Civ.* I, n° 314 : « *si le mandat que les codébiteurs solidaires sont censés se donner entre eux ne saurait avoir pour effet de nuire à leur situation respective, il leur permet en revanche de l'améliorer* ».

450. Le recours à cette théorie ne va cependant pas de soi en matière d’opposabilité *erga omnes* car elle ne peut tout d’abord trouver application qu’en raison du constat de l’existence d’une communauté d’intérêts entre les tiers¹⁴⁵⁹. Certes, cette communauté d’intérêts peut se concevoir tant il peut être considéré que ceux-ci ont un intérêt commun, découlant directement de leur qualité commune de tiers ; ainsi, peut-on estimer que l’information délivrée au débiteur de la créance cédée peut s’étendre aux autres tiers et rendre l’opération concernée opposable *erga omnes*. Cependant, on ne peut pas dire du débiteur de la créance cédée qu’il agisse dans l’intérêt des tiers car il n’effectue aucun acte positif et représentatif. Il n’est, en réalité, que le destinataire, dans son intérêt personnel, d’une information relative à une opération translatrice. Par conséquent, l’idée d’une représentation mutuelle des tiers se conçoit difficilement. Au-delà, on touche du doigt le caractère fictif¹⁴⁶⁰ de la théorie de la représentation mutuelle, d’une construction « à sens unique »¹⁴⁶¹, qui constitue le principal écueil à sa consécration doctrinale en matière d’obligations solidaires. Nombre d’auteurs remettent en cause l’existence même de cette construction¹⁴⁶² en estimant qu’il s’agit d’un « folklore juridique que les auteurs se transmettent de génération en génération »¹⁴⁶³. En dehors des cas prévus par la loi en matière de solidarité¹⁴⁶⁴, la jurisprudence admet restrictivement la représentation mutuelle¹⁴⁶⁵ et certaines décisions se montrent, par ailleurs, peu favorables à sa reconnaissance¹⁴⁶⁶. Compte tenu de cette situation, l’idée d’une représentation mutuelle des tiers au profit du débiteur de la créance ne peut constituer une explication des

¹⁴⁵⁹ En ce sens, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1366, p. 725, en ce qui concerne les obligations solidaires.

¹⁴⁶⁰ En ce sens, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1366, p. 725, qui insistent sur l’existence fictive de cette représentation et sur son étendue limitée en matière d’obligations solidaires.

¹⁴⁶¹ F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1257, p. 1302.

¹⁴⁶² F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE *op. cit.*, n° 1257, p. 1302, qualifiant la représentation mutuelle de « fausse bonne idée ». *Contra.* Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, LGDJ 2000, Préface Y. LEQUETTE, n° 388 et s., spéc. 404, qui analyse la représentation entre coobligés comme une « représentation objective ».

¹⁴⁶³ D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, « La représentation mutuelle des coobligés », in *mélanges Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 547.

¹⁴⁶⁴ C. Civ. art. 1205, 1206 et 1207 en matière de mise en demeure et d’interruption de la prescription, dont les effets à l’égard de l’un des coobligés profitent à tous.

¹⁴⁶⁵ La jurisprudence appréhende de façon restrictive les cas de représentation mutuelle en dehors de la matière des obligations solidaires : à propos d’une indivision successorale, Cass. Civ. 2^{ème} 6 mai 2010, n° 08-21555 09-65215, *Procédures*, n° 7, juillet 2010, comm. 263, obs. R. PERROT, où la Haute Cour indique que la communauté d’intérêts née de l’indivision « ne suffit pas à caractériser la représentation des parties » lors d’une instance.

¹⁴⁶⁶ Cass. Com. 14 novembre 1984, n° 83-15143, *Bull. Civ.*, IV, n° 311 ; Cass. Civ. 2^{ème} 6 novembre 2008, n° 07-14498, *Rev. dr. banc. et financier*, janvier 2009, comm. 12, obs. A. CERLES, où la Cour estime que la caution qui, contrairement à ses coobligés solidaires, n’a pas fait appel du jugement les ayant condamnés à payer, ne peut profiter des effets de l’infirmité de ce jugement obtenu par ces coobligés.

solutions positives subordonnant l'opposabilité *erga omnes* de la cession de créance à la seule signification au débiteur de la créance cédée.

§2) L'opportunité du fondement tiré de l'extériorisation de l'opération translatrice

451. Plutôt que dans l'idée d'une connaissance générale des tiers, le fondement de l'opposabilité doit être recherché plus justement dans l'extériorisation de l'opération translatrice. Cette affirmation sera vérifiée à travers une approche théorique (A) qui sera renforcée par une approche positive avec l'examen du droit positif (B).

A) L'approche théorique

452. *Opposabilité substantielle et sécurité juridique.* L'opposabilité repose sur une perspective de sécurité juridique qui en constitue le fondement théorique et qui rejaillit sur son mécanisme. Dans le cadre du transfert conventionnel de propriété, la sécurité juridique fait référence à celle du cessionnaire car celui-ci pourra se prévaloir efficacement de son droit vis-à-vis des tiers par l'accomplissement des formalités d'opposabilité. Mais, il est également et surtout question de la sécurité juridique des tiers puisque la convention translatrice peut être de nature à nuire à leurs droits. A cet égard, l'analyse traditionnellement admise est de considérer que cet objectif est atteint par la connaissance qu'ont généralement les tiers¹⁴⁶⁷, en particulier de l'opération translatrice. Cependant, si les publicités légales tendent indéniablement vers ce résultat, il n'en est pas de même des autres formalités d'opposabilité, qui reposent sur l'avertissement d'une personne déterminée¹⁴⁶⁸. En d'autres termes, la relation de disproportion pouvant exister entre la généralité de l'opposabilité du transfert de propriété et la relativité de son mécanisme amène à douter de la pertinence du critère de la connaissance des tiers comme fondement technique de l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété.

453. *Opposabilité substantielle et extériorisation de l'opération translatrice.* En réalité, sans aller jusqu'à la connaissance générale des tiers dont on a pu mesurer le caractère fictif¹⁴⁶⁹, le fondement technique de l'opposabilité substantielle doit être recherché plus simplement et plus efficacement dans l'extériorisation de l'opération translatrice. Si

¹⁴⁶⁷ En ce sens, DUCLOS, *op. cit.*, n° 9, indiquant que la connaissance des tiers est nécessaire dans l'intérêt de ces derniers mais aussi pour « la sécurité des relations juridiques ».

¹⁴⁶⁸ Telle que la signification au débiteur cédé de la cession de créance.

¹⁴⁶⁹ V. *supra* n° 444 et s.

l’extériorisation postule un mouvement en direction des tiers, elle ne saurait aller jusqu’à requérir par principe une connaissance générale de ceux-ci. L’extériorisation est indispensable à l’opposabilité substantielle d’un droit car elle permet de sécuriser ceux des tiers en empêchant la fraude des parties¹⁴⁷⁰. Pour atteindre cet objectif, il n’est pas besoin que la convention soit portée généralement à la connaissance du public mais simplement qu’elle échappe à l’influence des parties. La fraude des parties est susceptible de porter essentiellement sur la fiabilité des informations délivrées aux tiers¹⁴⁷¹. Parmi les manifestations possibles de la fraude des parties, l’antidate ou la postdate représente un risque important de nature à contrevenir aux droits des tiers. En l’absence d’une extériorisation de l’opération translatrice, il serait alors facile pour les parties de faire échec aux droits des tiers en convenant d’une modification de la date de la convention afin de favoriser le cessionnaire. L’anticipation de la date d’une vente permettrait ainsi d’avantager l’acquéreur au détriment des créanciers du vendeur ayant d’ores et déjà pratiqué une saisie sur le bien concerné. En présence d’un conflit d’ayants cause du même auteur, celui-ci pourrait également, en l’absence d’une extériorisation de la convention, avantager l’ayant cause pourtant postérieur en date en antidatant la convention avec lui conclue.

454. Afin de garantir la sécurité des relations juridiques, l’opposabilité ne doit pas tant être conditionnée à l’objectif inatteignable d’une connaissance générale des tiers mais plus modestement à l’existence d’une extériorisation efficace de la convention conclue entre les parties afin de la faire échapper à l’éventuelle fraude de ces dernières. L’essentiel en matière d’opposabilité substantielle est de rendre l’opération translatrice difficilement contestable. Cet objectif peut être efficacement atteint par l’effet d’une publicité légale, dont le mécanisme est tourné vers l’information des tiers, mais aussi par un mécanisme dont la portée est réduite à une seule personne déterminée, pourvu qu’il s’agisse d’un tiers par rapport aux parties. Une équivalence des formes est par ailleurs concevable de manière à pouvoir utiliser avec une certaine souplesse telle ou telle formalité d’extériorisation¹⁴⁷².

¹⁴⁷⁰ La même idée fonde *a contrario* l’opposabilité *erga omnes* de la réserve de propriété issue du seul écrit car il ne peut théoriquement exister de fraude aux droits des créanciers du vendeur. Sur ce point, v. *infra* n° 585 et s.

¹⁴⁷¹ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 832, p.743, qui indiquent à propos du rôle de la publicité foncière que «*la sécurité du commerce juridique repose sur la fiabilité des renseignements dont disposent les contractants. Cette exigence ne peut être que très imparfaitement satisfaite lorsque les informations sont livrées par les parties elles-mêmes. Elle l’est de bien meilleure façon si les renseignements utiles sont consignés dans un registre public et accessible, tenu par une autorité neutre et objective*».

¹⁴⁷² La Cour de cassation a récemment consacré cette équivalence des formes lorsqu’il est question de l’opposabilité d’une cession de créance à l’initiative d’un fonds commun de créances. En ce sens, Cass. Com. 6

Par conséquent, on se situe dans un système où l'opposabilité *erga omnes* du droit réel est accordée en contrepartie de la certitude de la date et du contenu de l'opération translatrice, ce que le droit positif n'ignore pas.

B) L'approche positive

455. *Publicité légale et signification de l'opération translatrice.* Lorsqu'il prescrit le recours au système d'information des tiers à travers la publicité légale, le droit positif subordonne clairement l'opposabilité substantielle à l'accomplissement d'un procédé d'extériorisation. Mais il en va également de même lorsque l'opposabilité *erga omnes* est fonction d'une formalité, laquelle, ne s'assimilant pas à une publicité légale, constitue une information spécifiquement donnée à un tiers déterminé. Dans ce cas, il est évident que l'opposabilité d'un droit repose davantage sur l'idée d'une extériorisation que sur celle d'une information générale des tiers. Tel est le cas par exemple du débiteur de la créance cédée lorsqu'il se voit signifier la cession de créance intervenue entre le cédant et le cessionnaire. La signification représente un procédé d'extériorisation de l'opération translatrice concernée, permettant l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété, indépendamment de la connaissance des tiers. La raison d'être de la signification n'est pas alors à rechercher dans l'information des tiers mais dans la volonté de conférer date certaine à la cession afin d'éviter l'éventuelle fraude des parties aux droits de ces derniers. Ce point a été souligné en doctrine, un auteur ayant affirmé que « *par la signification de la cession sous forme d'un exploit d'huissier ou par l'acceptation de celle-ci sous la forme authentique, la cession acquiert une date certaine, ce qui empêche toute fraude de la part du cédant* »¹⁴⁷³. L'analyse est en effet identique lorsque l'opposabilité de la cession de créance s'opère par l'intervention du débiteur cédé à l'acte authentique de cession en vertu de l'article 1690. La portée de l'information étant alors réduite au notaire, l'opposabilité *erga omnes* résultant de l'acte authentique réside davantage dans la volonté d'éviter l'éventuelle fraude des parties en authentifiant la date du transport de la créance

décembre 2011, n° 10-17879, *Juris-Data* n° 2011-027368, *JCP E* n° 6, 9 février 2012, 1112, obs. S. TISSEYRE, où la Haute Cour admet que l'article L. 214-43 du Code monétaire et financier « *n'exclut pas le recours à d'autres modes de cession des créances que celui qu'il prévoit* », tels que la signification de l'article 1690 du Code civil au débiteur cédé.

¹⁴⁷³ En ce sens, S. CORNELOUP, *op. cit.*, n° 206, p. 223. Pour l'auteur, il s'agit de la fonction historique de la signification à l'égard des autres tiers que le débiteur cédé, *ibid.* : « *nous pensons qu'à l'égard des véritables tiers, ces formalités assuraient et assurent toujours aujourd'hui une seule des fonctions de la remise de la chose qui est la protection des ayants cause à titre particulier et des créanciers chirographaires du cédant contre les cessions antidatées* ».

vis-à-vis du cessionnaire¹⁴⁷⁴. Dans ce cas, l’opposabilité substantielle est fonction de la seule extériorisation auprès du débiteur-cédé constatée par le notaire chargé de rédiger l’acte. Le même phénomène se retrouve à propos des cessions de titres financiers cotés, où l’inscription au compte de l’acheteur auprès de la société émettrice ou de l’intermédiaire financier assure la perfection *erga omnes* du transfert de propriété¹⁴⁷⁵. A cet égard, il est significatif d’observer que la jurisprudence décide que cette inscription en compte n’a pas « *pour fonction d’informer les tiers* »¹⁴⁷⁶, signe de ce que le formalisme d’opposabilité du transfert de propriété s’affranchit alors de la connaissance des tiers. Dans ces différents cas de figure, la perfection de l’opposabilité *erga omnes* du droit réel est avant tout fonction de l’accomplissement d’un simple procédé extériorisant l’opération translatrice, pour peu qu’il soit susceptible de faire obstacle à la fraude des parties.

456. *Datation de l’opération translatrice.* L’analyse des solutions positives est parfois plus délicate. Il est en effet des situations où l’opposabilité substantielle s’opère par la simple datation de l’acte juridique, laquelle, ne constituant pas un procédé d’information des tiers, ne paraît pas également s’assimiler à un procédé d’extériorisation. Tel est déjà le cas en matière d’opposabilité des droits du preneur à bail, la jurisprudence considérant qu’entre deux preneurs successifs de la chose louée, celui qui a l’antériorité du titre doit être préféré à l’autre, son droit étant opposable aux tiers à partir du jour où il a eu date certaine¹⁴⁷⁷. L’opposabilité du droit du preneur est alors subordonnée à la certitude de la date de l’acte, indépendamment de la connaissance générale des tiers ou d’une personne déterminée. La situation est identique en présence d’une cession de créances Dailly¹⁴⁷⁸ ou

¹⁴⁷⁴ V. à propos de la condition de l’authenticité de l’acte, les explications de CAMPION, *op. cit.*, p. 13 : « *Mais pourquoi a-t-on exigé l’authenticité ? L’antidate était suffisamment écartée par un acte sous seing privé qui ne prend date certaine que par l’enregistrement... Si l’article 1690 a exigé l’authenticité, c’est que les tiers restaient exposés à un second danger. Ils étaient à la merci d’un procès en vérification d’écriture, dont l’issue est toujours douteuse...* ».

¹⁴⁷⁵ V. *supra* n° 175 et s.

¹⁴⁷⁶ Cass. Com. 29 janvier 2008, n° 06-19624, *Bull. Civ. IV*, n° 17, *D.* 2008, p. 888 et s., note L. D’AVOUT : « *Attendu qu’en statuant ainsi, alors que l’inscription en compte des valeurs mobilières au nom de leur titulaire, n’ayant pas pour fonction d’informer les tiers des imperfections susceptibles d’affecter les droits de celui-ci, ne peut être assortie d’aucune mention ayant un tel objet, la Cour d’appel a violé les textes susvisés* ». Commentant cette décision, M. D’AVOUT souligne qu’ « *il faut – contre le sentiment commun – affirmer que l’inscription en compte des valeurs mobilières, quels que soient leur nature et leur régime de détention, n’a pas de valeur publicitaire et ne peut donc avoir d’autre fonction que celle d’une notification du transfert de droit patrimonial au débiteur de ce droit ... S’il devait en aller autrement, l’on comprendrait mal que la Cour de cassation ait refusé que le teneur du registre complète l’inscription de mentions, certes non prévues par la loi, mais néanmoins conformes à la réalité et de nature à prévenir les erreurs du public informé* ».

¹⁴⁷⁷ Cass. Soc. 1^{er} juin 1954, n° 54-02098, *préc.* Sur la recevabilité de la date certaine en tant que mécanisme d’opposabilité *erga omnes* : v. *infra* n° 468 et s.

¹⁴⁷⁸ V. *supra* n° 84.

d'un nantissement de créances de droit commun¹⁴⁷⁹, la loi subordonnant alors expressément l'opposabilité *erga omnes* du droit à la date apposée sur l'acte concerné. De même, la situation des tiers est également prise en compte en présence de la circulation d'une lettre de change puisque la date représente une mention obligatoire de l'effet en vertu de l'article L. 511-1 7° du Code de commerce, la jurisprudence n'hésitant pas à sanctionner par la nullité son absence¹⁴⁸⁰. Plus généralement, bien qu'elles ne paraissent pas extérioriser l'opération translatrice, ces différentes solutions traduisent néanmoins la volonté de subordonner l'opposabilité substantielle au moment précis de la datation de la convention, comme si l'important en matière d'opposabilité *erga omnes* était de figer le moment de l'opération translatrice afin de réduire les risques de fraude de la part des parties et ainsi sécuriser les droits des tiers¹⁴⁸¹.

457. Considération de la spécificité de la mobilisation de créances. La faiblesse des procédés concernés doit néanmoins être relativisée par la spécificité du processus de mobilisation de créances, afin d'en apprécier le bien-fondé. Qu'il soit question d'une cession Dailly ou de l'endossement d'une lettre de change, il est important de relever que le mécanisme translatif s'organise autour de la contrepartie financière versée par le cessionnaire de la créance transférée. Ce versement représente un élément significatif permettant de justifier l'abaissement des formes. En effet, la cession Dailly et la lettre de change représentent des techniques de financement des entreprises, et plus précisément de leurs postes clients. La cession Dailly, dont l'objectif en 1981 était de permettre le développement d'un crédit global d'exploitation aux entreprises et d'introduire l'utilisation de la propriété à titre de garantie¹⁴⁸², s'inscrit dans le cadre d'une opération reposant sur le règlement en valeur de la créance cédée, déduction faite du coût de ce crédit. L'intérêt pour le cédant réside alors dans la mobilisation de son poste clients afin de bénéficier du règlement en valeur des créances cédées sans attendre leurs échéances. Cette même idée est au centre du mécanisme de la lettre de change dans la mesure où celle-ci intègre le cadre d'une opération d'escompte, c'est-à-dire de la cession à une banque d'un effet de

¹⁴⁷⁹ C. Civ. art. 2361 : « le nantissement d'une créance présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte ».

¹⁴⁸⁰ Cass. Com. 7 novembre 1979, *GP* 1980, 1, 44, note J.D., *RTD Com.* 1980, 115, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE ; Cass. Com. 13 mars 1985, *D.* 1985, IR, 418, obs. M. CABRILLAC. Par ailleurs, l'illisibilité de la date entraîne pareillement la nullité de l'effet : Cass. Com. 29 mars 1994, *Bull. Civ.* IV, n°127, *D.* 1994, somm. 183, obs. M. CABRILLAC.

¹⁴⁸¹ Rapp., P. CROCQ, *op. cit.*, n° 346, p. 301, à propos de la cession Dailly, pour qui « il faut voir davantage, dans l'exigence de ce bordereau, un formalisme de la cession Dailly destiné à éviter la fraude plutôt qu'une simple formalité d'opposabilité aux tiers ».

¹⁴⁸² D. LEGAIS, *Juris Classeur Commercial*, Fasc. 357, *op. cit.*, n°1.

commerce détenu par un tiers (le fournisseur, le bénéficiaire, le tireur) sur un de ses clients (le débiteur, le client, le tiré) en échange d'une avance de trésorerie. Dès lors, comme pour la cession Dailly, l'intérêt pour le tireur est de bénéficier d'un règlement en valeur de sa créance par l'établissement financier avant l'exigibilité, voire même l'existence, de cette dernière. En conséquence, en présence d'une cession Dailly ou d'une opération d'escompte de traite, la cession s'effectue en contrepartie du règlement en valeur¹⁴⁸³ de la créance concernée, sans appauvrissement du débiteur qui en dispose alors dans son patrimoine. Le risque de fraude aux droits des tiers est alors sensiblement plus faible. Compte tenu de l'opération de crédit dans laquelle elle s'inscrit, la technique de la mobilisation de créances justifie ainsi que la datation de l'effet ou du bordereau assure l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété, et ce d'autant plus que le procédé s'accompagne de la remise du titre juridique¹⁴⁸⁴.

458. Cas particulier du nantissement de créance. La situation du nantissement de créance est particulière depuis l'avènement de l'ordonnance du 23 mars 2006. En effet, il est prévu par l'article 2361 du Code civil, que l'opposabilité *erga omnes* de la constitution du nantissement de créance résulte de la seule datation du titre juridique¹⁴⁸⁵, alors même qu'elle n'est pas un instrument de crédit. L'opposabilité du nantissement est alors fonction d'un procédé n'ayant pas date certaine ce qui rend en réalité la sûreté réelle occulte, comme cela a été relevé par la doctrine¹⁴⁸⁶. Par conséquent, une telle situation accroît les risques de fraude aux droits des tiers par antedate ou postdate du nantissement à l'initiative des parties. Comme l'ont relevé MM. Cabrillac, Mouly et Pétel, l'opposabilité du nantissement de créance par la datation de l'acte constitutif représente initialement un mécanisme réservé aux établissements de crédit, à travers la technique de financement du nantissement Dailly ; en étendant audacieusement ce mécanisme à tous à travers sa

¹⁴⁸³ Cette contrepartie s'avère importante lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés car le financement du poste clients est pris en compte au titre de l'actif disponible permettant de faire face au passif exigible, dans le cadre de l'appréciation d'un éventuel état de cessation des paiements. En effet, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'existence d'une réserve de crédit prouvée par le débiteur exclut la cessation des paiements en vertu de l'article L. 631-1 du Code de commerce.

¹⁴⁸⁴ V. *supra* n° 107 et s.

¹⁴⁸⁵ L'ordonnance du 23 mars 2006 est à cet égard revenue sur l'ancien article 2075 du Code civil selon lequel l'acte de nantissement devait, à défaut de signification au débiteur de la créance nantie, être « *accepté par lui dans un acte authentique* ».

¹⁴⁸⁶ En ce sens, J. STOUFFLET, « Le nantissement de meubles incorporels », *JCP* 2006, n°20, I, 5, n° 17 : « *le principe de l'opposabilité aux tiers d'un nantissement de créance dès la date de l'acte constitutif de ce nantissement conduit à donner effet à une sûreté occulte. Une telle solution n'est évidemment pas acceptable lorsque le tiers en cause est le débiteur de la créance* ».

transposition au sein de l'article 2361 du Code civil¹⁴⁸⁷, le législateur a accentué le risque de fraude aux droits des tiers. Afin de sécuriser ceux-ci, une solution serait de subordonner opportunément l'opposabilité du nantissement à la date certaine de l'acte de nantissement¹⁴⁸⁸, ce qui ne s'entend pas nécessairement d'une analyse *de lege feranda*.

459. Cas particulier de la cession de valeurs mobilières non cotées. La datation occupe également une place essentielle en présence d'un transfert des valeurs mobilières non cotées dans la mesure où l'effet translatif de l'inscription au compte de l'acheteur se produit *erga omnes* à la date fixée par les parties. La datation de la convention entre les parties produit ainsi en droit positif un effet substantiel sur l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété car elle « cristallise » l'opération translative. Il s'agit bien là du cœur du fondement technique de l'opposabilité substantielle. Celle-ci dépend d'un procédé évitant l'éventuelle fraude des parties, au-delà de la question de la connaissance des tiers. L'exécution de ce procédé ne doit pas cependant dépendre de la volonté des parties afin d'atteindre véritablement son objectif de sécurité juridique et mener ainsi à l'opposabilité *erga omnes*. C'est exactement le cas avec la date de l'inscription en compte des valeurs mobilières non cotées, laquelle, bien qu'apposée par les parties, ne doit pas être antérieure à la notification de l'opération translative à la société émettrice¹⁴⁸⁹.

460. Cas particulier de l'opposabilité des ventes sur décision de justice. Cette conception du fondement technique de l'opposabilité substantielle est particulièrement adaptée aux opérations translatives ou constitutives de droits patrimoniaux d'origine conventionnelle, où l'éventuelle fraude des parties est concevable. Elle pourrait, corrélativement, amener à penser que l'opposabilité d'une cession issue d'une décision de justice, ne nécessite aucune formalité particulière puisque cette décision, en raison de son caractère public, extériorise nécessairement le contenu et la date de l'opération translative. Bien que le droit positif puisse paraître de prime abord hétéroclite, il est possible de proposer une lecture cohérente des différentes décisions rendues, qui abonde dans le sens d'une opposabilité intrinsèque de la décision de justice. Trois exemples seront abordés à cette fin. Dans le

¹⁴⁸⁷ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CARBILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 780, p. 585, soulignant l'audace de cette transposition au nantissement de créances de droit commun puisque la cession de créances professionnelles est un instrument, réservé aux établissements de crédit, qui « avait été conçu à l'usage de créanciers triés sur le volet alors que le nantissement de créance du Code civil est accessible à tous ».

¹⁴⁸⁸ En ce sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CARBILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 780, p. 585 note 28, où les auteurs indiquent que le créancier « a intérêt à s'assurer d'un acte ayant date certaine (authentique ou enregistré) », soulignant ainsi les dangers de l'opposabilité *erga omnes* par la date apposée par les parties à l'acte de nantissement.

¹⁴⁸⁹ V. *supra* n° 184.

cadre d’une saisie immobilière, si le transfert de propriété s’opère par l’effet de l’adjudication¹⁴⁹⁰, son opposabilité aux tiers reste soumise aux formalités de publicité foncière, solution qui est en accord avec les termes des articles 28, 1° a) du décret n°55-22 du 4 janvier 1955 selon lequel tout acte ou décision judiciaire constatant ou portant mutation immobilière est soumis à publicité sous peine d’inopposabilité¹⁴⁹¹. Le caractère public et incontestable de la décision d’adjudication ne semble ainsi pas suffire à rendre le transfert de propriété opposable *erga omnes*. Cependant, la solution doit cependant être nécessairement nuancée puisque si l’accomplissement des formalités de publicité foncière est requis au titre de l’opposabilité substantielle de la saisie immobilière, en sus du jugement d’adjudication, c’est aussi parce le droit positif confère à la publicité foncière une fonction spécifique et impérative d’information des tiers¹⁴⁹², distincte de l’extériorisation nécessaire à l’opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété.

461. En outre, en présence d’une cession d’actifs dans le cadre d’une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, la jurisprudence subordonne le transfert de propriété à la rédaction des actes de cession consécutifs à la décision de justice arrêtant la cession concernée au profit du repreneur¹⁴⁹³. L’acquisition du droit de propriété s’effectue alors *erga omnes*, non pas par la décision de justice mais par la régularisation postérieure des actes de cession. La solution doit néanmoins être nuancée en raison de la spécificité du droit des procédures collectives. En effet, en la matière, le processus de cession d’actifs se réalise par l’accomplissement d’une procédure à double-détente où la décision de

¹⁴⁹⁰ L’article 2208 du Code civil, issu de l’ordonnance du 21 avril 2006, mentionne ainsi expressément que « l’adjudication emporte vente forcée du bien saisi et en transmet la propriété à l’adjudicataire ».

¹⁴⁹¹ En jurisprudence, Cass. Civ. 2^{ème} 30 avril 2002, n° 00-18560 00-19553, *Bull. Civ.*, II, n° 81, *D.* 2002, somm. 2646, obs. JULIEN : « attendu qu’après avoir justement énoncé que le transfert de propriété entre l’adjudicataire et le saisi résulte du jugement d’adjudication et est opposable aux tiers, à compter de sa publication, l’arrêt retient, à bon droit, que la résolution des droits de l’adjudicataire, fol enchérisseur, ne peut résulter que du jugement d’adjudication sur folle enchère ».

¹⁴⁹² V. *supra* n° 436.

¹⁴⁹³ S’agissant d’une cession d’entreprise : Cass. Com. 26 janvier 1993, n° 91-40308, *Bull. Civ.* IV, n° 30, *D.* 1993, 205, note F. DERRIDA, *Deffrénois* 1994, 564, obs. SENECHAL : « S’il n’en est autrement décidé par le jugement arrêtant le plan, le transfert des biens et droits compris dans le plan s’opère à la date de passation des actes nécessaires à la réalisation de la cession... ». Comp. toutefois Cass. Soc. 26 novembre 1996, *Bull. Civ.* V, n° 402, *D.* 1998, somm. 8, obs. F. DERRIDA : « L’administrateur, en confiant, sous sa responsabilité la gestion de l’entreprise au cessionnaire, lui a transféré une entité économique ayant conservé son identité et dont l’activité est poursuivie, d’où il suit que le cessionnaire est devenu employeur... ». Il ressort de ce dernier arrêt que le cessionnaire acquiert la qualité d’employeur dès la décision arrêtant le plan de cession, comme si le transfert de propriété s’opérait à ce moment-là *erga omnes*. S’agissant d’une vente d’actifs isolée en liquidation judiciaire : Cass. Com. 8 janvier 2002, n° 98-22377, *RJDA* 2002, n° 669 : « La décision rendue par le juge-commissaire sur le fondement de l’article L. 622-18 (L. 642-19) ne vaut pas vente par elle-même. La cession ainsi ordonnée n’est réalisée que par les actes que doit passer le liquidateur judiciaire après l’ordonnance de sorte que le transfert de propriété est subordonné à l’établissement de ces actes ». Dans le même sens, Cass. Com., 4 oct. 2005, n° 04-15.062, *Bull. Civ.*, IV, n° 191, *D.* 2005, p. 2593, obs. A. LIENHARD ; Cass. Com., 13 mars 2012, n° 10-24.192, F-P+B, *Amauger c/ Guérin*, *JurisData* n° 2012-004288.

justice ainsi que l'acte de cession procède du même ensemble¹⁴⁹⁴. Ainsi, la signature des actes de cession ne représente que le prolongement technique, nécessaire et complémentaire de l'autorisation donnée par le tribunal, destinée à régler les détails de la cession non compris dans la décision de justice. Pour autant, la décision de justice est fondamentale, ce qui explique que la jurisprudence considère que si le transfert de propriété s'opère par la signature des actes de cession, la vente est néanmoins parfaite dès la décision de justice¹⁴⁹⁵. L'opposabilité du transfert de propriété procède bien de cet ensemble constitué de la décision de justice et des actes de cession, sans autre procédé d'extériorisation. Par conséquent, on peut dire que l'opposabilité substantielle repose sur l'extériorité de la seule décision de justice.

462. Un troisième exemple confirme l'analyse. En matière de saisie mobilière, l'article 114, alinéa 2, du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 dispose que l'adjudication est faite au plus offrant à trois criées (une fois, deux fois, trois fois). L'adjudication est alors réalisée par le prononcé du mot "*adjudgé*", qui consacre l'instant où s'opère le transfert de propriété¹⁴⁹⁶. L'adjudication opère ainsi, sans autre formalité, un transfert de propriété opposable *erga omnes* à l'adjudicataire qui est en mesure de prendre possession du bien concerné. Dans ce cadre judiciaire, l'opposabilité substantielle est alors fonction de la seule décision de justice, indépendamment des formalités d'opposabilité applicables lorsque le transfert est d'origine conventionnelle. La solution se conçoit parfaitement dans la mesure où il n'est nul besoin d'un tel formalisme particulier en l'absence de risque de fraude aux droits des tiers du fait du caractère public de la cession judiciaire concernée.

Section 2^{ème} La diversité du mécanisme de la tradition

463. L'identification du fondement technique de l'opposabilité substantielle du droit réel, à travers l'extériorisation de l'opération translatrice, conduit à analyser les différents procédés auxquels il est possible d'avoir recours en la matière dans l'optique de les valider ou de les invalider (§1). Une fois effectuée, cette recherche conduira nécessairement à remettre en cause l'absence actuelle de formalisme concernant l'opposabilité aux tiers de la vente de fonds de commerce (§2).

¹⁴⁹⁴ Sur les difficultés posées par la solution, B. BRIGNON, « Le point sur les réalisations d'actif ou la question de la date du transfert de propriété des actifs », *Rev. proc. coll.*, n° 4, Juillet 2012, Etude 22.

¹⁴⁹⁵ En ce sens, Cass. Com., 4 octobre 2005, préc.

¹⁴⁹⁶ N. CASAL, *Juris-Classeur*, « Voies d'exécution », Fascicule 820, *Saisie-vente, Vente*, éd. 2012, n° 41.

§1) Les procédés caractéristiques d’une tradition

464. La tradition peut prendre les traits d’une publicité légale mais plus simplement d’une notification de l’opération translatrice à une personne déterminée (A). Il en va de même du simple acte juridique à condition toutefois qu’il soit revêtu de la date certaine afin d’assurer la sécurité des tiers (B).

A) Tradition par publicité légale ou notification de l’opération translatrice

465. *Publicité légale, signification et notification.* Dès lors qu’elle intervient au sein du processus de constitution du droit réel, la tradition s’inscrit nécessairement dans la diversité. Le cas de la publicité légale ne pose pas de difficulté tant celle-ci constitue par essence une organisation de l’information du public permettant d’extérioriser l’opération translatrice en la faisant ainsi échapper à l’influence des parties¹⁴⁹⁷. Si la publicité légale peut ainsi opportunément assurer l’opposabilité *erga omnes* du droit réel, il n’en va cependant pas systématiquement de même des autres formalités rencontrées, qu’il convient d’analyser.

466. *Signification.* La signification, applicable par exemple en matière de cession de créances de droit commun, représente un procédé d’extériorisation de l’opération translatrice auprès du débiteur cédé. Cependant, il pourrait être craint une collusion entre le débiteur cédé et les parties à l’opération translatrice au préjudice des droits des tiers. Toutefois, il n’en est rien. La signification de la cession de créance extrait véritablement la cession de l’influence des parties car elle fait intervenir une tierce personne en la personne d’un huissier de justice¹⁴⁹⁸. L’intervention d’un officier public, par définition étrangère aux parties, permet d’authentifier¹⁴⁹⁹ le transport de la convention auprès du destinataire de la signification¹⁵⁰⁰ et confère ainsi à celle-ci une pleine opposabilité aux tiers. Cette volonté de protéger les tiers fonde le mécanisme de la signification de la cession de créance comme l’évoquent MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck lorsqu’ils soulignent que « *le débiteur et le cédant pourraient s’entendre avec un tiers afin de simuler une*

¹⁴⁹⁷ V. *supra* n° 453 et s.

¹⁴⁹⁸ En matière de cession de créance, v. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1410, p. 761, soulignant que la signification est un exploit d’huissier.

¹⁴⁹⁹ Cass. Civ. 25 juillet 1932, S. 1933, 1, 8 : « *un huissier, agissant en vertu d’une délégation de la loi pour l’exécution d’un acte entrant dans ses attributions, imprime à son acte le caractère authentique* ».

¹⁵⁰⁰ Cass. Civ. 3^{ème} 22 février 2006, n° 05-12521, *Bull. Civ. III*, n°44, D. 2006, IR, 675, ayant jugé que « *la mention de la date de signification d’un acte par un huissier de justice fait foi jusqu’à inscription de faux* ».

cession qui aurait été prétendument faite à ce tiers et l'antidater de manière à la rendre opposable au véritable cessionnaire. L'exigence des formes solennelles empêche ces fraudes. Seule la date certaine de la signification ou l'acceptation dans un acte authentique permet de trancher le conflit entre le cessionnaire ou les autres ayants cause à titre particulier du cédant »¹⁵⁰¹. Acte authentique, la signification représente par conséquent un procédé d'extériorisation suffisamment respectueux des droits des tiers pour assurer l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété et, partant de là, afficher *de lege feranda* un effet constitutif de droit.

467. Notification. Qu'en est-il de la variante de la signification, à travers la simple notification de l'opération translative, que l'on rencontre en particulier lors de la constitution du nantissement de créance¹⁵⁰² ? L'inconvénient est qu'elle ne nécessite pas forcément l'intervention d'un officier public, attestant du contenu et de la date de l'acte signifié, car la notification peut également s'effectuer en la forme ordinaire, c'est-à-dire par voie postale¹⁵⁰³. La notification par voie postale reste néanmoins un procédé acceptable pour la sécurité des tiers, pour peu qu'elle soit réalisée avec avis de réception. Même si elle peut générer des difficultés persistantes¹⁵⁰⁴, la notification par courrier recommandé avec accusé de réception permet de dater l'extériorisation de l'opération de cession¹⁵⁰⁵ en associant les services postaux, extérieurs aux parties, à la détermination de la date de la notification. La date de réception d'une notification faite par lettre recommandée avec avis de réception est celle qui est apposée par l'administration des postes lors de la remise de la lettre à son destinataire et il est admis qu'il doit être tenu compte de la remise et non de la présentation au destinataire¹⁵⁰⁶. Par conséquent, les conditions sont réunies pour que la notification puisse s'assimiler à une tradition des droits du cessionnaire puisqu'elle extériorise bien l'opération translative auprès des services postaux. Même limitée à ceux-ci, l'information délivrée suffit car elle permet de sécuriser

¹⁵⁰¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1415, p. 766.

¹⁵⁰² V. *supra* n° 458, à propos des dangers en l'état du régime de l'opposabilité par la simple datation du nantissement de créance.

¹⁵⁰³ La notification en la forme ordinaire par la voie postale peut emprunter tous les modes de transport des plis réglementés par la poste : il peut s'agir d'une lettre simple, d'une lettre recommandée avec ou sans demande d'avis de réception. N. FRICERO, *Juris Classeur procédure civile*, Fasc. 141, « Notification des actes de procédure », 2009, n° 130.

¹⁵⁰⁴ La notification soulève des difficultés importantes lorsque le destinataire refuse d'accepter la lettre recommandée, néglige d'aller la chercher au bureau de poste ou prétend que le pli lui est parvenu vide. SOLUS et PERROT, *Traité de droit judiciaire privé*, Sirey 1961, t. 1, p. 322 s., n° 352.

¹⁵⁰⁵ La recommandation de la lettre est destinée à régler toute contestation sur la date de l'acte. En ce sens, Cass. Soc., 17 juillet 1991, n° 88-43972, *JurisData* n° 1991-002299, *JCP G* 1991, IV, 365.

¹⁵⁰⁶ Cass. Civ. 2^{ème}, 10 mars 2005, n° 03-11033, *Bull. Civ.*, II, n° 64, *Procédures 2005*, comm. 121, R. PERROT.

l’opération translatrice. Il peut ainsi parfaitement être reconnue, en tant que de besoin, à la notification un effet sur l’opposabilité *erga omnes* du droit réel, et par conséquent un effet constitutif de ce droit.

B) Tradition et date certaine de l’acte juridique

468. *Compatibilité de la date certaine de l’acte juridique.* Inspirée des travaux de Pothier¹⁵⁰⁷ et consacrée par le Code Napoléon à travers l’article 1328¹⁵⁰⁸, la date certaine des actes sous seing privé permet aux parties d’opposer aux tiers la date d’un acte juridique après l’accomplissement de formalités, notamment d’un enregistrement. L’exigence d’une date certaine a été initialement analysée par la doctrine comme une règle de preuve permettant d’apprécier la force probante de l’acte¹⁵⁰⁹. Son rôle évolua sous l’effet du consensualisme caractérisant l’avènement du Code civil et plus précisément de la règle du transfert de propriété *solo consensu*. Animée par le souci d’éviter les fraudes aux droits des tiers à l’acte juridique¹⁵¹⁰, elle est alors apparue importante alors que les contrats translatifs étaient opposables *solo consensu* et devint ainsi un mode de résolution des conflits de droits concurrents en mettant en œuvre de la règle *prior tempore, potior jure*¹⁵¹¹. Cependant, le rôle de la date certaine de l’acte juridique¹⁵¹² s’est progressivement réduit depuis le 19^{ème} siècle car sa fonction d’opposabilité des droits a régressé en raison de l’élaboration de la notion d’opposabilité

¹⁵⁰⁷ POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit., § 175, p. 323.

¹⁵⁰⁸ Art. 1328 C. Civ. : « les actes sous seing privé n’ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l’un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics, tels que les procès-verbaux de scellés ou d’inventaire ».

¹⁵⁰⁹ F. FAVENNEC-HÉRY, « La date certaine des actes sous seing privé », *RTD Civ.* 1992, 1 et s., spéc. n° 4, p.5.

¹⁵¹⁰ DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, T. 13, Paris, 1831, éd. Alex-Gobelet, Liv. III, Tit. III, n° 129, p. 130 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, op. cit., n° 574, p. 295. Cette volonté de préserver les droits des tiers de la fraude des parties se constate à la lecture des travaux préparatoires du Code civil : FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Vol.13, Paris 1836, éd. Vidocq, *Discussions, motifs, rapports et discours*, Liv. III, Tit. III, p. 442 où il est précisé que sans l’exigence de la date certaine, « le choix de la date au préjudice des tiers serait à la discrétion des cocontractants ». V. aussi ROGRON, op. cit., Art. 1328, p. 688 : « Je vous vends aujourd’hui une maison, je pourrais demain faire un autre acte en faveur d’une autre personne et le dater de l’année dernière. Si vous n’avez pas fait enregistrer votre contrat, le dernier acquéreur pourra vous déposséder, sauf votre action en garantie contre moi, car son titre porte une date antérieure au vôtre ; et comme ni l’un ni l’autre n’est revêtu des formalités qui lui donnent une date certaine, on est obligé de suivre l’ordre des dates. Si, au contraire, vous avez fait enregistrer votre acte, cette formalité qui lui donne une date certaine prévientra la fraude et le titre du second acquéreur n’ayant pas de date certaine sera présumé antérieur ».

¹⁵¹¹ F. FAVENNEC-HÉRY, art. préc., n° 4, p. 5. Notamment, dès le Code Napoléon, la date certaine permettait l’opposabilité *erga omnes* du droit de servitude avant la loi sur la transcription du 23 mars 1855 : AUBRY et RAU, op. cit., T. II, § 250, p. 547.

¹⁵¹² A.M. LAVILLAINÉ-JUILLET, *La date de l’acte juridique*, Thèse dactyl. Clermont-Ferrand, 1979 ; F. FAVENNEC-HÉRY, art. préc.

et du développement corrélatif de techniques de publicités légales reposant sur l'information organisée des tiers¹⁵¹³. Cette fonction est ainsi devenue aujourd'hui subsidiaire et ce n'est qu'à défaut d'existence d'un procédé spécifique prévu par les textes que l'on peut envisager que la date certaine des actes sous seing privé soit applicable en la matière.

469. Pour autant, le caractère résiduel et subsidiaire du rôle de la date certaine en matière d'opposabilité des droits ne doit pas conduire à la méconnaissance de cette fonction au profit de l'opposabilité du seul *instrumentum* de l'acte¹⁵¹⁴. Le rôle de la date certaine en matière d'opposabilité des droits trouve une illustration significative à travers l'alinéa 1^{er} de l'article 1743 du Code civil selon lequel « *si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le métayer ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine* ». Sur la base de cette disposition, l'opposabilité du droit au bail par la date certaine de l'acte constitutif est soulignée en jurisprudence¹⁵¹⁵ et en doctrine¹⁵¹⁶. Plus généralement, à défaut de date certaine, il est souvent considéré par les auteurs que la date de l'acte sous seing privé est inopposable aux tiers mais également l'acte juridique auquel elle appartient¹⁵¹⁷. Intéressant non seulement l'opposabilité probatoire mais aussi l'opposabilité substantielle, la date certaine de l'acte juridique paraît en mesure d'assurer si besoin est l'opposabilité *erga omnes* des droits patrimoniaux.

470. Dépassement des écueils théoriques. Deux écueils doivent cependant être surmontés avant de pouvoir envisager cette perspective. Le premier tient à l'article 1322 du Code civil selon lequel l'acte sous seing privé a, entre ceux qui l'on souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique. Ne peuvent ainsi se prévaloir

¹⁵¹³ F. FAVENNEC-HERY, art. préc., n° 4, p. 5.

¹⁵¹⁴ En ce sens pourtant, F. FAVENNEC-HERY, art. préc., n° 28, p. 23 : « *La date certaine s'applique au titre, à l'instrumentum et non à l'acte juridique qu'il matérialise* ».

¹⁵¹⁵ Cass. Soc. 1^{er} juin 1954, n° 54-02098, préc. Sur l'opposabilité et la nature du droit au bail, v. *supra* n° 270 et S.

¹⁵¹⁶ F. FAVENNEC-HERY, art. préc., n° 22, p. 19, reconnaissant qu'en présence de l'article 1743 du Code civil « *la date certaine a pour effet d'entraîner l'opposabilité de la convention et non celle du titre* ».

¹⁵¹⁷ En ce sens, DUCLOS, *op. cit.*, n°38, : « *Il est pour le moins douteux que la date certaine des actes sous seings privés constitue seulement une question de preuve. La date fait partie intégrante de la convention. C'est un élément substantiel de celle-ci. Car elle détermine le point de départ des effets de l'opération voulue par les parties. La règle de l'article 1328 tient donc moins à l'inopposabilité probatoire de la convention-instrumentum qu'à l'inopposabilité substantielle de la convention-negotium* » ; P. STRASSER, *Juris Classeur civil*, « Contrats et obligations, Art. 1328, Force probante de la date d'un acte sous seing privé, date certaine », 1991, n° 6 : « *Dans la mesure où la date portée sur l'acte est inopposable aux tiers, la modification de l'état de droit du fait de la convention conclue entre les parties ne se produira pas à ce moment à leur égard. Tout se passe comme si la convention n'avait pas été conclue* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 574, p. 295, qui évoquent l'inopposabilité non seulement de la date mais aussi de « *l'acte tout entier* ».

d’un défaut de date certaine les parties ainsi que ceux qui en poursuivent la personne, tels que les ayants cause universels ou à titre universel¹⁵¹⁸. Corrélativement, les tiers concernés par l’article 1328 du Code civil devraient être les personnes ne continuant pas la personne des parties contractantes. Tel est assurément le cas des *penitus extranei*, tiers absolus qui ne présentent aucun lien avec les parties¹⁵¹⁹. Le cas des créanciers chirographaires pose en revanche difficulté. En effet, il ne peut être affirmé que ces derniers poursuivent à proprement parler la personne des parties comme le fait un héritier¹⁵²⁰ mais, disposant d’un droit de gage général à l’égard de leur débiteur, ils subissent les fluctuations du patrimoine de ce dernier et peuvent ainsi exercer, par voie oblique, ses droits et actions¹⁵²¹. Parce qu’ils ne disposent pas ainsi de droits propres, la jurisprudence considère que les créanciers chirographaires s’assimilent à des ayants cause universels et ne sont pas des tiers au sens de l’article 1328 du Code civil. En conséquence, un contrat dans sa date et son contenu, conclu par une personne est opposable à ses créanciers chirographaires même si sa date n’est pas certaine, à charge pour ceux-ci de démontrer la fausseté de sa date¹⁵²². Le raisonnement est spécieux car si les créanciers chirographaires peuvent exercer à titre conservatoire les droits et actions de leur débiteur, ils conservent des intérêts distincts de ceux de celui-ci et ne deviennent personnellement ni débiteurs ni créanciers de ses obligations¹⁵²³. Par ailleurs, les créanciers chirographaires ne sont pas chargés des obligations du débiteur, à la différence d’un ayant cause universel : si le successeur universel prend en charge le passif du *de cuius*, le créancier chirographaire ne le supporte d’aucune manière. Par conséquent, ils doivent être exclus du domaine de l’article 1322 du Code civil et relever de celui de l’article 1328. Son domaine ainsi entendu, la date certaine de l’acte juridique peut constituer un procédé d’opposabilité au tiers de la constitution du droit réel car les droits de ceux-ci sont alors protégés des risques

¹⁵¹⁸ F. FAVENNEC-HERY, art. préc., n°32, p. 24 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 575, p. 296.

¹⁵¹⁹ F. FAVENNEC-HERY, art. préc., n° 33, p. 25.

¹⁵²⁰ La position de la doctrine est globalement fixée en ce sens, v. l’exposé de F. FAVENNEC-HERY, art. préc., n° 32, p. 25.

¹⁵²¹ AUBRY ET RAU, *op. cit.*, T. 6, § 756, p. 398.

¹⁵²² Cass. Civ. 11 février 1946, D. 1946, 389, *JCP G*, 1946, II, 3099 : « les créanciers chirographaires, agissant en cette qualité, sans faire valoir de droits autres que ceux qu’elle leur confère sur l’ensemble du patrimoine de leur débiteur, doivent être considérés comme ses ayants cause universels et non comme des tiers ; ainsi les actes sous seing privés opposables à ce dernier font la même foi vis-à-vis d’eux que vis-à-vis de lui, de leur contenu et de leur date, sauf à eux à les repousser comme frauduleusement antédats, en rapportant la preuve de cette fraude ».

¹⁵²³ L’assimilation des créanciers chirographaires à des ayants cause universels a été critiquée en doctrine : M. LABORDE-LACOSTE, *Essai sur la notion d’ayant cause à titre particulier en droit privé français*, thèse préc. ; J. BONNECASE, *La condition juridique du créancier chirographaire*, préc. Elle est aujourd’hui abandonnée par la doctrine : Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 575, p. 297 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 498, p. 555.

de fraude par antedate ou de postdate. Dès lors que l'on a recours à ce procédé, l'acte translatif de propriété ou constitutif de droit réel n'ayant pas date certaine ne peut être opposable aux créanciers chirographaires.

471. Les difficultés qui précèdent n'ont pas cours s'agissant des ayants cause à titre particulier du débiteur. En effet, il est généralement admis en doctrine que l'ayant cause à titre particulier peut se prévaloir de la date certaine de l'acte auquel il est partie à l'égard d'un autre ayant cause particulier dont la date antérieure du titre n'est pas certaine¹⁵²⁴. La solution est validée en jurisprudence car l'ayant cause à titre particulier jouit d'un droit propre par rapport à celui de son auteur¹⁵²⁵. Ainsi, il doit être constaté sur un plan technique que l'acte translatif de propriété ou constitutif de droit réel ayant date certaine peut parfaitement être opposable aux ayants cause à titre particulier.

472. Il reste cependant un second écueil. Il est traditionnellement admis que l'exigence de la date certaine est écartée en matière commerciale ce qui implique, malgré l'accomplissement des formalités de l'article 1328 du Code civil, qu'un tiers commerçant puisse apporter par tous moyens la démonstration de la fausseté de la date de l'acte juridique¹⁵²⁶. La solution tire les conséquences de la lettre de l'article L. 110-3 du Code de commerce selon laquelle « à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ». L'inapplication de l'article 1328 du Code civil se vérifie ainsi en droit des procédures collectives lorsqu'il s'agit de l'annulation d'un acte accompli au cours de la période suspecte : il est ainsi admis que l'acte fait preuve de sa date jusqu'à preuve contraire même à l'égard des créanciers¹⁵²⁷, solution discutable¹⁵²⁸ mais consacrée notamment en

¹⁵²⁴ DURANTON, *op. cit.*, p. 134 ; AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. 6, § 756, p.402 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 575, p. 296. Admettre la solution contraire et refuser l'application de l'article 1328 à l'ayant cause à titre particulier en application d'une lecture restrictive de l'article 1322 « *rendrait à peu près inutile l'article 1328* », ROGRON, *op. cit.*, Art. 1328, p. 688.

¹⁵²⁵ Cass. Soc. 12 février et 1^{er} juin 1954, 3 arrêts, *JCP G* 1955, II, 8507, *GP* 1954, II, 428, *Rev. loyers* 1954, 209, concernant les droits d'un locataire.

¹⁵²⁶ Cass. Com. 4 mai 1999, n° 97-12085, *RJDA* 7/99, n° 775. Sauf volonté contraire des parties, Cass. Civ. 2^{ème} 17 mai 2001, n° 99-16317, *RD bancaire* 2001, 291, n° 193. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 576, p. 297, considérant que la solution conduit à l'« *inutilité* » de la date certaine.

¹⁵²⁷ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *op. cit.*, 2^{ème} éd., n° 250, note 250-3. Dans le même sens, J.-P. REMERY, rapp. préc., p. 98, et les références doctrinales citées.

¹⁵²⁸ Il est en effet difficilement concevable de réduire la collectivité des créanciers aux seuls créanciers chirographaires car d'autres créanciers peuvent être des ayants cause du débiteur, à qui l'article 1328 C. Civ. est opposable.

présence de la vente d’un fonds de commerce¹⁵²⁹. L’écueil n’est pourtant pas insurmontable car la lettre de l’article L. 110-3 du Code de commerce concerne la preuve des actes juridiques c’est-à-dire l’utilisation du contrat comme un pur fait susceptible de fournir des renseignements, présomptions ou indices dans le cadre d’un procès. S’il intéresse ainsi l’opposabilité probatoire de l’acte, ce texte ne concerne pas l’opposabilité substantielle. Rien n’interdit donc à la date certaine de l’acte sous seing privé de produire un effet substantiel sur l’opposabilité *erga omnes* d’une opération translatrice, et par conséquent, d’afficher un effet constitutif de droit réel. Il reste ainsi à déterminer les actes juridiques susceptibles d’être concernés par cette perspective.

473. Acte notarié. Aux termes de l’article 1317 du Code civil, « *l’acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d’instrumenter dans le lieu où l’acte a été rédigé, et avec les solennités requises* ». L’acte authentique le plus connu est l’acte notarié auquel est attaché un devoir de conseil qui en devient un aspect essentiel¹⁵³⁰. Ses fonctions sont diverses et intéressent en premier lieu la protection du consentement des parties. Par exemple, en matière de donation, l’exigence de la forme notariée requise par l’article 931 du Code civil, outre qu’elle permet d’assurer l’irrévocabilité des donations¹⁵³¹ ainsi que leur preuve, permet surtout de garantir la protection de la volonté du donateur en l’obligeant à s’interroger sur l’importance de la démarche à accomplir¹⁵³². Au-delà de la protection de la volonté des parties, l’acte authentique joue un rôle important en matière probatoire car, à la différence de l’acte sous seing privé, il bénéficie de l’article 1319 du Code civil selon lequel « *l’acte authentique fait pleine foi de la convention qu’il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause* », jusqu’à inscription de faux. Parce qu’il fait intervenir l’officier public qu’est le notaire, l’acte notarié jouit d’une valeur exceptionnelle¹⁵³³ et fait foi à l’égard des parties comme des tiers¹⁵³⁴, tant au regard

¹⁵²⁹ Cass. Com. 17 mars 1992, n° 90-10694, *Bull. Civ.*, IV, n° 121, *D.* 1992, somm. 399, obs. Ph. DELEBECQUE. La cession d’un fonds de commerce est un acte de commerce « *n’étant pas soumis aux exigences de l’article 1328, l’acte litigieux faisait foi de sa date par lui-même, sauf à l’organe de la procédure collective à apporter par tout moyen la preuve contraire* ».

¹⁵³⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 577, p. 297.

¹⁵³¹ C. Civ. Art. 894 : « *la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l’accepte* ». Par l’intervention d’un notaire, la destruction du titre est hors de portée du donateur.

¹⁵³² J.-F. MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, LGDJ 1989, *Bibl. dr. privé*, t. 209, n° 46, p. 38.

¹⁵³³ AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. VI, § 756, p. 395-396, note 80 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 578, p. 298 insistant sur le caractère exceptionnel du témoignage du notaire.

¹⁵³⁴ AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. VI, § 755, p. 368-369, pour lesquels tous les tiers semblent concernés par la force probatoire de l’acte notarié. Ce point semble être acquis pour la doctrine moderne qui ne fait pas état de la qualité de tiers au sens de l’article 1319 du Code civil dans leurs ouvrages, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 578, p. 298.

de son contenu¹⁵³⁵ que de sa date¹⁵³⁶, laquelle revêt un caractère certain. Il peut, dès lors, être considéré que la force probatoire de l'acte notarié puisse, par extension, jouer un rôle en matière d'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété car celle-ci ne requiert autre chose que l'accomplissement d'un procédé garantissant aux tiers la date et le contenu de la convention conclue entre les parties. Si besoin est, l'acte notarié peut ainsi parfaitement assurer l'opposabilité *erga omnes* d'une opération translatrice, et partant de là, afficher un effet constitutif de droit réel, comme c'est d'ailleurs déjà le cas en matière de vente d'immeubles à terme¹⁵³⁷. Dans le prolongement de cette idée, on pourrait dès lors se demander quelle est l'utilité en matière immobilière d'avoir recours aux formalités de publicité foncière si le caractère authentique de l'acte de vente d'un bien immobilier suffit à assurer l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété. Pour autant, il convient de souligner que la publicité foncière reste indispensable dans la mesure où elle ne représente pas seulement un procédé d'opposabilité mais aussi un instrument de « police civile » destiné à informer précisément les tiers sur la situation juridique des biens immobiliers¹⁵³⁸.

474. L'idée d'une liaison entre l'acte authentique et l'opposabilité substantielle n'est pas nouvelle et est déjà pratiquée en droit positif. En premier lieu, il n'y a qu'à se souvenir que la cession de créance de droit commun est opposable aux tiers par sa signification au débiteur cédé ou l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique¹⁵³⁹. Ne représentant pas un nouvel engagement du débiteur cédé envers le cessionnaire par l'effet d'une novation¹⁵⁴⁰, l'acceptation du débiteur cédé dans l'acte authentique l'informe purement et simplement de la cession de créance. L'acte notarié constitue alors l'équivalent de la signification de la cession de créance¹⁵⁴¹ car l'intervention du notaire permet d'éviter la fraude des parties et ainsi de sécuriser leurs droits en authentifiant la date du transport de la créance au profit du cessionnaire. L'acte notarié assure bien alors l'opposabilité *erga omnes* de l'opération translatrice. Par ailleurs, en certains cas, il est admis en droit positif

¹⁵³⁵ Limité aux énonciations de l'acte authentique provenant du notaire, lesquelles sont à distinguer de celles provenant des parties, qui ne font foi que jusqu'à preuve contraire.

¹⁵³⁶ Cass. Civ. 2^{ème} 9 mai 1974, n° 73-10093 73-10094 73-10095, *Bull. Civ.* II, n° 160, où il fut jugé qu'un acte authentique fait foi de sa date vis-à-vis des tiers avant même d'être soumis à l'enregistrement. L'article 1328 du Code civil est alors sans application.

¹⁵³⁷ C. Civ. art. 1601-2 : « *La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente* ».

¹⁵³⁸ V. *supra* n° 436.

¹⁵³⁹ C. Civ. Art. 1690 alinéa 2^{ème}.

¹⁵⁴⁰ En ce sens, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1411, p. 762.

¹⁵⁴¹ En ce sens, S. CAMPION, *op. cit.*, p. 12-13.

que l’acte notarié puisse être l’équivalent de la publicité foncière, solution que l’on rencontre en matière d’opposabilité des servitudes conventionnelles. En effet, la jurisprudence admet depuis un certain temps que l’opposabilité aux tiers de la constitution de la servitude puisse résulter non seulement de l’accomplissement des formalités de publicité foncière¹⁵⁴² mais aussi, de façon supplétive, de la stipulation de l’existence de la servitude dans l’acte de l’acquéreur du fonds cédé¹⁵⁴³. En d’autres termes, en l’absence de publication, la servitude est opposable à l’acquéreur du fonds grevé dans l’hypothèse où elle est mentionnée dans le titre de propriété dressé le plus souvent sous la forme notariée. Ainsi, l’acte notarié peut jouer en droit positif un rôle déterminant sur l’opposabilité *erga omnes* de la servitude car il extériorise auprès du notaire la transmission de la valeur d’usage sur le fonds servant, caractérisant la servitude, afin d’éviter l’éventuelle fraude des parties.

475. Acte d’avocat. Issus de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, les articles 66-3-1 à 3 instituent ce que les praticiens ont très tôt dénommés « l’acte contresigné par avocat », voire « l’acte d’avocat ». Le projet avait éclos dès le début des années 2000 à l’initiative du barreau de Lyon et de la Conférence des bâtonniers sous l’appellation « d’acte sous signature juridique »¹⁵⁴⁴ avant d’être repris quelques années plus tard par la commission Darrois¹⁵⁴⁵ qui émit cependant une recommandation assez différente du projet initial. Le système issu de la loi du 28 mars 2011 vise tout d’abord à faire de l’acte contresigné par avocat une attestation du devoir de conseil¹⁵⁴⁶, lequel est sanctionné par la jurisprudence récente de façon rigoureuse¹⁵⁴⁷. En outre, l’article 66-3-2 de la loi du 28 mars 2011 confère à l’acte d’avocat une force probatoire légèrement accrue en ce qu’il mentionne que « l’acte sous seing privé contresigné par les avocats de chacune des parties ou par

¹⁵⁴² La règle est requise par l’article 28, 1° du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 et appliquée par la jurisprudence : Cass. Civ. 3^{ème}, 12 oct. 1994, n° 92-19386, *JurisData* n° 1994-001922 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 20 décembre 2000, n° 99-14372 99-14373, *Bull. Civ.* 2000, III, n° 199 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 4 novembre 2004, n° 02-20754, *JurisData* n° 2004-025456.

¹⁵⁴³ Cass. Civ. 3^{ème} 27 octobre 1993, n° 91-19.874, *JurisData* n° 1993-002064 ; CA Dijon, 13 oct. 1999, *JurisData* n° 1999-103427 ; CA Paris, 16 mai 2007, *JurisData* n° 2007-335609.

¹⁵⁴⁴ Ch. JAMIN, « Surfer sur la vague...Réflexions de lege ferenda sur la création d’un acte sous signature juridique », *Mélanges en l’honneur du professeur G. GOUBEAUX*, Dalloz et LGDJ 2009, p. 285.

¹⁵⁴⁵ J.-M. DARROIS, « Vers une grande profession du droit, Rapport sur les professions du droit », in *La documentation française*, 2009, p. 43.

¹⁵⁴⁶ L. 28 mars 2011, Art. 66-3-1 : « En contresignant un acte sous seing privé, l’avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu’il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte ».

¹⁵⁴⁷ Cass. Civ. 1^{ère} 27 novembre 2008, n° 07-18142, *Bull. Civ. I*, n° 267, D. 2009, 706, note Ch. JAMIN, *RTD Civ.* 2009, 134, obs. P.-Y GAUTIER, *JCP G* 2009, I, 120, n° 15, obs. G. PILLET, qui a retenu que la responsabilité de l’avocat seul rédacteur de l’acte était engagée même à l’égard de la partie qui n’avait pas sollicité son conseil. Egalement, récemment, Cass. Civ. 1^{ère} 25 février 2010, n° 09-11- 591.

l'avocat de toutes les parties fait pleine foi de l'écriture et de la signature de celles-ci tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause. La procédure de faux prévue par le Code de procédure civile lui est applicable ». A la différence de l'acte sous seing privé, cette disposition devrait ainsi rendre concrètement rare les contestations d'écriture et de signature de l'acte qui auront été vérifiées par l'avocat au moment où il apportera son contreseing à l'acte¹⁵⁴⁸. Elle souligne cependant que la force probatoire de l'acte d'avocat est limitée à l'*instrumentum* et ne concerne pas le *negotium*¹⁵⁴⁹. Enfin, l'article 66-3-3 de la loi prévoit que « *l'acte sous seing privé contresigné par avocat est sauf, disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi* », faisant de l'acte d'avocat un substitut du formalisme informatif réduisant la portée des dispositions du Code de la consommation selon lesquelles un acte juridique doit faire l'objet d'une mention manuscrite de la part des personnes qui souscrivent à un engagement, souvent à peine de nullité. En revanche, il importe de remarquer que l'acte d'avocat ne confère ni force exécutoire à l'acte concerné, ni date certaine, à la différence de l'acte notarié lequel, investi d'une mission d'intérêt général prend en compte celui des tiers¹⁵⁵⁰. Ainsi, compte tenu des liens que l'avocat entretient avec les parties¹⁵⁵¹, il n'est pas concevable que l'acte d'avocat issu de la loi du 28 mars 2011 puisse garantir les droits des tiers en authentifiant la date de l'opération translative comme peut le faire un officier public. En conséquence, l'acte d'avocat ne peut servir l'opposabilité *erga omnes* de la constitution du droit réel car il n'atteste pas du *negotium* et ne garantit pas aux tiers le contenu et la date de l'acte. Il ne peut jouer aucun rôle dans le processus de constitution du droit réel.

476. Acte sous seing privé. Ce qui vaut pour l'acte d'avocat vaut *a fortiori* pour l'acte sous seing privé dépourvu de date certaine. Aussi, peut-on regretter la solution applicable en droit positif au nantissement de créance en vertu de l'article 2361 du Code civil, où l'opposabilité *erga omnes* du nantissement de la créance est fonction de la seule date de l'acte sous seing privé. Comme il a déjà été vu, l'exigence de l'accomplissement d'une

¹⁵⁴⁸ En ce sens, Ch. JAMIN, « L'acte d'avocat », *D.* 2011 p. 960 et s.

¹⁵⁴⁹ Comp. en matière d'acte notarié l'alinéa 1^{er} de l'article 1319 C. Civ. qui énonce que « *l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause* ».

¹⁵⁵⁰ C. GRIMALDI, « L'acte sous seing privé, l'acte authentique et l'acte contresigné par un avocat : quelles utilités ? », *JCP E*, 7 janvier 2010, 1008, n° 7 : « *Autant on comprend que le notaire, délégataire de l'état et investi d'une mission d'intérêt général puisse prendre en considération l'intérêt des tiers, autant le statut des avocats les place dans une situation différente : ils n'ont pas à prendre en considération l'intérêt des tiers comme le font les notaires* ».

¹⁵⁵¹ D. LANDRY, « L'avocat et le conflit d'intérêts », *JCP E*, n° 20, 16 mai 2011, 605

formalité conférant une date certaine à l’acte de nantissement pourrait utilement corriger cet état des choses et sécuriser les droits des tiers¹⁵⁵².

§2) La remise en cause de l’opposabilité *solo consensu* de la vente de fonds de commerce

477. Curieusement, l’opposabilité de la vente d’un bien aussi important que peut l’être un fonds de commerce s’effectue *solo consensu*. Il est vrai que la vente d’un fonds de commerce ne représente pas une opération occulte car une publicité est prévue afin d’avertir les créanciers du vendeur à travers l’article L. 141-17 du Code de commerce. Cependant, l’opposabilité aux tiers de la vente du fonds de commerce n’est pas assurée par cette publicité si bien qu’elle s’opère véritablement *solo consensu* (A). Cette situation pouvant s’avérer peu sécurisante pour les droits des tiers, l’enregistrement de l’acte de vente conférant à ce dernier une date certaine pourrait conduire de façon opportune à l’opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété du fonds de commerce (B).

A) Caractère inopérant de la publicité légale sur l’opposabilité de la vente de fonds de commerce

478. **Publicité légale requise en matière de cession de fonds de commerce.** Qualifié d’universalité de fait par la jurisprudence¹⁵⁵³, le fonds de commerce peut faire l’objet d’une cession en application des articles L. 141-1 et suivants du Code de commerce. Cette opération est minutieusement réglementée car le fonds de commerce représente un élément d’actif qui intéresse non seulement l’acquéreur mais également la situation des créanciers du vendeur. Si elle est théoriquement de nature consensuelle, la vente du fonds de commerce se constate en pratique par un écrit rendu nécessaire par le fait qu’il doit comporter des mentions obligatoires¹⁵⁵⁴ destinées à protéger l’acquéreur en l’informant précisément et loyalement de la situation économique et financière du bien acheté¹⁵⁵⁵. L’omission de ces mentions est ainsi sanctionnée par la nullité de la vente du fonds de commerce, nullité relative soumise à un délai de prescription d’un an¹⁵⁵⁶. A la protection

¹⁵⁵² V. *supra* n° 458.

¹⁵⁵³ Req. 13 mars 1888, DP 1888, 1, 351.

¹⁵⁵⁴ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial, actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, Montchrétien, 10^{ème} éd., 2010, Col. Domat droit privé, n° 753, p. 384. Ainsi, l’article L 141-1 n’interdit pas les ventes verbales mais les mentions requises rendent pratiquement nécessaire l’écrit.

¹⁵⁵⁵ D. HOUTCIEFF, *Droit du commerce et des affaires, Droit commercial, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, instruments de paiement et de crédit*, Sirey, 2^{ème} éd., 2008, n° 661, p. 271.

¹⁵⁵⁶ Art. L. 141-1 II C. Com.

de l'acquéreur s'ajoute la nécessaire protection des tiers, ce qui a conduit le législateur à organiser un système de publicité de la vente¹⁵⁵⁷. Toute cession de fonds de commerce doit être publiée à la diligence de l'acquéreur dans un délai de quinze jours¹⁵⁵⁸. La publicité prend les traits d'un extrait ou d'un avis dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement ou du département dans lequel le fonds est exploité. Une seconde publicité doit être également effectuée au plan national au BODACC. Chacune de ces publicités énonce « *la date de l'acte, les noms, prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, le prix stipulé, y compris les charges ou l'évaluation ayant servi de base à la perception des droits d'enregistrement, l'indication du délai ci-après fixé pour les oppositions et une élection de domicile dans le ressort du tribunal* »¹⁵⁵⁹. La seconde insertion au BODACC fait courir un délai durant lequel les créanciers peuvent s'opposer au paiement du prix. Les créanciers du vendeur, qui voient un élément important de leur gage sortir du patrimoine de leur débiteur, disposent d'un délai de dix jours pour faire opposition, peu importe que leurs créances soient ou non exigibles, pour peu qu'elles soient certaines¹⁵⁶⁰. Ce délai de dix jours doit être impérativement respecté par l'acquéreur qui n'est pas libéré à l'égard des tiers s'il paie son vendeur sans s'être conformé aux règles de forme prescrites ou avant l'expiration du délai prévu¹⁵⁶¹. Il s'expose alors à payer deux fois. En cas d'oppositions régulièrement formées par acte extrajudiciaire au domicile élu par le vendeur du fonds de commerce, le prix de vente est indisponible et est bloqué entre les mains de l'acheteur¹⁵⁶² ou d'un tiers séquestre conventionnel. En présence d'oppositions fondées, le prix de vente est alors distribué entre les créanciers sauf si ceux-ci décident de faire, dans les dix jours de la publicité au BODACC, une surenchère du sixième du prix de vente, si celui-ci ne permet pas de les désintéresser¹⁵⁶³. Le fonds de commerce est alors vendu aux enchères et le créancier surenchérisseur s'expose au risque d'être déclaré adjudicataire du fonds pour le prix initial augmenté du sixième, en l'absence de surenchère.

¹⁵⁵⁷ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 664, 273 : « *Il ne s'agit plus alors de protéger l'acquéreur mais les tiers au premier rang desquels les créanciers du vendeur. Ces derniers doivent en effet être mis au courant du transfert d'un bien constituant une part essentielle de leur gage afin de pouvoir préserver leurs droits* ».

¹⁵⁵⁸ C. Com., art. L. 141-12

¹⁵⁵⁹ C. Com., art. L.141-13

¹⁵⁶⁰ C. Com., art. L. 141-14

¹⁵⁶¹ C. Com., art. L. 141-17

¹⁵⁶² Cette solution découle des termes de l'article L. 141-17 C. Com. La créance de prix devient également indisponible entre les mains du vendeur qui ne peut ni la céder ni la compenser, de même que toutes saisies deviennent inefficaces : Cass. Civ. 2^{ème} 16 mars 2000, n° 98-14725, *RJDA* 5/00, n° 530.

¹⁵⁶³ Art. L. 141- 14 C. Com.

479. *Absence d’effet sur l’opposabilité erga omnes du transfert de propriété.* Si ces publicités constituent des mesures essentielles en matière de vente de fonds de commerce¹⁵⁶⁴, il est admis qu’elles n’emportent aucune conséquence sur le transfert de propriété lequel s’opère *solo consensu*¹⁵⁶⁵. Leur portée peut cependant être discutée. Une première analyse est de considérer que ces publicités intéressent l’opposabilité *erga omnes* de la vente de fonds de commerce. L’accomplissement des formalités requises par les textes rend l’opération opposable à tous les tiers, y compris les créanciers du vendeur qui peuvent alors former opposition au paiement du prix de vente par l’acquéreur et, le cas échéant, surenchérir. Ce raisonnement présente le mérite de la cohérence vis-à-vis de la règle du transfert de propriété *solo consensu*, qui nécessite l’accomplissement d’une mesure destinée à informer les tiers afin de leur rendre opposable le transfert concerné. Il prend cependant quelque latitude avec la lettre de l’article L. 141-17 du Code de commerce qui énonce que « *l’acquéreur qui paie son vendeur sans avoir fait les publications dans les formes prescrites, ou avant l’expiration du délai de dix jours, n’est pas libéré à l’égard des tiers* ». Même si cette disposition intéresse principalement l’opposabilité aux tiers du paiement du prix de cession par l’acquéreur, il pourrait être imaginé qu’elle puisse concerner plus généralement l’opposabilité *erga omnes* de la vente, dont l’opposabilité du prix ne serait qu’une expression.

480. Une autre analyse propose une lecture plus fidèle de l’article L. 141-17 du Code de commerce. La vente non régulièrement publiée ne serait pas inopposable aux tiers mais produirait un effet limité au paiement effectué par l’acquéreur qui n’est pas alors libératoire à l’égard des tiers. Les publicités concerneraient l’opposabilité aux tiers du paiement du cessionnaire plutôt que l’opposabilité aux tiers du transfert de propriété du fonds de commerce. L’opposabilité *erga omnes* de la vente procéderait alors du seul échange des consentements. Ce raisonnement est partagé par la doctrine. Ainsi, Monsieur Houtcieff affirme que selon l’article L. 141-17 du Code de commerce, « *la publicité de la vente du fonds de commerce constitue une condition d’opposabilité aux tiers, non de la vente mais du paiement du prix de vente, ceci en raison de la faculté d’opposition dont*

¹⁵⁶⁴ Une vente portant sur un élément isolé du fonds de commerce autre que la clientèle n’est pas soumise à publicité. En ce sens, Cass. Civ. 13 mars 1944, S. 1944, 1, 83. De même, ces publicités sont inopérantes lorsque la cession du fonds de commerce intervient en liquidation judiciaire en application de l’article L. 642-5 du Code de commerce. V. art. L. 141-12 C. Com.

¹⁵⁶⁵ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 677 pour qui « *comme en droit commun, le transfert de propriété s’opère par la seule rencontre des consentements* ». En jurisprudence, v. Cass. Civ. 13 juillet 1930, DP 1932, 1, 112 ; S. 1931, 1, 197, note HUBERT.

elle conditionne le délai »¹⁵⁶⁶. En conséquence, Monsieur Pédamon considère que « *le transfert de propriété se réalise par le seul échange des consentements aussi bien dans les rapports entre les parties que dans les rapports avec les tiers. Il n'est pas nécessaire en particulier, pour que ce transfert devienne opposable aux tiers que l'acquéreur prenne possession du fonds de commerce ou qu'il procède à la publicité qu'impose la loi de 1909* »¹⁵⁶⁷.

481. La jurisprudence n'a pu que rallier cette seconde lecture, tant elle est conforme aux textes applicables, notamment à travers deux décisions rendues par la chambre commerciale le 24 mai 2005. La première¹⁵⁶⁸ précise, à propos de l'article L. 141-17 du Code de commerce, que le paiement effectué par l'acquéreur en violation de cette disposition est inopposable aux créanciers du vendeur, peu important qu'ils aient ou non fait opposition au paiement du prix. La solution répond ainsi à la question de savoir si l'inopposabilité du paiement intéresse les seuls créanciers opposants ou l'ensemble des créanciers du vendeur. La seconde espèce est plus intéressante et concerne la vente d'un fonds de commerce sur lequel un créancier avait obtenu l'inscription d'un nantissement provisoire avant l'accomplissement de la publicité de la cession au BODACC. La Haute Cour devait ainsi se prononcer sur la question de savoir si l'accomplissement des publicités requises par l'article L. 141-12 du Code de commerce déterminait l'opposabilité de la cession aux tiers ce qui aurait validé, en l'occurrence, la sûreté conservatoire prise par le créancier. La Cour de cassation estime qu'« *il résulte de l'article 3, alinéa 8, de la loi du 17 mars 1909, devenu l'article L. 141-17 du Code de commerce, que la publicité de la vente du fonds de commerce constitue une condition de l'opposabilité aux tiers, non de la vente, mais du paiement du prix de vente* »¹⁵⁶⁹. Il s'ensuit que la vente du fonds de commerce étant parfaite dès que les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix, le

¹⁵⁶⁶ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 664, p. 273. Dans le même sens, ROUBIER, *op. cit.*, p. 263, insistant sur l'absence de publicité conduisant à l'opposabilité *erga omnes*.

¹⁵⁶⁷ M. PEDAMON, *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2000, 273, p. 210. Dans le même sens, B. MERCADAL, *Mémento pratique Francis Lefebvre, Droit commercial*, éd. 2010, n° 2865, p. 87, où il est indiqué que « *seul le paiement est inopposable ; le transfert de la propriété du fonds est lui opposable par l'acquéreur même à défaut de publication* ».

¹⁵⁶⁸ Cass. Com. 24 mai 2005, n° 01-15.337, *D.* 2005, AJ, p. 1634, obs. E. CHEVRIER. Dans le même sens, Cass. Com. 1^{er} juin 1981, n° 79-14101, *Bull. Civ. IV*, n° 256, *D.* 1981, p. 654, note J.-P. MARTY, *D.* 1981, IR, p. 452, obs. crit. J. HONORAT ; Cass. Com. 19 mai 1998, n° 95-17643, *D. Affaires* 1998, p.1120, obs. A.L., *RTD Com.* 1998, p. 823, obs. J. DERRUPPE.

¹⁵⁶⁹ Cass. Com. 24 mai 2005, n° 02-18.096, *D.* 2005, AJ, p. 1698, obs. E. CHEVRIER. V. également TC Marseille 6 décembre 1961, *RTD Com.* 1963, p. 72, obs. JAUFFRET où une solution identique a été rendue pour faire échec à un nantissement judiciaire obtenu par un créancier postérieurement à une vente de fonds de commerce non publiée.

cédant n’est plus propriétaire du fonds de commerce dès cet instant de sorte que le créancier ne pouvait valablement obtenir une inscription provisoire sur un fonds de commerce qui était entré dans le patrimoine de l’acquéreur. La position de la Cour a été récemment confirmée¹⁵⁷⁰ de sorte qu’il est acquis en jurisprudence que les publicités de l’article L. 141-17 du Code de commerce ne servent pas l’opposabilité du transfert de propriété du fonds de commerce et se distinguent ainsi de la fonction d’autres publicités légales telles que la publicité foncière en matière immobilière¹⁵⁷¹.

482. *Opposabilité solo consensu de la vente de fonds de commerce en droit positif.* Si la position jurisprudentielle est conforme aux textes applicables, l’état du droit positif est en réalité surprenant dès lors que l’on considère la nécessité de préserver les droits des tiers en présence de l’aliénation d’un bien aussi important de nos jours que le fonds de commerce. Seuls les créanciers du cédant bénéficient d’une protection efficace à travers la technique de l’opposition au paiement de l’acquéreur du fonds et la possibilité de surenchérir, le cas échéant. Pour bien comprendre cet état des textes, il est nécessaire d’avoir présent à l’esprit « *la formation purement coutumière du fonds de commerce, qui a eu pour conséquence dès le départ l’absence de toute obligation de procéder à une publicité en cas de cession* »¹⁵⁷². Cette situation posa difficulté en particulier lorsque le fonds de commerce faisait l’objet de plusieurs reventes successives alors même que le premier vendeur n’avait pas reçu son prix. Ainsi, devant ces inconvénients relatifs à la clandestinité des transferts de fonds de commerce, la pratique a développé une publicité des ventes reposant sur une publication d’annonces insérées dans des journaux d’annonces légales et permettant aux créanciers du vendeur de faire opposition auprès de l’acquéreur ou de son mandataire dans un délai de dix jours, sous peine de perdre tout droit sur le prix. D’abord parisien et assez ancien, l’usage a été par la suite généralisé dans la seconde moitié du 19^{ème} siècle. Même s’il a été reconnu par la jurisprudence, sa portée fut discutée car certaines juridictions ont vu dans la publicité requise une condition d’opposabilité

¹⁵⁷⁰ Cass. Com. 15 juin 2010, n° 09-67.057, *RJDA* 11/2010, n°1109, p. 1039. La Cour considère « *qu’en statuant ainsi, alors que la publication de la vente du fonds de commerce ne constituait pas une condition d’opposabilité de la cession de la caisse de crédit, la Cour d’appel a violé l’article L.141-17 du Code de commerce* ». L’arrêt de la Cour d’appel de Lyon du 19 mars 2009 avait considéré qu’était valable une sûreté judiciaire prise sur le fonds de commerce après la vente de ce dernier mais avant l’accomplissement des formalités de publicité.

¹⁵⁷¹ M. PEDAMON, *op. cit.*, n° 269, p. 208.

¹⁵⁷² J. HILAIRE, *op. cit.*, n° 85, p. 157.

erga omnes de la vente du fonds de commerce¹⁵⁷³. Cette analyse a été critiquée en doctrine¹⁵⁷⁴ car elle aboutissait à consacrer un système de publicité des ventes mobilières qui ne pouvait se déduire d'un simple usage, à défaut de disposition légale en ce sens. Le législateur de 1909 n'a pas clairement tranché la question de la portée de la publicité légale de la vente du fonds de commerce et s'est contenté de codifier l'usage qui s'était généralisé, lequel ne concernait que l'opposabilité aux tiers du paiement du prix de cession. Ainsi, s'expliquent la rédaction de l'actuel article L. 141-17 du Code de commerce ainsi que les solutions jurisprudentielles dégagées en conséquence dans le cadre de son application. L'état du droit positif reste cependant éminemment critiquable car la situation des autres tiers que les créanciers du vendeur est absente des dispositions du Code de commerce et, à leur égard, la vente du fonds leur est opposable *solo consensu*. Ainsi, en est-il en cas de double cession du fonds de commerce par le même auteur puisque l'acquéreur bénéficiant d'un acte de cession plus ancien primera le second acquéreur¹⁵⁷⁵. Dans ces conditions, il peut être tentant pour le vendeur souhaitant favoriser l'acquéreur de son choix d'antidater l'acte de vente conclu pourtant postérieurement afin qu'il puisse être opposable au premier ayant cause. La solution ne favorise assurément pas la sécurité juridique des transactions dans la mesure où la fraude est alors facilitée entre le vendeur et l'acquéreur¹⁵⁷⁶. Regrettant cette solution, certains éminents auteurs ont cherché à subordonner l'opposabilité aux tiers de la vente du fonds de commerce à la mise en possession de l'acquéreur¹⁵⁷⁷, idée qui s'accorde mal cependant avec la nature

¹⁵⁷³ Pour un exemple, Trib. Civ. de la Seine, 13 mars 1858, *Revue pratique de droit français, jurisprudence, doctrine, législation*, Paris 1858, éd. Marescq et Dujardin, obs. crit. Ch. BALLOT, p. 471 et s. Le jugement du tribunal tendait à soumettre la vente d'un fonds de commerce à la publicité dans un journal d'annonces légales qui conditionnerait l'opposabilité aux tiers de la cession. A défaut, le paiement de l'acquéreur ne serait pas valable de sorte que les créanciers du vendeur pourraient le critiquer et en obtenir la répétition à leur profit.

¹⁵⁷⁴ Ch. BALLOT, obs. sous Trib. Civ. de la Seine, 13 mars 1858, préc., p. 472, pour qui « lorsque la loi a voulu soumettre la transmission de la propriété à des conditions de publicité, elle s'en est expliqué formellement ; elle l'a fait pour la propriété immobilière ; elle a ainsi averti l'acheteur de ne pas payer imprudemment son prix avant d'avoir rempli ces conditions ; elle n'a rien dit au contraire pour la propriété mobilière ».

¹⁵⁷⁵ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n°121, p. 79. ; N. DISSAUX, *Juris Classeur Commercial*, Fascicule 203, « Fonds de commerce, Cession, Effets », éd. 2011, n°7. En jurisprudence, Cass. Civ. 17 juillet 1930, *S.* 1931, 1, 295, obs. HUBERT.

¹⁵⁷⁶ Sur ce point, B. STARCK, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *JCP G* 1954, I, 180, n° 56 ; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, LGDJ 1957, p. 314, note 3.

¹⁵⁷⁷ RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par M. GERMAIN et L. VOGEL, T. 1, 17^{ème} éd., LGDJ, 1998, n° 628, p. 467, à propos d'un conflit entre deux acquéreurs successifs du même fonds : « On peut se demander pourtant s'il n'y aurait pas lieu de tenir compte de la mise en possession. Le fonds de commerce est une propriété incorporelle mais le droit à la clientèle se trouve transféré par la transmission d'éléments dont certains ont le caractère de meubles corporels. La possession du fonds se traduit par des faits matériels qui révèlent aux tiers la transmission de la propriété. Si un acquéreur exploite un fonds depuis un certain temps, lui préférera-t-on un acquéreur antérieur en date mais qui n'aurait jamais été mis en possession ? C'est fort douteux. Il faudrait en tous cas tenir compte de la bonne foi des parties et de la connaissance que le possesseur aurait d'une

incorporelle du fonds de commerce¹⁵⁷⁸ et qui n’a pas trouvé d’écho en jurisprudence¹⁵⁷⁹. Il reste que le système actuel est à cet égard imparfait de sorte qu’il convient de formuler une autre proposition afin de parfaire l’opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété du fonds de commerce.

B) L’opportunité d’une opposabilité du transfert de propriété du fonds de commerce par l’enregistrement de l’acte de vente

483. *Opposabilité de la cession de fonds de commerce par l’enregistrement de l’acte de vente.* Une façon de remédier à l’insécurité juridique issue de l’opposabilité *solo consensu* de la vente du fonds de commerce serait *de lege feranda* de subordonner cette opposabilité à la publicité légale de l’article L. 141-12 du Code de commerce ou encore à une publicité créée *ad hoc* au registre du commerce et des sociétés. Cependant, il ne semble pas nécessaire d’aller jusque-là. En effet, il est concevable de permettre aux formalités de date certaine de jouer un rôle dans l’opposabilité de la vente de fonds de commerce. A cet égard, il a été exposé que le recours à la date certaine de l’acte juridique au titre de l’opposabilité *erga omnes* des droits est techniquement concevable et ne souffre pas d’objections décisives¹⁵⁸⁰. D’autres arguments existent par ailleurs au soutien de cette analyse.

484. Il convient ainsi d’observer que l’acquisition de la date certaine par l’enregistrement de l’acte sous seing privé produit d’ores et déjà en droit positif des effets importants en matière de vente de fonds de commerce. Ainsi, il ressort de l’article 1589-2 du Code civil que les ventes de fonds de commerce ayant préalablement fait l’objet d’une promesse unilatérale non enregistrée doivent être soumises à l’enregistrement dans un délai de 10 jours à compter de sa date, sous peine d’être annulée. Surtout, il ressort de l’article L. 141-13 du Code de commerce que la « *publication de l’extrait ou de l’avis faite en exécution de l’article précédent doit être, à peine de nullité, précédée soit de l’enregistrement de l’acte*

vente antérieure. Il est fâcheux que ce conflit n’ait pas été résolu par la priorité de l’inscription au registre du commerce ».

¹⁵⁷⁸ L’appréhension du fonds en un meuble incorporel, distinct des biens qui le compose, permet le passage au cours du 18^{ème} siècle du « fonds de boutique » au fonds de commerce dans son acception contemporaine, v. J. HILAIRE, *op. cit.*, n°82, p. 153. Retenir l’entrée en possession comme condition de l’opposabilité *erga omnes* de la vente du fonds de commerce paraît antinomique avec l’évolution de ce bien particulier. En ce sens, M. LEVIS, *op. cit.*, n° 259 et s. ; DUCLOS, *op. cit.*, n° 272.

¹⁵⁷⁹ V. TC Marseille 6 décembre 1961, préc. Le jugement écarte la possession comme condition de l’opposabilité de la vente aux tiers de même que la signification de l’article 1690 du Code civil applicable à la cession de créance.

¹⁵⁸⁰ V. *supra* n° 468.

contenant mutation, soit, à défaut d'acte, de la déclaration prescrite par les articles 638 et 653 du Code général des impôts». En application de cette disposition, l'enregistrement de la vente de fonds de commerce auprès des services fiscaux est une formalité indispensable car elle représente une condition sans laquelle les formalités de publication de l'article L. 141-12 du Code de commerce, relatives à la publicité de la cession dans un journal d'annonces légales et au BODACC, sont nulles¹⁵⁸¹. L'enregistrement de l'acte de vente de fonds de commerce affiche d'ores et déjà une certaine vigueur en droit positif.

485. Nécessité d'une intervention jurisprudentielle. Partant de là, il pourrait parfaitement être décidé de conférer à l'enregistrement un effet substantiel sur l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété du fonds de commerce, à l'instar du conflit entre preneurs à bail d'un même local, qui se résoud en faveur de celui dont le titre a acquis le premier date certaine¹⁵⁸². Cependant, en l'état, l'article L. 141-13 du Code de commerce ne peut véritablement empêcher un ayant cause d'opposer un acte antidaté à un autre ayant cause et ce, nonobstant l'accomplissement par ce dernier des formalités d'enregistrement et de publicité. C'est la raison pour laquelle, il apparaît opportun qu'il soit reconnu explicitement par le droit positif que l'enregistrement de l'acte sous seing privé de vente de fonds de commerce assure l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété. Cette perspective, qui ne modifiera pas significativement la pratique actuelle, ne nécessite pas d'intervention législative dans la mesure où aucun texte ne subordonne l'opposabilité aux tiers de la vente de fonds de commerce à une formalité particulière. Afin de remédier à la regrettable carence de la loi en la matière, la jurisprudence paraît ainsi parfaitement fondée à exiger que l'acte de vente ait date certaine sur le fondement de l'article 1328 du Code civil, afin que le transfert de propriété soit opposable *erga omnes*. La formalité de l'enregistrement serait alors, à vrai dire, dotée d'un effet constitutif de droit puisque le transfert de propriété ne peut en substance naître qu'avec l'accomplissement des formalités le rendant opposable à tous.

¹⁵⁸¹ En ce sens, N. DISSAUX, *op. cit.*, fasc. 202, n° 82 : « *Même si elle ne constitue pas à proprement parler une mesure de publicité, la formalité de l'enregistrement est indispensable. À défaut d'enregistrement, aucune publicité ne pourrait en effet être valablement entreprise* ».

¹⁵⁸² V. *supra* n° 273.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2^{ème}

486. L'étude du formalisme de l'opposabilité *erga omnes* du droit réel révèle que le fondement technique de cette dernière ne doit pas être recherché par principe dans l'idée d'une connaissance générale des tiers, qui a été influencée par la construction du régime juridique de la publicité foncière. Tel est pourtant l'enseignement dominant. Plus modestement, l'opposabilité substantielle du droit réel est efficiente moyennant l'accomplissement d'un procédé extériorisant l'opération patrimoniale inhérente à la constitution de ce droit. Destiné à éviter la fraude aux droits des créanciers en « sortant » la convention de l'influence des parties, ce formalisme ne requiert à cette fin qu'une extériorisation suffisante de l'opération translative, sans la porter nécessairement à la connaissance des tiers. Ce mécanisme, c'est la tradition. L'examen des diverses formalités requises en droit positif corrobore cette analyse et permet, qui plus est, de mettre en relief les insuffisances dont certaines font état. L'étude de la constitution du droit réel par la tradition rend plus saillante cette particularité du fondement technique de l'opposabilité du droit réel, qui ne lui est pourtant pas spécifique.

CONCLUSION DU TITRE 1^{er}

487. La règle de la constitution du droit réel par la tradition bouleverse la perception classique de l'opposabilité des droits patrimoniaux dont le fondement est traditionnellement situé dans l'opposabilité du contrat. Constitutive de droit, la tradition devient le véritable fondement technique de l'opposabilité du droit réel au lieu et place de la convention, analyse qui trouve d'ores et déjà un écho en droit positif au vu des manifestations de la règle de la constitution *sola traditione*. Par ailleurs, le rôle ainsi joué par la tradition en matière d'opposabilité du droit réel invite à percevoir la notion d'opposabilité sous un angle bien particulier, à travers le prisme de la transmission. L'opposabilité substantielle d'un droit ne se conçoit ainsi que dans un cadre translatif, c'est-à-dire celui du transfert d'un bien ou d'un avantage économique procuré par celui-ci. Par nature risquée pour les tiers, cette opération patrimoniale nécessite que l'opposabilité *erga omnes* du droit concerné soit subordonnée à l'accomplissement d'un formalisme particulier d'extériorisation, c'est-à-dire à une « tradition » du bien ou de la valeur patrimoniale concernés. C'est à cette condition que le titulaire du droit peut se prévaloir de l'exclusivité de son droit et l'opposer *erga omnes*. Ce cadre translatif est absent lors de la formation du droit personnel et il n'est dès lors guère étonnant que l'opposabilité de celui-ci soit ne dépende pas de l'accomplissement d'un procédé ostensible mais au contraire des règles extérieures de la responsabilité civile. Il est en revanche bien présent lors de la constitution du droit réel, où le formalisme spécifiquement requis conditionne l'opposabilité aux tiers de l'opération translative. Substantielle, l'opposabilité du droit réel est ainsi d'une nature différente de celle du droit personnel.

TITRE 2^{ème} L'OPPOSABILITE ENVISAGEE A TRAVERS LE FONDEMENT TECHNIQUE DE LA TRADITION

488. Le schéma d'une constitution *sola traditione* du droit réel produit des effets sur certaines solutions positives rendues au regard de son opposabilité *erga omnes*. A cet égard, la règle de la constitution du droit réel par la tradition fait œuvre de rationalisation.
489. Le premier apport de la règle se situe au niveau de l'opposabilité du droit réel constitué. Au sein d'un système où le droit réel s'acquiert dès l'échange des consentements, la mise en œuvre de son opposabilité *erga omnes* a nécessité l'intervention d'un formalisme particulier, dont la construction théorique a été influencée par le modèle de la publicité foncière. Un lien entre l'opposabilité *erga omnes* et la connaissance générale des tiers s'est ainsi noué, ayant conduit à admettre corrélativement que le constat de la connaissance effective des tiers pouvait suppléer l'absence d'exécution du formalisme légal. Cette approche subjective de l'opposabilité n'est cependant pas appliquée uniformément par la jurisprudence de sorte que l'on est contraint de relever des solutions disparates en fonction des matières concernées et fluctuantes au fil du temps. Ces hésitations entre la conception objective ou subjective de l'opposabilité ne peuvent plus avoir cours au sein d'un système où le droit réel s'acquiert *sola traditione*, lequel requiert nécessairement une approche objective.
490. Le second apport de cette règle se situe au niveau de l'opposabilité de la propriété réservée. La détermination du fondement technique de l'opposabilité du droit réel, situé dans l'extériorisation de l'opération translatrice afin de l'extraire de l'éventuelle fraude des parties, permet de valider la solution retenue par le droit positif, selon laquelle l'opposabilité de la clause de réserve de propriété résulte de l'établissement d'un simple écrit. En effet, la perspective d'une publicité de la clause de réserve de propriété, débattue en doctrine, doit être rejetée puisque sur un plan technique il ne peut être fait un usage frauduleux de la clause de réserve de propriété. Ne pouvant théoriquement être utilisée à des fins frauduleuses, la clause de réserve de propriété peut jouir d'une opposabilité résultant d'un écrit, sans l'intervention d'une formalité d'extériorisation spécifique.

Par ailleurs, la règle de l'acquisition *sola traditione* du droit réel permet de sécuriser l'opposabilité de la clause de réserve de propriété lors de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'acheteur. La difficulté provient de ce que les textes permettent au vendeur de convenir avec l'acheteur d'une clause de réserve de propriété jusqu'au moment de la livraison du bien. Cette perspective est incompatible avec la règle du transfert de propriété *solo consensu* puisque le vendeur, n'étant plus propriétaire dès l'échange des consentements, ne peut ultérieurement espérer se réserver la propriété d'un bien qu'il n'a plus. Le transfert de propriété par la tradition que constitue la livraison rationalise cette situation dans la mesure où il fait alors correspondre la qualité de propriétaire avec celle de réservataire de propriété.

491. L'effet constitutif de droit de la tradition réalise ainsi un apport significatif au droit positif en matière d'opposabilité du droit réel, qu'il s'agisse de l'opposabilité du droit réel constitué ou bien de l'opposabilité de la propriété réservée. Ainsi s'explique que soient exposés dans un premier temps les effets favorables sur l'opposabilité du droit réel constitué (chapitre 1^{er}) avant d'aborder les effets favorables sur l'opposabilité de la propriété réservée (chapitre 2^{ème}).

CHAPITRE 1^{er} L'OPPOSABILITE DU DROIT REEL **CONSTITUE**

492. Au sein du schéma de la formation consensuelle du droit réel, la validation du fondement de la connaissance générale des tiers, induite par le modèle de la publicité foncière, a été déterminante quant au régime juridique de l'opposabilité *erga omnes*. Ainsi fondée, celle-ci est devenue un véritable « corps gazeux », où sa perfection dépend selon les cas tantôt de l'accomplissement du formalisme d'opposabilité tantôt de la connaissance effective des tiers, à défaut d'exécution des formalités concernées. L'opposabilité du droit réel a ainsi fait l'objet d'une subjectivation erratique. Au contraire, la règle de la constitution *sola traditione* du droit réel produit des effets favorables sur l'opposabilité *erga omnes* de ce dernier, qu'elle objective généralement et opportunément (Section 1). Forte de son objectivité, cette opposabilité a ainsi vocation à revêtir un effet probatoire puisque l'accomplissement des formalités d'opposabilité permettra de rapporter efficacement la preuve du droit de propriété (Section 2).

Section 1^{ère} Le rejet du caractère subjectif de l'opposabilité du droit réel

493. L'opposabilité objective est celle dont l'efficacité dépend exclusivement de l'accomplissement des formalités d'opposabilité. Elle s'oppose à l'opposabilité subjective admettant que l'inaccomplissement des formalités d'opposabilité peut être pallié par la démonstration de la connaissance effective des tiers. Le droit positif hésite entre les conceptions objective et subjective de l'opposabilité (§1). La règle de la constitution du droit réel par la tradition permet de remédier aux vicissitudes du droit positif en objectivant l'opposabilité *erga omnes* (§2).

§1) Les hésitations du droit positif entre opposabilité objective et opposabilité subjective

494. Les hésitations de la jurisprudence ont donné lieu à des solutions fluctuantes en fonction des matières concernées, sans aucune cohérence. Cette situation se vérifie au vu du droit civil (A) ainsi que du droit commercial (B), qui, l'un comme l'autre, comportent des dispositions consacrant ou non la théorie de l'opposabilité subjective du droit réel.

A) En droit civil

495. Parce qu'elle représente initialement l'épicentre de la théorie de l'opposabilité subjective du droit réel, la publicité foncière (1) sera distinguée des autres formalités d'opposabilité (2).

1) Les hésitations relatives à la matière de la publicité foncière

496. *Ventes immobilières.* La matière immobilière a joué un rôle moteur dans l'émergence de l'approche subjective de l'opposabilité du droit réel. Très tôt, en effet, la jurisprudence a admis que l'opposabilité afférente à l'accomplissement des formalités de publicité foncière trouvait exception lorsque le second acquéreur a publié en premier son titre en s'associant frauduleusement au vendeur dans le but de dépouiller de son droit le titulaire d'un droit non publié¹⁵⁸³. Cependant, certaines décisions de la Cour de cassation évoquaient à la fois la fraude et la mauvaise foi du second acquéreur¹⁵⁸⁴ de sorte que cette motivation posait difficulté en ce sens qu'il était permis de s'interroger sur l'incidence du constat de la mauvaise foi en l'absence de tout concert frauduleux. La jurisprudence précisa sa position en n'admettant comme équivalent à la publicité non accomplie que la seule situation où était constatée une fraude caractérisée des tiers. Ainsi, selon l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 7 décembre 1925 « *celui qui achète un immeuble qu'il savait antérieurement vendu à un tiers et qui fait transcrire son titre le premier ne commet aucune fraude en profitant d'un avantage offert par la loi elle-même à l'acquéreur le plus*

¹⁵⁸³ Entre autres : Cass. Req. 27 novembre 1893, S. 1894, 1, p. 385, note LYON-CAEN ; Cass. Req. 15 juin 1922, DP 1922, 1, p. 180. Sur cette jurisprudence, v. les études de J. MAZEAUD, « L'adage *fraus omnia corrumpit* et son application dans le domaine de la publicité foncière », *Deffrénois* 1962, art. 28265 ; E. DU PONTAVICE, « Fraude dans les transferts immobiliers et sécurité des tiers », *RTD Civ.* 1963, 649 et s. Cette position était approuvée par la doctrine : AUBRY et RAU, *op. cit.*, II § 209, p. 277.

¹⁵⁸⁴ Cass. Req. 8 décembre 1858, D. 1859, 1, 184 ; Cass. Req. 6 avril 1925, D. 1926, 1, 185, 1^{ère} espèce. Sur ce point, v. M. LEVIS, *op. cit.*, n° 204, p. 181.

diligent »¹⁵⁸⁵. Seul le constat de la fraude du second acquéreur ayant publié le premier peut ainsi faire obstacle à l'effet de la publicité foncière, position qui se conjugue avec l'ancien article 1071 du Code civil¹⁵⁸⁶ qui refusait en matière de donations que la simple connaissance des tiers puisse couvrir le défaut de publication. Cependant, comme le note Madame Barreau-Saliou, « *l'article 1071 date du Code civil de 1804, où la publicité était embryonnaire ; il est le seul texte qui exclut expressément la simple connaissance du tiers comme substitut de l'accomplissement de la formalité de publicité ; il n'intéresse en outre que le domaine restreint des substitutions fidéicommissaires* »¹⁵⁸⁷. Cette disposition ne faisait pas obstacle à une approche plus subjective de l'opposabilité, justifiée tant par la difficulté pratique à distinguer parfois la fraude de la simple faute que la volonté de protéger la situation du sous-acquéreur de bonne foi en cas de revente du second acquéreur.

497. Un glissement jurisprudentiel vers la notion de faute, caractérisée par la simple démonstration de la connaissance par le second acquéreur ayant publié la précédente vente, s'est alors produit avec l'arrêt Vallet rendu par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation le 22 mars 1968¹⁵⁸⁸. En l'espèce, la Cour approuva les juges du fond qui avaient relevé que le comportement du second acquéreur, qui avait contracté en connaissance d'une vente antérieure et publié son titre le premier, paraissait constituer une faute de nature à engager sa responsabilité. Il est intéressant de relever l'évolution du raisonnement de la Cour de cassation pour laquelle ce qui ne constituait pas une fraude en 1925, c'est-à-dire le fait de profiter d'un avantage offert par la loi, devient une faute délictuelle sanctionnée sur le terrain de l'article 1382 du Code civil¹⁵⁸⁹. Ce raisonnement a été ultérieurement confirmé par l'arrêt Vial du 30 janvier 1974¹⁵⁹⁰ et par celui rendu le 20

¹⁵⁸⁵ Cass. Req. 7 décembre 1925, *S.* 1925, 1, 340, *DP* 1926, 1, 185, note R. SAVATIER, *RTD Civ.* 1926, p. 431, obs. SOLUS. Quelques décisions ultérieures s'en sont écartées quelque peu : Cass. Req. 28 octobre 1952, *RTD Civ.* 1953, p. 129, obs. SOLUS; Cass. Civ. 1^{ère} 7 janvier 1960, *Bull. Civ.* I, p. 13, n° 15. Mais la solution a été globalement reconduite : en ce sens, CA Paris, « *Affaire de l'île Marante* », 11 mai 1945, *D.* 1947, 62, note HAMEL ; Cass. Civ. 10 mai 1949, *D.* 1949, 277, note LENOAN, *JCP* 1949, II, 4972, note BECQUE, *S.* 1949, 1, 189, note BULTE, *RTD Civ.* 1950, p. 76, obs. SOLUS.

¹⁵⁸⁶ « *Le défaut de publication ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celles de la publication* ». Cet article a été abrogé par l'ordonnance n° 2006-728 du 23 juin 2006.

¹⁵⁸⁷ C. Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 214, p. 148.

¹⁵⁸⁸ Cass. Civ. 3^{ème} 22 mars 1968, *D.* 1968, 412, note J. MAZEAUD, qui souligne notamment la difficulté de la distinction entre la fraude et la faute, *JCP G* 1968 II 15587, note A. PLANCQUEEL, *RTD Civ.* 1968, 564, obs. BREDIN.

¹⁵⁸⁹ C.Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n°223, p. 153.

¹⁵⁹⁰ Cass. Civ. 3^{ème} 30 janvier 1974, n° 72-14197, *D.* 1975, 427, note J. PENNEAU, *JCP G* 1975 II, 18001, 1^{ère} espèce, note M. DAGOT, *Defrénois* 1974, art. 30631, p. 637, note G. GOUBEAUX.

mars 1979¹⁵⁹¹, le reprenant sans ambiguïté mot pour mot¹⁵⁹². Il s'est reconduit pendant plusieurs décennies¹⁵⁹³ de sorte que la pénétration du droit de la responsabilité civile au sein des règles régissant la publicité foncière représente un acquis, justifié pour certains auteurs en raison de la protection de l'acquéreur de bonne foi auquel il conduit¹⁵⁹⁴, ayant même influé directement d'autres matières, telles que le droit de la propriété industrielle¹⁵⁹⁵.

498. Cet acquis a été remis en cause¹⁵⁹⁶ par la décision rendue par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation le 10 février 2010¹⁵⁹⁷. Dans cette affaire, il est rappelé que la Cour de cassation a dû se prononcer sur un litige où un bien immobilier avait été cédé à une société à travers un compromis de vente avant que le vendeur ne se désiste et ne finalise l'opération avec le locataire du bien concerné qui avait initialement refusé d'user de son droit de préemption. Seule la vente au profit du locataire a ainsi fait l'objet d'un acte notarié publié au Service de la publicité foncière dont la portée était appréciée par la Haute Cour au regard des droits acquis par la société à travers le compromis de vente du bien qu'elle avait initialement signé. Les juges du fond, bien que seule la seconde vente ait été publiée, ont considéré, sur la base de l'article 1382 du Code civil, que le locataire avait parfaitement connaissance du compromis initial et qu'il ne pouvait donc se prévaloir de l'inopposabilité de celui-ci. La Cour censura la décision d'appel en indiquant que le compromis initial était inopposable aux tiers à défaut de publication. Dans son commentaire de la décision, M. Lamiaux indique que « *la Cour de cassation, en bornant son raisonnement à la seule priorité de la publication, redonne au droit de la publicité foncière sa préséance, et de manière indirecte, mais difficilement contestable, ses lettres*

¹⁵⁹¹ Cass. Civ. 3^{ème} 20 mars 1979, n° 77-14926, *Bull. Civ. III*, n° 71, p. 52 : « *L'acquisition d'un immeuble en connaissance de sa précédente cession à un tiers constitue une faute qui ne permet pas au second acquéreur d'invoquer à son profit les règles de la publicité foncière* ».

¹⁵⁹² Une difficulté était née de l'interprétation de l'arrêt de la 3^{ème} chambre civile du 3 octobre 1974, n° 73-11022, *D.* 1975, 425, note J. PENNEAU, *JCP G* 1975, II, 18001, 2^{ème} espèce, note M. DAGOT. Cette décision, qui affirmait que les juges du fond « *pouvaient* » admettre que la connaissance de la première vente par le second acquéreur « *pouvait* » entraîner l'inopposabilité au premier acquéreur de la seconde vente, avait semblé conférer aux juges du fond un certain pouvoir d'appréciation. V. M. LEVIS, *op. cit.*, n° 207, p. 183-184.

¹⁵⁹³ Cass. Civ. 3^{ème} 28 mai 1979, n° 77-14164, *Bull. Civ. III*, n° 116 ; Cass. Civ. 3^{ème} 22 mai 1990, n° 88-11643, *Bull. Civ. III*, n° 128, *D.* 1991, 326, note FOURNIER, *RTD Civ.* 1990, 530, obs. BANDRAC ; CA Dijon 30 mai 2006, *JCP G* 2006, IV, 2886.

¹⁵⁹⁴ En ce sens, H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, T. III, 1^{er} vol., *Sûretés, publicité foncière*, 7^{ème} éd., par Y. PICOD, Montchrétien, 1999, *Lectures*, p. 616 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 875, p. 778 ; S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 498, p. 314, soulignant que « *la responsabilité civile rend plus fiable la publication* ».

¹⁵⁹⁵ V. *infra* n° 550 et s.

¹⁵⁹⁶ En ce sens, L. AYNES et P. CROCQ, *Droit civil, les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois Lextenso, 3^{ème} éd. 2008, n° 652, p. 287.

¹⁵⁹⁷ Cass. Civ. 3^{ème} 10 février 2010, préc.

de noblesse à l'acte authentique. Cela étant, dans le même temps, elle rompt avec près de quarante années de jurisprudence constante relative à la faute du tiers acquéreur, qui permettait dans cette mesure de pallier l'absence de publication du compromis »¹⁵⁹⁸. Ainsi, au regard du caractère laconique de l'attendu de la décision de la Cour de cassation, il est permis de penser que celle-ci exprime la volonté manifeste de ne plus désormais faire référence à la mauvaise foi du tiers acquéreur comme critère de résolution du conflit opposant deux acquéreurs successifs d'un même bien¹⁵⁹⁹. Cette position a fait l'objet de confirmations ultérieures à travers deux arrêts rendus par la troisième chambre civile de la Cour de cassation les 15 décembre 2010 et 12 janvier 2011¹⁶⁰⁰, ce qui souligne la volonté de la Haute Cour d'abandonner la thèse de l'opposabilité subjective en matière de cession immobilière¹⁶⁰¹.

499. Hypothèques. Alors que la Cour de cassation considérait, à partir de l'arrêt Vallet en 1968, la mauvaise foi du second acquéreur d'un bien immobilier ayant procédé à la publicité de son titre, en connaissance d'une vente antérieure non publiée, une solution différente a été dégagée en matière hypothécaire par un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 17 juillet 1986¹⁶⁰². Dans cette affaire, une banque, dont l'inscription hypothécaire avait été prise sur certains biens de son débiteur, avait laissé périmer sa sûreté en ne renouvelant pas l'inscription dans le délai légal. Ultérieurement, un tiers avait acquis et publié son titre. La banque créancière entendait opposer à ce dernier son droit périmé par la considération qu'il aurait eu connaissance de sa sûreté. La Haute Cour ne fut pas sensible à l'argument et jugea que « *la circonstance, à la supposer établie, que ceux-ci (les tiers acquéreurs) aient eu une connaissance personnelle des prêts*

¹⁵⁹⁸ S. LAMIAUX, note sous Cass. Civ. 3^{ème} 10 février 2010, *JCP N* 2010, 1146, n° 16.

¹⁵⁹⁹ En ce sens, S. LAMIAUX, note préc., n° 13.

¹⁶⁰⁰ Cass. Civ. 3^{ème} 15 décembre 2010, n° 09-15.891; Cass. Civ. 3^{ème} 12 janvier 2011, n° 10-10667, *D.* 2011, 851, note L. AYNES, *RTD Civ.* 2011, 158, obs. P. CROCQ, *RTD Civ.* 2011, p. 369, obs. Th. REVET, lequel regrette l'orientation prise par la Haute Cour. Récemment, Cass. Civ. 3^{ème} 19 juin 2012, n° 11-17105, préc. : « *Mais attendu qu'ayant relevé que la première promesse synallagmatique signée par M. X... n'avait pas été publiée et qu'en dépit de cette promesse, la commune avait vendu l'immeuble à M. Y... et retenu que celui-ci avait fait procéder le 3 mai 2000 à la publication de l'acte authentique de vente, la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, a pu déduire de ces seuls motifs, sans statuer par voie de disposition générale, que la mauvaise foi du second acquéreur était sans influence sur la validité de l'acte publié et que la promesse synallagmatique du 2 septembre 1996 n'était pas opposable à M. Y...* ».

¹⁶⁰¹ En ce sens, S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 499, p. 315, soulignant que « *la solution est désormais certaine* ».

¹⁶⁰² Cass. Civ. 3^{ème} 17 juillet 1986, n° 85-11627, *Bull. Civ.*, III, n°118, *RTD Civ.* 1987, p. 368, obs. C. GIVERDON et P. SALVAGE-GEREST, *Defrénois* 1987, art. 34056, p. 1178, obs. L. AYNES. Dans cette dernière affaire, la Cour de cassation rejeta le pourvoi qui reprochait à l'arrêt d'appel de ne pas avoir recherché si le second acquéreur avait eu ou non connaissance de l'existence de la première vente, en rappelant la sanction de l'inopposabilité attachée au défaut d'accomplissement des formalités de publicité foncière.

consentis par la banque et des sûretés les ayant garantis, ne pouvait suppléer à l'inscription, seul mode légal de publicité », cette solution, en ce qu'elle souligne que seule l'inscription conduit à l'opposabilité de la sûreté réelle, est favorable à une conception objective de l'opposabilité et paraît difficile à concilier avec la jurisprudence Vallet.

500. La doctrine a tenté de lui trouver un fondement¹⁶⁰³. Pour beaucoup, il est délicat de justifier ce qui est difficilement justifiable¹⁶⁰⁴. D'autres ont essayé d'en réduire la portée en estimant que la solution était inéluctable car « *on ne voit pas comment la connaissance alléguée aurait pu valoir renouvellement de l'inscription, justifier un relevé de péremption, prolonger ou ressusciter une prérogative éteinte* »¹⁶⁰⁵. Ainsi, compte tenu de la spécificité des faits de l'espèce, la décision ne condamnerait pas l'extension de la jurisprudence Vallet à la matière hypothécaire¹⁶⁰⁶. L'explication n'est pas pleinement convaincante car l'attendu de la Cour de cassation semble requérir l'inscription comme seul modalité d'opposabilité. Par ailleurs, la solution a été confirmée ultérieurement en jurisprudence¹⁶⁰⁷. D'autres¹⁶⁰⁸, ont proposé une explication s'assimilant à un pis-aller. Selon cette analyse, la solution reposerait sur une différence de degré qui existerait entre l'article 2427 du Code civil¹⁶⁰⁹, sur lequel repose la solution, et l'article 30 du décret du 4 janvier 1955, en matière de publicité foncière¹⁶¹⁰. Alors que l'inopposabilité se dégageant de cette dernière disposition s'inscrirait dans le cadre d'une publicité confortative¹⁶¹¹, dont

¹⁶⁰³ V. sur la question, P.-Y. GAUTIER, « Bien-aimée responsabilité civile : exercice de controverse doctrinale sur le thème de la publicité foncière », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gohbert*, Economica 2004, p. 361.

¹⁶⁰⁴ En ce sens, C. GIVERDON et P. SALVAGE-GEREST, obs. préc., p. 369 : « *Le simple fait de connaître une précédente aliénation non publiée prive un second acquéreur de la faculté de se prévaloir de l'inopposabilité à son égard de cet acte antérieur... Pourquoi, n'en irait-il pas de même lorsqu'un acquéreur connaît une sûreté antérieure non publiée ? ...* » ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 875, p. 759, note 2, selon lesquels la différence de traitement paraissait difficilement justifiable avant le revirement de jurisprudence en matière de vente immobilière avec l'arrêt Cass. Civ. 3^{ème} 10 février 2010, préc.

¹⁶⁰⁵ M. LEVIS, *op. cit.*, n° 289, p. 244.

¹⁶⁰⁶ M. LEVIS, *Ibid.*

¹⁶⁰⁷ Cass. Civ. 2^{ème} 11 juillet 2002, n° 00-20697, *Bull. Civ.*, II, n° 170, *RD banc. et fin.*, déc. 2002, n° 232, obs. D. LEGEAIS, *Deffrénois* 2003, 782, obs. S. PIEDELIEVRE : « *le fait qu'un créancier hypothécaire ait eu connaissance de la cession d'un bail emphytéotique et d'un bail à construction conférant les droits réels sur lesquels portait son hypothèque, ne peut suppléer au seul mode légal de publicité en la matière* ».

¹⁶⁰⁸ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 246 et 247, p. 169 ; L. AYNES, obs. sous Cass. Civ. 3^{ème} 17 juillet 1986, *Deffrénois* 1987, art. 34056, p. 1178.

¹⁶⁰⁹ C. Civ. Art. 2427, alinéa 1^{er} : « *Les créanciers privilégiés ou hypothécaires ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire, à partir de la publication de la mutation opérée au profit d'un tiers* ».

¹⁶¹⁰ D. 4 janvier 1955, art. 30 : « *les actes et décisions soumis à publicité... sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis du même auteur des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés..* ».

¹⁶¹¹ Sur la distinction entre publicité confortative et constitutive de droit, v. *supra* n° 208.

l'inexécution peut être couverte par la démonstration de la mauvaise foi du tiers acquéreur ayant publié son titre, l'article 2427 du Code civil s'inscrirait quant à lui davantage dans le cadre d'une publicité constitutive de droit. Il en résulterait que l'article 2427 serait plus exigeant et « *édicterait une formalité de publicité constitutive dont la sanction serait la caducité du droit non publié, puisque celui-ci ne peut plus être inscrit utilement* »¹⁶¹². Le raisonnement est intéressant car il reconnaît un effet constitutif de droit à l'inscription hypothécaire mais il s'éloigne des solutions du droit positif lesquelles dissocient traditionnellement la constitution de l'hypothèque de son opposabilité par l'inscription hypothécaire¹⁶¹³. Il est, par conséquent, difficile d'avancer que l'article 2427 fait état d'une publicité constitutive de droit afin de concilier les solutions issues du droit positif. En réalité, celles-ci sont inconciliables et naissent avant tout d'un certain « pragmatisme » des juges qui rend difficile l'ordonnancement de la matière juridique et conduit à l'incohérence et l'incertitude du droit de la publicité légale¹⁶¹⁴.

501. Servitudes. Depuis de nombreuses années, la Cour de cassation refuse que l'opposabilité de la constitution de la servitude conventionnelle puisse résulter d'un autre procédé que la publicité foncière ou la mention de l'existence de la servitude dans l'acte de l'acquéreur du fonds grevé. En dehors de ces deux hypothèses, la jurisprudence dominante tend à refuser tout autre mode de preuve, considérant ainsi que les servitudes établies par le fait de l'homme n'étaient opposables à des acquéreurs du fonds que si elles étaient mentionnées dans leur titre de propriété ou si elles faisaient l'objet d'une publicité foncière¹⁶¹⁵.

502. Tandis que cette position amenait la jurisprudence à favoriser une conception objective de l'opposabilité de la servitude conventionnelle, une évolution notable est intervenue par l'arrêt de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation du 16 septembre 2009¹⁶¹⁶ puisque

¹⁶¹² C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 247, p. 169.

¹⁶¹³ V. *supra* n° 314.

¹⁶¹⁴ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 248, p. 170.

¹⁶¹⁵ Cass. Civ. 3^{ème} 2 octobre 1993, *Bull. Civ. III*, n° 132, *D.* 1994, somm. p. 165, obs. J.-L. BERGEL ; Cass. Civ. 3^{ème} 14 décembre 2005, n° 04-14245, *Bull. Civ.*, III, n° 249, *RD Imm.* 2006, p. 128, obs. J.-L. BERGEL.

¹⁶¹⁶ Cass. Civ. 3^{ème} 16 septembre 2009, n° 08-16499, *Construction- urbanisme* 2009, comm. 141, note C. SI-ZAIRE, *JCP N*, 2010, 1207, n° 17, obs. H. PERINET-MARQUET : « « que les termes techniques qu'il utilise dans ses courriers [...] démontrent que ses connaissances professionnelles lui permettent de faire parfaitement la différence entre un branchement individuel et un égout, qu'il ne saurait donc soutenir qu'il croyait que l'égout dont les regards dépourvus de plaque dépassaient le niveau de ses terres et étaient apparents lors de la vente, correspondaient à ceux de son raccordement individuel, qu'il est donc établi que Daniel X est de mauvaise foi et qu'au moment de la vente il connaissait parfaitement l'existence de la servitudes d'égout dont est grevée sa parcelle ».

désormais, de manière expresse, la Cour de cassation admet que l'opposabilité de la servitude peut résulter également de la connaissance de l'acquéreur de l'existence de cette servitude au moment de l'acquisition. Cette évolution est importante puisque l'appréciation de cette connaissance est renvoyée à l'appréciation souveraine des juges du fond qui devront, au vu des circonstances, juger si l'acquéreur connaissait ou non l'existence de cette servitude sans qu'il soit d'ailleurs nécessaire de caractériser sa mauvaise foi pour que la servitude lui soit déclarée opposable¹⁶¹⁷. Cet arrêt ne constitue pas à proprement parler un revirement de jurisprudence mais plutôt une évolution puisque la Cour de cassation ajoute en définitive une troisième condition d'opposabilité de la servitude¹⁶¹⁸. Il n'en demeure pas moins que l'opposabilité de la constitution de la servitude conventionnelle est appréhendée tantôt de façon objective tantôt de façon subjective, selon le cas.

503. L'évolution jurisprudentielle ultérieure a rajouté une part d'incertitude à ce qui, sur le plan des principes n'est déjà guère satisfaisant, puisque par un arrêt du 16 mars 2011, la troisième chambre civile indique « *qu'ayant retenu que la convention du 18 octobre 1993 était annexée à l'acte de vente et faisait l'objet d'une mention particulière dans cet acte aux termes de laquelle le vendeur déclarait qu'il n'avait créé ni laissé acquérir aucune servitude sur le bien en dehors de la servitude constituée au profit des époux Z... et que l'acquéreur déclarait avoir été informé du protocole d'accord annexé à l'acte de vente, établi entre Mme X..., vendeur et M. et Mme Z... concernant la constitution d'une servitude grevant le terrain cédé et d'une lettre de M. A..., avocat, confirmant l'intention des époux Z... de régulariser ladite servitude, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision en retenant que la servitude créée en 1993 était opposable aux acquéreurs, même à défaut de publication* »¹⁶¹⁹. Nulle référence n'est faite, à la différence de l'arrêt du 16 septembre 2009, à la connaissance du tiers acquéreur du fonds, de sorte qu'on ne pouvait exclure que la Cour de cassation ait déjà refermé la porte qu'elle avait ouverte avec la décision du 16 septembre 2009¹⁶²⁰.

504. Cependant, la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation a récemment rendu une décision abondant dans le sens de la solution rendue en 2009. En effet, par un arrêt rendu

¹⁶¹⁷ En ce sens, C. SIZAIRE, note préc. sous Cass. Civ. 3^{ème} 16 septembre 2009.

¹⁶¹⁸ En ce sens, H. PERINET-MARQUET, obs. préc. sous Cass. Civ. 3^{ème} 16 septembre 2009.

¹⁶¹⁹ Cass. Civ. 3^{ème}, 16 mars 2011, n° 10-13.771, *Construction – Urbanisme*, n° 5, Mai 2011, comm. 71, obs. C. SIZAIRE.

¹⁶²⁰ H. PERINET-MARQUET, obs. préc. sous Cass. Civ. 3^{ème} 26 janvier 2011, préc. Dans le même sens, W. DROSS, *op. cit.*, n° 377-2, p. 696, pour qui « *la connaissance par le second acquéreur du droit non publié était indifférente* ».

le 2 juillet 2013, elle reprocha aux juges d'appel, à propos d'une servitude de passage, d'avoir estimé que la servitude était inopposable à défaut d'avoir fait l'objet d'une publicité foncière. L'arrêt d'appel est cassé au motif que les juges du fond n'ont pas recherché si l'acquéreur du fonds connaissait l'existence de la servitude, dont il était fait uniquement mention sur un plan de bornage annexé à l'acte de vente du fonds¹⁶²¹. Il reste qu'il est difficile aujourd'hui d'avoir quelques certitudes sur la position de la jurisprudence, qui paraît hésiter entre une conception subjective et objective de l'opposabilité *erga omnes* de la servitude¹⁶²².

505. Droit du preneur à bail. L'un des nombreux arguments en faveur de la reconnaissance de la nature réelle du droit du preneur à bail est d'évoquer le régime juridique de l'opposabilité de ce dernier, en particulier lorsqu'il est d'une durée supérieure à 12 années. En effet l'article 28 1° b) du décret du 4 janvier 1955 énonce qu'en pareil cas le bail doit être publié au Service de la publicité foncière. La question s'est ainsi posée de savoir si l'ayant cause n'ayant pas accompli les formalités foncières pouvait opposer son droit à celui, postérieur en titre, l'ayant publié. Dans un arrêt rendu le 19 juillet 1995, la Cour de cassation a clairement rejeté la théorie de l'opposabilité subjective en considérant que le droit au bail non publié du premier preneur est inopposable au second pour la période excédant douze ans, alors même que celui-ci connaissait son existence¹⁶²³. Cette position est constante, la Cour de cassation ayant récemment jugé encore que le bail de plus de 12 ans non publié mais connu de l'acquéreur avant l'adjudication ne lui est opposable que les douze premières années¹⁶²⁴. Prenant ses distances vis-à-vis de la jurisprudence Vallet, la Cour de cassation valide en matière de droit au bail la théorie de l'opposabilité objective.

¹⁶²¹ Cass. Civ. 3^{ème} 2 juillet 2013, n° 12-20681, préc. : « En statuant ainsi, alors qu'une servitude est opposable à l'acquéreur si elle a été publiée, ou si son acte d'acquisition en fait mention, ou encore s'il en connaissait l'existence au moment de l'acquisition, et sans rechercher si la connaissance par les consorts Z(...)- A(...) de la servitude litigieuse ne résultait pas des mentions de l'acte du 24 décembre 2002, lequel annexait explicitement le plan de bornage du 21 mai 2002 la mentionnant, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹⁶²² En ce sens, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 875, p. 778, note 3, qui précisent que l'on a du mal à comprendre la différence de traitement avec la matière des ventes immobilières.

¹⁶²³ Cass. Civ. 3^{ème}, 19 juillet 1995, n° 93-17316, *JurisData* n° 1995-002098, *Loyers et copr.* 1995, comm. 501.

¹⁶²⁴ Cass. Civ. 3^{ème} 7 mars 2007, *JurisData* n° 2007-037926, *Bull. Civ.* III, n° 33, *Loyers et copr.* 2007, comm. 89 : « Un bail de plus de douze ans qui n'a pas été publié et grève un immeuble objet d'une vente, n'est inopposable à l'acquéreur de cet immeuble, lorsque celui-ci en a eu connaissance avant la vente, que pour la période excédant douze ans ».

2) La position du droit positif dans les autres matières du droit civil

506. Cession de créances. La matière de l'opposabilité de la cession de créances de droit commun connaît également les vicissitudes du droit positif. Si la pierre angulaire de l'opposabilité *erga omnes* de l'opération translatrice repose sur la signification de la cession au débiteur de la créance cédée ou l'acceptation de ce dernier dans l'acte de cession conclu sous la forme authentique¹⁶²⁵, la jurisprudence hésite, selon le cas, entre conception objective et subjective.

507. L'approche objective prévaut en présence d'un conflit entre deux acquéreurs successifs de la même créance, la Cour de cassation indiquant depuis un certain temps déjà que « *le cessionnaire qui, hors de toute collusion avec le cédant, a le premier signifié dans les termes de l'article 1690, est préférable au cessionnaire antérieur, même s'il a connu son existence avant l'exécution de cette formalité, cette circonstance étant sans influence sur la validité de la cession* »¹⁶²⁶. Ainsi, sous réserve de l'exception de la fraude, seule la signification de la cession permet de résoudre le conflit entre ayants cause.

508. Lorsqu'il s'agit de l'opposabilité de la cession au débiteur de la créance cédée, le principe est, à ce jour, ancré autour de l'idée selon laquelle la signification de l'article 1690 n'a pas d'équivalent : le seul fait pour le débiteur cédé de connaître la cession, par une lettre ou une information verbale, n'a pas d'effet à défaut de signification¹⁶²⁷. Ce principe connaît une exception en présence d'une fraude entre le cédant et le débiteur cédé, par application de l'adage *fraus omnia corrumpit*. Par ailleurs, la jurisprudence a déjà admis qu'une cession de créance puisse être régulièrement opposable au débiteur cédé lorsque celui-ci l'accepte expressément par acte sous seing privé, sans respecter les formalités de l'article 1690 du Code civil¹⁶²⁸. Mais, au-delà, on pourrait imaginer que la

¹⁶²⁵ C. Civ. art. 1690.

¹⁶²⁶ Cass. Com. 19 mars 1980, n° 78-11672, *Bull. Civ. IV*, n°137. Auparavant, Cass. Civ. 7 juillet 1897, *DP* 1898, 1, p. 183, *S.* 1898, 1, p. 113, note WAHL, où la Cour s'est cependant contentée de la « *connaissance spéciale et personnelle* » de la cession de créance pour justifier la responsabilité du tiers qui avait prétendu tirer parti de l'inaccomplissement des formalités de l'article 1690 ; Cass. Civ. 10 janvier 1905, *DP* 1906, 1, p. 345, *S.* 1905, 1, p. 328, *RTD Civ.* 1905, p. 895, obs. DEMOGUE.

¹⁶²⁷ La solution est acquise de longue date en jurisprudence, Cass. Req. 3 juin 1893, *DP* 1894, 1, p. 118 ; Cass. Civ. 20 juin 1938, *DP* 1939, 1, p. 26, note WEILL, *GP* 1938, 2, p. 435 ; Cass. Com. 11 décembre 1961, *Bull. Civ. III*, n° 467 ; Cass. Civ. 3^{ème} 22 avril 1971, n° 69-14206, *Bull. Civ. III*, n° 247. Récemment, Cass. Civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, n° 11-15.151, *JurisData* n° 2012-005074, *Contrats, conc. cons.* 2012, comm. 144, note L. LE- VENEUR. Il en va de même en doctrine, AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. III, § 359 *bis*, p. 307.

¹⁶²⁸ Cass. Com. 15 juillet 1986, n° 85-11941, *Bull. Civ. IV*, n° 157. Récemment, Cass. Civ. 1^{ère} 19 septembre 2007, n° 06-11.814, *Dr. Sociétés* 2007, comm. 214, note R. MORTIER, qui énonce que « *le débiteur cédé qui a*

jurisprudence, comme en matière de publicité foncière avec l'arrêt Vallet, élargisse la notion de fraude en la réduisant à la simple connaissance, sans aller jusqu'à l'acceptation. Dans l'ensemble, elle s'y refuse¹⁶²⁹.

509. Cependant, il a déjà été jugé par la Cour de cassation que la connaissance par le débiteur cédé de l'opération conclue entre le cédant et le cessionnaire ne le libérait pas envers ce dernier, s'il paie le cédant¹⁶³⁰, signe d'une opposabilité de la cession à son égard indépendamment de toute signification ou acceptation. Afin d'expliquer la dualité de solutions applicables selon qu'il s'agit de l'opposabilité de la cession au débiteur cédé ou aux autres tiers, une analyse convaincante est proposée en doctrine qui considère la double qualité du débiteur cédé, tantôt tiers par rapport à la cession, tantôt simple débiteur exécutant le paiement de son obligation. Lorsqu'il s'agit de savoir si le débiteur cédé est libéré de son obligation, seule compte sa bonne foi, indépendamment de sa qualité de tiers à l'opération translatrice et ce en application de l'article 1240 du Code civil et la règle de l'effet libératoire du paiement de bonne foi¹⁶³¹. Ainsi, s'expliqueraient les décisions prenant en compte la bonne foi du débiteur cédé au titre du paiement de son obligation. En revanche, lorsque celui-ci a intérêt à ce que le cédant soit demeuré son créancier, parce qu'entre temps il est lui-même devenu créancier du cédant et espère bénéficier d'une compensation ou a traité avec le cédant afin d'obtenir une remise de dette, il doit être traité comme un véritable tiers auquel la cession est inopposable à défaut de signification¹⁶³².

510. En conséquence, même si les formalités d'opposabilité de la cession de créance au débiteur et aux tiers doivent en principe être identiques, une dualité existe car la jurisprudence admet des assouplissements à la signification lorsqu'il s'agit de l'opposabilité au débiteur cédé, ayant fait constater en doctrine un « *mouvement général*

su et accepté la cession de créance de façon certaine et non équivoque » ne peut se prévaloir du défaut des formalités prévues par l'article 1690 du Code civil.

¹⁶²⁹ Cass. Com., 11 décembre 1961, préc. ; Cass. Civ. 3^{ème}, 22 avril 1971, préc. ; Cass. Ass. Plén., 14 février 1975, *Bull. Ass. Plén.*, n° 1, *D.* 1975, p. 349, *GP* 1975, 1, p. 342, note BRAULT, *RTD Com.* 1975, p. 742, obs. PEDASSON ; Cass. Civ., 3^{ème} 5 mai 1975, n° 73-14130, *Bull. Civ. III*, n° 150 ; Cass. Civ 3^{ème}, 16 juillet 1975, n° 74-11449, *Bull. Civ. III*, n° 252. Récemment, Cass. Civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, préc. : « *La simple connaissance de la cession de créance par le débiteur cédé ne suffit pas à la lui rendre opposable* ».

¹⁶³⁰ Cass. Com. 26 novembre 2003, n° 01-03685, *Bull. Civ. IV*, n° 176 : « *ce paiement, intervenu...alors que la société Sainte-Lucie (débiteur cédé) était informée de la cession, n'était pas libératoire* », à propos d'une cession de créance professionnelle pour laquelle le débiteur cédé n'avait pas reçu de notification.

¹⁶³¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1414, p. 765. L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 26 novembre 2003, préc., est d'ailleurs rendu, à cet égard, sous le visa de l'article 1240 du Code civil.

¹⁶³² Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Ibid.*

de recul des formalités de l'article 1690 du Code civil »¹⁶³³. Dans les rapports avec les autres tiers, l'opposabilité par la signification ou l'acceptation authentique du débiteur cédé, sauf hypothèse de fraude, est fermement maintenue et est destinée à conférer une date certaine à la cession. Cette dichotomie est insatisfaisante¹⁶³⁴ car le cédant qui ne respecte pas les formes de l'article 1690 risque de se retrouver avec une cession qui, bien qu'opposable au débiteur cédé, est inopposable aux autres tiers. Par ailleurs, il convient de relever que les assouplissements de la jurisprudence en matière d'opposabilité de la cession au débiteur cédé ne paraissent pas aller jusqu'à consacrer la thèse subjective de l'opposabilité. Ainsi, la matière de la cession de créance a résisté à l'onde de choc de la jurisprudence Vallet, qui a davantage concerné la matière immobilière. L'étude des décisions rendues en matière de gage automobile permet de vérifier ce constat.

511. Gage automobile. La jurisprudence a également eu l'occasion de prendre position au sujet de l'opposabilité du gage automobile. En effet, institué par la loi Malingre du 29 décembre 1934 dans le souci de protéger les fabricants automobiles et leurs filiales, le gage automobile n'a cessé d'être amélioré par les textes ultérieurs, plus précisément par le décret du 20 mai 1955, la loi du 2 août 1957 et l'ordonnance du 23 mars 2006, qui l'ont intégré parmi les dispositions du Code civil relatives au gage sur meubles incorporels¹⁶³⁵. Dès son origine le gage automobile s'est démarqué du gage de droit commun, qui était alors un contrat réel, en ce sens qu'il est une sûreté avec dépossession et droit de rétention fictifs, dès l'instant de sa déclaration auprès de l'autorité administrative¹⁶³⁶. Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, le régime juridique du gage automobile et du gage de droit commun se sont rapprochés car ce dernier est devenu une sûreté sans dépossession jouissant d'un droit de rétention fictif¹⁶³⁷. La déclaration du gage automobile auprès de l'administration est essentielle car c'est elle qui conditionne l'opposabilité aux tiers du gage automobile, en application de l'article 2351 du Code civil qui énonce que « *lorsqu'il porte sur un véhicule terrestre à moteur ou une remorque immatriculés, le gage est opposable aux tiers par la déclaration qui en est faite à l'autorité administrative...* ».

¹⁶³³ L. AYNES, note sous Cass. Civ. 3^{ème}, 1er avril 1987, D. 1987, p. 455.

¹⁶³⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 1415, p. 766, qui relèvent une « *subtilité excessive* ».

¹⁶³⁵ D. LEGEAIS, « Le nouveau droit du gage automobile », *JCP E* 2007, 1482.

¹⁶³⁶ C. Civ. art. 2342 : « *Par la délivrance du reçu de la déclaration, le créancier gagiste sera réputé avoir conservé le bien remis en gage en sa possession* ».

¹⁶³⁷ C. Civ. art. 2337 et art. 2286.

Jusqu'à-là, l'efficacité du gage est limitée aux parties¹⁶³⁸. Si la déclaration du gage en conditionne l'opposabilité aux tiers, la jurisprudence en a déduit que le gage non publié leur est inopposable¹⁶³⁹.

512. La jurisprudence a eu à trancher la question de l'influence de la connaissance par le tiers acquéreur du véhicule sur l'opposabilité du gage non publié. A plusieurs reprises, la Cour de cassation a affirmé sa préférence pour la thèse objective de l'opposabilité en décidant que lorsqu'il n'a pas été publié, le gage est inopposable au tiers acquéreur, même s'il est établi que ce dernier avait connaissance de l'existence du gage. Un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 12 décembre 1995 a tout d'abord retenu l'attention¹⁶⁴⁰. La Haute Cour a cassé un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon qui avait condamné sur le fondement de la responsabilité délictuelle un garagiste qui avait revendu un véhicule gagé à un tiers de bonne foi, alors que l'inscription du gage n'avait pas entre-temps été renouvelée. Selon la Cour d'appel le garagiste avait agi en connaissance du gage non renouvelé et avait donc commis une faute engageant sa responsabilité délictuelle. Le raisonnement des juges du fond n'a pas été suivi par la Cour de cassation, qui a considéré que la décision d'appel était dénuée de base légale en ces termes : « *ne constitue pas une faute susceptible d'engager sa responsabilité délictuelle à l'égard d'un créancier gagiste, le fait pour un garagiste de vendre un véhicule donné en gage par le précédent propriétaire, dès lors qu'à la date de cette vente, l'inscription de gage n'avait fait l'objet d'aucun renouvellement dans le délai de 5 ans prévu par l'article 2 du décret du 30 septembre 1953, peu important à cet égard que le garagiste ait connu l'existence du gage et ait revendu le véhicule en connaissance de cause* ». Ainsi, dans le cadre de l'action en responsabilité délictuelle exercée par le créancier gagiste à l'encontre du garagiste, la Cour de cassation n'admet pas que la connaissance effective du gage par ce dernier puisse suppléer le défaut d'accomplissement du formalisme d'opposabilité¹⁶⁴¹. Cette position a été confirmée par un arrêt rendu par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation rendu le 3 juillet 1996 dans un litige opposant un créancier gagiste à un acquéreur. Rejetant l'argument tiré de la connaissance par l'acquéreur de l'existence du

¹⁶³⁸ G. WICKER et P. GAUBIL, « L'efficacité du gage automobile non inscrit », *D.* 1997, Chron. p. 1 et s., à propos de l'efficacité du gage entre les parties.

¹⁶³⁹ Cass. Civ. 1^{ère} 3 juillet 1996, n° 94-12557, *Bull. Civ. I*, n° 298, *Defrénois* 1997, art. 36526, p. 398, obs. L. AYNES, *JCP G* 1997, I, 3991, n° 22, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE.

¹⁶⁴⁰ Cass. Com. 12 décembre 1995, n° 93-11734, *Bull. Civ. IV*, n° 295, *JCP G* 1996, I, 3942, n° 12, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE. V. déjà en ce sens, CA Versailles 5 mai 1988, *D.* 1988, IR, 173.

¹⁶⁴¹ En ce sens, P. CROCQ, obs. *RTD Civ.* 1997, p. 470.

gage, la Haute Cour indiqua que « *le droit du créancier gagiste n'est opposable aux tiers qu'à dater de l'inscription de gage. Justifie légalement sa décision une Cour d'appel qui, pour ordonner à un banquier de restituer à un garage un véhicule qu'elle avait saisi en se prétendant créancier gagiste, relève que l'inscription de gage n'a pas été régularisée par la banque* »¹⁶⁴². Dans son commentaire de l'arrêt, M. Crocq indique que « *le défaut d'inscription du gage suffit à lui seul à en justifier l'inopposabilité ce qui revient, là encore, à dénier toute influence à la connaissance effective de l'existence du gage par le tiers* »¹⁶⁴³. La position de la Cour de cassation ne fait en la matière plus aucun doute puisque elle a été récemment confirmée à travers l'arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile le 16 janvier 2013, il fut affirmé que la bonne foi de tiers acquéreurs étant sans incidence sur la question de l'existence ou de l'opposabilité du gage à leur égard¹⁶⁴⁴. La théorie de l'opposabilité subjective est clairement écartée en jurisprudence en matière de gage automobile.

513. Afin d'expliquer les vicissitudes jurisprudentielles en droit civil, une justification pourrait être recherchée, à l'instar de la position de certains auteurs afin de justifier la solution applicable en matière hypothécaire¹⁶⁴⁵, dans l'idée d'une différence de nature de la publicité, le défaut d'accomplissement des formalités constitutives de droit ne pouvant être suppléées par la connaissance effective des tiers à la différence des formalités simplement confortative. Cependant cette analyse est inapplicable au gage automobile car il est admis que la publicité n'assure que l'opposabilité du droit indépendamment de sa constitution¹⁶⁴⁶. Ainsi, comme l'affirme M. Crocq, « *il semble dès lors bien difficile de trouver un critère qui permette aujourd'hui d'expliquer l'ensemble des solutions jurisprudentielles relatives au rôle de la connaissance effective d'un droit soumis à publicité mais non publié et l'on peut se demander si les arrêts rendus en matière de gage*

¹⁶⁴² Cass. Civ. 1^{ère} 3 juillet 1996, préc. V. H. MATSOPOULOU, « Les aspects actuels du gage automobile », *RTD Com.* 1998, p. 795 et s., spéc. n° 17.

¹⁶⁴³ P. CROCQ, obs. *RTD Civ.* 1997, p. 471.

¹⁶⁴⁴ Cass. Civ. 1^{ère} 16 janvier 2013, n° 12-12226 : « *Mais attendu qu'après avoir justement rappelé qu'il résulte des articles 2 et 5 du décret n° 53-968 du 30 septembre 1953, applicables en l'espèce, que le droit du créancier gagiste, qui est réputé avoir conservé le véhicule en sa possession, est opposable aux tiers à dater de l'inscription du gage qu'il en aura faite à la préfecture dans les trois mois de la mise en circulation dudit véhicule, la Cour d'appel, qui constatait que la société Crédipar avait, conformément aux articles 1er et 2 du décret susvisé, fait inscrire en préfecture les gages litigieux dans les délais requis, a jugé à bon droit que ces gages étaient opposables aux sous-acquéreurs, leur bonne foi étant sans incidence sur la question de l'existence ou de l'opposabilité du gage à leur égard.*

¹⁶⁴⁵ V. *supra* n° 499 et s.

¹⁶⁴⁶ Cass. Civ. 1^{ère} 3 juillet 1996, préc.

de véhicule automobile ne constituent pas des indices d'une remise en cause générale du choix de la conception subjective de la publicité »¹⁶⁴⁷.

B) En droit commercial

514. Cession de droits sociaux. L'opposabilité de la cession des droits sociaux est une matière qui n'a pas été pénétrée par les règles du droit de la responsabilité civile. A cet égard, à l'instar de la cession de créance, il convient de distinguer l'opposabilité de la cession par rapport à la société et par rapport aux autres tiers.

515. S'agissant de l'opposabilité à la personne morale émettrice des parts, la question est de déterminer s'il est possible de suppléer l'absence de signification de la cession à la société par la démonstration de sa connaissance de l'opération translatrice. La Cour de cassation a ainsi déjà jugé, à propos d'une société à responsabilité limitée, que la connaissance personnelle que les autres associés ont eue de la cession de parts consentie par leur associé ne dispense pas l'acquéreur d'une signification régulière à la société (où d'un dépôt de l'acte au siège social), celle-ci étant une personne morale juridiquement distincte de la personne des autres associés¹⁶⁴⁸. Par cette affirmation, la Haute Cour refuse que la connaissance de la personne morale, à travers les personnes la composant, puisse pallier le défaut de signification de la cession. Ainsi, en dehors de toute acceptation expresse de la société¹⁶⁴⁹, il semble que la démonstration de la simple connaissance de cette dernière de l'opération de cession de parts sociales ne puisse être considérée comme suffisante afin de la lui opposer.

516. S'agissant, de l'opposabilité de cette dernière aux autres tiers, le même principe est de mise puisque la jurisprudence indique qu'à défaut d'accomplissement des formalités de publicité auprès du registre du commerce et des sociétés, l'inopposabilité consécutive à cette lacune est absolue de sorte qu'il importe peu qu'un créancier ait eu connaissance de la cession¹⁶⁵⁰. La seule exception à cette règle concerne l'hypothèse d'une collusion

¹⁶⁴⁷ P. CROCQ, obs. *RTD Civ.* 1997, p. 471.

¹⁶⁴⁸ Cass. Ass. Plén. 1er mars 1950, *GP* 1950, 1, p. 293.

¹⁶⁴⁹ Cass. Com. 3 mai 2000, n° 97-19182, *RJDA* 11/00, n° 991, *Bull. Joly* 2000, p. 811, §195, note P. LE CANNU, *D.* 2000, p. 282, note A. LIENHARD, où la Cour de cassation a admis que la cession de parts peut être opposée à la société à la suite d'une acceptation de sa part, se constatant par une Assemblée générale à laquelle participe le cessionnaire et la modification, par cette assemblée, des statuts pour tenir compte de la cession. Dans le même sens, Cass. Civ. 1^{ère} 19 septembre 2007, préc., à propos de la cession des parts d'une société civile professionnelle.

¹⁶⁵⁰ Cass. Com. 27 janvier 1998, n° 95-18751, préc.

frauduleuse¹⁶⁵¹. Il ressort ainsi de ce qui précède que le droit positif demeure actuellement, sous réserve du constat d'une fraude, hermétique à une pénétration du droit de la responsabilité civile au sein du régime juridique des cessions de droits sociaux.

517. Cependant, un brèche a été ouverte par un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux qui a été rendu le 17 juin 2004 en matière de cession de parts de sociétés civiles¹⁶⁵². La Cour décida que le tiers qui a une connaissance personnelle d'une telle cession ne peut prétendre qu'elle ne lui est pas opposable faute d'avoir été régulièrement publiée au registre du commerce et des sociétés. Dans cette affaire, en dépit des termes clairs de l'article 1865 du Code civil subordonnant l'opposabilité aux tiers de la cession de parts à l'accomplissement des formalités de signification et de publicité au registre du commerce et des sociétés, un associé, qui n'avait pas fait publier la cession de ses parts, excipait de l'article L. 123-9 du Code de commerce¹⁶⁵³. Selon cette disposition, la règle de l'inopposabilité aux tiers des actes sujets à mention n'ayant pas été publiés au registre, ne peut être invoquée par un tiers qui avait personnellement connaissance de ces actes. Le cédant entendait ainsi se prévaloir du bénéfice de cette disposition afin de résister aux poursuites d'un créancier, crédit bailleur de la société, dont le contrat de crédit-bail avait été conclu postérieurement à l'acte de cession de parts non publié. En appliquant l'article L. 123-9 du Code de commerce à la situation du cédant, la solution de la Cour d'appel de Bordeaux comporte une double signification. D'une part, elle admet, ce qui n'allait pas de soi, que l'article L. 123-9 qui figure dans le chapitre intitulé « *Des obligations générales des commerçants* », puisse être applicable à une cession de parts de société civile, solution qui a été approuvée en doctrine¹⁶⁵⁴. Mais, ce faisant, elle autorise que cette disposition puisse venir corriger l'inopposabilité d'une cession de parts sociales sur la base de la

¹⁶⁵¹ Cass. Com. 19 mars 1980, n° 78-11672, *Bull. Civ. IV*, n° 137; *Bull. Joly* 1981, p. 215, *JCP N* 1981, prat. 160, *GP* 1980, 2, p. 369 où il fut constaté que même si le second cessionnaire avait eu connaissance avant la signification de la cession, de la promesse de cession antérieure, il n'avait existé aucune collusion frauduleuse entre le second acquéreur et le cédant et si celui-ci a commis une imprudence en régularisant la cession en sachant qu'il se trouvait dans une situation donnant lieu à un litige, cette imprudence était sans incidence sur la validité de la cession.

¹⁶⁵² CA Bordeaux, 17 juin 2004, *Juris-Data* n° 2004-253207, *Dr. sociétés* 2005, comm. 6 obs. F.-X. LUCAS.

¹⁶⁵³ Cette disposition, dans son alinéa 1^{er}, prévoit que « *la personne morale assujettie à immatriculation ne peut, dans l'exercice de son activité, opposer ni aux tiers ni aux administrations publiques, qui peuvent s'en prévaloir, les faits et actes sujets à mention que si ces derniers ont été publiés au registre* » tandis que son alinéa 3^{ème} précise que « *les dispositions des alinéas précédents sont applicables aux faits ou actes sujets à mention ou dépôt même s'ils ont fait l'objet d'une autre publicité légale. Ne peuvent toutefois s'en prévaloir les tiers et administrations qui avaient personnellement connaissance de ces faits et actes* ».

¹⁶⁵⁴ F.-X. LUCAS, obs. préc. selon lequel « *il aurait été dommage que la Cour ne s'arrête à la qualification de commerçant ou de non commerçant pour appliquer ou non les dispositions du Code de commerce relatives au registre du commerce et des sociétés* ».

considération de la connaissance de l'opération translatrice par le tiers à qui les parties cherchent à l'opposer. Cette position a été récemment confirmée par la Cour de cassation à travers une décision rendue le 24 septembre 2013, où la Haute Cour, sur le fondement de l'article L. 123-9 du Code de commerce a décidé que la cession de parts sociales d'une SCI, qui n'a pas fait l'objet d'un dépôt d'actes en annexe du registre du commerce et des sociétés, est opposable à un tiers qui en avait personnellement connaissance¹⁶⁵⁵. Force est de constater que la Cour de cassation opère par cette décision un revirement de jurisprudence et consacre la thèse de l'opposabilité subjective en matière de cession de parts de sociétés civiles.

518. Cependant, l'analyse ainsi consacrée par la Haute Cour est erronée car la cession de parts sociales ne peut intégrer le domaine de l'article L. 123-9, qui ne concerne que les faits et actes opposés par la personne assujettie à immatriculation dans l'exercice de son activité. Ainsi, si l'exception de connaissance des tiers prévue par cette disposition peut assurément concerner la démission d'un gérant¹⁶⁵⁶, d'un associé¹⁶⁵⁷ ou la nomination d'un président de Conseil d'administration¹⁶⁵⁸ non publiées, elle ne peut être applicable à une cession de parts sociales qui ne représente pas un acte opposable par la personne assujettie dans le cadre de son activité mais au contraire par le cédant. Il est à cet égard regrettable que la Cour de cassation ait consacré ce raisonnement de sorte qu'un retour à sa position antérieure est éminemment souhaitable.

519. Cession de droits de propriété industrielle. La cession des droits de propriété industrielle, en particulier des marques et des brevets, consacre la thèse de l'opposabilité subjective. En cas de cessions successives d'un brevet consenties par le même auteur, le conflit entre les acquéreurs sera réglé au profit de celui qui, le premier, aura publié son

¹⁶⁵⁵ Cass. Com. 24 septembre 2013, n° 12-24083 : « Mais attendu qu'ayant constaté que la cession de parts avait été portée à la connaissance personnelle de la banque par la mention expresse figurant à l'acte de vente du 28 avril 1993 et par son annexion audit acte auquel la banque était partie et ayant retenu que le défaut de publication au registre du commerce et des sociétés de la cessation des fonctions de gérant de M. Z(...) et la circonstance que celui-ci les exercerait toujours ne sont pas de nature à permettre à la banque de revenir sur l'opposabilité de l'acte de cession litigieux à son égard, la Cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche alléguée, inopérante dès lors que la qualité de gérant d'une société civile n'implique pas nécessairement celle d'associé de celle-ci, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ».

¹⁶⁵⁶ CA Bordeaux 24 mars 1993, *JCP* 1993, IV, 1771 ; Cass. Com. 23 mai 1995, n° 93-12910, *Bull. Civ. IV*, n° 156, *D.* 1995, IR, 195, *Bull. Joly Sociétés* 1995, 879, obs. LE CANNU, refusant l'opposabilité de la démission non publiée du gérant au Tribunal de commerce statuant sur l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la personne morale, au motif que la juridiction a eu connaissance de la démission au cours de l'audience.

¹⁶⁵⁷ *Contra.* de façon difficilement compréhensible, CA Paris 8 mars 2005, *RTD Com.* 2005, p. 760, obs. CHAMPAUD et DANET, *Rev. Sociétés* 2005, 469, obs. URBAIN-PARLEANI, *RJDA* 2005, n° 1231, où l'article L. 123-9 ne fut pas appliqué à propos de la démission d'un associé non régularisée au RCS.

¹⁶⁵⁸ CA Paris 15 septembre 1995, *Bull. Joly* 1996, 50, note LE CANNU.

contrat. La règle préférant la priorité des publications à la priorité des conventions est directement inspirée des solutions admises en matière de publicité foncière, ce que ne manque pas de souligner la jurisprudence¹⁶⁵⁹. En outre, le système de publicité des cessions ne se limite pas à résoudre le conflit entre cessionnaires successifs qui tiennent leurs droits du même auteur ; la publicité est destinée à mettre le cessionnaire en situation de se prévaloir, vis-à-vis des tiers, de sa qualité de titulaire du brevet, en exerçant les droits qui y sont attachés, notamment dans le cadre d'une action en contrefaçon¹⁶⁶⁰. Cependant, l'article L. 613-9 du Code de la propriété intellectuelle apporte une exception à la règle selon laquelle l'opposabilité de la cession est subordonnée à sa publication : « Toutefois, avant son inscription, un acte est opposable aux tiers qui ont acquis des droits après la date de cet acte mais qui avaient connaissance de celui-ci lors de l'acquisition de ces droits ». Ce second alinéa de l'article L. 613-9 a été introduit par la réforme de 1978 et reprend une règle dégagée antérieurement par la jurisprudence¹⁶⁶¹. Quand un même brevet est vendu successivement à deux personnes différentes, il ne faut pas qu'un premier cessionnaire qui tarde à faire son inscription puisse être évincé par un second cessionnaire ayant contracté en connaissance de la première vente. L'application de cette disposition nécessite de prouver un fait c'est à dire la connaissance du contrat non publié par le cessionnaire auquel il est opposé. Cette connaissance peut résulter d'un courrier que le licencié a adressé au cessionnaire avant la conclusion du contrat, pour l'informer de l'existence du contrat de licence¹⁶⁶² ou d'autres indices¹⁶⁶³. Il convient, en outre, de souligner que si les articles L. 614-11 et L. 614-14, alinéa 2, qui ont pour objet d'étendre la règle d'inopposabilité à défaut de publicité aux titres européens, ne

¹⁶⁵⁹ Tribunal civil de Lyon du 25 mars 1954, *D.* 1954, p. 393 : « Par analogie avec la situation résultant de la transcription des ventes d'immeubles, il convient de décider, en effet, qu'en droit, la vente d'un brevet à titre onéreux n'est réalisée, au regard des tiers, que par l'accomplissement des inscriptions légales ci-dessus rappelées ; que dès lors, en cas de ventes successives d'un même brevet par le même vendeur à deux acquéreurs différents, le conflit entre ces derniers doit se régler non point d'après les dates successives de leur acquisition, mais d'après celles des inscriptions au Registre de l'Office National ».

¹⁶⁶⁰ Cass. Com., 27 octobre 1980, n° 79-10844, *Bull. Civ. IV*, n° 351.

¹⁶⁶¹ CA Paris, 28 février 1974, *Ann. propr. ind.* 1976, p. 136 ; Cass. Com., 25 mai 1976, n° 74-11865, *Ann. propr. ind.* 1978, p. 170, *Bull. Civ. IV*, n° 179, *PIBD* 1976, n° 179, III, p. 413, *Dossiers brevets* 1976, IV, 2 ; Cass. Com., 18 décembre 1984, n° 83-11421, *Bull. Civ., IV*, n° 354, *PIBD* 1985, n° 367, III, p. 130 ; TGI Paris, 17 mars 1980, *PIBD* 1980, n° 266, III, p. 188.

¹⁶⁶² TGI Paris, 19 mai 1993, *PIBD* 1993, n° 552, III, p. 587 : « Attendu que, malgré le défaut de publication au RNB du contrat du 28 mars 1991, ce contrat est opposable à la société Easysale (cessionnaire) en application de l'article 46 § 2 de la loi du 2 janvier 1968 dès lors que la lettre du 25 novembre 1991 sus-visée établit la connaissance de cause de la société Easysale ».

¹⁶⁶³ CA Douai 26 septembre 1994, *RD propr. intell.* 1994, n° 56, p. 41, donne un exemple des indices pris en considération par le juge pour conclure à la connaissance de l'acte non publié : la connaissance de la licence par le cessionnaire a été déduite du fait qu'au moment de la conclusion de la licence il détenait 30 % du capital de la société licenciée et qu'ils entretenaient des relations commerciales suivies, notamment en faisant paraître des publicités communes.

contiennent pas la même exception, la doctrine enseigne qu'il faut néanmoins admettre que celle-ci vaut également en matière de titres européens¹⁶⁶⁴.

520. La matière de la cession de marque consacre pareillement la thèse de l'opposabilité subjective du transfert de propriété. Ainsi, l'accomplissement des formalités de publicité auprès de l'INPI permet de résoudre le conflit entre cessionnaires successifs¹⁶⁶⁵ en faveur de celui bénéficiant de l'antériorité de l'inscription et non pas de son titre. Cependant, il est réservé une exception lorsqu'il est démontré un cas de fraude¹⁶⁶⁶ ou lorsque le second cessionnaire n'ignorait rien de la première cession¹⁶⁶⁷. Cette exception découle de l'application de l'article L. 714-7 du Code de la propriété selon lequel « *toutefois, avant son inscription, un acte est opposable aux tiers qui ont acquis des droits après la date de cet acte mais qui avaient connaissance de celui-ci lors de l'acquisition de ces droits* ». La conception subjective de l'opposabilité des droits est ainsi consacrée par les textes du Code de la propriété intellectuelle.

521. Cependant, l'esprit de ces textes, directement inspirés par la jurisprudence Vallet rendue en matière de publicité foncière, est égratigné par la nouvelle orientation de la position de la Cour de cassation, qui semble revenir sur cette jurisprudence¹⁶⁶⁸. Par ailleurs, le recours à la thèse subjective de l'opposabilité des droits de propriété industrielle n'est pas aussi uniforme qu'il n'y paraît, en particulier en matière de cession ou de licence de brevets, soumises à publicité. En effet, on s'est demandé, à propos de l'exception de connaissance des tiers, si cette règle peut être étendue aux contrefacteurs¹⁶⁶⁹. La question est de savoir si, à l'instar du conflit entre sous-acquéreurs successifs du même droit, l'opposabilité du brevet peut s'imposer au contrefacteur, à défaut de publication de l'opération translative ou modificative, dès lors qu'il est

¹⁶⁶⁴ En ce sens, J.-P. STENGER, *Juris Classeur Brevets*, Fasc. 4640, « Action en contrefaçon », 2009, n° 101.

¹⁶⁶⁵ CPI, Art. L. 714-7 : « *toute transmission ou modification des droits attachés à une marque enregistrée doit, pour être opposable aux tiers, être inscrite au registre national des marques* ».

¹⁶⁶⁶ Ainsi en est-il en présence de l'acquisition d'une marque qui aurait pour but de nuire à un concurrent, soit pour l'empêcher d'exploiter paisiblement, soit pour l'obliger à en faire l'achat, soit pour la lui opposer. Pour l'achat d'une marque Yval dans le but de s'opposer à l'exploitation de la marque Yoval par un concurrent, CA Paris, 11 février 1982, *Ann. propr. ind.* 1983, n° 3, p. 256, *PIBD* 1982, n° 303, III, p. 124. Achat d'une marque Bowling, inexploitée pour l'opposer à un concurrent exploitant la même marque, CA Grenoble, 15 décembre 1977, *JCP G* 1978, II, 18939 note CHAVANNE. Dans le même sens, Cass. Com., 21 février 1978, n° 76-12716, *D.* 1978, p. 407, note FOULON PIGANIOL, *Ann. propr. ind.* 1979, 32.

¹⁶⁶⁷ En ce sens, CA Nancy, 30 novembre 1966, *Ann. propr. ind.* 1967, p. 76 ; CA Paris, 15 mars 1978, *Ann. propr. ind.* 1980, p. 99.

¹⁶⁶⁸ Cass. Civ. 3^{ème} 10 février 2010 préc.

¹⁶⁶⁹ P. MATHELY, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, éd. JNA 1991, p. 486 ; J.-P. STENGER, *Juris Classeur Brevets*, *Ibid.*

démontré que ce dernier connaissait la situation. La réponse paraît négative, puisque l'alinéa 2 de l'article L. 613-9, qui évoque le cas « *des tiers ayant acquis des droits* », fait référence aux seuls conflits d'ayants cause. La jurisprudence est cependant restée longtemps incertaine. Quelques décisions ont admis la recevabilité de l'action du demandeur lorsque le contrefacteur a connaissance du contrat¹⁶⁷⁰. En revanche, le tribunal de grande instance de Paris a jugé dès 1992 qu'un licencié, demandeur à l'action en contrefaçon, ne peut invoquer la connaissance du contrat de licence par le défendeur, car il n'a acquis aucun droit sur le brevet à défaut d'inscription de son titre¹⁶⁷¹. L'interprétation semble maintenant bien fixée en ce sens et la connaissance du contrat par le contrefacteur est inopérante¹⁶⁷². Alors que la Cour de cassation avait l'occasion d'étendre la conception subjective de l'opposabilité à l'ensemble de la matière des brevets, elle s'y refuse et opte pour la thèse de l'opposabilité objective. Pourtant, à l'instar de sa jurisprudence développée avant l'entrée en vigueur de l'alinéa 2^{ème} de l'article L. 613-9, la Haute Cour aurait pu, en l'absence de disposition légale consacrant l'opposabilité de la cession ou la licence de brevet par la simple connaissance du contrefacteur, prendre malgré tout position en ce sens. En ne le faisant pas, elle restreint la théorie de l'opposabilité subjective. La chambre commerciale de la Cour de cassation n'a pas à ce jour modifié sa position sur ce point¹⁶⁷³.

522. Synthèse du droit positif. Présente dans certaines dispositions du Code civil, telle que l'article 1141¹⁶⁷⁴, l'exigence d'une bonne foi du titulaire du droit réel a été étendue par le

¹⁶⁷⁰ CA Paris, 24 avril 1986, *RD propr. ind.* 1986, n° 5, p. 146 ; CA Paris, 6 janvier 1994, *PIBD* 1994, n° 565, III, p. 225 et 228 ; TGI Paris, 17 mars 1980, *PIBD* 1980, n° 266, III, p. 188 ; TGI Paris, 24 février 1984, *PIBD* 1984, n° 350, III, p. 169 ; TGI Paris, 15 mai 1991, *PIBD* 1991, n° 510, III, p. 638 ; TGI Paris, ord. réf., 11 mai 1990, *Ann. propr. ind.* 1990, p. 63 ; TGI Rennes, 14 février 2000, *PIBD* 2000, n° 703, III, p. 383.

¹⁶⁷¹ TGI Paris, 23 septembre 1992, *PIBD* 1992, n° 534, III, p. 651, *JCP E* 1993, I, 292, n° 72, obs. J.-J. BURST et J.-M. MOUSSERON.

¹⁶⁷² Cass. Com., 7 juillet 2004, n° 02-18384, *Ann. propr. ind.* 2004, p. 403, 409, *Propr. industr.* 2006, comm. 28, P. VIGAND, *PIBD* 2004, n° 793, III, p. 495, *JurisData* n° 2004-024771 : « le contrat en cause n'ayant fait l'objet d'aucune inscription au registre européen des brevets exigée par l'article L. 614-11 CPI, seul applicable en pareil cas, la Cour d'appel qui n'était pas tenue de répondre aux conclusions inopérantes tirées de la connaissance de ce contrat par la partie adverse a statué par une décision motivée ». Déjà, CA Paris, 29 mai 2002, *Ann. propr. ind.* 2002, p. 236 et 240, *PIBD* 2002, n° 752, III, p. 499 et 501 ; TGI Strasbourg, 4 mars 2002, *Propr. industr.* 2002, comm. 54, J. RAYNARD, *PIBD* 2002, n° 747, III, p. 343 ; TGI Paris, 18 novembre 2005, *PIBD* 2006, n° 824, III, p. 135.

¹⁶⁷³ Cass. Com. 15 septembre 2009, n° 08-18523 : « mais attendu que la cession étant intervenue après la délivrance du brevet européen et expiration du délai d'opposition, c'est à bon droit que la Cour d'appel a retenu que l'inscription au registre national des brevets, seule possible, rendait cette cession opposable aux tiers ».

¹⁶⁷⁴ L'article 1141 du Code civil donne préférence au droit de l'acquéreur d'un bien meuble corporel à la condition qu'il soit en possession réelle de la chose et de bonne foi. Sur ce point, F. DANOS, « Publicité foncière et transfert de propriété », art. préc., p. 23, qui souligne que « c'est Pothier qui ajouta lui-même, de son propre chef, la condition de bonne foi du possesseur second en date d'acquisition tout en maintenant la solution que seule la tradition ou mise en possession est de nature à transférer la propriété ».

droit positif dans l'optique d'une certaine moralisation¹⁶⁷⁵. Cette tendance s'est appuyée sur la matière des ventes immobilières, où il fut admis en 1968 que la démonstration de la connaissance des tiers peut venir suppléer le défaut d'accomplissement des formalités de publicité foncière. L'idée, somme toute louable de la Cour, est d'éviter qu'un ayant cause, postérieur en titre, puisse, en connaissance d'une précédente cession non publiée, obtenir préférence en publiant le sien. Cependant, cette règle n'est pas actuellement appliquée uniformément par le droit positif. D'une part, celui-ci l'a remise en cause en 2010 en matière de ventes immobilières, là même où elle avait trouvé auparavant un terrain pour se développer. D'autre part, la théorie de l'opposabilité subjective s'est trouvée récemment consacrée en matière de cession de parts de sociétés civiles. L'édifice jurisprudentiel manque globalement de cohérence. Ce qui frappe, ce n'est pas tant le choix entre la théorie de l'opposabilité subjective ou celle de l'opposabilité objective, lesquelles présentent toutes deux des mérites, mais les difficultés de la jurisprudence à afficher une position cohérente en la matière¹⁶⁷⁶. Le schéma de la constitution *solo consensu* du droit réel favorise cette situation, à la différence de celui de la constitution *sola traditione*. C'est l'idée qu'il convient à présent de développer.

§2) L'apport de la constitution *sola traditione* du droit réel : l'objectivation de la notion d'opposabilité

523. L'approche subjective de l'opposabilité du droit réel a donné lieu à des critiques aussi nombreuses que virulentes, provoquant une division de la doctrine sur la question. A vrai dire, dans un système où le droit réel se constitue *solo consensu*, rien n'interdit la théorie de l'opposabilité objective dans la mesure où il est admis que l'opposabilité *erga omnes* repose sur la connaissance des tiers. En l'absence d'exécution du formalisme requis, il est alors concevable que la connaissance effective des tiers soit alors considérée, ce qui est à l'origine des solutions erratiques précédemment exposées. A cet égard, la règle de la constitution du droit réel par la tradition fait œuvre de rationalisation. Confortée par l'exposé des critiques doctrinales dont a fait l'objet la règle de l'opposabilité subjective (A), elle objective opportunément l'opposabilité du droit réel (B).

¹⁶⁷⁵ F. DANOS, art. préc., p. 33, qui souligne que le système de Pothier « fut repris implicitement par le Code civil à l'article 1141 du Code civil avant d'être étendu aux immeubles par le biais de la transcription ».

¹⁶⁷⁶ En ce sens, P. CROCQ, obs. *RTD Civ.* 1997, p. 469, selon lequel « ce qui est critiquable, c'est donc moins le choix de l'une ou l'autre des deux conceptions que le manque de cohérence dans les choix effectués ».

A) L'objectivation en raison des critiques formulées à l'encontre de la théorie de l'opposabilité subjective

524. *Insécurité juridique inhérente à l'opposabilité subjective.* La théorie de l'opposabilité subjective du droit réel fait l'objet de critiques substantielles, en particulier lorsque l'accomplissement d'une publicité légale est requise par les textes. On lui reproche une certaine incompatibilité avec un formalisme destiné à assurer la sécurité des transactions. C'est en matière de publicité foncière, épicerie de la théorie de l'opposabilité subjective, que les reproches sont les plus virulents¹⁶⁷⁷. L'insécurité provient de l'incertitude pouvant naître de l'exception de connaissance dont peut se prévaloir le tiers n'ayant pas publié son titre car celle-ci repose sur des considérations subjectives.

525. La possibilité pour l'acquéreur n'ayant pas publié son titre d'exciper de cette exception afin d'obtenir l'inopposabilité du titre publié de l'autre ayant cause est parfois présentée comme une règle protectrice, destinée à assurer la sécurité juridique de l'éventuel sous-acquéreur de ce dernier. Lorsque celui qui a requis frauduleusement la publication de son titre a revendu à un sous-acquéreur de bonne foi, il est apparu équitable de protéger la situation de ce dernier si sa bonne foi est avérée. Telle est la position actuelle de la jurisprudence. En effet, celle-ci refuse actuellement que le sous-acquéreur supporte le contrecoup de la sanction de son auteur, par application de la règle *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*¹⁶⁷⁸. Le recours au fondement de la responsabilité civile, à la différence de celui de la fraude, permet d'atteindre cet objectif car une faute délictuelle n'est en principe pas transmise à un ayant cause à titre particulier¹⁶⁷⁹. Ainsi, la faute imputable à l'acquéreur de mauvaise foi ne rejaillit pas sur la situation de son sous-acquéreur de bonne foi, à l'égard duquel la vente demeure valable. Le premier acquéreur aura seulement la possibilité de se faire indemniser par le second pour le préjudice subi¹⁶⁸⁰.

¹⁶⁷⁷ En ce sens, BREDIN, obs. sous Cass. Civ. 3^{ème} 22 mars 1968, *RTD Civ.* 1968, p. 564, qui indique que l'article 1382 a fait suffisamment de ravages dans notre droit pour qu'il ne lui soit pas permis aussi de détruire la publicité foncière ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} éd., T. III, *Les biens*, par PICARD, n° 650 : « c'est une règle générale que tout système de publicité est rigoureusement indépendant de la bonne ou de la mauvaise foi des tiers » ; G. GOUBEAUX, obs. sous Cass. Civ. 3^{ème} 30 janvier 1974, préc., *Deffrénois* 1974, p. 637, qui parle de la théorie de la responsabilité civile comme de l'intrusion d'un « corps étranger » dans le droit de la publicité foncière ; M. GOBERT, « La publicité foncière, cette mal aimée », *Etudes J. Flour, Répertoire Deffrénois* 1979, p. 207 et s.

¹⁶⁷⁸ Pour un exemple, Cass. Civ. 10 mai 1949, préc., note LENOAN.

¹⁶⁷⁹ S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 502, p. 317.

¹⁶⁸⁰ S. PIEDELIEVRE et J. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 502, p. 317.

526. Pourtant, certains auteurs doutent de la pertinence du recours à la responsabilité civile¹⁶⁸¹ dans la mesure où certaines décisions de la Cour de cassation montrent que les effets de la fraude peuvent être modulés afin de ne pas rejaillir sur le sort d'un ayant cause n'y ayant pas concouru¹⁶⁸². Par ailleurs et surtout, le passage de la fraude à la simple connaissance du tiers acquéreur, si elle favorise la sécurité du sous-acquéreur de bonne foi, ne favorise pas la sécurité des tiers¹⁶⁸³ car elle risque de systématiser le recours à l'exception de connaissance¹⁶⁸⁴ dont la subjectivité perturbe le fonctionnement objectif de la publicité légale¹⁶⁸⁵. En effet, comment être certain de la connaissance du tiers acquéreur afin que celle-ci puisse neutraliser l'effet de la publication de son titre ? Un risque de dérive existe car la frontière est en réalité mince entre celui qui sait et celui qui aurait pu, ou aurait dû savoir. Il est nécessaire, afin que l'acquéreur de bonne foi puisse se prévaloir de l'inopposabilité du titre publié du second acquéreur, qu'il existe un certain degré de certitude dans la connaissance de ce dernier, ce qui suppose l'existence d'éléments objectifs, qui peuvent prendre les traits de la production d'écrits prouvant que le tiers acquéreur a connaissance de l'opération précédente¹⁶⁸⁶, ou bien d'un aveu ou d'un serment de sa part. Mais, au-delà, déduire la connaissance de la première vente, par l'ayant cause ayant publié son titre, de données factuelles est dangereux car cette perspective conduit à subordonner l'inopposabilité du titre pourtant publié à une preuve par tout moyen reposant sur la vraisemblance de la connaissance du titre non publié¹⁶⁸⁷. Cette démarche est imprécise et confère aux tribunaux un pouvoir d'appréciation

¹⁶⁸¹ Ph. THERY, *Sûreté et publicité foncière*, Col. Droit fondamental, PUF, 2^{ème} éd. 1988, n° 387, p. 450.

¹⁶⁸² Cass. Civ. 2^{ème} 25 janvier 1983, *Bull. Civ.*, II n° 25, *RTD Civ.* 1984, p. 720, obs. J. MESTRE ; Cass. Civ. 2^{ème} 15 décembre 1990, *Bull. Civ.* II, n° 266.

¹⁶⁸³ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, Lecture A, p. 615, observant que la jurisprudence est « plus soucieuse de moraliser le droit que de favoriser la sécurité juridique ».

¹⁶⁸⁴ G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, 2^{ème} éd., Sirey 1987, n° 767, p. 537 : « sous couleur de moraliser le système, cette jurisprudence en compromet l'automatisme et par conséquent l'efficacité : il est à craindre en effet que l'auteur de la seconde publication ne s'incline plus jamais devant la règle de priorité et plaide systématiquement la mauvaise foi de son devancier. Certes, on comprend le souci de châtier celui qui publie précipitamment pour ruiner les chances d'un premier acquéreur, mais à ce compte toute diligence risque de paraître suspecte ; alors pourtant qu'il existe une obligation de publier et qu'à cet égard le premier acquéreur a manqué de diligence ».

¹⁶⁸⁵ En ce sens, Ph. THERY, *op. cit.*, n° 387, p. 449, pour qui « droit technique, la publicité foncière voit son efficacité s'épuiser dans des subtilités psychologiques ». Dans le même sens, Ph. MALAURIE, *Droit civil des biens et de la publicité foncière, Cours de droit*, 1981-1982, p. 571 ; A. RABAGNY, *op. cit.*, p. 270-271.

¹⁶⁸⁶ Ce qui donne encore plus de consistance à l'arrêt rendu par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation le 10 février 2010, préc., où celle-ci refuse la thèse de l'opposabilité subjective malgré que le tiers acquéreur d'un bien immobilier ait pourtant eu connaissance de la précédente aliénation non publiée car il avait, en sa qualité de locataire de l'immeuble concerné, été interrogé sur sa faculté de préemption.

¹⁶⁸⁷ En matière de servitudes, v. H. PERINET-MARQUET, obs. sous Cass. Civ. 3^{ème} 16 septembre 2009, préc., selon lequel « il ne faudrait pas que le fait supplée trop facilement le droit et que la preuve par tout moyen puisse être trop facilement substituée à la publicité foncière, laquelle, malgré ses imperfections, présente l'avantage de la transparence ».

particulièrement large¹⁶⁸⁸. Elle affiche une subjectivité qui s'oppose radicalement à l'objectivité de la publicité légale dont dépend en principe l'inopposabilité d'un acte en cas d'inexécution des formalités requises. L'inopposabilité d'un acte juridique fondée sur la seule exception de connaissance effective des tiers est dangereuse car elle contrarie le fonctionnement de la publicité légale en rendant incertains ses effets.

527. Par ailleurs, bien qu'il soit estimé que ce n'est pas tant la publication qui apparaît comme un élément nécessaire de l'opposabilité mais plutôt « *l'inopposabilité qui apparaît comme la sanction du défaut de publicité* »¹⁶⁸⁹, il doit être constaté que la prise en compte de l'exception de connaissance des tiers affecte également l'opposabilité du droit réel. Si dans un conflit d'ayants cause, l'acquéreur de bonne foi d'un bien immobilier se prévaut de l'inopposabilité du titre publié d'un autre ayant cause c'est que, symétriquement, il lui impose l'opposabilité de son propre titre non publié. En conséquence, l'opposabilité du droit de propriété de l'acquéreur de bonne foi est nécessairement patinée de la subjectivité de l'exception de connaissance. La solution conduit à dissocier le régime de l'opposabilité *erga omnes* du droit de propriété selon que l'on soit ou non en présence d'un conflit d'ayants cause. Lors d'un tel conflit, l'opposabilité du droit de propriété peut être subjective s'il est démontré la mauvaise foi du tiers acquéreur. Dans les autres cas¹⁶⁹⁰, l'opposabilité du droit de propriété sera purement objective. Tantôt objective, tantôt subjective, l'opposabilité du droit de propriété sera tantôt incontestable, par l'accomplissement des formalités de publicité légale, tantôt contestable dans le cadre du débat autour de la démonstration de la mauvaise foi de l'ayant cause concerné. L'exception de connaissance du tiers acquéreur introduit en définitive une regrettable insécurité juridique qui est contraire aux objectifs de la publicité légale, qui est destinée à pallier toutes incertitudes juridiques. Le retour à une conception objective et en définitive

¹⁶⁸⁸ P. CROCQ, *RTD Civ.*, 1997, p. 468.

¹⁶⁸⁹ M. LEVIS, *op. cit.*, n° 211, p. 186, observant que ce n'est pas tant, en droit positif, la publication qui apparaît comme un élément nécessaire de l'opposabilité aux tiers mais plutôt « *l'inopposabilité qui apparaît comme la sanction du défaut de publicité* ». Dans le même sens, C. Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 228, p. 157.

¹⁶⁹⁰ La perspective de l'opposabilité du droit de propriété en dehors d'un conflit d'ayants cause n'est pas une hypothèse d'école. Ainsi en est-il lorsque l'acquéreur d'un bien immobilier sera en conflit avec un créancier chirographaire du cédant. Il en va de même lorsque l'acquéreur d'une marque ou d'un brevet souhaitera opposer son droit à un contrefacteur.

plus sûre¹⁶⁹¹ est souhaité, où la fraude représenterait l'unique exception au jeu des règles de la publicité foncière¹⁶⁹².

528. Les difficultés relatives à la détermination du fondement juridique de l'opposabilité subjective. L'exception de connaissance effective des tiers est essentiellement d'origine jurisprudentielle, hormis le cas particulier de sa reconnaissance par la législation en droit de la propriété industrielle¹⁶⁹³ et était relativement cantonnée à la matière de la publicité foncière. Elle repose sur l'utilisation de l'article 1382 du Code civil comme correctif au fonctionnement des règles de publicité légale : la faute, notion personnelle, est présentée comme conférant l'avantage de pouvoir être appréhendée plus distinctement que la fraude et ne saurait rejaillir sur la situation du sous-acquéreur de bonne foi du bien cédé. La responsabilité délictuelle fonde ainsi l'opposabilité subjective. Cependant, outre l'insécurité juridique précédemment évoquée, ce fondement est contesté car la position de la jurisprudence au sujet de la sanction de l'exception de connaissance s'accorde mal avec les règles relatives à la responsabilité civile. En effet, lors de l'arrêt Vallet en 1968, la Cour de cassation a sanctionné la Cour d'appel, laquelle, après avoir constaté la faute du second acquéreur de mauvaise foi, ne s'est pas expliquée sur « *le mode d'exécution que constituait l'inopposabilité au premier acquéreur de la seconde vente* ». Autrement dit, si l'arrêt est bien rendu sous le visa de l'article 1382 du Code civil, un doute subsiste alors sur la sanction applicable : sanction en nature à travers l'inopposabilité de la seconde vente ou par l'allocation de dommages intérêts. Les arrêts ultérieurs ont marqué une évolution puisque la Haute Cour a indiqué que « *l'acquisition d'un immeuble en connaissance de sa précédente cession à un tiers constitue une faute qui ne permet pas au second acquéreur d'invoquer à son profit la règle de la publicité foncière* »¹⁶⁹⁴. Ainsi, la responsabilité du second acquéreur est sanctionnée en nature, par l'inopposabilité de la vente conclue à son profit, voire la « *déchéance du droit d'invoquer à son profit les règles de la publicité foncière* »¹⁶⁹⁵, hormis le cas où le bien a été revendu à un sous acquéreur de bonne foi qui ne peut être atteint par les effets de l'inopposabilité du titre du second

¹⁶⁹¹ ROUBIER, *op. cit.*, p. 264, pour lequel le mécanisme de publicité foncière « *rend en définitive inutile la recherche de la bonne ou mauvaise foi des tiers ; cela est avantageux...au point de vue de la sécurité juridique* ».

¹⁶⁹² En ce sens, Ph. THERY, *op. cit.*, n° 387, p. 450.

¹⁶⁹³ V. *supra* n° 519.

¹⁶⁹⁴ Cass. Civ. 3^{ème} 30 janvier 1974, préc. ; Cass. Civ. 3^{ème} 20 mars 1979, préc.

¹⁶⁹⁵ En ce sens, M. LEVIS, *op. cit.*, n° 224, p. 195. L'auteur indique que la portée de la formule de la Cour de cassation conduit selon lui à faire réapparaître le système de l'opposabilité *solo consensu* de 1804, « *imposant la règle prior tempore potior jure, et la nécessaire victoire du premier titre sur le second* ».

acquéreur¹⁶⁹⁶. Certains auteurs ont souligné la distance que prenait cette solution vis-à-vis des règles de la responsabilité civile car le premier acquéreur, en ne publiant pas, commet une faute qui coexiste avec celle du second acquéreur de mauvaise foi. En conséquence, cette faute par négligence devrait logiquement entrer en concours avec celle résultant de l'achat par le second acquéreur d'où il doit découler en principe un partage de responsabilité qui « *paraît rendre impraticable la réparation en nature et doit se résoudre par une indemnisation partielle sous forme de dommages et intérêts* »¹⁶⁹⁷ ou bien par une sanction en nature assortie de dommages et intérêts¹⁶⁹⁸.

529. Pourtant, certains auteurs ont justifié le recours à la responsabilité civile en soutenant que celle-ci représente la sanction de l'opposabilité « naturelle » de la première vente non publiée¹⁶⁹⁹. On a, à juste titre, objecté à cette analyse d'être davantage centrée sur l'attitude du second acquéreur de mauvaise foi plutôt que sur l'opposabilité car le contrat translatif, qui est opposable *solo consensu* selon l'enseignement classique, ne devrait pas requérir la démonstration de la connaissance du second acquéreur¹⁷⁰⁰. Cette situation conduit une partie de la doctrine à regretter l'application de l'article 1382 du Code civil pour fonder l'exception de connaissance effective¹⁷⁰¹. Dans le même sens, d'autres estiment que le recours à l'article 1382 s'explique simplement par le désir traditionnel de fonder la jurisprudence sur des textes, mais il ne rend pas compte du fait que la publication est nulle par elle-même et non par référence à une faute¹⁷⁰².

¹⁶⁹⁶ Le premier acquéreur a droit alors à être indemnisé par le second pour le préjudice subi. En ce sens, Cass. Civ. 3^{ème} 11 juin 1992, n° 90-10687, D. 1993, 528, note FOURNIER.

¹⁶⁹⁷ G. GOUBEAUX, obs. sous Cass. Civ. 3^{ème} 30 janvier 1974, préc. Dans le même sens, C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 230, p. 159. Dans le même sens, P. CROCQ, *RTD Civ.* 1997, p. 468.

¹⁶⁹⁸ M. LEVIS, *op. cit.*, n° 225 p. 196.

¹⁶⁹⁹ STARCK, *art. préc.*, n° 69 : « *Il est clair que la responsabilité du second contractant ne peut être engagée que là où le premier contrat aurait pu lui être opposé. Or nous avons vu que, dans la plupart des cas, l'opposabilité aux tiers du contrat est subordonnée soit à sa publicité soit à sa connaissance en fait par le second contractant. Voilà qui explique que la faute de ce contractant est, en général, d'avoir traité en connaissance de l'existence d'une convention antérieure incompatible avec la sienne...En définitive, la responsabilité est toujours calquée sur l'opposabilité : ce sont les conditions de l'opposabilité - variables selon les contrats - qui constituent les éléments de la faute source de responsabilité* ». Dans le même sens, M. LEVIS, *op. cit.*, n° 229, p. 198.

¹⁷⁰⁰ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 226, p. 156.

¹⁷⁰¹ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 225, p. 155 : « *Il est regrettable que la Cour de cassation estime nécessaire pour écarter la règle de l'antériorité de la publication de recourir à l'article 1382. L'application des règles propres au droit de la publicité légale suffirait largement à atteindre le même résultat sans en passer par un détour à raison contesté* ».

¹⁷⁰² En ce sens, ROUAST, obs. sous Trib. Civ. Seine, 16 juillet 1943, *DC* 1944, 20. Cependant, le maintien de la référence à l'article 1382 du Code civil fait douter de l'analyse : v. par exemple Cass. Civ. 3^{ème} 11 juin 1992, préc., rendu sous le double visa de l'article 1382 du Code civil et l'article 30-1 du décret du 4 janvier 1955.

530. De là, a été émise l'idée que la Cour de cassation, en sanctionnant le second acquéreur de mauvaise foi, ne sanctionne pas tant une faute de celui-ci mais plutôt la méconnaissance de la véritable condition de la publicité foncière qu'est la bonne foi¹⁷⁰³. Cependant, même ainsi justifiée, l'approche subjective de l'opposabilité pose une difficulté qui tient à la dangerosité de la reconnaissance d'une condition de bonne foi attachée au fonctionnement de la publicité légale. Cette analyse peut alors inviter la Cour de cassation à franchir une nouvelle étape sur le terrain probatoire, en exigeant du tiers ayant publié son titre la preuve qu'il n'avait pas eu connaissance d'une première aliénation¹⁷⁰⁴. Si la position de la jurisprudence n'est pas fixée en ce sens, une telle exigence serait excessive dans la mesure où elle rajouterait une condition non prévue par les textes. La charge de la preuve doit, dans le cadre d'un conflit d'ayants cause, être supportée par celui qui se prévaut de l'inopposabilité du titre de son concurrent¹⁷⁰⁵. Parce qu'elle risque d'inciter à un renversement de la charge de la preuve, la condition de bonne foi de la publicité légale est justement critiquée.

Au-delà de l'insécurité juridique à laquelle conduit l'admission de la règle d'origine prétorienne de l'exception de connaissance, c'est le fondement même de cette dernière, et partant de là, de l'opposabilité subjective, qui pose difficulté.

B) L'objectivation en raison de la règle de la constitution *sola traditione*

531. Objectivation de l'opposabilité et constitution *solo consensu* du droit réel.

L'incertitude constatée en droit positif au sujet de l'application de la théorie de l'opposabilité subjective est la conséquence de l'autonomie de la notion d'opposabilité depuis l'avènement du transfert de propriété *solo consensu*. En effet, si celui-ci a permis de prendre conscience de l'existence d'un principe d'opposabilité des droits¹⁷⁰⁶, il a déconnecté le droit de propriété de son opposabilité *erga omnes*. Ce constat préfigure les difficultés actuelles. La notion d'opposabilité est considérée indépendamment du droit dont elle est l'expression et peut alors être gouvernée par ses propres règles. De là est née l'idée que l'opposabilité du droit réel résulte d'un mécanisme portant à la connaissance

¹⁷⁰³ M. LEVIS, *op. cit.*, n° 228 bis, p. 198: « Ainsi, il apparaît négativement que les solutions jurisprudentielles actuelles cadrent mal avec les principes généraux de la responsabilité civile et positivement qu'elles correspondent à la révélation prétorienne d'une condition de fond en matière de publication ».

¹⁷⁰⁴ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 229, p. 158.

¹⁷⁰⁵ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 229, p. 158 : « L'assujetti ne peut se soustraire à l'effet négatif de la publicité qu'en établissant la connaissance effective du tiers. Ce dernier peut et doit conserver une attitude purement passive ».

¹⁷⁰⁶ V. *supra* n° 19.

des tiers l'opération translatrice. Cette appréhension de la notion d'opposabilité, à travers le prisme de la connaissance des tiers, a conduit à sa perméabilité, c'est-à-dire à sa pénétration par les règles de la responsabilité civile : à défaut de publicité, la présomption d'ignorance en résultant peut être renversée par la démonstration de la connaissance effective des tiers. Ainsi s'est trouvée consacrée, en jurisprudence d'abord, puis par certains textes, l'exception de connaissance des tiers au sein du régime juridique de la publicité légale. Cependant, la notion d'opposabilité a ainsi été fragilisée car, au-delà de l'exception de connaissance des tiers, la question de son absorption au sein des règles de cette dernière s'est posée. L'acquéreur qui n'a pas transcrit commet un quasi-délit¹⁷⁰⁷. Cette thèse n'a cependant pas triomphé et son caractère superfétatoire est actuellement reconnu¹⁷⁰⁸. Il n'en reste pas moins que la perméabilité de la notion d'opposabilité a conduit à sa subjectivation à travers l'exception de connaissance du tiers acquéreur de mauvaise foi. Ce phénomène est directement à l'origine de sa variabilité actuelle, étant appréhendée tantôt de façon subjective, tantôt de façon objective, selon les matières et les situations rencontrées. Par l'effet de la constitution du droit réel *solo consensu*, l'opposabilité devient, en définitive, un véritable « corps gazeux » pouvant être modulé en fonction des intérêts en présence. Une façon de remédier à cette situation est de restituer à l'opposabilité du droit réel son véritable fondement. Instrument de sécurité juridique, l'opposabilité est la résultante de l'accomplissement d'un procédé d'extériorisation¹⁷⁰⁹, pouvant ou non assurer la connaissance du public. Ainsi, le centre de gravité du mécanisme d'opposabilité ne se situe pas tant en aval, dans la connaissance des tiers, qu'en amont, dans le souci d'extérioriser une opération translatrice afin de l'extraire de la sphère d'influence des parties. Il s'ensuit que la notion d'opposabilité ne peut être envisagée autrement qu'objectivement et indépendamment de la question de la connaissance effective des tiers. En conséquence, il est peu important, en présence d'un conflit d'ayants cause, que le second acquéreur ait eu connaissance d'une précédente aliénation non publiée. Le choix de ce fondement de la notion d'opposabilité contredit techniquement une approche subjective de la notion. Une analyse identique s'impose dès lors que l'on envisage une constitution du droit réel par la tradition que constituent les formalités d'opposabilité.

¹⁷⁰⁷ BOISSONADE, « Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription... », *art. préc.*, n° 24.

¹⁷⁰⁸ En ce sens, M. LEVIS, *op. cit.*, n° 212, p. 187, soulignant que « si l'on admet que la loi a prescrit un devoir de transcrire, et a déterminé la sanction de la violation de ses prescriptions, le relais de la responsabilité civile est inutile ».

¹⁷⁰⁹ V. *supra* n° 451 et s.

532. Objectivation de l'opposabilité et constitution *sola traditione* du droit réel. Le droit positif admet d'ores et déjà l'exclusion de la théorie de l'opposabilité subjective lorsque la formalité concernée est constitutive de droit¹⁷¹⁰. Le caractère constitutif de la formalité s'oppose alors à l'exception de connaissance des tiers si bien que l'effet négatif de la publicité légale, autrement dit l'inopposabilité, devient absolu. Dans l'ensemble, ces exemples ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une opération translatrice¹⁷¹¹. La matière hypothécaire peut néanmoins être citée en exemple puisque la jurisprudence refuse l'exception de connaissance effective des tiers, ce qui conduit une partie de la doctrine à justifier la position de la Cour de cassation par le caractère constitutif de la publicité requise¹⁷¹². Lorsque l'on conçoit, *de lege feranda*, que l'acquisition du droit de propriété ne s'effectue pas *solo consensu* mais de façon différée, par l'effet de l'extériorisation des formalités d'opposabilité, l'objectivation de la notion d'opposabilité s'impose en raison de la relation d'exclusivité existante entre la formalité et le droit de propriété. Par l'accomplissement du formalisme, il n'est plus alors question de porter simplement à la connaissance des tiers le transfert de propriété s'étant opéré dès l'échange des consentements mais plutôt de parfaire ce transfert. On passe alors d'un système où la formalité requise était confortative à un système général où la formalité devient constitutive de droit, perspective excluant toute approche subjective du mécanisme d'opposabilité du transfert. Le droit réel naît ou ne naît pas et il n'est, en conséquence, pas possible de subordonner son acquisition à des considérations subjectives. En cela, l'acquisition différée du droit réel comporte un effet favorable sur la notion d'opposabilité en rompant définitivement avec les attermolements actuels du droit positif.

533. Maintien de l'exception de fraude. L'objectivation de l'opposabilité du droit réel, en particulier sous l'effet de la règle de la constitution *sola traditione* de ce dernier, conduit à subordonner l'opposabilité à l'accomplissement du formalisme requis, indépendamment de la mauvaise foi des tiers. Ne pouvant ainsi trouver un tempérament dans la mauvaise foi, la question est de savoir si l'opposabilité objective peut être affectée par la fraude. A cet égard, il s'avère que l'exception de la fraude caractérisée doit être maintenue, en raison de la généralité de l'adage *fraus omnia corrumpit*. L'opposabilité du droit réel doit

¹⁷¹⁰ C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 276, p. 185 : « s'il apparaît logique que la connaissance personnelle et spéciale qu'un tiers a pu avoir d'un élément non publié puisse permettre à l'assujetti d'échapper à l'effet négatif d'une publicité confortative, il paraît tout aussi logique que cette connaissance personnelle ne joue aucun rôle lorsque la publicité omise avait la valeur d'une condition de validité de l'élément demeuré clandestin ».

¹⁷¹¹ V. les exemples cités par C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 276 et s., p. 185 et s.

¹⁷¹² C.-Th. BARREAU-SALIOU, *op. cit.*, n° 247, p. 169. Sur ce point, v. *supra* n° 499 et s.

ainsi être écartée lorsque l'acquéreur d'un bien se rend coupable d'une fraude qualifiée, qui ne résulte pas de sa simple connaissance d'une vente préexistante non publiée mais d'un concert frauduleux avec le vendeur. A cet égard, il convient de souligner qu'en matière de cession de créance, où la jurisprudence n'a jamais cédé aux sirènes de la théorie de l'opposabilité subjective, cette exception de fraude est appliquée de façon constante¹⁷¹³. Par ailleurs, une partie de la doctrine a récemment tiré les conséquences en matière immobilière de la remise en cause de la jurisprudence Vallet, avec l'arrêt de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation du 10 février 2010 et ses confirmations ultérieures¹⁷¹⁴. Il a ainsi été observé, en présence d'un conflit d'ayants cause d'un même auteur, que le rejet par la Haute Cour de l'exception de mauvaise foi ne permet plus la remise en cause du droit de l'ayant cause ayant publié son titre tout en connaissant l'existence d'une première vente¹⁷¹⁵. Il s'ensuit logiquement que seule l'exception de fraude qualifiée peut désormais être invoquée à cette fin par le premier acquéreur dont le titre n'a pas été publié, s'il parvient à démontrer un concert frauduleux entre le vendeur et le second acquéreur ayant publié¹⁷¹⁶. En l'état actuel du droit positif, cette analyse entre en contradiction avec certaines dispositions, et en particulier l'article 1141 du Code civil, lequel en présence d'un conflit d'ayants cause du même auteur, subordonne à la bonne foi la préférence accordée à l'acquéreur se trouvant en possession réelle du bien. Dès lors que l'on généralise la thèse de l'opposabilité objective, la référence à la bonne foi se trouve condamnée puisque l'opposabilité du droit du second acquéreur en date n'est fonction que de la seule tradition matérielle de la chose¹⁷¹⁷. L'objectivation de la notion d'opposabilité,

¹⁷¹³ V. *supra* n° 508.

¹⁷¹⁴ V. *supra* n° 498.

¹⁷¹⁵ F. DANOS, « Publicité foncière et transfert de propriété », art. préc., p. 35 : « Cette jurisprudence fait basculer le régime de la publicité foncière vers la règle romaine du transfert différé et causal de la propriété, en application de laquelle la mauvaise foi du second acquéreur en date est indifférente dès lors qu'il a été mis en possession ».

¹⁷¹⁶ F. DANOS, art. préc., p. 35 : « Seule la fraude qualifiée, résultant de manœuvres ou d'un concert frauduleux entre le vendeur et le second acquéreur permettrait d'arriver à une telle remise en cause (...) ».

¹⁷¹⁷ Sur ce point v. F. DANOS, art. préc., p. 36, qui propose une analyse destinée néanmoins à concilier les notions de bonne foi et de fraude. L'auteur estime qu'il est possible d'apprécier la bonne foi du second acquéreur en possession réelle du bien par référence à la situation du premier acquéreur en date. Lorsque la mise en possession de celui-ci est dépendante de la délivrance du vendeur, le second acquéreur connaissant la vente précédente non publiée ne pourrait y trouver un motif lui permettant d'échapper à l'inopposabilité de son droit. Sa mauvaise foi lui ferait ainsi perdre l'opposabilité de son droit. Cependant, la solution serait différente lorsque l'opposabilité du droit du premier acquéreur n'est pas dépendante du vendeur, comme c'est le cas lorsqu'il doit procéder à cette fin à une formalité de publicité légale. « Si le premier acquéreur tarde à déssaisir le vendeur en ne publiant pas son droit (...), son inertie est fautive et la mauvaise foi du second acquéreur en date serait couverte par cette faute de négligence du premier acquéreur. Seule la fraude qualifiée (...) lui ferait perdre le bénéfice de la publicité foncière ». L'analyse proposée par l'auteur, bien que très intéressante, appelle les deux remarques suivantes. Même lorsque l'opposabilité du droit du premier acquéreur est dépendante de l'action du vendeur, elle conduit à subordonner l'opposabilité du droit du second acquéreur ayant publié son titre à sa mauvaise foi, ce qui n'est

sous l'impulsion des orientations récemment prises en matière immobilière, devra nécessairement s'accompagner d'un ajustement de son tempérament en droit positif. La théorie de l'opposabilité objective à laquelle conduit systématiquement la règle de la constitution du droit réel par la tradition limite strictement les exceptions que peuvent invoquer les tiers à l'hypothèse de la fraude caractérisée.

534. Si seule la fraude qualifiée doit demeurer l'exception dans un système où la constitution du droit réel résulte *de lege feranda* de l'accomplissement des formalités de publicité, il reste à s'interroger sur sa sanction, afin de ne pas aboutir à une solution pouvant être inéquitable pour le sous-acquéreur étranger à la fraude caractérisée entre son auteur et le vendeur initial. A cet égard, il ne semble pas que le constat de la fraude doive inexorablement conduire à l'application de la règle *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*¹⁷¹⁸. Une modulation des effets de la fraude est envisageable afin qu'elle n'atteigne pas le sous-acquéreur. L'inopposabilité pouvant sanctionner la fraude occupe une place centrale au sein de cette analyse, en raison de sa relativité. Il est en effet parfaitement concevable que l'inopposabilité de la vente publiée en fraude du droit du premier acquéreur n'atteigne pas la situation de l'ayant cause du second acquéreur ayant publié, car elle ne concerne que les rapports entre le vendeur et l'acquéreur. Il restera alors au premier acquéreur la possibilité d'obtenir réparation auprès du second ayant cause de son vendeur pour le préjudice subi¹⁷¹⁹. L'idée d'une sanction de la fraude par l'inopposabilité n'est pas inconnue du droit positif qui la pratique à travers la fraude paulienne¹⁷²⁰. Dans le cadre d'une constitution *sola traditione* du droit réel, cette solution permettra de conserver un correctif à la rigueur du jeu des règles de publicité légale pour les cas les plus graves, révélant une intention de nuire du second acquéreur, sans pour

plus possible dans un système d'opposabilité objective, *a fortiori* si l'on considère que le droit de propriété naît du formalisme d'opposabilité. Par ailleurs, elle conduit à apprécier l'éventuelle fraude du second acquéreur par référence à la relation entre le vendeur et le premier acquéreur, relation à laquelle il est parfaitement étranger. Or, la fraude est nécessairement individualisée, c'est-à-dire qu'elle doit s'apprécier par référence à l'attitude de son auteur.

¹⁷¹⁸ En ce sens, Ph. THERY, *op. cit.*, n° 387, p. 450

¹⁷¹⁹ Telle est la solution qui fut retenue en jurisprudence afin de contenir à l'égard du sous acquéreur les effets de l'application de la théorie de l'opposabilité subjective dans les rapports entre le vendeur et ses ayants cause : Cass. Civ. 3^{ème} 11 juin 1992, préc.

¹⁷²⁰ Il est admis de longue date que la sanction de la fraude paulienne de l'article 1167 du Code civil réside dans l'inopposabilité au créancier poursuivant : Cass. Civ. 1^{ère} 3 décembre 1985, n° 84-11556, *Bull. Civ. I*, n° 334 ; Cass. Com. 14 mai 1996, n° 94-11124, *Bull. Civ. IV*, n° 134, décidant que l'action paulienne ne porte pas atteinte à l'acte frauduleux qui demeure valable entre le débiteur auteur et le tiers complice de la fraude ; Cass. Civ. 1^{ère} 30 mai 2006, n° 02-13495, *Bull. Civ. I*, n° 268, *D.* 2006, 2717, note G. FRANCOIS, *JCP G* 2006, II, 10150, note DESGORCES, *JCP E* 2006, 2466, note DAGORNE-LABBE, *Defrénois* 2006, 1863, note R. LIBCHABER.

autant préjudicier de façon inopportune au sous acquéreur tenant ses droits du second acquéreur sur le bien concerné.

535. Même si la position de la jurisprudence reste actuellement quelque peu erratique, il semble qu'il se dessine un mouvement d'objectivation de l'opposabilité du droit réel, sous l'effet de l'onde de choc de l'arrêt de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation du 10 février 2010, rompant avec la jurisprudence ayant initié depuis près de quarante ans la théorie de l'opposabilité subjective. Cette évolution accrédite par conséquent la perspective d'une constitution *sola traditione* du droit réel, dont le mécanisme s'accorde parfaitement avec la thèse de l'opposabilité objective. Mais, réciproquement, l'adoption d'un système de formation différée du droit réel assurera la stabilité de cette orientation en remédiant durablement aux vicissitudes du droit positif.

Section 2^{ème} Le constat de l'effet probatoire du formalisme d'opposabilité du droit réel

536. Outre l'objectivation de la notion d'opposabilité, la règle de la constitution *sola traditione* du droit réel confère aux formalités d'opposabilité, c'est-à-dire à la tradition, un rôle probatoire : celles-ci, parce qu'elles sont constitutives de droit, permettent d'en rapporter efficacement la preuve. La question, intéressant la constitution du droit réel d'une manière générale, sera abordée en particulier sous l'angle du transfert de propriété, dont la preuve revêt classiquement un caractère « diabolique ». Ainsi, le principe de l'effet probatoire des formalités d'opposabilité du droit de propriété sera en premier lieu exposé (§1). Corrélativement, la question des caractéristiques de cet élément de preuve se posera en second lieu, notamment à travers le point de savoir si celui-ci a pour effet de purger le droit de propriété de ses vices éventuels à l'instar du système allemand du Livre foncier (§2).

§1) Le principe de l'effet probatoire des formalités d'opposabilité dans le cadre du transfert de propriété

537. Dans le système du transfert *solo consensu*, la preuve du droit de propriété par le titre que représente le contrat translatif comporte des inconvénients qui tiennent principalement à sa relativité (A). La preuve par le titre d'acquisition subit alors la concurrence de la possession, qui représente un mode de preuve privilégié. Au contraire, dans le système du transfert de propriété *sola traditione*, la preuve du droit de propriété s'effectue au moyen

des formalités d'opposabilité auxquelles s'assimile la tradition, dont l'effet constitutif de droit permet de renforcer la preuve par le « titre d'acquisition » (B).

A) Les difficultés de la preuve du droit de propriété par le titre dans le transfert *solo consensu*

538. Importance de la preuve par la possession. Prouver que l'on est propriétaire, c'est prouver que l'on est titulaire d'un bien¹⁷²¹. A cet égard, la preuve du droit de propriété passe fréquemment par la preuve de son acquisition. Le Code civil ne précisant pas la façon dont se prouve la propriété¹⁷²², le titre d'acquisition et la possession jouent un rôle essentiel dans la preuve de l'acquisition dérivée du droit de propriété. Cependant, cette preuve est délicate à rapporter car celui qui produit un acte translatif prouve qu'il tient ses droits de son auteur mais cette preuve ne lui permet pas véritablement d'établir valablement son droit de propriété en raison de l'adage *nemo ad alium transferere plus juris quam ipse habet*. Sauf à admettre l'idée discutable qu'il se crée un « nouveau » droit de propriété à chaque opération translative¹⁷²³, le système de l'acquisition dérivée du droit de propriété nécessite d'apprécier le droit d'un propriétaire par référence à celui de son auteur. Par conséquent, pour que la preuve du droit de propriété soit parfaite, il faudrait que le propriétaire prouve la propriété de son auteur, lequel devrait lui-même valablement tenir ses droits du véritable propriétaire, de façon à reconstituer la chaîne des propriétés « depuis la nuit des temps, jusqu'au premier propriétaire »¹⁷²⁴. Hormis le cas d'une acquisition par prescription en matière immobilière ou bien par le jeu de l'article 2276 du Code civil en matière de meubles corporels, la preuve du droit de propriété par le titre d'acquisition est donc imparfaite et est qualifiée de « diabolique » car elle n'est pas absolue¹⁷²⁵. Dès lors, les contentieux ne manquent pas, surtout en matière immobilière. En dehors du cas des conflits de titres émanant du même auteur où il est considéré que la qualité de propriétaire de l'auteur n'est pas contestée¹⁷²⁶, la preuve de l'acquisition dérivée du droit de propriété s'établit dans le cadre des conflits de titres émanant d'auteurs différents à l'aide de présomptions. La possession représente, à cet égard, une présomption légale de

¹⁷²¹ F. ZENATI- CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 222, p. 363.

¹⁷²² LEVY, thèse préc., n° 79, p. 138-139.

¹⁷²³ En ce sens, LEVY, thèse préc., n° 51, p. 93 : « En un mot, admettre que la loi peut créer au profit de l'acquéreur par un mode dérivé un droit nouveau c'est abandonner l'idée de transfert, c'est admettre, sinon la nécessité, du moins la possibilité d'une conception différente ».

¹⁷²⁴ A. RABAGNY, *op. cit.*, p. 137.

¹⁷²⁵ F. DANOS, *op. cit.*, n° 283, p. 312.

¹⁷²⁶ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 223, p. 364, lesquels précisent qu'aucun des ayants cause, lors du conflit les opposant, ne contestera le droit de leur auteur sous peine de contester leurs droits propres.

propriété des plus intéressantes. En raison des difficultés inhérentes à la preuve du droit de propriété dans le cadre de son acquisition dérivée, la possession est, au même titre que les autres, une présomption simple, souffrant de la preuve contraire. Cependant, lorsque la possession est utile, c'est-à-dire lorsqu'elle est continue et non interrompue, paisible, publique et non équivoque, c'est-à-dire à titre de propriétaire¹⁷²⁷, elle représente une donnée déterminante¹⁷²⁸ qui semble l'emporter sur toutes autres présomptions¹⁷²⁹. Cette situation doit néanmoins être relativisée car son explication réside en grande partie dans l'attraction du débat possessoire en cas de litige portant sur l'existence du droit de propriété. Il est en effet très intéressant pour le défendeur à l'action en revendication d'attirer le débat sur le terrain possessoire en établissant sa qualité de possesseur de façon à présumer celle de propriétaire et ainsi contraindre le demandeur à établir la délicate preuve de son droit¹⁷³⁰. Dès lors, les autres présomptions¹⁷³¹ concourent fréquemment à la caractérisation de la possession¹⁷³². La possession, en raison de son caractère public, permet d'établir simplement une preuve efficace du droit de propriété. Le défendeur à l'action en revendication, par la démonstration de sa qualité de possesseur, présume qu'il est le propriétaire actuel du bien concerné. La possession occupe ainsi fort logiquement depuis longtemps une place privilégiée au rang des modes de preuve du droit de propriété. Depuis le droit romain, l'entrée en possession de la chose cédée s'est inscrite dans le cadre de rituels organisés à cet effet et a toujours joué un rôle essentiel dans la preuve du droit de propriété¹⁷³³. Aussi de nos jours, « *l'apparence a-t-elle conservé un rôle essentiel en la matière. Le juge recherche en effet, au cours du procès pétitoire, le droit de propriété le plus apparent, sans jamais aboutir à une certitude* »¹⁷³⁴.

539. Faiblesse de la preuve par le titre d'acquisition. Le caractère « diabolique » de la preuve du droit de propriété n'explique pas pour autant toutes les insuffisances de la preuve par le titre d'acquisition. Dans un système où la propriété se transmet *solo*

¹⁷²⁷ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 452, p. 659.

¹⁷²⁸ DUCLOS, *op. cit.*, n° 40, observant que le droit positif accorde « *un rôle déterminant à la possession du fait que, la plupart du temps, le possesseur est également le véritable propriétaire* ».

¹⁷²⁹ Cass. Civ. 10 janvier 1860, *DP* 1860, 1, 74 ; Cass. Req. 31 mai 1905, *S.* 1905, 1, 525.

¹⁷³⁰ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 221, p. 363.

¹⁷³¹ Ainsi en est-il d'une mention sur le cadastre, Cass. Req. 13 juin 1938, *S.* 1938, 1, 886 ; Cass. Civ. 14 février 1900, *DP* 1900, 1, 593 ; Cass. Civ. 10 mars 1953, *JCP* 1953, II, 7842, note WEILL. Il en va de même du paiement des impôts fonciers, Cass. Civ. 1^{ère} 14 octobre 1957, *Bull. Civ.* I, n° 368, ou bien d'indices matériels, Cass. Req. 20 novembre 1834, *S.* 1835, 1, 170 ; Cass. Req. 28 octobre 1901, *S.* 1903, 1, 779.

¹⁷³² Un auteur a soutenu ainsi que les preuves, y compris le titre, tendent dans l'action en revendication, à établir la possession, MENDELSSOHN, *De la preuve de la propriété immobilière*, Thèse Paris, 1922, citée par F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 229, p. 372.

¹⁷³³ V. *supra* n° 10.

¹⁷³⁴ A. RABAGNY, *op. cit.*, p. 137.

consensu et se prouve par sa cause¹⁷³⁵, le titre d'acquisition du droit de propriété devrait logiquement représenter un élément de preuve de premier ordre¹⁷³⁶ supplantant la possession¹⁷³⁷ puisqu'il matérialise la convention translative, c'est à dire le *negotium*¹⁷³⁸. Le titre serait ainsi en droit de jouir d'un crédit significatif en matière probatoire¹⁷³⁹. Or, il n'en est rien et il est admis actuellement en droit positif que le titre constitue, à l'instar de la possession, une présomption simple de propriété¹⁷⁴⁰. En présence d'un conflit de titres émanant d'auteurs différents, les juges, qui disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation¹⁷⁴¹, se prononcent en faveur de « *la preuve d'un droit meilleur ou plus probable* »¹⁷⁴², c'est-à-dire en faveur de la partie dont les présomptions sont les meilleures et les mieux caractérisées¹⁷⁴³. Le titre d'acquisition est ainsi placé sur un même plan que la possession et ce, même si sa date est antérieure au commencement des actes de possession¹⁷⁴⁴. Comme l'affirme M. Cornu, « *l'essentiel est de comprendre qu'ici titre et possession ne sont pas des preuves de nature différente, mais des preuves de même ordre, à réduire, en tant que facteurs de vraisemblance, au rang d'éléments de présomptions, au même rang d'indices sans hiérarchie* »¹⁷⁴⁵.

540. La dimension probatoire du titre d'acquisition est donc relativement réduite en droit positif, phénomène qui est accentué par l'attraction fréquente de la preuve par le titre au

¹⁷³⁵ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 222, p. 363.

¹⁷³⁶ En ce sens, LEVY, thèse préc., n° 80, p. 140, soulignant l'importance de la preuve par le titre d'acquisition : « *Par là même en effet que la loi nous dit comment il (le droit de propriété) s'acquiert, elle nous dit comment il se prouve. Il se prouve donc par le titre ou par prescription* ».

¹⁷³⁷ Il était autrefois privilégié en jurisprudence l'antériorité du titre d'acquisition : Cass. Civ. 22 juin 1864, DP 1864, 1, 412. Les décisions récentes de la Cour de cassation tendent à abandonner l'application systématique du critère de l'antériorité pour une appréciation des juges de la preuve rendant le droit de propriété le plus vraisemblable : Cass. Civ. 3^{ème} 21 décembre 1987, n° 86-14143, D. 1989, somm. p. 31, obs. A. ROBERT.

¹⁷³⁸ En conséquence, le titre est démontrable par d'autres moyens qu'un écrit : Cass. Civ. 3^{ème} 20 juillet 1988, n° 87-10998, Bull. Civ. III, n° 136, *Defrénois* 1989, 359, obs. SOULEAU, RTD Civ. 1989, 776, obs. F. ZENATI. Ainsi, une simple facture peut l'établir : en ce sens, Cass. Civ. 1^{ère} 11 janvier 2000, n° 97-15406, Bull. Civ. I, n° 5, JCP G 2000, I, 265, n° 2, obs. H. PERINET-MARQUET, *Defrénois* 2000, 37196, obs. Ch. ATIAS, RTD Civ. 2002, 121, obs. Th. REVET.

¹⁷³⁹ Rapp. LEVY, thèse préc., n° 2, p. 11 : « *que le titre succombe devant la possession. Ce ne sera pas seulement la confiance de l'acquéreur qui sera trompée, ce sera celle de tous ses ayant cause. Et en même temps que la circulation de la propriété sera ralentie, la vie économique entière souffrira* ».

¹⁷⁴⁰ Cass. Civ. 3^{ème} 18 décembre 1968, Bull. Civ. III, n° 566 ; Cass. Civ. 3^{ème} 26 octobre 1988, n° 87-11258, JCP 1988, IV, 410.

¹⁷⁴¹ Cass. Civ. 1^{ère} 21 février 1950, Bull. Civ. I, n° 50 ; Cass. Civ. 3^{ème} 24 octobre 1990, n° 88-15667, Bull. Civ. III, n° 207, D. 1991, somm. 310, obs. A. ROBERT.

¹⁷⁴² AUBRY et RAU, *op. cit.*, T. 2, § 219, p. 349, note 5.

¹⁷⁴³ Cass. Civ. 27 mars 1929, GP 1929, 1, 758.

¹⁷⁴⁴ Ch. LARROUMET, *Droit civil, les biens, droit réels principaux*, T. II, 4^{ème} éd., 2004, *Economica*, n° 693, p. 400.

¹⁷⁴⁵ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 12^{ème} éd., 2005, Montchrétien, Col. Domat droit privé, n° 1614, p. 664. L'auteur ajoute que le titre, comme la possession, « *subit une sorte de déclassement dans l'échelle des modes de preuve, pour être réduit à l'état d'indice, dénominateur commun* ».

sein du débat possessoire¹⁷⁴⁶. Cette situation surprend et l'importance du débat possessoire ne représente pas une explication satisfaisante dans la mesure où elle est, à vrai dire, une conséquence de la faiblesse de la preuve par le titre d'acquisition. En effet, en présence d'une action en revendication, le débat s'oriente fréquemment sur le terrain possessoire, car, à la différence du titre, la possession dispose intrinsèquement d'une force probante supérieure. La possession, en raison de son caractère ostensible, présume que le possesseur est l'actuel propriétaire du bien, ce que ne peut établir le titre d'acquisition qui est relatif aux parties. Cette « relativité » du titre d'acquisition¹⁷⁴⁷ se constate à deux niveaux. Tout d'abord, s'agissant du *negotium* puisque le droit de propriété acquis *solo consensu* n'est valable qu'entre les parties. Ensuite, s'agissant de *l'instrumentum* puisque le titre d'acquisition représente un élément de preuve émanant des parties et ne présentant aucun caractère public. A vrai dire, la relativité du titre d'acquisition s'accorde mal avec la preuve du droit de propriété au sein d'un système où lors d'une opération translatrice, la propriété « *se transmet* » par l'effet des obligations en application de l'article 711 du Code civil. Celle-ci, dans le cadre du débat probatoire sur l'existence du droit de propriété, présente trois inconvénients. Tout d'abord, opposer dans le cadre d'un conflit de titres d'auteurs différents la preuve relative que constitue le titre d'acquisition au tiers qu'est le *verus dominus* pose un problème de principe¹⁷⁴⁸, même si la jurisprudence admet actuellement que le titre d'acquisition est opposable aux tiers en tant que fait ayant valeur de présomption¹⁷⁴⁹. Ensuite, en raison de sa relativité, le titre d'acquisition ne démontre pas que le défendeur à l'action en revendication est l'actuel propriétaire du bien. En effet, le titre de propriété représente un élément de preuve de la qualité de propriétaire du disposant à un moment donné, qui peut ne pas correspondre avec l'identité de l'actuel du propriétaire. A cet égard, la possession, en ce qu'elle est l'apparence de la qualité de propriétaire actuel d'un bien « *joue un rôle essentiel dans la preuve de la propriété, sans*

¹⁷⁴⁶ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 227, p. 368: « le titre constituera souvent un élément de preuve au service de la possession, soit qu'il l'établisse, soit qu'il permette de mieux la caractériser, notamment pour prouver l'*animus domini* ».

¹⁷⁴⁷ Rappr, DUCLOS, *op. cit.*, n° 41, soulignant à propos de l'utilisation du contrat comme preuve de la propriété, que « *cette preuve est seulement relative ; elle ne constitue qu'une présomption de fait en faveur du droit contesté* ».

¹⁷⁴⁸ V. les références citées par F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 229, p. 371-372.

¹⁷⁴⁹ Les tiers ne peuvent ainsi pas exciper de l'effet relatif des conventions prévu à l'article 1165 C. Civ. : Cass. Civ. 22 juin 1864, préc. ; Cass. Req. 20 février 1900, *DP* 1900, 1, 250 ; Cass. Civ. 15 mai 1923, *DP* 1926, 1, 13 ; Cass. Civ. 29 octobre 1945, *D.* 1946, 18 ; Cass. Civ. 3^{ème} 5 mai 1982, n° 81-11228, *Bull. Civ.* III, n° 116, *D.* 1983, IR, 17, obs. A. ROBERT : « *Celui qui soutient être propriétaire d'un fonds peut invoquer, à titre de présomption vis à vis des tiers, des titres translatifs ou déclaratifs de propriété ; Dès lors doit être cassé l'arrêt qui, pour débouter une partie de son action en revendication de propriété énonce que ses titres ne sont pas opposables au défendeur qui n'a, ni par lui-même ni par ses auteurs concouru à ces actes alors que la preuve de la propriété est étrangère à la question de l'opposabilité des actes aux tiers* ».

laquelle cette preuve serait, comme le disaient les anciens auteurs, diabolique »¹⁷⁵⁰. Dès lors qu'elle n'est pas viciée, « elle peut être préférée au titre même antérieur du revendiquant surtout si elle est corroborée par des indices autres qu'un titre dont par hypothèse ne dispose pas le possesseur »¹⁷⁵¹. S'ajoutent, enfin, le risque inhérent à une situation où l'élément de preuve que représente le titre d'acquisition émane directement des parties. Limité en matière immobilière en raison de l'intervention d'un notaire, le risque de fraude des parties par antedate ou postdate du titre d'acquisition est en effet bien présent dans les cessions mobilières où le jeu de l'article 2276 du Code civil est exclu¹⁷⁵². Ce n'est pas tant la relativité du *negotium* qui pose ici difficulté que celle de l'*instrumentum*.

541. On mesure alors l'importance sur le plan probatoire d'un système où la collectivité est systématiquement associée au titre d'acquisition. En présence d'un conflit de titres d'auteurs différents, le propriétaire actuel d'un bien pourra plus efficacement prouver la réalité de son droit de propriété, même s'il restera soumis à l'éventualité de l'absence de titre de son propre auteur et d'une application de l'adage *nemo ad alium transferere plus juris quam ipse habet*. Le caractère diabolique de la preuve du droit de propriété, propre à l'adoption d'un système d'acquisition dérivée du droit de propriété, n'explique pas à lui seul les faiblesses actuelles de la preuve par le titre d'acquisition. Il est ainsi clair que la consécration du transfert de propriété *solo consensu* avec le Code civil de 1804 a affaibli le régime de la preuve du droit de propriété, en conférant à cette dernière un caractère relatif qui n'existait pas dans le système antérieur¹⁷⁵³.

B) Le renforcement de la preuve du droit de propriété par le titre d'acquisition dans le transfert *sola traditione*

542. *La preuve du droit de propriété par le formalisme d'opposabilité.* Les formalités d'opposabilité du droit de propriété puisent leur origine dans les rituels et techniques qu'ont pu connaître le droit romain et l'ancien droit français, lesquels étaient destinés à frapper les esprits des personnes présentes pour qu'ensuite elles puissent en témoigner.

¹⁷⁵⁰ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 451, p. 659.

¹⁷⁵¹ Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 693, p. 400.

¹⁷⁵² Comme c'est le cas, par exemple, en matière de vente de fonds de commerce.

¹⁷⁵³ A. RABAGNY, *op. cit.*, p. 149-150 : « Le système antérieur exigeait, pour que le contrat soit valable, qu'il se manifeste extérieurement par des rituels. Les tiers, et notamment la famille, en étaient ainsi informés. La preuve de la propriété était ainsi facilitée. En revanche, lorsque le transfert *solo consensu* de la propriété fut admis, la mutation n'était plus portée à la connaissance des tiers et demeurait occulte. La propriété devenait donc incertaine ».

Preuve et opposabilité du droit de propriété étaient alors mêlées, sans qu'aucune de ces deux notions ne se distingue véritablement l'une de l'autre¹⁷⁵⁴. En déconnectant le droit de propriété de son opposabilité, le législateur de 1804 a dissocié l'opposabilité du droit de propriété du régime probatoire de ce dernier. Parce qu'il nait de l'échange des consentements, la preuve de l'existence du droit de propriété dans le cadre d'un procès est subordonnée à la production du titre d'acquisition dont la valeur probante sera appréciée par le juge. Parce que le titre d'acquisition n'est pas suffisamment sécurisant pour les tiers, l'opposabilité *erga omnes* est fonction d'un procédé ostensible, tel que la publicité foncière. Relatif aux parties, le titre d'acquisition est ainsi devenu un élément de preuve parmi d'autres, dont le caractère probant est laissé à l'appréciation des juges¹⁷⁵⁵. Duclos s'est efforcé de distinguer les notions de preuve et d'opposabilité. Selon lui, l'utilisation du contrat comme preuve de la propriété relève de l'opposabilité-probatoire¹⁷⁵⁶, laquelle se distingue de l'opposabilité substantielle du droit. Pour l'auteur, la singularité de l'opposabilité probatoire provient tout d'abord de ce que « *le titre invoqué n'est qu'une présomption de l'homme, susceptible de tomber devant une preuve meilleure.... Ensuite, il ne s'agit pas d'opposer le contrat comme un acte juridique que le tiers doit respecter dans son effet relatif : la convention n'est ici qu'un simple fait constituant un élément de preuve. Aussi, est-il préférable, en l'espèce, de parler d'opposabilité probatoire, afin de ne pas confondre celle-ci avec l'opposabilité substantielle de l'opération juridique voulue par les parties* »¹⁷⁵⁷. A l'appui de son affirmation, Duclos souligne que la preuve du droit de propriété peut être rapportée indépendamment de l'accomplissement des formalités d'opposabilité substantielle, ce qui démontre la pertinence de la distinction entre opposabilité probatoire et opposabilité substantielle¹⁷⁵⁸. Prouver l'existence du droit de propriété n'équivaut donc pas à l'opposer *erga omnes*. Dans le premier cas, il s'agit pour le propriétaire, dans le cadre particulier d'un procès, d'établir l'« existence » de son droit

¹⁷⁵⁴ A. RABAGNY, *op. cit.*, p. 152-153, pour laquelle l'étude historique des règles régissant le transfert de propriété permet de « *mettre en lumière les liens qui unissent la volonté, les rituels destinés à associer la communauté au transfert et la preuve de la propriété immobilière. Lorsque le groupe social était impliqué dans le transfert, le formalisme primitif permettait de s'assurer de son consentement à l'aliénation. Celle-ci était rendue apparente, parfois même incontestable* ».

¹⁷⁵⁵ V. *supra* n° 539.

¹⁷⁵⁶ V. *supra* n° 375.

¹⁷⁵⁷ DUCLOS, *op. cit.*, n° 41.

¹⁷⁵⁸ DUCLOS, *op. cit.*, n° 43 : « *le point le plus remarquable, par rapport au concept d'opposabilité se situe en cas de non- respect des formalités de publicité foncière par les actes normalement soumis à ces formalités. En effet, le défaut de publicité du titre n'empêche pas ce dernier d'être opposé comme élément de preuve, pourvu que le conflit n'ait pas eu lieu entre des ayants cause du même auteur. Cette précision permet de mieux percevoir la différence qui existe entre l'opposabilité probatoire et celle de la convention-opération juridique* ».

à l'égard de son adversaire. Dans le second cas, il s'agit pour le propriétaire d'assurer l'« efficacité » de son droit à l'égard de tous¹⁷⁵⁹.

543. Ce faisant, la règle du transfert de propriété *solo consensu* a abouti à l'incongruité selon laquelle le cessionnaire d'un bien devra tantôt « opposer » son droit dans le cadre du litige l'opposant à un autre ayant cause du même auteur, tantôt le « prouver » à l'égard de la personne se revendiquant comme le véritable propriétaire du bien en cas de conflit de titres d'auteurs différents. Cette situation est incongrue car la nature de l'action du propriétaire - preuve ou opposabilité du droit - est différente selon la qualité du tiers rencontré - ayant cause concurrent ou véritable propriétaire. Or, dans un cas comme dans l'autre, le propriétaire est face à un tiers à l'égard duquel il espère faire reconnaître son droit. Il s'ensuit que l'on pourrait imaginer que les formalités d'opposabilité puissent concourir, de même que le titre d'acquisition, à la preuve du droit de propriété. Après tout, l'opposabilité d'un droit suppose nécessairement l'existence de ce droit. En présence du schéma du transfert de propriété *solo consensu*, la jurisprudence s'y refuse en excluant que la preuve du droit de propriété puisse s'établir par la publicité foncière dont ce n'est pas la finalité¹⁷⁶⁰. Un argument au soutien de cette solution est d'affirmer que la publicité foncière « n'établit jamais la véracité d'un droit : elle ne porte que sur des actes, sans jamais purger les vices de forme ou de fond qui pourraient les affecter »¹⁷⁶¹. Cependant, lorsqu'il se prévaut de l'accomplissement des formalités de publicité foncière dans le cadre d'un conflit de titres d'un même auteur, l'acquéreur d'un bien immobilier n'invoque pas seulement un acte mais aussi et surtout l'efficacité de son droit. La jurisprudence a par ailleurs déjà admis par le passé en présence d'une cession de titres financiers que les formalités d'opposabilité puissent constituer des « présomptions de propriété ». En effet, avant les réformes opérées par les ordonnances du 24 juin 2004 et du 8 janvier 2009, qui ont généralement subordonné le transfert de propriété des titres financiers à l'inscription au compte titres de l'acheteur, la jurisprudence considérait pour les titres non cotés que l'inscription en compte, qui était alors une formalité d'opposabilité non translatrice de

¹⁷⁵⁹ Rappr. DUCLOS, *op. cit.*, n° 31 : « En bref, la preuve est synonyme de pertinence et l'opposabilité de respect par les tiers ».

¹⁷⁶⁰ Cass. Civ. 3ème 23mars 1981, n° 79-14044; *Bull. Civ. III*, n° 80, *RTD Civ.* 1982, p. p. 168, obs. GIVERDON: « En matière de propriété immobilière, les juges du fond apprécient souverainement les modes de preuve qui leur sont présentés et qui échappent aux règles de la publicité foncière dont la finalité est distincte et différente ».

¹⁷⁶¹ W. DROSS, *op. cit.*, n° 46-1, p. 90.

propriété, constituait une présomption de propriété¹⁷⁶². Cette solution n'est plus applicable depuis que le transfert des titres financiers procède généralement de l'inscription en compte. Pourtant, le rôle probatoire de l'inscription demeure en ce cas, de même qu'en présence des autres manifestations positives du transfert de propriété *sola traditione*. En effet, la tradition confère aux formalités d'opposabilité une dimension probatoire car celles-ci comportent alors un effet constitutif de droit¹⁷⁶³. C'est donc la preuve du droit de propriété qui s'établit alors par l'accomplissement du formalisme d'opposabilité, c'est-à-dire de l'inscription au compte de l'acheteur, laquelle devient la cause directe du transfert de propriété. Le régime de la preuve du droit de propriété se trouve alors renforcé¹⁷⁶⁴ par ce nouvel élément dont la force probante est supérieure à celle attachée actuellement à l'acte translatif.

544. Renforcement de la preuve par le « titre » d'acquisition en présence de la règle du transfert *sola traditione*. Dans un système où le transfert de propriété s'opère *sola traditione*, la preuve de la propriété coïncide avec son opposabilité *erga omnes*. En effet, les formalités d'opposabilité, autrement dit la tradition, constituent au lieu et place de la convention l'élément de preuve central de la propriété puisqu'elles sont constitutives de droit. Elles se substituent par conséquent à l'*instrumentum* de la convention et matérialisent le « titre d'acquisition ». Ce phénomène n'est pas une simple hypothèse puisqu'il se constate d'ores et déjà dès lors que l'on considère les manifestations positives du transfert différé de propriété. Il convient alors d'examiner les rapports qu'entretient ce nouveau mode de preuve du droit de propriété avec la possession et la convention.

¹⁷⁶² Cass. Com. 22 novembre 1988, n° 86-18152, *Bull. Joly* 1989, p. 84 ; Cass. Com., 23 novembre 1993, n° 91-19409, *Bull. Civ.* 1993, IV, n° 431, *JCP G* 1994, IV, 293; *Bull. Joly* 1994, p. 93, note D. LEPELTIER, *Dr. Sociétés* 1994, comm. 41, obs. H. HOVASSE ; Cass. Com., 10 juin 1997, n° 95-16235, *Bull. Civ.*, IV, n° 186, *Bull. Joly* 1997, p. 859, note J.-J. DAIGRE, *Dr. sociétés* 1997, comm. 134, note H. HOVASSE ; Cass. Com., 22 octobre 2002, n° 98-22772, *D.* 2003, somm. p. 1225, note A. REYGROBELLET, *Bull. Joly* 2003, p. 50, note H. LE NABASQUE : « Mais attendu que si l'inscription de titres en compte sur le registre de la société constitue une présomption de propriété desdits titres au profit du titulaire du compte, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis que la Cour d'appel a, sans en renverser la charge, retenu que M. Marc X(...) avait rapporté la preuve de la non cession de ses 2 380 actions aux époux Y(...) et en a tiré les conséquences qui sont vainement critiquées par les deuxième et troisième moyens ; que les moyens ne sont fondés en aucune de leurs branches » ; Cass. Com., 5 mai 2009, n° 08-18165, *D.* 2010, 123, note L. D'AVOUT : « qu'après avoir constaté qu'aucun registre des transferts de titres n'avait été tenu au sein de la société lors de la cession des titres litigieux, ce dont il résultait qu'aucune présomption de propriété ne pouvait être retenue en faveur de Mr Pierre Y, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis que la Cour d'appel a retenu que ce dernier avait établi sa possession de bonne foi des actions litigieuses... ».

¹⁷⁶³ V. *supra* n° 175 et s.

¹⁷⁶⁴ A propos de la cession de titres financiers, v. L. D'AVOUT, note sous Cass. Com., 5 mai 2009, *D.* 2010, p. 124 et s., spéc. p. 127 : « En l'état du droit positif ..., la valeur de l'inscription obligatoire en compte est forte puisqu'elle est celle d'une formalité légale de transfert emportant présomption simple d'appartenance régulière des titres ».

545. En premier lieu, la matérialisation du titre d'acquisition à travers la tradition plutôt qu'à travers l'*instrumentum* de la convention permet de pallier les inconvénients issus de la relativité du titre d'acquisition¹⁷⁶⁵. La preuve du droit de propriété s'établit alors au moyen d'un procédé qui non seulement cristallise au plan substantiel la constitution *erga omnes* du droit de propriété mais qui est également plus sécurisant au plan formel pour les tiers en raison de son extériorité limitant les risques de fraude au titre d'acquisition des parties. C'est en cela qu'il est permis d'affirmer que le titre d'acquisition est « renforcé » par la règle du transfert de propriété *sola traditione*. Dans cette perspective, la convention n'est plus logiquement amenée à remplir un rôle probatoire puisqu'elle est dépourvue d'effet constitutif de droit.

546. En second lieu, la question de la relation entre la tradition et la possession doit être développée. En dehors du cas de la prescription acquisitive, il convient de se demander si la preuve de la propriété par les formalités d'opposabilité exclut la preuve par la possession au sein du schéma du transfert *sola traditione*. C'est que la preuve par la possession n'est pas parfaite. La possession, dont l'extériorité fait présumer la qualité de propriétaire, repose sur des actes matériels qui peuvent ne pas correspondre avec la situation de droit. En d'autres termes, le défendeur à l'action en revendication qui est en possession d'un bien peut ne pas en être l'actuel propriétaire. C'est la raison pour laquelle le défendeur à l'action en revendication n'a pas forcément la qualité de possesseur utile du bien, nécessaire pour présumer la qualité de propriétaire. Ainsi que le font remarquer MM. Zenati-Castaing et Revet, « *contrairement à ce que l'on pourrait penser a priori, la possession, et l'avantage qui en résulte, ne sont pas l'apanage du défendeur. Ce dernier est certes par hypothèse en possession, mais sa possession ne revêt pas toujours l'utilité requise pour la mise en œuvre de la présomption légale de propriété. Dans ce cas, le défendeur ne sera déchargé de la preuve qu'en raison de sa position dans l'instance, c'est-à-dire pas nécessairement de manière durable ; il suffira que le demandeur établisse une possession utile antérieure pour qu'un renversement de la charge de la preuve se produise* »¹⁷⁶⁶. La possession constitue donc un élément de preuve du droit de propriété important mais qui peut comporter des inconvénients dans la mesure où le fait peut ne pas correspondre au droit.

¹⁷⁶⁵ V. *supra* n° 540.

¹⁷⁶⁶ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 221, p.363.

547. Cette distorsion n'existe pas dans la perspective du transfert de propriété *sola traditione*. Le titre d'acquisition que représentent les formalités d'opposabilité permet d'établir la preuve du droit de propriété parce que celles-ci affichent un effet constitutif de droit ; il n'est ainsi aucune ambiguïté provenant d'une distorsion entre le droit et le fait. Cela est particulièrement vrai au vu de la matière de la preuve de la propriété immobilière. L'adoption de la règle du transfert *sola traditione* conduit à conférer à l'accomplissement des formalités de publicité foncière un effet constitutif de droit qui permet alors de prouver efficacement la qualité de propriétaire de l'acquéreur. En effet, la publicité foncière, parce qu'elle marque le transfert de propriété au profit de l'acquéreur représente le titre d'acquisition de ce dernier, prouvant sa qualité de propriétaire au moment de la cession. Surtout, elle permet de prouver la qualité de propriétaire actuel du bien en raison de sa finalité informative spécifique¹⁷⁶⁷ et du contrôle de la chaîne des transmissions imposé en jurisprudence au Service de la publicité foncière, qui doit s'assurer que le disposant du bien correspond à la personne figurant au fichier immobilier¹⁷⁶⁸. En matière immobilière, le schéma du transfert de propriété *sola traditione* confère ainsi au titre d'acquisition une valeur probante inégalable et supérieure à celle de la possession. Il en va de même pour les droits de propriété intellectuelle avec le rôle constitutif devant être attaché *de lege feranda* aux formalités de publicité auprès de l'INPI¹⁷⁶⁹.

§2) Les contours de l'effet probatoire des formalités d'opposabilité de l'acquisition du droit de propriété

548. Dans le cadre d'un transfert de propriété *sola traditione*, le titre d'acquisition doit être privilégié dans le cadre de l'administration de la preuve du droit de propriété, en raison de sa valeur probante qui se trouve renforcée. Pour autant, il ne doit pas constituer une preuve « absolue » du droit de propriété, purgeant ce dernier de ses vices et excluant les autres modes de preuve de la propriété. Même dans le cadre particulier du transfert de propriété *sola traditione*, il est ainsi en principe préférable que le titre d'acquisition représente une présomption simple (A) et non exclusive (B) du droit propriété, ne purgeant pas ce dernier de ses vices éventuels.

¹⁷⁶⁷ Au-delà d'une simple extériorisation de l'opération translatrice, nécessaire à l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété, la publicité foncière affiche une fonction informative spécifique, destinée à informer le public sur la situation précise d'un bien immobilier. En cela, elle est une « institution de police civile ». Sur ce point, v. *supra* n° 436.

¹⁷⁶⁸ V. *supra* n° 213, au sujet de la règle de l'effet relatif de la publicité foncière.

¹⁷⁶⁹ V. *supra* n° 223.

A) Une présomption simple de propriété

549. *La tradition, mode dérivé d'acquisition de la propriété.* Dès lors que l'on considère qu'elles sont constitutives de droit, une idée est d'appréhender les formalités d'opposabilité du droit de propriété, autrement dit la tradition, comme un élément de preuve absolue ne souffrant d'aucune preuve contraire. Preuve parfaite du droit de propriété, elles conduiraient à une purge des vices éventuels de ce dernier de sorte qu'en cas d'acquisition *a non domino*, le vrai propriétaire ne pourrait espérer établir l'irrégularité du titre de l'acquéreur du bien. En empêchant l'administration de la preuve contraire, la tradition s'assimilerait alors à un mode originaire d'acquisition du droit de propriété, où le droit de l'acquéreur s'acquiert indépendamment de celui de son auteur. La solution est appliquée par le droit allemand à travers le principe d'abstraction¹⁷⁷⁰. Relevant que la plupart des actes de disposition procèdent alors du droit des biens et non du droit des obligations, M. Pédamon souligne que ces actes sont « *coupés, séparés de l'acte générateur d'obligation, de l'opération de base dont ils apparaissent pourtant comme l'exécution. C'est pourquoi, la nullité d'origine ou la déclaration d'annulation de cet acte obligationnel n'a pas de répercussions sur eux, C'est pour garantir la sécurité du commerce juridique, pour assurer la protection des tiers que ce principe d'abstraction a été proclamé au 19^{ème} siècle et qu'il a été consacré par le BGB* »¹⁷⁷¹. Le droit allemand fait notamment application de cette règle en matière immobilière à travers le système du Livre foncier, où l'inscription prise après des vérifications judiciaires du titre présume de façon irréfragable la qualité de propriétaire. Il faut avouer qu'il y a là un moyen très efficace et très pratique de rapporter la preuve du droit de propriété¹⁷⁷², laquelle n'a alors rien de « diabolique ». Le recours à la règle du transfert de propriété *sola traditione* peut alors conduire à appréhender le titre d'acquisition que représente la tradition comme un mode de preuve absolue du droit de propriété.

550. Cependant, cette perspective n'est pas opportune et deux arguments abondent en faveur d'une appréhension de la tradition en tant que présomption simple de propriété : l'un juridique, l'autre d'opportunité. L'argument juridique s'appuie sur le principe

¹⁷⁷⁰ Sur les principes de séparation et d'abstraction en droit allemand, v. *supra* n° 28.

¹⁷⁷¹ M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand, op. cit.*, n° 8, p. 7. Dans le même sens, M. FROMONT, *op. cit.* n° 242, p. 128.

¹⁷⁷² Ch. LARROUMET, *op. cit.*, n° 686, p. 394-395. Le droit français connaît un système identique concernant les cessions d'aéronefs, qui doivent faire l'objet d'une inscription au registre des immatriculations. L'alinéa 1^{er} de l'article L. 121-10 du Code de l'aviation civil indique que « *l'inscription au registre d'immatriculation vaut titre* ». Il ressort de cette disposition que l'inscription constitue une preuve absolue du droit de propriété.

d'acquisition dérivée de la propriété, consacré en droit français par l'article 711 du Code civil qui évoque les différentes manières dont la propriété « s'acquiert et se transmet » : par succession, donation entre vifs ou testamentaire et par l'effet des obligations¹⁷⁷³. Il ressort de cette règle qu'en présence d'un transfert de propriété d'origine conventionnelle, l'acquéreur tient nécessairement son droit de son auteur et non de façon abstraite du mécanisme translatif. A cet égard, il convient de souligner que la solution est identique selon que l'on applique la règle du transfert de propriété *solo consensu* ou celle du transfert *sola traditione*. En effet, la subordination du transfert de propriété à l'accomplissement des formalités d'opposabilité du droit de propriété plutôt qu'à l'échange des consentements n'empêche pas de considérer le droit de l'acquéreur par référence à celui de son auteur. La théorie de l'abstraction n'est ainsi pas l'effet juridique, direct et inéluctable, de l'admission de la règle du transfert de propriété *sola traditione*. Le choix d'un régime juridique de la preuve du transfert de propriété qui corresponde à la lettre de l'article 711 du Code civil est donc parfaitement possible. Le principe du transfert de propriété par la tradition doit ainsi s'inscrire dans le cadre du système traditionnel français de l'acquisition dérivée de la propriété, où le mécanisme translatif représente une présomption simple de propriété souffrant de la preuve contraire, en particulier de celle apportée par le *verus dominus*.

551. Fondée sur l'apparence se dégageant du caractère ostensible de la tradition¹⁷⁷⁴, le recours à la théorie de l'abstraction conduirait à vider de sa substance la notion même d'acquisition dérivée, qui deviendrait techniquement inconcevable puisque le droit de l'ayant cause ne conserverait aucun lien avec celui de son auteur. Au demeurant, ses implications vis-à-vis de la matière immobilière doivent être précisées. En effet, le recours à un mécanisme translatif « abstrait » rapprocherait le formalisme du transfert de propriété de l'usucapion. Son application conduirait alors à une modification technique de l'usucapion, supprimant tout délai de prescription pour lui conférer un caractère « automatique ». Le droit de propriété de l'ayant cause naîtrait alors immédiatement et irréfragablement de l'accomplissement de la formalité requise, sans qu'il soit besoin

¹⁷⁷³ ROGRON, *op. cit.*, Art. 711, p. 347 : « Les moyens d'acquérir, indiqués par cet article, sont des moyens dérivés ; car ils servent à transférer la propriété d'une personne à une autre ».

¹⁷⁷⁴ A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, vol. 1 et 2, ANRT, 2011, n° 1832 et s., p. 993-1038. Plus nuancé, en matière de titres financiers, J. GRANOTIER, *op. cit.*, n°552-554, p. 298-299, spéc. p. 299 : « le rejet total de l'apparence comme fondement de l'article L. 211-16 du Code monétaire et financier nous semble toutefois excessif. Il apparaît en effet que le phénomène d'apparence créé par l'inscription en compte peut être vérifié dans certains cas, alors que cette vérification s'avère impossible dans d'autres cas ».

d'attendre le terme d'un délai de prescription acquisitive. Cette perspective n'est pas opportune au sein de notre système de transfert de propriété d'origine conventionnelle, où le droit de propriété s'acquiert de façon dérivée.

552. L'argument d'opportunité a vocation à souligner l'équilibre issu du système consacré par le droit positif, qui garantit le respect des droits de l'ayant cause et ceux du vrai propriétaire. Il apparait, en effet, équitable que celui-ci puisse défendre ses droits à travers l'exercice d'une action en revendication tout en préservant la possibilité pour l'ayant cause de se prévaloir d'une prescription acquisitive consolidant son droit avec le temps de façon à ce qu'il devienne incontestable¹⁷⁷⁵. Limitée de manière spécifique par le jeu de l'article 2276 du Code civil en matière de meubles corporels¹⁷⁷⁶ dans l'intérêt de la sécurité du commerce mais aussi de l'acquéreur¹⁷⁷⁷, l'assimilation de l'accomplissement de la tradition à une présomption simple de propriété doit généralement prévaloir, notamment en matière immobilière. Il est d'ailleurs nécessaire d'observer que le droit allemand applique le principe de l'abstraction parce qu'il dispose, à la différence du droit français, d'un corps spécialisé et à même d'assurer « *un service public de la transmission officielle des droits réels et autres droits patrimoniaux* »¹⁷⁷⁸. Qui plus est, le droit allemand ne pratique pas de manière stricte le principe d'abstraction et lui trouve par ailleurs un tempérament à travers la notion d'« enrichissement injustifié »¹⁷⁷⁹. En effet, la

¹⁷⁷⁵ Comp. A. RABAGNY, *op. cit.*, p. 271, pour qui l'application stricte de la règle positive présente de nombreux inconvénients en particulier en matière immobilière de sorte que « *la sécurité des transactions immobilières pourrait au contraire être mieux assurée que par l'abandon du caractère confortatif de la publicité, ce qui reviendrait à adopter le système du Livre foncier* ».

¹⁷⁷⁶ Cass. Com. 7 mars 2006, n° 04-13569, *Bull. Civ. IV*, n° 62, *RTD Civ.* 2006, p. 348, obs. Th. REVET, *D.* 2006, p. 2363, obs. B. MALLET-BRICOUT, refusant l'application de la disposition à une licence de boissons. Dans le même sens, en matière de fonds de commerce, Cass. Civ. 26 janvier 1914, *DP* 1914, 1, p. 112 ; Cass. Civ. 1^{ère} 2 mars 1960, *Bull. Civ. I*, n° 141.

¹⁷⁷⁷ En ce sens, W. DROSS, *Juris-Classeur Code civil*, « Articles 2276 et 2277, prescription acquisitive mobilière », 2009, n° 9 : « *Si la protection de la sécurité des échanges est un objectif légitime, on peut cependant douter qu'elle commandait une telle lecture de la maxime. Le souci de favoriser la circulation des meubles a conduit la doctrine à sacrifier totalement les intérêts du propriétaire victime d'un abus de confiance ou d'une escroquerie pour protéger l'acquéreur du meuble, alors même qu'il l'aurait acquis d'un individu qui n'en fait pas le commerce habituel. Ce n'est donc plus l'intérêt du commerce strictement entendu que l'on défend, mais la sécurité de tout échange et finalement, la seule bonne foi du possesseur. Avec l'interprétation de l'article 2276 qui s'est imposée d'abord en doctrine puis en jurisprudence, le droit du propriétaire du meuble cède moins devant un intérêt général que devant un intérêt particulier : la propriété légitime recule devant la bonne foi et l'objectif annoncé est dépassé* ».

¹⁷⁷⁸ L. D'AVOUT, *Quelques observations sur la valeur des publicités réelles en droit français (ou pourquoi en matière de meubles, l'inscription ne vaut pas titre)*, *D.* 2008, p. 888 et s., spéc. p. 890, soulignant qu'un « *tel système d'investiture, rigide et inutilement onéreux, exigerait sans doute, comme en Allemagne, l'installation d'un corps spécialisé de presque fonctionnaires, exclusivement compétents pour l'attribution de la propriété privée et, partant, seuls responsables sur leurs deniers propres des inscriptions indues ou autrement défectives* ».

¹⁷⁷⁹ M. FROMONT, *op. cit.*, n° 242, p. 128.

règle de l'abstraction souffre d'exceptions permettant à l'invalidité de l'acte générateur d'obligations d'invalidier le transfert de propriété. C'est notamment le cas lorsque l'une des parties à l'acte présente des troubles mentaux ou lorsque l'acte viole la loi ou la morale¹⁷⁸⁰. En droit français, on retrouve cette limitation avec la règle de l'article 2276 du Code civil, où l'effet acquisitif de droit attaché à la possession d'un meuble corporel individualisé peut être remis en cause par la démonstration de la mauvaise foi du possesseur¹⁷⁸¹. Parce qu'elle est artificielle, la théorie de l'abstraction ne peut s'appliquer de façon absolue, justifiant un certain pragmatisme. Ce qui est exception au sein d'un système d'acquisition originaire du droit de propriété doit nécessairement être un principe au sein d'un système d'acquisition dérivée. Par conséquent, en présence de la règle du transfert de propriété *sola traditione*, la preuve du droit de propriété doit par principe s'entendre d'une preuve simple et non absolue afin de garantir l'équilibre des intérêts en présence. Dans cette perspective, la preuve contraire doit être recevable. Cependant, par exception, des cas particuliers existent.

553. Cas particulier du sous-acquéreur d'un bien immobilier. Il est admis depuis un arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1992, que l'action en revendication du *verus dominus* ne peut espérer prospérer qu'en cas de caractérisation de la mauvaise foi du sous-acquéreur d'un bien immobilier. Dans cette espèce, un vendeur avait cédé successivement le même immeuble à deux acquéreurs distincts, le second publiant son titre en connaissance de la vente antérieure non publiée. Puis, ce dernier revendait le bien à un sous-acquéreur. La Cour d'appel est alors censurée par la Haute Cour pour avoir appliqué la règle *nemo plus juris* aux sous-acquéreurs qui se prévalaient du défaut de publication du premier acquéreur sans avoir démontré la mauvaise foi de ces derniers¹⁷⁸². Cette solution a été présentée comme la consécration d'un cas d'acquisition originaire de la propriété puisque le sous acquéreur pourra efficacement opposer le droit qu'il a acquis et publié, sauf s'il est démontré sa mauvaise foi¹⁷⁸³. Il est vrai qu'elle en présente les caractéristiques

¹⁷⁸⁰ M. FROMONT, *Ibid.*

¹⁷⁸¹ Cass. Civ. 1ère 23 mars 1965, *Bull. Civ. I*, n° 206.

¹⁷⁸² Cass. Civ. 3ème 11 juin 1992, préc., *D.* 1993, 528, note A. FOURNIER : « attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si les époux David (sous-acquéreurs), qui avaient fait publier leur titre, avaient eu connaissance de la vente consentie antérieurement aux époux Desquiens, mais non publiée, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef ».

¹⁷⁸³ En ce sens, A. RABAGNY, *op.cit.*, p. 271 : « la revente a non domino conserve ainsi son efficacité et déroge au caractère confortatif de la publicité foncière, l'acte publié par le sous-acquéreur étant purgé de ses vices » ; F. DANOS, *op. cit.*, n° 433, p. 485 : « d'une certaine manière, la publicité foncière opère au profit du sous-acquéreur une purge du vice qui affectait le droit de son auteur à l'égard du premier acquéreur et la publicité

en conférant au titre d'acquisition la valeur d'une présomption irréfragable de propriété. Cependant, cette solution paraît être remise en cause par l'évolution récente de la jurisprudence rejetant la théorie de l'opposabilité subjective en présence d'une cession immobilière¹⁷⁸⁴. Dès lors, le sous-acquéreur d'un bien immobilier ne pourra opposer sa bonne foi au véritable propriétaire et devra céder face aux prétentions de ce dernier. La propriété qu'il a acquise à l'égard des tiers par la publicité foncière s'inscrit alors nécessairement dans le cadre d'une acquisition dérivée et non abstraite.

554. Cas particulier de la cession de titres financiers. L'exemple des cessions de titres financiers est particulièrement intéressant car le droit positif consacre de longue date la solution de l'acquisition différée du droit de propriété, par l'effet de la tradition que constitue l'inscription au compte de l'acheteur¹⁷⁸⁵. Il pourrait dès lors être imaginé que l'inscription en compte revêt un caractère abstrait dans le cadre du débat sur la preuve du droit de propriété. Cette analyse reposerait sur l'idée selon laquelle l'acheteur puise dans l'inscription en compte son droit sans référence à celui de son auteur. L'inscription en compte vaudrait alors titre et emporterait la création d'un droit nouveau. Elle ferait présumer de façon irréfragable la propriété de l'acheteur, sans qu'il soit possible de renverser cette présomption par la preuve contraire. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 29 janvier 2008 peut être interprété en ce sens. Dans cette affaire la Haute Cour a conclu à l'impossibilité d'une mention relative au droit de propriété sur les valeurs mobilières en marge de l'inscription en compte, comme si cette dernière opérait une coupure nette avec le droit du disposant¹⁷⁸⁶. Certains auteurs ont ainsi estimé que l'inscription vaut titre et représente un mode d'acquisition originaire de propriété¹⁷⁸⁷.

foncière confère par elle-même à ce sous-acquéreur un droit de propriété pleinement valable qui s'impose alors à ce premier acquéreur».

¹⁷⁸⁴ V. *supra* n° 498.

¹⁷⁸⁵ Art.L. 211-15 et 211-17 alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier qui énoncent que « *les titres financiers se transmettent par virement de compte à compte* » avant d'ajouter que « *le transfert de propriété de titres financiers résulte de l'inscription de ces titres au compte-titres de l'acquéreur* ».

¹⁷⁸⁶ Cass. Com. 29 janvier 2008, n° 06-19624 : « *Viole les articles L. 228-1 du Code de commerce et L. 211-4 du Code monétaire et financier, dans leur rédaction applicable en la cause, la Cour d'appel qui, pour juger qu'une société avait satisfait à son obligation d'inscription sur le registre des titres, relève que si l'émetteur doit agir au seul vu d'un ordre de mouvement émanant d'un actionnaire inscrit en compte sans pouvoir porter la moindre appréciation sur cet ordre ni en modifier les données, rien ne lui interdit de mentionner de façon objective, en marge de son inscription, toute information portée à sa connaissance ou qu'il possède par lui-même, relative au droit de propriété sur les actions en cause, alors que l'inscription en compte des valeurs mobilières au nom de leur titulaire, n'ayant pas pour fonction d'informer les tiers des imperfections susceptibles d'affecter les droits de celui-ci, ne peut-être assortie d'aucune mention ayant un tel objet* ».

¹⁷⁸⁷ H. HOVASSE, obs. sous Cass. Com. 29 janvier 2008, n° 06-19624, *Juris-Data* n° 2008-042530, *Dr. Sociétés* 2008, comm. 79, pour lequel « *l'acheteur ne tient pas son droit de l'effet translatif de la vente : il est investi de la propriété par l'inscription en compte. En fait de valeurs mobilières, inscription vaut titre. C'est d'ailleurs, la*

L'article L. 211-16 du Code monétaire et financier, issu de l'ordonnance du 8 janvier 2009, semble pouvoir être cité au soutien de ce raisonnement dans la mesure où il énonce que « *nul ne peut revendiquer pour quelle que cause que ce soit un titre financier dont la propriété a été acquise de bonne foi par le titulaire du compte titres dans lequel ces titres ont été inscrits* ». La référence à une propriété « *acquise* » ainsi qu'à l'impossibilité d'une revendication « *pour quelle que cause que ce soit* » laisse penser que l'inscription emporte constitution abstraite d'un droit de propriété au profit de l'acheteur, détaché de celui de son auteur. Cette opinion a trouvé un certain écho en doctrine qui estime que l'acquéreur est titulaire d'un « *nouveau* » droit de propriété par l'effet de l'inscription en compte¹⁷⁸⁸ de sorte qu'hormis les vices inhérents aux titres¹⁷⁸⁹, l'acquéreur ne peut être atteint par les prétentions du *verus dominus* dans le cadre d'une action en revendication exercée par ce dernier. Selon cette analyse, l'article L. 211-16 du Code monétaire et financier procède d'une transposition en la matière de la règle de l'article 2276 du Code civil¹⁷⁹⁰.

555. Cependant, la position qui précède n'est pas unanimement partagée. On a ainsi souligné l'intérêt à ce que les dispositions spéciales du droit des titres financiers ne dérogent pas au droit commun et permettent l'action en revendication du vrai propriétaire en présence d'une acquisition *a non domino*. Selon M. D'Avout, si l'inscription en compte affiche en droit positif un effet constitutif de droit, « *il ne faut pas pour autant outrancier les effets de la formalité en y voyant l'alpha et l'omega du transfert. Si cela est techniquement possible, le droit commun garde son empire... ; l'acquéreur des titres ne tient pas sa propriété du registre, il la tient – si celui-ci est identifiable (ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse de l'interposition d'un marché ou d'un système multilatéral de règlement-livraison) - de son auteur c'est-à-dire du précédent propriétaire dont il prend*

solution qui prévalait en jurisprudence pour la transmission des valeurs mobilières nominatives avant la réforme de la dématérialisation et avec laquelle le législateur a entendu renouer. L'efficacité d'une transmission à un sous-acquéreur n'est plus déterminée par la validité de l'acquisition précédente : l'acquéreur tenant sa propriété de l'inscription des valeurs mobilières peut la transmettre efficacement à un sous-acquéreur quand bien même l'acquisition précédente serait nulle, sauf fraude ».

¹⁷⁸⁸ J. GRANOTIER, *op. cit.*, n° 545, p. 295 : « *La règle de fond contenue dans cette disposition a pour conséquence d'établir un principe d'inopposabilité des exceptions en cas de circulation des valeurs mobilières. Le sous-acquéreur de titres inscrits sur son compte-titres ne peut se voir opposer aucun vice de son droit de propriété. Le fait que l'inscription en compte constitue un titre acquisitif purge les vices du droit de propriété et fait acquérir au titulaire du compte un droit nouveau et exempt de vice ».*

¹⁷⁸⁹ En revanche, les vices inhérents aux titres transmis peuvent être opposés à l'acquéreur, J. GRANOTIER, *op. cit.*, n° 545, p. 295, lequel évoque l'article L. 228-28 du Code de commerce en vertu duquel la société émettrice peut poursuivre les propriétaires successifs de valeurs mobilières qui n'auraient pas été intégralement libérés.

¹⁷⁹⁰ En ce sens, J. GRANOTIER, *op. cit.*, n° 543, p. 294 : « *Dès lors, l'article L. 211-16 du Code monétaire et financier apparaît comme l'exact pendant, en matière de valeurs mobilières et plus largement de titres financiers, de l'article 2276 du Code civil* » ; W. DROSS, *op. cit.*, n° 302-5, p. 452.

la place par convention ou succession »¹⁷⁹¹. Il semble en effet excessif d'appréhender l'inscription en compte comme un mode d'acquisition originaire de la propriété des titres financiers dans la mesure où l'inscription en compte facilite le suivi des titres cédés et sécurise ainsi les transactions¹⁷⁹². L'inscription doit plus opportunément revêtir la valeur d'une présomption simple de propriété¹⁷⁹³, pouvant être renversée par la preuve contraire du vrai propriétaire. Cependant, la difficulté provient de l'avènement de l'article L. 211-16 du Code monétaire et financier qui est présenté comme une expression de l'article 2276 du Code civil à la matière des titres financiers¹⁷⁹⁴. Cette disposition condamne l'analyse selon laquelle l'inscription en compte représenterait une présomption simple de propriété puisque l'inscription vaut alors titre. Par conséquent, si le système juridique le plus équilibré correspond à celui de l'acquisition causale ou dérivée du droit de propriété, il doit ainsi être constaté par exception que l'inscription en compte des titres financiers doit s'entendre d'une présomption irréfragable de propriété.

B) Une présomption non-exclusive de propriété

556. *Recours à la possession à titre principal.* La question est de déterminer si, en présence de la règle du transfert de propriété *sola traditione*, la possession peut permettre la preuve du droit de propriété ou bien si cette preuve doit exclusivement s'administrer par le titre d'acquisition. D'un côté, le transfert de propriété procède exclusivement du formalisme d'opposabilité du droit de propriété de sorte que l'on pourrait imaginer que la preuve de ce dernier est exclusivement rapportée par la production du titre d'acquisition que constituent ces formalités. D'un autre côté, s'agissant d'établir l'existence du droit de propriété, on ne voit pas pourquoi la possession ne pourrait pas remplir une fonction probatoire de la même façon que le titre d'acquisition. Cette seconde approche doit prévaloir dans la mesure où la démonstration de l'existence du droit de propriété ne doit pas dépendre

¹⁷⁹¹ L. D'AVOUT, note sous Cass. Com., 5 mai 2009, préc., p. 126.

¹⁷⁹² P. CROCCO, *Propriété et garantie*, op. cit., n°470, p. 420 : « La finalité de l'article 2276 du Code civil est d'assurer la sécurité des transactions en matière mobilière en l'absence d'organisation d'un système de publicité. La raison d'être de ce texte fait que son application doit être écartée chaque fois qu'il existe un système de publicité requise à peine d'inopposabilité et permettant de connaître le véritable propriétaire du bien. Il en est ainsi dans le cas des aéronefs et des navires qui font l'objet d'une immatriculation sur un registre. Tel est également le cas des titres nominatifs pour lesquels existe une mention sur un registre détenu par la société à son siège social ».

¹⁷⁹³ En ce sens, L. D'AVOUT, note préc., p. 126. *Adde.* L. D'AVOUT, *Quelques observations sur la valeur des publicités réelles en droit français (ou pourquoi en matière de meubles, l'inscription ne vaut pas titre)*, note préc., p. 890 : « On ne voit donc pas pourquoi l'écriture privée en compte du transfert conventionnel de la propriété d'une valeur mobilière serait de nature à purger le titre de ses vices, faisant échec au principe de rétroactivité des annulations ou résolutions affectant la cause conventionnelle d'acquisition ».

¹⁷⁹⁴ V. *supra* n° 554.

exclusivement du titre d'acquisition, d'autant plus que l'extériorité du formalisme d'opposabilité du droit de propriété, autrement dit de la tradition, n'établit pas parfois la qualité de propriétaire actuel. Il appartient alors au juge, statuant dans le cadre d'un litige en revendication, d'apprécier la présomption de propriété dont la force probante est la plus significative.

Dans le cadre du transfert de propriété *sola traditione*, la question se pose de savoir si la possession peut être utilement invoquée par l'acquéreur d'un bien à défaut d'accomplissement des formalités substantielles d'opposabilité du droit de propriété. La réponse à cette question est assurément positive dès lors que la prescription acquisitive est invoquée, pour peu qu'un texte la prévoit concernant l'opération donnée, dans la mesure où sa finalité est justement de pallier la déficience du titre de l'acquéreur. Ce dernier peut alors démontrer que l'écoulement du temps de prescription possessoire lui a permis d'acquérir un droit ayant pour origine la convention conclue avec son auteur. En revanche, en dehors du cas de figure de la prescription acquisitive, l'acquéreur ne pourra invoquer la possession afin de rapporter la preuve d'un droit de propriété dont il n'est pas titulaire faute d'avoir exécuté la tradition, c'est-à-dire le formalisme d'opposabilité *erga omnes*.

557. *Recours à la possession à titre subsidiaire.* La règle du transfert de propriété *sola traditione* n'exclut pas systématiquement la preuve par la possession du droit de propriété. Si en matière immobilière, la possession revêt une force probante moins importante que le titre d'acquisition que représente la tradition¹⁷⁹⁵, elle conserve subsidiairement une utilité dans d'autres matières. La possession conserve une fonction probatoire évidente dans les cas où le titre d'acquisition que représentent les formalités d'opposabilité du transfert de propriété n'atteste pas suffisamment de la qualité de propriétaire actuel de l'acquéreur. En effet, il ne doit pas être perdu de vue que l'opposabilité du droit de propriété n'implique pas nécessairement que les formalités substantielles concernées prennent systématiquement les traits de publicités légales. Le transfert de propriété *erga omnes* peut parfaitement résulter de procédés ostensibles qui ne sont pas constitutifs de publicités légales. En pareille situation, le titre d'acquisition que représentent ces formalités constitutives de droit prouve bien la qualité de propriétaire au moment de l'opération translatrice mais n'établit pas forcément la qualité de propriétaire actuel. Tel est le cas, par exemple, en présence d'une cession de créance de droit commun, où la preuve du droit de

¹⁷⁹⁵ V. *supra* n° 546.

propriété pouvant être rapportée par la signification de la cession auprès du débiteur-cédé n'établit pas la qualité de propriétaire actuel du cessionnaire ; ce dernier a très bien pu céder ultérieurement sa créance de sorte qu'il n'en est plus le propriétaire actuel. La possession actuelle de la créance¹⁷⁹⁶ peut alors, concourir utilement et efficacement à la preuve du droit de propriété.

¹⁷⁹⁶ L'idée même de la possession d'une créance est évoquée à travers l'article 1240 du Code civil : « *Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé.* »

CONCLUSION DU CHAPITRE 1^{er}

558. L'apport principal de la règle de la constitution du droit réel par la tradition concerne l'opposabilité de ce dernier. En premier lieu, cette perspective permet d'attirer cette opposabilité vers une conception objective. Puisque le formalisme d'opposabilité est constitutif de droit réel, il doit être appréhendé de manière objective, ce qui doit mettre fin aux atermoiements actuels du droit positif hésitant entre une approche objective ou subjective de l'opposabilité. En second lieu, les difficultés relatives à la preuve par le titre d'acquisition du droit de propriété sont liées à la règle du transfert de propriété *solo consensu*. En raison de sa relativité et de sa clandestinité, l'*instrumentum* de la convention ne représente pas l'élément de preuve que privilégie la jurisprudence, qui lui préfère la technique du faisceau d'indices où la possession du bien joue un rôle déterminant. La règle de la constitution du droit de propriété *sola traditione* conduit à un renforcement de la preuve du droit de propriété par le titre d'acquisition que constitue alors le formalisme d'opposabilité *erga omnes*, c'est-à-dire la tradition. Celle-ci, en raison de son caractère ostensible, constitue un élément de preuve significatif de l'acquisition du droit de propriété, devant en principe prévaloir sur la possession.

CHAPITRE 2^{ème} L'OPPOSABILITE DE LA PROPRIETE RESERVEE

559. Si, lorsque la propriété est transférée, l'opposabilité du droit de propriété procède d'une extériorisation destinée à extraire la convention de l'éventuelle fraude des parties, il en va différemment lorsque la propriété est seulement réservée puisque l'opposabilité de la clause de réserve de propriété résulte alors d'un simple écrit. Après avoir justifié le régime juridique particulier de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété (section 1^{ère}), il conviendra ensuite de souligner l'apport de la règle du transfert de propriété *sola traditione* qui permet de sécuriser l'opposabilité de la clause de réserve de propriété lors de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'acheteur (section 2^{ème}).

Section 1^{ère} La validation de l'opposabilité par l'écrit de la convention de réserve de propriété

560. La règle de l'opposabilité par l'écrit de la clause de réserve de propriété interpelle car elle ne nécessite pas d'extériorisation particulière. L'opposabilité de la convention de réserve est ainsi limitée lorsqu'elle entre en conflit avec d'autres droits réels, si bien que l'on peut s'interroger sur l'opportunité du recours à une publicité légale. Cependant, après avoir exposé le régime particulier de l'opposabilité par l'écrit (§1), il sera conclu à l'inopportunité d'une opposabilité par la publicité légale de la clause de réserve de propriété dans la mesure où celle-ci ne peut être utilisée à des fins frauduleuses (§2).

§1) La règle de l'opposabilité par l'écrit de la clause de réserve de propriété

561. Le formalisme de la convention de réserve de propriété se traduit par l'exigence d'un écrit, représentant la condition de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété (A). En raison de sa relativité, l'opposabilité de la réserve de propriété est logiquement limitée, ce qui se vérifie par l'étude des solutions apportées aux conflits entre ayants cause (B).

A) L'écrit, condition d'opposabilité de la convention de réserve de propriété

562. L'opposabilité de la réserve de propriété est subordonnée à l'établissement d'un écrit (1), convenu entre les parties (2).

1) L'exigence d'un écrit

563. *Justification de l'exigence d'un écrit : l'opposabilité aux tiers de la réserve de propriété.* En présence de l'ouverture d'une procédure collective, l'exigence d'une clause de réserve de propriété constatée par écrit trouve son origine dans la loi du 12 mai 1980¹⁷⁹⁷ et figure aujourd'hui à l'article L. 624-16, alinéa 2, du Code de commerce, selon lequel la clause de réserve de propriété doit avoir été "*convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison*". Cette exigence a été généralisée par l'ordonnance du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés qui a introduit l'article 2368 du Code civil qui prévoit désormais que « *la réserve de propriété est convenue par écrit* ». L'écrit ne représente donc pas une condition de validité de la convention de réserve de propriété et la réforme du droit des sûretés n'a pas retenu la proposition qui avait été faite en ce sens par le rapport Grimaldi en 2005¹⁷⁹⁸. L'écrit est, en conséquence, requis *ad probationem*, afin de prouver l'existence de la convention de réserve de propriété. Mais l'écrit est également nécessaire car il conditionne plus généralement l'opposabilité de la convention de réserve de propriété. L'écrit est donc plus qu'une simple condition probatoire de la convention et représente une condition d'opposabilité aux tiers de cette dernière. Malgré son caractère occulte, la doctrine lui reconnaît cet effet majeur depuis longtemps en présence de l'ouverture d'une procédure collective¹⁷⁹⁹ et considère, à juste titre, qu'il doit en être de même en application de l'article 2368 du Code civil, dans la mesure où celui-ci n'exige pas la rédaction d'un écrit à peine de nullité¹⁸⁰⁰.

564. *Absence de conséquence sur le choix de l'écrit.* Nonobstant l'importance que l'écrit revêt, la question du choix de son support n'est pas précisée par les textes de sorte que l'on considère que la clause de réserve de propriété peut régulièrement figurer sur des

¹⁷⁹⁷ Malgré son intitulé, la loi « *relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de ventes* » du 12 mai 1980 concerne le droit des procédures collectives et non celui de la vente.

¹⁷⁹⁸ M. GRIMALDI, « Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, Rapport à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des Sceaux, Ministre de la justice », in *La Documentation française*, 2005, p. 15.

¹⁷⁹⁹ M. LEVIS, *op. cit.*, n° 326, p. 276 ; F. DANOS, *op. cit.*, n° 304, p. 336 ; P. CROCQ, *op. cit.*, n°342, p. 298 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBEQUE, *op. cit.*, n° 732, p. 664.

¹⁸⁰⁰ F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 1423, p. 776, note 33. Dans le même sens, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 241, p. 390.

documents commerciaux¹⁸⁰¹, tels que les bons de commandes, les conditions générales de ventes ou bien encore les bons de livraison. Ainsi, que le résume Mme Pérochon, « *le principe est donc clair : un acte sous seing privé n'est pas nécessaire et tous les documents contractuels habituels peuvent a priori constituer l'écrit imposé par la loi* »¹⁸⁰². Pourtant, se pose la question de l'articulation du choix de l'écrit avec la fonction d'opposabilité lui étant attribuée. Cette perspective ne nécessite-t-elle pas qu'un écrit soit requis pour chaque vente ? Dès lors que l'on considère que l'écrit est seulement requis pour prouver l'accord des volontés sur l'existence de la clause, il est possible d'admettre qu'à partir du moment où la clause a été prévue une fois par écrit et qu'elle a un caractère usuel entre les parties, il n'est pas nécessaire qu'elle soit stipulée pour chaque vente. Cette position fut cependant rejetée par la jurisprudence à travers plusieurs décisions¹⁸⁰³. Pour chaque vente, le vendeur devait établir l'existence d'un écrit contenant la clause, l'antériorité ou la concomitance de cet écrit par rapport à la livraison et, enfin, le lien entre l'écrit et les marchandises vendues et revendiquées¹⁸⁰⁴. Injustifiée pour certains¹⁸⁰⁵, cette solution a été défendue par une partie de la doctrine par la volonté de protéger le consentement de l'acheteur¹⁸⁰⁶. A également été émise l'idée selon laquelle la solution jurisprudentielle s'expliquerait davantage par le rôle joué par l'écrit en matière de lutte contre la fraude. L'exigence de l'écrit lors de chaque vente serait nécessaire afin d'éviter une éventuelle fraude des parties aux droits des créanciers de l'acheteur, lequel pourraient arguer frauduleusement après l'opération translatrice de l'existence d'une réserve de propriété au profit du vendeur¹⁸⁰⁷. L'analyse est intéressante car elle lie, à l'instar de

¹⁸⁰¹ F. PEROCHON, thèse préc, n° 177, p. 161-162, et les références citées. La jurisprudence a également admis très tôt cette possibilité : Cass. Com. 12 décembre 1984, 2 arrêts, n° 83-13075 et n° 82-16712, *D.* 1985, IR, 255, 2^{ème} espèce, obs. DERRIDA.

¹⁸⁰² F. PEROCHON, thèse préc, n° 177, p. 162.

¹⁸⁰³ Cass. Com., 5 novembre 1985, n° 84-15125, *Bull. Civ.* 1985, IV, n° 259 ; Cass. Com. 10 février 1987, n° 85-17028, *LPA* 1^{er} décembre 1987, p. 10, *Rev. proc. coll.* 1987-2, p. 74, n° 6.

¹⁸⁰⁴ CA Paris, 4 avril 1995 ; *Rev. proc. coll.* 1995, p. 472, obs. B. SOINNE.

¹⁸⁰⁵ En ce sens, M. CABRILLAC et M. VIVANT, obs. sous Cass. Com. 12 décembre 1984, *ADG* 1985, 14908, n° 12, pour lesquels « *rien dans la loi du 12 mai 1980 n'interdit de stipuler la réserve de propriété de façon générale et préalable ...* » ; J. GHESTIN, « *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, *D.* 1981 », *Chron.* 1, n° 62 ; F. PEROCHON, thèse préc, n° 182, p. 167 : « *Aucune raison ne justifie, en effet, d'aller au-delà des exigences légales et la clause figurant dans un contrat cadre dont il n'est pas contesté que l'acheteur l'a globalement acceptée est bien, selon nous, convenue dans un écrit : on ne voit pas pourquoi l'une des dispositions du contrat devrait être systématiquement rappelée par la suite* ».

¹⁸⁰⁶ Selon le Professeur SOINNE, l'exigence d'une clause écrite lors de chaque vente, exécutant un contrat cadre entre les parties, est destinée à protéger l'acheteur dont le consentement ne peut être éclairé « *que s'il est exprimé au moment de chaque vente avec l'environnement constitué par la situation de l'entreprise à cette époque* », *JCP* 1982, II, 13903, n° 9 et s., spéc. n° 11.

¹⁸⁰⁷ P. CROCQ, *Juris-Classeur Procédures Collectives, Fascicule 2545*, « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire, Situation du vendeur de meubles, Clause de réserve de propriété* », 2008, n° 62, pour qui l'idée d'une fonction essentiellement probatoire de l'écrit « *ne pouvait pas être admise si l'on considérait que l'écrit*

l'opposabilité du droit réel, l'opposabilité *erga omnes* de la clause de réserve de propriété à l'accomplissement d'un procédé destiné à éviter la fraude des parties aux droits des tiers. Cependant, cette orientation jurisprudentielle peut sembler avoir été battue en brèche par la réforme du 10 juin 1994 puisque l'actuel article L. 624-16, alinéa 2, du Code de commerce, prévoit que la clause peut être convenue « *dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties* ». Cette disposition valide ainsi la clause de réserve de propriété figurant généralement et préalablement dans un contrat cadre ou alors dans les conditions générales de vente. En réalité, à partir du moment où l'on reconnaît l'opposabilité intrinsèque de la clause de réserve de propriété, cette évolution ne modifie pas la fonction assignée à l'écrit. Qu'elle ait été matérialisée à travers un contrat cadre, dans les conditions générales de vente, ou à l'occasion de chaque vente issue des relations commerciales entre les parties, la réserve de propriété est pleinement opposable aux tiers. En l'état du droit positif, ce qui compte en matière d'opposabilité de la réserve de propriété c'est que la clause soit « exprimée » à travers un écrit accepté par les parties en amont de l'exécution de l'opération translatrice. Ainsi, s'explique que la clause soit non seulement écrite mais aussi convenue.

2) Un écrit convenu entre les parties

565. Validité de l'acceptation tacite de l'acheteur. Il a toujours été admis en jurisprudence que la réserve de propriété ne pouvait être le fruit que d'une stipulation contractuelle et qu'elle devait faire l'objet d'un accord de volontés entre le vendeur et l'acheteur¹⁸⁰⁸. Il s'ensuit que la clause ne peut être véritablement « opposée » qu'à la condition d'avoir été convenue par les parties. Cela suppose que la clause soit stipulée par le vendeur d'une manière suffisamment apparente, claire et lisible pour pouvoir être acceptée par l'acheteur en connaissance de cause¹⁸⁰⁹. Ce n'est là qu'une application à la fois du droit commun et de l'article L. 624-16, alinéa 2, du Code de commerce, qui exige que la clause de réserve de propriété soit "*convenue entre les parties*". Cependant, répondant aux besoins de la

était exigé pour lutter contre une possible fraude aux droits des tiers. Dans ce cas, il semblait nécessaire que la clause soit stipulée par écrit pour chaque vente à peine d'inopposabilité aux tiers et c'est ce qui avait été décidé par une jurisprudence constante ».

¹⁸⁰⁸ Sur la base de la considération selon laquelle le moment du transfert de propriété n'atteint pas l'essence de la vente. V. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^{ème} édition, publiée par R. Beudant et J. Lerebours-Pigeonnières, Paris, Rousseau, T. XI, par J. Brethe de la Gressaye ; COLIN et CAPITANT, *Traité de droit civil*, par L. Julliot de la Morandière, Paris, Dalloz, T. II, *Obligations. Théorie générale, Droits réels principaux*, 1959, p. 6 et 411 ; F. PEROCHON, thèse préc., n° 11.

¹⁸⁰⁹ CA Paris, 12 septembre 1999 ; D. 2000, somm. p. 65, obs. F. PEROCHON et D. MAINGUY. En ce sens, J. GHESTIN, art. préc., n°61, p. 15.

pratique, la Cour de cassation a assoupli cette exigence. Elle a ainsi admis que l'acceptation, par l'acheteur, de la réserve de propriété n'ait pas à être écrite¹⁸¹⁰ et ne requiert pas nécessairement la signature de l'acheteur¹⁸¹¹. Elle a aussi admis que le vendeur n'a pas à vérifier la nature et l'étendue du mandat dont dispose apparemment l'employé de l'acheteur qui signe le bon de livraison comportant la réserve de propriété et qui accepte, ainsi, la réserve de propriété au nom de l'acheteur¹⁸¹². Enfin, il a été jugé que cette acceptation de la réserve de propriété peut résulter de l'exécution du contrat en connaissance de cause¹⁸¹³ ou de l'existence de relations d'affaires entre les parties¹⁸¹⁴.

566. Cependant, même si elle est ainsi interprétée avec souplesse, l'exigence d'un accord de volontés ne disparaît pas pour autant et la jurisprudence n'a jamais admis l'existence d'une réserve de propriété sans un accord de volontés au moins implicite. Si cet accord n'existe pas et, *a fortiori*, en cas de désaccord exprès des parties, la réserve de propriété voulue par le seul vendeur ne peut pas produire effet¹⁸¹⁵. La Cour de cassation a, notamment, eu l'occasion de l'affirmer dans le cas de « *clauses croisées* », c'est-à-dire dans le cas où les conditions générales de vente du vendeur comprennent une clause de réserve de propriété alors que les conditions générales d'achat de l'acheteur contiennent une clause refusant expressément cette réserve de propriété. Dans cette hypothèse, la jurisprudence considère que la contradiction des conditions générales s'oppose à l'existence de la réserve de propriété¹⁸¹⁶ et, partant de là, à son opposabilité aux tiers. Cette solution de principe a été maintenue par la Cour de cassation¹⁸¹⁷. Par ailleurs, afin de protéger la liberté contractuelle de l'acheteur, la Haute Cour refuse que l'on puisse lui opposer une rétractation seulement implicite de son refus initial de la réserve de propriété. Il a, ainsi,

¹⁸¹⁰ Cass. Com., 19 février 1985, n° 84-10697, *Bull. Civ. IV*, n° 68, p. 59, *D.* 1986, IR p. 169, obs. F. DERRIDA.

¹⁸¹¹ Cass. Com., 17 mars 1998, n° 95-11.209, *Juris-Data* n° 1998-001247, *Bull. Civ. IV* 1998, n° 108, *D. Affaires* 1998, p. 803, obs. V. A.-R., *JCP G* 1998, I, 167, n° 12 et 13, obs. Ph. PETEL, *D.* 2000, somm. p. 75, obs. F. PEROCHON et D. MAINGUY.

¹⁸¹² Cass. Com., 19 mars 1996, n° 94-12.446, *Juris-Data* n° 1996-001202, *Rev. proc. coll.* 1997, p. 204, obs. B. SOINNE.

¹⁸¹³ Cass. Com., 12 décembre 1984, n° 82-16712, *Bull. Civ. IV*, n° 347, *D.* 1985, IR. p. 255, 3ème espèce, obs. F. DERRIDA. Dans le même sens, Cass. Com., 3 juin 1997, n° 93-21.322, *Juris-Data* n° 1997-002490, *JCP G* 1997, IV, 1582 ; Cass. Com., 13 octobre 1998, n° 96-10.861, *Juris-Data* n° 1998-003994, *D.* 2000, somm. p. 65, obs. F. PEROCHON et D. MAINGUY.

¹⁸¹⁴ En ce sens, Cass. Com. 31 janvier 2012, n° 10-28.407, *Dictionnaire permanent, Difficultés des entreprises*, Bulletin n° 334, février 2012, p.1-3, note J.P. REMERY, ayant déduit l'acceptation de la clause de réserve de propriété de l'existence de plusieurs factures réglées sans contestation par l'acheteur.

¹⁸¹⁵ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 468, p. 419.

¹⁸¹⁶ Cass. Com., 13 juin 1989, n° 88-11.951, *Bull. Civ.*, IV, n° 186 ; Cass. Com., 11 mai 1993, n° 90-19283, *D.* 1993, somm. p. 287, obs. F. PEROCHON, *Rev. proc. coll.* 1993, p. 555, obs. B. SOINNE.

¹⁸¹⁷ Cass. Com., 3 décembre 1996, n° 94-21.796, *Juris-Data* n° 1996-004629, *Bull. Civ.*, IV, n° 299, *RD bancaire et bourse* 1997, janv.-févr., n° 59, p. 37, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI, *Rev. proc. coll.* 1997, p. 199, obs. B. SOINNE.

été jugé d'une part, que le refus exprimé par l'acheteur ne peut être rétracté que par une acceptation à la fois expresse¹⁸¹⁸ et antérieure à la livraison¹⁸¹⁹ et, d'autre part, que ce refus ne peut être rétracté ni par l'exécution du contrat en connaissance de cause¹⁸²⁰, ni par la simple signature du bon de livraison¹⁸²¹. La seule condition de l'efficacité du refus opposé par l'acheteur dans ses conditions générales est que celui-ci soit porté à la connaissance du vendeur, sans toutefois que la clause exprimant ce refus n'ait à faire l'objet d'une acceptation particulière¹⁸²².

567. *Compatibilité de l'acceptation tacite de l'acheteur avec la règle de l'opposabilité par l'écrit de la propriété réservée.* Le droit de propriété, qu'il soit ou non réservé, est opposable ou ne l'est pas. Il ne peut exister d'incertitude en la matière de sorte qu'il est permis de se demander si la souplesse affichée par le droit positif à propos de l'acceptation de l'acheteur est compatible avec l'opposabilité par l'écrit de la clause de réserve de propriété. L'exigence d'une acceptation écrite de la part de l'acheteur pourrait tout d'abord représenter une mesure conforme à la lettre de l'article L. 624-16 du Code de commerce où il est fait référence à une clause « convenue », redondance qui n'aurait de sens que si elle requiert l'acceptation expresse de l'acheteur¹⁸²³. Mais cette exigence pourrait aussi être utile afin de matérialiser précisément l'accord des volontés et rendre ainsi opposable une convention de réserve de propriété dont la certitude est acquise¹⁸²⁴. Pourtant, à bien y réfléchir, il ne semble pas que la question de l'acceptation, expresse ou

¹⁸¹⁸ Cass. Com. 25 octobre 1994, n° 92-21.807, *Juris-Data* n° 1994-001943, *Bull. civ.*, IV, n° 316, *D.* 1996, somm. p. 212, obs. F. PEROCHON, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 185, obs. B. SOINNE, *JCP E* 1996, II, 779, note J. VALLANSAN ; Cass. Com., 28 mars 1995, n° 93-10291, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 192, obs. B. SOINNE.

¹⁸¹⁹ Cass. Com. 11 juillet 1995, deux arrêts, *Société Codec c/ Société Schweppes*, n° 93-10.570 et *Société Codec c/ Société Reckitt et Colman*, n° 93-10.104, *Juris-Data* n° 1995-002070 et 1995-002074, *Bull. Civ.*, IV, n° 211 et 213, *JCP G* 1996, II, 22583, note D. MAINGUY, *D.* 1996, somm. p. 212, obs. F. PEROCHON, *JCP G* 1996, I, 3896, n° 12, obs. Ph. PETEL, *JCP E* 1996, I, 523, n° 10, obs. R. BONHOMME, et II, 779, note J. VALLANSAN, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 471, n° 8, obs. B. SOINNE.

¹⁸²⁰ Cass. Com., 12 juillet 1994, *Bull. Civ.* IV, n° 268, *D.* 1996, somm. p. 212, obs. F. PEROCHON, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 185, n° 6, obs. B. SOINNE ; Cass. Com., 3 décembre 1996, n° 94-21.796, *Juris-Data* n° 1996-004629, *Bull. Civ.*, IV, n° 299.

¹⁸²¹ Cass. Com., 25 octobre 1994, préc.

¹⁸²² Cass. Com., 11 juillet 1995, préc., et Cass. Com., 11 juillet 1995, préc.

¹⁸²³ Certains auteurs ont soutenu la nécessité d'une acceptation expresse de l'acheteur. M. LEMONTEY, cité par F. PEROCHON, thèse préc., n° 180, p. 164, note 20 ; F. DERRIDA, *D.* 1985, IR, p.7, selon lequel, une autre interprétation dénaturerait l'exigence légale.

¹⁸²⁴ L'arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence, 25 février 1983, *D.* 1985, IR, 1, 16^{ème} espèce, obs. F. DERRIDA, est particulièrement éloquent à cet égard en ce qu'il indique qu'« étant destinée à rendre opposable la clause de réserve de propriété à la procédure collective, la forme écrite, prévue par la loi du 12 mai 1980, exigée non à titre probatoire mais à titre solennel, s'entend d'un écrit accepté expressément par l'acheteur dont la signature vaut acceptation ; les factures ou bons de livraison, qui ne sont pas signés de l'acheteur, ne peuvent être opérants, même s'ils n'ont donné lieu à aucune protestation, une attitude passive ne pouvant valoir acceptation que sur le terrain probatoire ». Ainsi, il est très nettement établi un lien entre l'acceptation expresse de l'écrit par l'acheteur et l'opposabilité aux tiers de la convention de réserve de propriété.

non, de l'acheteur doit représenter une condition de l'opposabilité aux tiers de la réserve de propriété car elle lui est en réalité étrangère. En effet, il est important d'insister sur le fait qu'à l'instar de l'opposabilité de la propriété transférée¹⁸²⁵, l'opposabilité de la propriété réservée répond principalement au souci d'éviter une fraude des parties aux droits des créanciers¹⁸²⁶. S'agissant de la convention de réserve de propriété, la question de l'acceptation expresse de l'acheteur importe peu car, en définitive, seule la date de conclusion de la clause est susceptible de s'inscrire dans le cadre d'une fraude aux droits de l'acheteur lorsqu'elle intervient postérieurement à la vente¹⁸²⁷. En conséquence, doit-il être admis que la validation en droit positif de l'acceptation tacite de la clause par l'acheteur est parfaitement compatible avec la règle de l'opposabilité *erga omnes* de la réserve de propriété par l'écrit.

B) L'écrit, instrument limité de résolution des conflits d'ayants cause

568. Garantie occulte, la clause de réserve de propriété voit son opposabilité limitée par l'article 2276 du Code civil (1) mais conserve en certains cas une efficacité résiduelle (2).

1) L'affaiblissement de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété par l'article 2276 du Code civil

569. *Inopposabilité de la clause de réserve de propriété au sous-acquéreur et au créancier gagiste.* Il est fréquent que l'acheteur d'un bien vendu sous clause de réserve de propriété l'ait revendu à un tiers et que ce dernier ait cru que son ayant cause en était le véritable propriétaire. Se pose ainsi la question de l'efficacité de la clause de réserve de propriété du vendeur dans le cadre de l'éventuel conflit l'opposant au sous-acquéreur. En premier lieu, il est permis de se demander si le vendeur peut s'opposer à la revente dans la mesure où l'acheteur a revendu au tiers acquéreur un bien qui ne lui appartenait pas encore à défaut du complet paiement du prix de vente. Pourtant, il est admis que le

¹⁸²⁵ V. *supra* n° 451 et s.

¹⁸²⁶ V. *infra* n° 585 et s.

¹⁸²⁷ J. GHESTIN, art. préc., n° 60 : « le but de cette exigence de forme est ... d'éviter une fraude qui ne peut être qu'une fraude aux droits des créanciers... . Il ne s'agit nullement de la validité de la clause...ni a priori de la protection du consentement de l'acheteur. Il n'y a donc aucune raison d'exiger un accord spécial pour ce dernier. Pour que la protection des intérêts des créanciers soit assurée, il suffit que l'acceptation de la clause soit certaine et qu'elle se situe avant la livraison des marchandises... Il suffit alors de l'acceptation du contrat de vente par l'acheteur, quelle que soit sa forme, pour que l'exigence de l'écrit, au sens de la loi du 12 mai 1980, soit satisfaite ; à la condition bien entendu, que cette acceptation porte également au moins implicitement sur les conditions générales de vente, y compris la clause de réserve de propriété ». Dans le même sens, E. Du PONTAVICE, « Intérêts et limites de la clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980 », *Banque*, 1982, p. 34 et s.; F. PEROCHON, thèse préc., n° 181, p. 165-166.

vendeur sous clause de réserve de propriété ne peut s'opposer à la revente du bien par l'acquéreur¹⁸²⁸. Cette analyse a été validée par la jurisprudence qui a admis la validité de la revente par l'acheteur alors même qu'il n'avait pas encore payé le vendeur de l'intégralité du prix de vente¹⁸²⁹. Il n'en reste pas moins qu'en cas de revente à l'initiative de l'acheteur, le droit du bénéficiaire de la réserve de propriété se trouve paralysé par l'application de l'article 2276 du Code civil dont peut exciper le sous-acquéreur, même dans le cadre d'une procédure collective¹⁸³⁰. Cependant, l'efficacité de la garantie du vendeur ne disparaît pas totalement car celui-ci, en application de l'article L. 624-18 du Code de commerce, bénéficie d'un report de son droit de propriété sur la créance du prix de revente dont l'acheteur faisant l'objet d'une procédure collective est titulaire à l'encontre du tiers acquéreur. Ce phénomène n'est cependant pas propre à la revente du bien et aux procédures collectives car la jurisprudence estime, d'une part, que la subrogation réelle s'applique également lorsque le transfert de propriété du bien au profit du tiers s'est effectué en exécution d'un contrat d'entreprise¹⁸³¹ et, d'autre part, que le report du droit de propriété sur le prix peut s'effectuer lorsque l'acheteur-revendeur est encore *in bonis*¹⁸³². Hormis le cas de la revente par l'acheteur du bien au profit d'un tiers acquéreur, le bénéficiaire de la réserve de propriété sera confronté à la même situation dès lors que son débiteur aura constitué ultérieurement sur le bien vendu un gage avec dépossession. Il est en effet acquis en jurisprudence que le créancier gagiste pourra, lui aussi, se prévaloir de l'application à son profit de l'article 2276 du Code civil¹⁸³³. Ainsi, la garantie du vendeur cède purement et simplement devant les droits du créancier gagiste ou du sous-acquéreur

¹⁸²⁸ F. PEROCHON, thèse préc., n° 106, p. 93 : « le vendeur sait pertinemment que l'acheteur, sauf exception, se fait livrer les marchandises dont il pense avoir besoin rapidement dans le cadre de son activité et qu'il ne peut s'offrir le luxe de les stocker jusqu'à leur paiement intégral. Aucun fournisseur ne peut prétendre faire abstraction de cette réalité, ni s'en plaindre tant que l'acheteur paie régulièrement ».

¹⁸²⁹ Cass. Com. 1^{er} octobre 1985, préc. : « Le but recherché par le législateur de 1980 n'est pas de bloquer le jeu normal des circuits commerciaux par une prohibition de la revente de marchandises normalement destinées à être revendues ». Dans le même sens, B. SOINNE, *JCP CI* 1982, II, 13903, n° 24 : « imposer un gel des produits pendant deux ou trois mois... serait profondément anti-économique ».

¹⁸³⁰ Cass. Com. 1^{er} octobre 1985, préc. ; Cass. Com., 3 mars 1987, n° 85-16138, *Rev. proc. coll.* 1987, n° 2, p. 77, n° 8, obs. B. SOINNE ; Cass. Com., 19 mai 1987, n° 85-18384, *D.* 1988, somm. p. 12, obs. F. DERRIDA.

¹⁸³¹ Cass. Com., 17 mars 1998, n° 95-11.209, *Juris-Data* n° 1998-001247, *Bull. Civ.*, IV, n° 108, *D. Affaires* 1998, p. 803, obs. V. A.-R., *JCP G* 1998, I, 167, n° 12 et 13, obs. Ph. PETEL, *D.* 2000, somm. p. 75, obs. F. PEROCHON et D. MAINGUY ; Cass. Com., 5 novembre 2003, n° 00-21.357, *Juris-Data* n° 2003-020806, *D.* 2003, p. 2965, *RTD Com.* 2004, p. 600, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁸³² Cass. Com., 29 mai 2001, n° 98-21126, *RTD Civ.* 2001, p. 930, obs. P. CROCQ, *Contrats, conc., consom.* 2001, comm. 133, obs. L. LEVENEUR. Par ailleurs, le nouvel article 2372 du Code civil, issu de la réforme des sûretés en 2006, énonce désormais que « le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien ».

¹⁸³³ Cass. Com., 14 novembre 1989, n° 88-11790, *Bull. Civ.* IV, n° 290, *D.* 1991, somm. p. 43, obs. F. PEROCHON, *Banque*, mars 1990, n° 503, p. 314, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; Cass. Com., 28 novembre 1989, n° 87-19626, *Bull. Civ.*, IV, n° 300, *D.* 1990, somm. p. 387, obs. L. AYNES, *D.* 1991, somm. p. 43, obs. F. PEROCHON, *RTD Civ.* 1991, p. 142, obs. F. ZENATI.

de l'acheteur, dont la primauté est reconnue par le droit positif en application de l'article 2276 du Code civil.

570. Rôle de l'appréciation jurisprudentielle de la condition de bonne foi de l'article 2276 du Code civil. Pour que les tiers puissent efficacement se prévaloir des dispositions de l'article 2276 du Code civil, ils doivent être en principe de bonne foi. La bonne foi est présumée en application de l'article 2268 du Code civil¹⁸³⁴ et il est ainsi nécessaire de savoir si l'usage de la clause de réserve de propriété dans les relations commerciales permet la caractérisation de la mauvaise foi de l'ayant cause se prévalant des dispositions de l'article 2276 du Code civil. La jurisprudence a, à plusieurs reprises, refusé de caractériser la mauvaise foi de l'ayant cause concerné¹⁸³⁵. En doctrine, certains auteurs ont accueilli favorablement cette position jurisprudentielle¹⁸³⁶, en estimant que l'appréciation de la condition de bonne foi de l'article 2276 du Code civil ne doit pas conduire à imposer aux ayants cause de l'acquéreur des recherches sur les pratiques contractuelles particulières d'un secteur d'activité qu'ils peuvent parfaitement ignorer. Cependant, elle fait l'objet de critiques qui sont centrées sur l'idée selon laquelle lorsque la propriété-garantie est conforme aux usages commerciaux, elle doit être considérée par les créanciers qui sont des établissements de crédit ou des professionnels du secteur d'activité concerné compte tenu de leur qualité¹⁸³⁷. La seule exception pourrait ainsi concerner les créanciers non professionnels¹⁸³⁸. Toujours est-il que la jurisprudence n'a jamais modifié sa position de sorte que si l'opposabilité de la clause de réserve de propriété par l'écrit est une réalité,

¹⁸³⁴ Par ailleurs, l'accomplissement de la formalité de publicité rendue possible par le décret du 21 octobre 1994 n'intervient pas car il s'agit d'une formalité dont ne dépend pas l'opposabilité du droit de propriété mais qui est destinée à faciliter l'action du revendicateur du bien concerné dans le cadre de la procédure collective du débiteur.

¹⁸³⁵ Cass. Com. 28 novembre 1989, préc., où la Haute Cour considéra pourtant que le créancier n'était pas de mauvaise foi et était dès lors fondé à invoquer l'article 2276 du Code civil ; Cass. Com. 14 novembre 1989, préc., où la Cour indiqua que le créancier n'a pas à « effectuer des vérifications ou des recherches que ni la loi ni les usages du commerce ne lui imposaient ». Déjà, CA Paris 2 octobre 1987, « Agrosipping », Banque décembre 1987, n° 478, p. 1208, obs. J.-L. RIVES-LANGE, *Rev. proc. coll.* 1988, n° 3, p. 306, n° 12, obs. B. SOINNE.

¹⁸³⁶ F. PEROCHON, obs. préc. sous Cass. Com. 14 novembre 1989 : « la solution est opportune car les recherches du créancier ne devraient pas seulement porter sur le contenu du contrat par lequel le constituant du gage s'est procuré les marchandises, mais aussi sur l'exécution de ce contrat : le banquier devrait concrètement exiger la preuve du paiement effectué par l'acheteur ... On ne voit pas d'ailleurs pourquoi, la sécurité du vendeur sous réserve de propriété, qui connaît l'article 2279 du Code civil et prend délibérément le risque d'une garantie occulte ... mais d'emploi aisé, justifierait un alourdissement des obligations des tiers qui traitent avec l'acheteur ».

¹⁸³⁷ En ce sens, P. CROCQ, *op. cit.*, n° 461, p. 414-415 : « La propriété-garantie étant conforme aux usages commerciaux, ce créancier ne peut se prévaloir de sa seule ignorance. Il nous paraît qu'il doit en envisager la possible existence et se renseigner à peine qu'une faute de négligence soit retenue contre lui ».

¹⁸³⁸ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 461, p. 414.

elle subit les conséquences de son caractère occulte et peut être contrariée par le jeu de l'article 2276 du Code civil.

571. *Conflit avec le rétenteur du bien.* En application des principes précédemment rappelés, la Cour de cassation a été amenée à prendre position en ce qui concerne l'éventuel conflit pouvant opposer le rétenteur au vendeur de la chose retenue qui bénéficie d'une clause de réserve de propriété. Ce dernier n'étant pas débiteur de celui qui entend retenir la chose en garantie de sa créance devrait pouvoir récupérer le bien. La Cour de cassation privilégie le droit du rétenteur, dès lors du moins qu'il peut faire valoir sa bonne foi liée à son ignorance de la clause de réserve de propriété¹⁸³⁹, et ce bien qu'il retienne le bien d'autrui¹⁸⁴⁰. Le vendeur bénéficiant de la clause de réserve de propriété doit alors désintéresser le créancier rétenteur avant de faire jouer sa garantie¹⁸⁴¹. Dans le prolongement des solutions retenues concernant le créancier gagiste ou le sous-acquéreur, la solution peut trouver une justification dans l'article 2276 du Code civil en présence de meubles corporels dans la mesure où il est admis de longue date que le droit de rétention est un droit réel¹⁸⁴². Il suffit que la bonne foi du rétenteur existe au jour de la rétention. Il ne peut en aller autrement que s'il est démontré que le rétenteur connaissait effectivement la clause de réserve de propriété¹⁸⁴³, analyse qui est parfaitement cohérente avec les solutions dégagées en présence du créancier gagiste et du sous-acquéreur de l'acheteur. L'opposabilité de la clause de réserve de propriété souffre donc du caractère occulte de cette dernière lorsqu'elle est confrontée à l'opposabilité *erga omnes* du droit de rétention.

572. *Conflit avec le bailleur d'immeuble.* L'opposabilité *erga omnes* de la clause de réserve de propriété peut également être malmenée en présence du conflit avec le bailleur

¹⁸³⁹ Cass. Com., 3 octobre 1989, n° 87-15725, *Bull. Civ.*, IV, n° 244, *JCP G* 1990, II, 21454, note M. BEHAR-TOUCHAIS, *D.* 1990, somm. p. 388, obs. L. AYNES, *RTD Com.* 1990, p. 251, obs. B. BOULOC, *RTD Civ.* 1990, p. 306, obs. F. ZENATI. Déjà, dans le même sens, CA Angers, 26 mars 1985, *D.* 1986, p. 537, note M. CONTAMINE-REYNAUD.

¹⁸⁴⁰ Tandis que l'opposabilité du droit de rétention est reconnue au créancier par la Cour de cassation à l'égard du propriétaire non intéressé à la dette, le Conseil d'état a déjà pu considérer que « l'exercice du droit de rétention constitue une atteinte grave et manifestation illégale au droit de propriété du propriétaire non débiteur », CE 2 juillet 2003, *JCP* 2003, 10180, note MARTIN et NAULEAU, *RTD Civ.* 2004, 324, obs. P. CROCQ. Le Tribunal des conflits a pris position et estime pour sa part que le droit de rétention s'exerce au préjudice du propriétaire non débiteur sans que cela ne constitue une voie de fait, TC 19 janvier 2004, *JCP* 2004, I, 188, n° 14.

¹⁸⁴¹ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 344, p. 300.

¹⁸⁴² Cass. Civ. 1^{ère} 7 janvier 1992, n° 90-14545, *Bull. Civ.* I, n°4, *JCP* 1992, II, 21971, note RAMAROLANTO-RATIARAY, *RTD Civ.* 1992, 586, obs. P.Y. GAUTIER : « Attendu que le droit de rétention d'une chose, conséquence de sa détention, est un droit réel, opposable à tous, et même aux tiers non tenus de la dette ». Les affaires tranchées par la Cour de cassation mettaient cependant en présence des créanciers qui étaient à la fois gagiste et rétenteur des biens concernés, ce qui, pour certains expliquerait le fondement de l'article 2276 du Code civil : P. CROCQ, *op. cit.*, n° 344, p. 300.

¹⁸⁴³ Sur un cas de connaissance par le commissionnaire de la clause, CA Paris, 20 mai 1988, *BTL* 1988, p. 548.

d'immeuble. En effet, dans un arrêt en date du 16 novembre 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁸⁴⁴ a eu l'occasion de s'aligner sur les positions des première et troisième chambres civiles¹⁸⁴⁵ en précisant que « *le privilège du bailleur d'immeuble porte sur tous les meubles garnissant le local loué, même s'ils appartiennent à un tiers, sauf s'il est établi que le bailleur connaissait l'origine de ces meubles lorsqu'ils ont été introduits dans ce local* ». La chambre commerciale fait ainsi primer le privilège du bailleur d'immeuble sur la clause de réserve de propriété dont disposait le vendeur¹⁸⁴⁶. Si l'arrêt est fondé sur l'article 2332 1° du Code civil relatif au privilège du bailleur d'immeuble, il existe une similitude évidente avec la solution tirée de l'article 2276 du Code civil¹⁸⁴⁷. L'explication de cette solution est à rechercher dans le caractère occulte de la clause de réserve de propriété affectant son opposabilité. La clause ne peut ainsi s'imposer en présence d'un conflit avec le privilège du bailleur d'immeuble, sauf pour le vendeur à se prévaloir de l'exception tirée de la connaissance effective du bailleur de l'origine des meubles au moment où ils ont été introduits dans le local¹⁸⁴⁸. Cependant, la bonne foi du bailleur se présume et n'est subordonnée à aucune investigation particulière¹⁸⁴⁹, ce qui confère une grande efficacité au privilège du bailleur d'immeuble.

2) L'efficacité résiduelle de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété

573. Conflit avec le cessionnaire Dailly. Il arrive que l'acheteur d'un bien vendu sous clause de réserve de propriété cède non seulement le bien concerné à un sous acquéreur mais également sa créance relative au prix de revente. Le vendeur ne pouvant obtenir la restitution du bien revendu en raison de l'application de l'article 2276 du Code civil,

¹⁸⁴⁴ Cass. Com., 16 novembre 2010, n° 09-70.765, *Bull. Civ. IV*, n° 178, *JurisData* n° 2010-021379.

¹⁸⁴⁵ Cass. Civ. 1ère 12 mai 1969, *Bull. Civ.*, I, n° 176, *D.* 1970, p. 43, note Ph. MALINVAUD ; Cass. Civ. 3^{ème} 24 juin 2009, n° 08-14357, *JurisData* n°2009-048770, *Bull. Civ. III*, n° 154, *Procédures* 2009, comm. 311, note R. PERROT, *D.* 2009, p. 1888, note S. PRIGENT, *JCP E* 2010, 1036, obs. Ph. DELEBECQUE, *Loyers et copr.* 2009, comm. 195, obs. B. VIAL-PEDROLETTI, *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 161, obs. D. LEGEAIS et comm. 169, obs. S. PIEDELIEVRE.

¹⁸⁴⁶ Ph. MALINVAUD, « Le privilège du bailleur et les meubles qui n'appartiennent pas au preneur », in *Mélanges Voirin*, LGDJ 1966, p. 582 ; G. ANSALONI et E. BILLIET, « Remarques sur le conflit entre privilège du bailleur d'immeuble et le leasing de biens d'équipement », *RD bancaire et fin.* 2009, étude 35.

¹⁸⁴⁷ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 710, p. 630 : « *Considéré comme étant en possession des meubles garnissant les lieux loués, le bailleur, à l'instar du gagiste et par application de l'article 2276 du Code civil, peut exercer son privilège sur les meubles appartenant à des tiers* ». Dans le même sens, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 792, p. 711 : « *Le bailleur est en effet considéré comme un créancier gagiste et en tant que tel, il peut opposer son droit aux tiers, et peut se prévaloir des dispositions de l'article 2276 alinéa 1^{er}* ».

¹⁸⁴⁸ Le privilège s'exerce même si le bailleur a eu connaissance du droit de propriété d'un tiers après l'introduction des meubles, Cass. Civ. 3^{ème} 4 février 1976, n° 74-13586, *Bull. Civ. III*, n° 47.

¹⁸⁴⁹ En ce sens, CA Orléans, 9 mars 1978, *JCP N* 1980, II, 256.

bénéficie d'un report de son droit sur le prix de revente¹⁸⁵⁰. Cependant, il entre alors en concurrence avec l'éventuel cessionnaire de la créance de prix de revente. Afin de résoudre ce conflit d'ayants cause, il est fait appel en droit positif à la règle *prior tempore, potior jure*. En conséquence, le vendeur sous clause de réserve de propriété est systématiquement préféré en application de la règle d'antériorité car, en principe, la naissance de sa créance du prix de vente précède celle du prix de revente¹⁸⁵¹, solution qui est par ailleurs appliquée en présence d'un affactureur¹⁸⁵².

574. Il existe néanmoins des exceptions. Un arrêt rendu le 14 décembre 2010 par la chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁸⁵³ a tout d'abord retenu l'attention en ce qu'il devait se prononcer sur une situation où la mobilisation de la créance du prix de revente était intervenue, par bordereau Dailly, avant la revente et par conséquent avant « *la mise en possession réelle du sous-acquéreur* ». Afin de résoudre le conflit entre le vendeur bénéficiant de la réserve de propriété et le cessionnaire de la créance du prix de revente, la Cour de cassation fit application de la règle de l'antériorité et jugea que la subrogation au profit du vendeur n'avait pu s'opérer ultérieurement sur cette créance car elle était sortie du patrimoine de l'acheteur-revendeur. Une autre exception est d'évoquer le cas du paiement effectué par le sous-acquéreur avant le jugement d'ouverture de la procédure collective de l'acheteur revendeur. En effet, l'article L. 624-18 du Code de commerce dispose que le vendeur bénéficiant de la clause de réserve de propriété ne peut exercer son droit, consécutivement à la revente du bien, sur la créance du prix de revente dès lors que ce prix a été payé par le sous-acquéreur¹⁸⁵⁴, compensé en compte courant entre le débiteur et l'acheteur, ou réglé en valeur au jour du jugement d'ouverture. Ainsi, si l'efficacité de l'opposabilité du droit du vendeur bénéficiant d'une convention de réserve de propriété est retrouvée lorsque ceux-ci se

¹⁸⁵⁰ V. *supra* n° 569.

¹⁸⁵¹ Cass. Com. 20 juin 1989, n° 88-11720, *Bull. Civ. IV*, n° 197, *D.* 1989, 431, note F. PEROCHON, *Banque* 1989, 760, obs. RIVES-LANGE, *D.* 1990, somm. 235, obs. VASSEUR, *RTD Com.* 1989, 702, obs. A. MARTIN-SERF ; CE 25 juin 2003, *RJDA* 2003, n° 1234 : « *L'action en revendication ne peut être exercée par l'établissement cessionnaire à l'égard du sous-acquéreur, le vendeur initial, bénéficiaire de la clause de réserve de propriété, pouvant se prévaloir d'un droit propre sur la créance du prix de revente dès le jour de la revente* ».

¹⁸⁵² Dans le cas du conflit avec une société d'affacturation, Cass. Com., 27 juin 1989, n° 87-15847, *Bull. Civ. IV*, n° 205, p. 136, *JCP E* 1990, II, 15668, n° 15, obs. M. CABRILLAC, *RJ Com.* 1990, p. 54, obs. Ch.-H. GALLET, *RTD Com.* 1990, p. 269, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁸⁵³ Cass. Com. 14 décembre 2010, n° 09-71767, *Bull. Civ. IV*, n° 199, *D.* 2011, p. 8, obs. A. LIENHARD, *JCP G* 2011, 627, n° 9, obs. Ph. PETEL.

¹⁸⁵⁴ Cass. Com. 12 juillet 1994, n° 92-15831, *Rev. proc. coll.*, 1994, p. 408, n° 10, obs. B. SOINNE, où il fut jugé que la revendication du prix ne peut avoir lieu lorsque celui-ci a donné lieu à l'émission d'un chèque avant l'ouverture de la procédure collective, même si l'encaissement du chèque est intervenu après cette ouverture.

reportent sur la créance du prix de revente du bien, elle peut néanmoins encore se trouver fragilisée.

575. *Conflit avec le porteur d'une lettre de change.* Une règle similaire prévaut en présence du conflit pouvant opposer, à propos de la créance du prix de revente, le vendeur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété et le porteur d'une lettre de change. Par application de la règle de l'antériorité, il est admis que le vendeur l'emporte en principe sur le porteur de la lettre de change¹⁸⁵⁵. Une exception concerne le cas où le sous-acquéreur a réglé en valeur l'acheteur revendeur au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective dont celui-ci fait l'objet en lui remettant une lettre de change acceptée car cette situation rend impossible la revendication du prix de revente¹⁸⁵⁶ en application de l'article L. 624-18 du Code de commerce. Si la lettre de change n'est pas acceptée, on ne peut considérer qu'il y a règlement en valeur puisque le sous-acquéreur ne souscrit aucun engagement cambiaire réputant le paiement acquis¹⁸⁵⁷. De la même façon, la doctrine considère que cette solution doit être étendue au cas où la cession Dailly est acceptée par le débiteur cédé¹⁸⁵⁸.

§2) L'inopportunité d'une publicité légale de la clause de réserve de propriété

576. Afin de remédier à la faiblesse dont fait état l'opposabilité de la clause de réserve de propriété, visible en cas de conflits d'ayants cause, une solution serait d'envisager qu'elle procède d'une publicité. Cependant, cette perspective s'avère inutile. L'inutilité d'une publicité de la convention de réserve de propriété se déduira tant de la faiblesse des arguments favorables à la publicité de la clause (A) que de l'impossibilité d'une fraude au droit de gage des créanciers de l'acheteur (B).

¹⁸⁵⁵ R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 135, p. 119.

¹⁸⁵⁶ Cass. Com. 9 janvier 1990, n° 88-14966, *D.* 1990, somm. 121, obs. M. CABRILLAC, *D.* 1991, somm. 48, obs. F. PEROCHON, *RTD Com.* 1990, p. 436, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, *Banque* avril 1990, n° 504, p. 428, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; *Rev. proc. coll.* 1991, n°2, p. 230, n° 16, obs. B. SOINNE. Dans le même sens, Cass. Com. 2 novembre 1993, n° 91-16297, *Bull. Civ.*, IV, n° 375.

¹⁸⁵⁷ P. CROCQ, *op. cit.*, 430, p. 379.

¹⁸⁵⁸ En ce sens, M. CABRILLAC, obs. sous Cass. Com. 9 janvier 1990, *D.* 1990, somm. p. 121 : « *La solution de l'arrêt du 9 janvier 1990 doit à notre avis être étendue à la cession Dailly assortie de l'acceptation de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1981... Cette acceptation fait naître, en effet, un engagement autonome, puisque le débiteur cédé renonce aux exceptions dont il disposait à l'égard du cédant ; engagement de nature identique à celui de l'engagement cambiaire du tiré accepteur et dont on devrait en tirer les mêmes conséquences* ».

A) Faiblesse des arguments favorables à la publicité de la clause de réserve de propriété

577. Doivent tout d'abord être exposés les arguments favorables à l'opposabilité de la clause de réserve de propriété par la publicité légale (1) avant d'aborder les arguments défavorables qui apparaissent décisifs (2).

1) Les arguments favorables à la publicité légale de la clause de réserve de propriété

578. Débat relatif à la publicité de la clause de réserve de propriété en droit interne. La question d'une publicité légale de la clause de réserve de propriété n'est pas nouvelle. Certains pays l'ont adoptée et subordonnent ainsi l'opposabilité de la clause de réserve de propriété à un procédé d'extériorisation¹⁸⁵⁹. Tel est le cas notamment de l'Espagne qui exige que les contrats de vente assortis d'une clause de réserve de propriété soient inscrits dans un registre tenu par le Registre du commerce ou de l'Italie qui connaît un système similaire¹⁸⁶⁰. Le système est même plus rigoureux en droit suisse puisque l'enregistrement n'est pas une simple mesure de publicité mais est constitutif de la réserve de propriété : tant que la réserve de propriété n'est pas inscrite, elle n'a aucun effet juridique non seulement à l'égard des tiers mais aussi à l'égard des parties¹⁸⁶¹. Cette solution, symétrique au transfert de propriété par l'effet de ses formalités d'opposabilité aux tiers, est apparue indispensable au droit suisse afin de lutter contre les dangers de la clandestinité de la convention de réserve de propriété. Même s'il ne retient pas la règle de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété par la publicité légale¹⁸⁶², le droit français connaît le débat relatif à son éventuelle introduction. En effet, lors des travaux préparatoires de la loi du 10 juin 1994 en matière de droit des entreprises en difficulté, l'Assemblée Nationale avait adopté une modification de l'ancien article 121 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 624-16 du Code de commerce, qui rapprochait le droit français du droit italien mais cette modification avait été refusée par le Sénat et la Commission mixte paritaire¹⁸⁶³. La question d'une éventuelle publicité de la clause de

¹⁸⁵⁹ Sur ce point, v. J.-P. SCARANO, « Opposabilité ou inopposabilité de la clause de réserve de propriété, observations de droit comparé et de droit international privé », *RTD Com.* 1990, p. 533 et s. ; P. CROCQ, *op. cit.*, n° 342, p. 298, note 3.

¹⁸⁶⁰ J.-P. SCARANO, art. préc., n° 12, p. 539.

¹⁸⁶¹ T. M. MARGELLOS, « La réserve de propriété en Europe », in *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1987, p. 979 ; J.P. SCARANO, art. préc., n° 17.

¹⁸⁶² Il est acquis en jurisprudence que l'écrit ne constitue pas une formalité de publicité car le fait que la réserve de propriété fasse l'objet d'un écrit n'est pas de nature à en informer les tiers : Cass. Com., 11 mai 1993, n° 90-21.903, *Juris-Data* n° 1993-000849, *Bull. Civ.*, IV, n° 184.

¹⁸⁶³ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 342, p. 298, note 3.

réserve de propriété a rejailli à l'occasion de la réforme du droit des sûretés. En effet, au printemps 2005, le groupe de travail présidé par M. Grimaldi a proposé une publicité de la clause de réserve de propriété afin d'harmoniser son régime juridique avec celui du gage¹⁸⁶⁴. Ainsi, était-il prévu d'organiser l'opposabilité de la convention de réserve de propriété autour de la publicité prévue pour le gage sur meubles corporels¹⁸⁶⁵. Pourtant qualifiée d'innovante en doctrine¹⁸⁶⁶, cette proposition du rapport Grimaldi ne fut pas retenue et le Parlement imposa au gouvernement d'insérer la clause de réserve de propriété, au sein de la réforme des sûretés, à droit constant¹⁸⁶⁷. La question de la publicité de cette dernière fait néanmoins toujours débat.

579. L'information des tiers. Le principal argument en faveur de la publicité de clause de réserve de propriété réside dans l'information des tiers, en particulier les créanciers, sur la situation patrimoniale du débiteur. Cet argument justifie l'adoption de l'opposabilité par la publicité légale de la convention de réserve de propriété dans certains pays, comme ce fut le cas en suisse¹⁸⁶⁸. En droit français, il n'existe pas actuellement de véritable mesure destinée à informer les tiers sur l'existence d'une telle convention et la règle de l'opposabilité par l'écrit apparait, à cet égard, imparfaite¹⁸⁶⁹. Certes, le droit comptable prévoit une mention des ventes sous clause de réserve de propriété aux bilans du vendeur et de l'acquéreur¹⁸⁷⁰ mais cette disposition n'est pas assimilée à une publicité¹⁸⁷¹ car elle

¹⁸⁶⁴ M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 15. Déjà, en faveur de l'organisation d'une publicité de la clause, Rapport CHARLES, *Doc. Ass. Nat. 1^{ère} session*, 1987-1988, n° 1029. Il était proposé un article 2368 du Code civil dont la formulation était la suivante : « la réserve de la propriété d'un meuble corporel d'une valeur excédant une somme fixée par décret ne produit effet à l'égard des ayants cause à titre particulier du débiteur qu'autant qu'elle a été publiée selon les modalités prévues à l'article 2337 du présent Code ».

¹⁸⁶⁵ V. *supra* n° 316 et s., au sujet du gage sur meubles corporels.

¹⁸⁶⁶ P. CROCQ, « La réserve de propriété », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 75 et s.

¹⁸⁶⁷ P. CROCQ, « Sûretés mobilières : état des lieux et perspectives », in *Conseil national des greffiers des Tribunaux de commerce, Actes du 121^{ème} Congrès*, 24-25 septembre 2009, p. 31, pour qui la solution positive comporte une « lacune grave ».

¹⁸⁶⁸ S. SANDOZ, « L'inscription du pacte de réserve de propriété, une solution géniale...diabolique », *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1987, 106, I, p. 535 et s., spéc. II-1, p. 543 : « Le grand reproche adressé au pacte de réserve de propriété pendant ses péripéties historiques devant les experts et le conseil national concernait son caractère secret, cause d'une apparence trompeuse de richesse de l'acquéreur dont les tiers pâtissaient. Croyant à tort une personne propriétaire des biens en sa possession, alors que ceux-ci appartenaient encore au vendeur en vertu d'un pacte de réserve de propriété, les tiers faisaient crédit à cette personne puis se retrouvaient bredouilles en cas d'exécution forcée de leur débiteur. Ce qui a fait tourner le vente en faveur du pacte de réserve de propriété, c'est l'introduction, par le conseil des états, du principe de publicité du pacte ; cette publicité est assurée par une inscription dans un registre officiel, inscription qui est elle-même une condition de validité du pacte à l'égard des tiers et des parties ».

¹⁸⁶⁹ En ce sens, F. ZENATI- CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 241, p. 390, pour lesquels l'écrit est en conséquence un « piètre instrument d'opposabilité ».

¹⁸⁷⁰ Chez le vendeur, bien que la vente soit comptabilisée au moment de la livraison, la créance du vendeur est comptabilisée sur une ligne distincte et doit être provisionnée en fonction de l'existence de faits de nature à douter de son recouvrement, *Mémento Pratique Francis Lefèbvre, Comptable*, 2000, n° 561.

¹⁸⁷¹ En ce sens, J.-P. SCARANO, art. préc., n° 11, p. 538 ; M. LEVIS, *op. cit.*, n° 326, p. 276.

délivre une information qui est imprécise et surtout systématiquement en retard par rapport à la réalité en raison de la rotation des stocks du débiteur¹⁸⁷². Ainsi, l'organisation d'une publication des ventes assorties de clause de réserve de propriété permettrait la diffusion d'une information patrimoniale précise auprès des tiers, qui correspondrait à l'évolution du droit des sûretés réelles puisque la constitution comme l'opposabilité de celles-ci est fréquemment soumise à une formalité de publicité¹⁸⁷³. Par ailleurs et surtout, cette information serait de nature à neutraliser la solvabilité apparente du débiteur en protégeant les autres créanciers « *qui auraient fait confiance à l'acheteur en considération surtout des meubles qu'ils voyaient entre ses mains, croyant qu'ils constituaient leur gage* »¹⁸⁷⁴. En effet, la considération de la solvabilité apparente a déjà conduit en jurisprudence à l'inopposabilité de la clause à la procédure collective de l'acheteur, dans le système antérieur à la loi du 12 mai 1980¹⁸⁷⁵. De nos jours, même si le recours à la théorie de la solvabilité apparente est résiduel¹⁸⁷⁶, notamment compte tenu de la règle de l'opposabilité par l'écrit de la convention de réserve de propriété¹⁸⁷⁷, le souci de relativiser le crédit apparent du débiteur persiste, comme le montre le rapport du groupe de réflexion lors de la réforme des sûretés de 2006 qui souligne la transparence qu'apporterait la publicité de la convention de réserve de propriété¹⁸⁷⁸.

¹⁸⁷² E. Du PONTAVICE, art. préc., p. 106 ; Cl. PEROCHON, « Les aspects comptables de la réserve de propriété », in *La clause de réserve de propriété*, Colloque Paris 1980, organisé par la Fondation nationale pour le droit de l'entreprise, Litec 1981, *Actualité du droit de l'entreprise*, vol. 12, p.135 et s., spéc. p. 145 ; P. CROCQ, *op. cit.*, n° 342, p. 298 ; J.-L. RIVES-LANGE, obs. sous CA Paris 3 février 1988, *Banque*, mars 1988, n° 481, p. 357.

¹⁸⁷³ R. HOUIN, « Exposé introductif », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque Deauville, *Rev. Juris. Com.*, n° spécial, février 1982, p. 7 et s., spéc. p. 10.

¹⁸⁷⁴ F. PEROCHON, thèse préc., n°15, p. 16.

¹⁸⁷⁵ Cass. Civ. 22 octobre 1934, préc. : « *attendu que les choses mobilières vendues à un commerçant tombé par la suite en faillite ou en liquidation judiciaire ne peuvent quand elles ont été effectivement livrées à l'acheteur et sont devenues ainsi des éléments de la solvabilité apparente de ce dernier, être revendiquées par le vendeur à l'encontre de la masse des créanciers ni par la voie de l'action résolutoire...ni sur le fondement d'une clause du contrat qui aurait suspendu le transfert de la propriété sur la tête dudit acheteur jusqu'à paiement complet du prix* ». La création d'une apparence trompeuse de solvabilité représentait ainsi pour certains auteurs le principal obstacle à l'admission de l'opposabilité par l'écrit de la clause de réserve de propriété : en ce sens, J.-L. RIVES-LANGE, obs. sous Cass. Com. 15 mars 1988, *Banque*, juin 1988, n° 484, p. 699 et s., spéc., p. 702.

¹⁸⁷⁶ Essentiellement réservé à la caractérisation des cas de fraude : Cass. Com 11 mai 1982, *Bull. Civ.*, IV, n° 150, *RTD Com.* 1983, p. 275, n°11, obs. J. HEMARD et B. BOULOC, *D.* 1983, p. 271, note C. WITZ : « *Attendu qu'en statuant ainsi, sans relever que l'apparence de solvabilité de la soc. Fripom avait été volontairement créée dans une intention de fraude et que la soc. Localease avait participé à une telle fraude ou en avait eu connaissance, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

¹⁸⁷⁷ H. LE DAUPHIN, « La clause de réserve de propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport de la Cour de cassation 1988 », in *La Documentation française*, 1989, p. 125 et s. : « *S'agissant des procédures collectives, la réforme de 1980 a précipité le déclin d'une conception ancienne, dont se prévalaient les arrêts de 1934, fondée sur l'idée, dépassée par l'évolution économique, que les biens mobiliers livrés au débiteur sont devenus des éléments de sa solvabilité apparente et qu'on ne saurait par la suite, les soustraire au gage commun des créanciers sans rompre l'égalité entre ceux-ci* ».

¹⁸⁷⁸ M. GRIMALDI, « Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés », *op. cit.*, p. 15 : « *parce que le choix de la propriété garantie ne saurait permettre aux contractants d'éviter certaines règles de publicité et de*

580. *L'existence d'une publicité facultative de la clause de réserve de propriété.* Un autre argument en faveur de la publicité de la convention de réserve de propriété consiste à avancer qu'il existe déjà une publicité prévue par les textes. Cependant, il s'agit d'une publicité facultative, destinée à faciliter l'action en revendication du vendeur en présence de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'acheteur. Elle n'a pas pour objectif de conditionner l'opposabilité de la clause de réserve de propriété. En effet, l'article 85-5 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, issu du décret du 21 octobre 1994, a étendu aux ventes assorties d'une réserve de propriété l'application des articles R. 313-4 à R. 313-14 du Code monétaire et financier, relatifs à la publicité du crédit-bail mobilier. Cependant, il a été fait une exception à l'article 8 de ce décret¹⁸⁷⁹, qui fait dépendre l'opposabilité aux tiers des droits du crédit bailleur de l'accomplissement des formalités de publicité. L'opposabilité aux tiers de la vente avec réserve de propriété n'est pas subordonnée à la publication du contrat de vente et le décret du 21 octobre 1994 a instauré en matière de réserve de propriété une publicité facultative permettant uniquement au vendeur de bénéficier d'un régime juridique plus protecteur de ses droits en présence de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur. Cependant, les partisans d'une publicité systématique de la clause de réserve de propriété soulignent que cette perspective ne s'effectuerait pas *ex nihilo*. La publicité facultative existante en matière de procédure collective pourrait être utilisée afin d'y subordonner l'opposabilité aux tiers de la convention de réserve de propriété.

581. *Renforcement des droits du vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété.* Un dernier argument concerne le renforcement des droits du vendeur provenant de la publicité de la clause de réserve de propriété. En effet, l'organisation d'une publicité de cette dernière aurait pour effet d'empêcher l'ayant cause de l'acheteur de se prévaloir de l'article 2276 du Code civil car la présomption de connaissance attachée à la publicité légale le rendrait nécessairement de mauvaise foi. C'est la raison pour laquelle, le rapport Grimaldi préconisait en 2005 que la publicité de la clause de réserve de propriété ait pour effet l'inapplicabilité de l'article 2276 du Code civil¹⁸⁸⁰. Cette perspective conduirait en réalité à reconnaître un véritable droit de suite au vendeur bénéficiant d'une clause de

compromettre ainsi la sécurité juridique, et aussi par souci de transparence et de cohérence de la réforme, il serait prévu que la réserve de la propriété d'un meuble corporel d'une valeur excédant une somme fixée par décret ne produira effet à l'égard des ayants cause à titre particulier du débiteur qu'autant qu'elle aura été publiée selon les modalités prévues pour le gage de meubles corporels ».

¹⁸⁷⁹ Devenu aujourd'hui l'article. R. 313-10 du Code monétaire et financier.

¹⁸⁸⁰ P. CROCQ, art. préc., p. 77-78.

réserve de propriété¹⁸⁸¹ car il pourrait suivre le bien vendu en n'importe quelles mains qu'il se trouve. Ses droits s'en trouveraient incontestablement renforcés puisqu'il l'emporterait systématiquement face aux tiers qui lui opposeraient la prescription acquisitive en matière mobilière. Au-delà, cette orientation rapprocherait le régime de la clause de réserve de propriété de celui du gage de droit commun sans dépossession, où le jeu de l'article 2276 du Code civil est écarté lorsque l'opposabilité du gage procède de la formalité de publicité légale prévue à cet effet.

2) Les arguments défavorables à la publicité légale de la clause de réserve de propriété

582. Caractère suranné de la théorie de la solvabilité apparente. De moins en moins invoqué, l'argument selon lequel la réserve de propriété provoque une apparence de solvabilité pouvant fausser le jugement des tiers est critiqué en doctrine. Il est en premier lieu estimé que les créanciers du débiteur n'apprécient généralement pas la situation du débiteur sur la base de son actif apparent¹⁸⁸² mais plutôt en fonction de l'analyse de sa comptabilité¹⁸⁸³. L'analyse est particulièrement exacte pour certaines catégories de créanciers, tels les établissements de crédit, où sont systématiquement analysés les comptes annuels ainsi que les documents prévisionnels de gestion de l'emprunteur¹⁸⁸⁴. A cet égard, la pratique de la clause de réserve de propriété ne fausse pas les éléments comptables et financiers soumis à l'analyse des créanciers puisqu'elle fait l'objet d'un traitement comptable spécifique¹⁸⁸⁵. La considération de la solvabilité apparente peut être un élément d'appréciation du patrimoine du débiteur pour les créanciers qui n'ont pas un accès large à l'information financière, tels les fournisseurs. Pourtant tel n'est généralement pas le cas et les créanciers se tournent plus volontiers vers l'offre relative à l'information économique et financière qui est aujourd'hui très large. Les créanciers pourront en

¹⁸⁸¹ V. P. CROCQ, *Ibid.*

¹⁸⁸² C. WITZ, note sous Cass. Com. 11 mai 1982, préc. : « *Que l'on puisse croire que de nos jours le crédit est habituellement accordé à la seule vue de l'actif apparent du débiteur heurte le bon sens le plus élémentaire. Il suffit d'imaginer les dispensateurs de crédit visiter les locaux de l'emprunteur et juger la surface financière de celui-ci d'après les biens et marchandises qu'il détient pour se rendre compte du caractère irréaliste d'une telle démarche* ».

¹⁸⁸³ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 448, p. 402 : « *l'actif du débiteur fait bien l'objet d'un examen et c'est un élément d'appréciation très important pour le créancier mais il s'agit de l'actif tel qu'il apparaît au sein de sa comptabilité et non de son actif matériellement apparent* ».

¹⁸⁸⁴ En ce sens, A. RABAGNY, *op. cit.*, p. 307 : « *la notion de solvabilité apparente repose en effet sur une conception matérialiste du crédit. Elle fut développée alors que les meubles corporels constituaient l'essentiel de la fortune des commerçants. Or, les créanciers ne se contentent plus d'observer cet actif apparent pour contracter. Ils utilisent au contraire des données juridiques et comptables précises pour apprécier les risques de défaillances. Les établissements financiers disposent notamment de fichiers de renseignements tenus par la Banque de France et connaissent ainsi la situation de leurs clients* ».

¹⁸⁸⁵ V. *supra* n° 579.

particulier consulter l'ensemble des registres tenus par les greffes des tribunaux de commerce, afin de prendre connaissance des comptes annuels de leur débiteur, de l'état des éventuelles inscriptions prises sur ses biens, des éventuels contrats de location et de crédit-bail publiés, des éventuelles inscriptions relatives aux privilèges de la Sécurité sociale, du trésor, du registre des protêts, de l'éventuelle ouverture d'une procédure collective. En raison de l'efficacité actuelle de la diffusion et de l'accès à une information économique et financière précise et fiable¹⁸⁸⁶, le recours à la considération de la solvabilité apparente du débiteur est suranné et réduit à des situations rarissimes, proches de l'hypothèse d'école¹⁸⁸⁷. Il l'est d'autant plus au regard de l'évolution de la nature des biens composant le patrimoine du débiteur, qui comporte davantage de biens incorporels que par le passé, ainsi que la diminution de la consistance de ce dernier avec l'augmentation des biens détenus en prêt à usage, location ou crédit-bail¹⁸⁸⁸. En conséquence, il est inexact d'avancer l'argument selon lequel la publicité de la convention de réserve de propriété aurait pour fonction principale de corriger la solvabilité apparente du débiteur.

583. *Inconvénients pratiques de l'opposabilité de la clause par la publicité légale.* Un autre argument consiste à faire état des inconvénients pratiques de la règle de l'opposabilité par la publicité de la convention de réserve de propriété, lesquels ont conduit le rapport Grimaldi à subordonner la publicité de la clause à des opérations atteignant un certain montant à définir par décret¹⁸⁸⁹. L'objectif de la fixation de ce seuil était de requérir la publicité de la clause uniquement en présence d'opérations dont le montant est élevé. Certains auteurs ont fait cependant observer la difficulté que comportait cette proposition dans la mesure où elle excluait du domaine de la publicité les ventes assorties d'une clause de réserve de propriété les plus fréquentes dans la vie des affaires, c'est-à-dire celles qui sont d'un faible montant¹⁸⁹⁰. La plupart des relations commerciales échapperait ainsi à la formalité de publicité de sorte que les clauses de réserve de propriété

¹⁸⁸⁶ En particulier, l'informatisation des différents registres tenus par les greffes des tribunaux de commerce et leur accès par internet a considérablement accru l'efficacité de la diffusion de l'information économique et financière. Avant cette évolution, la multitude des registres et le temps nécessaire au traitement des demandes d'information étaient considérés par certains auteurs comme incompatible avec la rapidité des affaires. En ce sens, DUCLOS, *op. cit.*, n° 260, p. 291.

¹⁸⁸⁷ En ce sens, P. CROCQ, *op. cit.*, n°456, p. 408.

¹⁸⁸⁸ En pareil cas « l'apparence créée par ces situations est évidemment identique à celle qui résulte d'une vente et la solution est inconciliable avec la théorie de la solvabilité apparente », F. PEROCHON, thèse préc., n° 15, p. 16.

¹⁸⁸⁹ M. GRIMALDI, Rapport préc., p. 15.

¹⁸⁹⁰ P. CROCQ, « La réserve de propriété », art. préc., p. 78.

stipulées resteraient opposables par l'écrit. Il pourrait même être imaginé que l'acquéreur, souhaitant être rapidement livré par son fournisseur, négocie avec ce dernier le fractionnement d'une commande importante en plusieurs commandes afin de se situer en dessous du seuil prévu et éviter ainsi la charge d'une publicité. La publicité de la réserve de propriété risquerait en définitive de s'avérer relativement inefficace. Car c'est bien là toute la difficulté : concilier les impératifs économiques avec l'organisation matérielle d'une publicité légale. En théorie, un fournisseur n'acceptera de livrer les marchandises convenues avec son co-contractant qu'une fois les formalités de publicité régulièrement effectuées afin de rendre sa réserve de propriété opposable aux tiers, notamment dans la crainte de l'ouverture d'une éventuelle procédure collective du débiteur. A défaut, il prend le risque pouvant s'avérer fatal que la convention de réserve de propriété soit inopposable. La perspective d'une publicité de la clause de réserve de propriété revêt ainsi un caractère antiéconomique, en raison du décalage résultant du délai technique nécessaire à la publicité de la clause de réserve de propriété, qui pourrait être long en présence d'un nombre important de demandes¹⁸⁹¹, et les besoins de l'acheteur dans le cadre de l'exploitation de son entreprise. Ainsi, les difficultés pratiques d'une publicité légale de la clause de réserve de propriété sont décisives pour une partie de la doctrine qui la rejette¹⁸⁹². Cette position doit l'emporter. En effet, en l'absence de publicité d'une convention encadrant les relations contractuelles et stipulant l'existence de la convention de réserve de propriété¹⁸⁹³, il est difficilement concevable que les parties publient préalablement à l'exécution de chacune de leurs opérations, la clause convenue entre elles. La pratique de la clause de réserve de propriété représente ainsi un obstacle important à la mise en œuvre de son opposabilité *erga omnes* par la publicité légale.

584. *Inopportunité de la consécration d'un droit de suite au profit du vendeur.* Un dernier point est d'évoquer le renforcement des droits du vendeur au cas où l'opposabilité de la réserve de propriété serait l'effet d'une publicité légale. En effet, il pourrait alors être imaginé que la publicité de la clause de réserve de propriété révèle l'existence de cette dernière aux tiers, de sorte que le droit du vendeur serait renforcé par un droit de suite.

¹⁸⁹¹ F. PEROCHON, *op. cit.*, n°1412, p. 771, note 12.

¹⁸⁹² F. PEROCHON, *op. cit.*, n°1412, p. 770-771, affirmant que « vu le niveau désolant de performance atteint jusqu'ici en matière immobilière, où le nombre d'opérations est infime par rapport à celui des opérations mobilières, le législateur a eu la sagesse de maintenir, en l'améliorant, le système de publicité facultative adopté en 1994, ce qui est un bon compromis ». Dans le même sens, D. LEGAIS, obs. sous Cass. Com., 11 sept. 2012, n° 11-22.240, *JurisData* n° 2012-020153.

¹⁸⁹³ Il n'est, à cet égard, pas possible pour un fournisseur de publier la clause de réserve de propriété contenue au sein de ses conditions générales de vente du vendeur qui n'aurait pas été acceptée par son co-contractant.

Parce que la convention de réserve de propriété serait portée à la connaissance des tiers par sa publicité, le vendeur bénéficierait ainsi de la possibilité de suivre le bien vendu en quelques mains qu'il se trouve. Cependant, il n'est pas nécessaire que les droits du vendeur soient élevés à ce niveau. En effet, le principal intérêt de la clause de réserve de propriété apparaît en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'acheteur¹⁸⁹⁴ dans la mesure où la restitution du bien vendu dans le cadre de l'action en revendication de L. 624-16 du Code de commerce représente une alternative à l'interdiction faite au débiteur de payer ses dettes antérieures au jugement d'ouverture¹⁸⁹⁵. Ne pouvant réclamer à l'acheteur le paiement du prix de vente, le créancier revendiquant trouve alors un intérêt à se prévaloir de l'action en revendication afin d'obtenir soit la restitution en nature du bien vendu¹⁸⁹⁶, soit le paiement judiciairement autorisé du prix de vente¹⁸⁹⁷, soit enfin, en cas de revente du bien à un sous-acquéreur, le paiement du prix de revente¹⁸⁹⁸ à due concurrence du montant du solde du prix de vente impayé¹⁸⁹⁹. Cette situation fait apparaître l'inutilité d'un droit de suite au profit du vendeur sous clause de réserve de propriété. Plus précisément, il convient de souligner que nonobstant l'application de l'article 2276 du Code civil au profit du sous-acquéreur, le vendeur bénéficie d'un report de son droit sur le prix de revente, par le jeu de la théorie de la subrogation réelle, y compris hors le cadre des procédures collectives depuis la réforme des sûretés¹⁹⁰⁰. Profitant alors d'un équivalent au prix de vente¹⁹⁰¹, il n'est pas véritablement lésé par le jeu de la prescription acquisitive mobilière et l'emportera en principe en présence d'un conflit avec un autre ayant cause, tel que le banquier cessionnaire de la créance du prix de revente¹⁹⁰². La seule condition est que le paiement par le sous-acquéreur ne soit pas

¹⁸⁹⁴ La clause de réserve de propriété conserve, par ailleurs, un intérêt malgré l'avènement de la fiducie sûreté et le droit de rétention fictif. V. F. PEROCHON, « La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juillet 2009, Dossier 22, relevant que la clause conserve une efficacité importante au cours de la période d'observation, en raison de la paralysie temporaire des autres sûretés.

¹⁸⁹⁵ C. Com. Art. L. 622-7 et art. L. 631-14.

¹⁸⁹⁶ C. Com. Art. L. 624-16.

¹⁸⁹⁷ C. Com. Art. L. 624-16, alinéa 4^{ème} : « Dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge commissaire, le prix est payé immédiatement. »

¹⁸⁹⁸ C. Com. Art. L. 624-18.

¹⁸⁹⁹ Cass. Com. 16 juin 2009, n° 08-10241, *Bull. Civ. IV*, n° 81, D. 2009, 1752, obs. A. LIENHARD, *JCP E* 2009, 1814, n° 10, obs. M. CABRILLAC, *RTD Civ.* 2009, 751, obs. Th. REVET : « La revendication du prix s'exerce sur le solde du prix de revente du bien affecté de la clause de réserve de propriété restant dû au jour de l'ouverture de la procédure collective du débiteur, à concurrence du prix tel que fixé lors de la convention conclue avec le vendeur initial ».

¹⁹⁰⁰ C. Civ. Art. 2372 : « Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien ».

¹⁹⁰¹ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 250, p. 402, pour lesquels « la subrogation à la chose de la créance acquise en échange par l'acquéreur permet à ce dernier d'honorer son obligation de restitution ».

¹⁹⁰² V. *supra* n° 573.

intervenir avant le jugement d'ouverture de la procédure collective de l'acheteur revendeur¹⁹⁰³. Ce schéma, qui concerne la grande majorité des litiges en pratique, doit amener, en conséquence, à conclure à l'inopportunité d'un renforcement des droits du vendeur consécutif à la publicité de la clause de réserve de propriété.

B) L'absence de fraude au gage général des créanciers de l'acheteur par la clause réserve de propriété

585. La prévention du risque de fraude par l'exigence d'une clause écrite « au plus tard au moment de la livraison ». En matière de réserve de propriété, le risque de fraude ne peut véritablement concerner les créanciers du vendeur puisque la conclusion, au profit de ce dernier, d'une clause de réserve de propriété ne leur nuit pas. Le vendeur ne subit en effet aucun appauvrissement en se réservant la propriété d'un bien, si bien que ses créanciers ne peuvent se prévaloir d'une quelconque fraude. Le risque existe essentiellement vis à vis des créanciers de l'acheteur, au cas où celui-ci déciderait de conclure une telle clause avec son vendeur. La perspective d'une opposabilité *solo consensu* de la clause de réserve de propriété suscita ainsi des difficultés car elle risquait de permettre à l'acheteur d'un bien de s'entendre avec l'un de ses créanciers afin de sortir ce bien de son patrimoine. La dangerosité de la règle était importante en présence d'une procédure collective, censée assurer l'égalité entre les créanciers. Face aux risques encourus, il apparut indispensable de trancher la question de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété à la procédure collective. La jurisprudence régla dans un premier temps la question en décidant de l'inopposabilité systématique de la clause à l'égard de la masse des créanciers de l'acheteur, les biens livrés étant devenus des éléments de solvabilité apparente¹⁹⁰⁴. Le droit des procédures collectives apparaissait ainsi comme une zone dérogatoire au droit commun, où l'opposabilité de la clause était la règle¹⁹⁰⁵. Puis la jurisprudence fit évoluer sa position, en admettant l'opposabilité de la clause à partir du moment où, avant le jugement d'ouverture, le vendeur avait manifesté l'intention

¹⁹⁰³ C. Com., Art. L. 624-18. Dès lors que le sous acquéreur du bien aura réglé le prix de vente au débiteur avant le jugement d'ouverture, la revendication de ce prix par le vendeur initial, au cours de la procédure collective de l'acheteur-revendeur, sera interdite.

¹⁹⁰⁴ Req. 21 juillet 1897, *DP* 1898, 1, 269, rapp. COTELLE ; Cass. Civ. 28 mars et 22 octobre 1934, *DP* 1934, 1, 151, note VANDAMME ; S. 1935, 1, 337, note ESMEIN. Sur cette solution : A. de MARTEL-TRIBES, « Les clauses de réserve de propriété : deux enseignements tirés d'un échec », *JCP* 1977, I, 2875.

¹⁹⁰⁵ V. les propos de FOUCHARD, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère} 3 mai 1973, *Clunet*, 1975, 74, qui affirmait que « la clause de réserve de propriété n'est ni impossible ni inopposable aux tiers en droit français... ; que c'est seulement en cas de liquidation de biens ou de règlement judiciaire que la clause pourra être déclarée inopposable à la masse... ».

irrévocable de s'en prévaloir¹⁹⁰⁶. La loi n° 80-335 du 12 mai 1980 représenta un tournant décisif puisqu'elle admit la revendication d'un bien vendu sous réserve de propriété et impayé, même postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, à la condition que la clause de réserve de propriété soit convenue dans un écrit « *établi au plus tard, au moment de la livraison* »¹⁹⁰⁷. Cette solution figure aujourd'hui à l'article L. 624-16 al. 2^{ème} du Code de commerce, qui autorise le vendeur à revendiquer les biens vendus sous réserve de propriété. Elle est appliquée strictement par la jurisprudence¹⁹⁰⁸. La justification de l'exigence d'un écrit qui intervienne soit antérieurement soit au moment de la livraison réside dans « *la protection des tiers contre une collusion frauduleuse entre le débiteur et l'un de ses créanciers au moyen de l'acceptation d'une réserve de propriété après la conclusion d'une vente avec transfert immédiat, ce qui revient à faire sortir de l'actif du débiteur un bien qui y était entré et ce, en fraude aux droits des créanciers* »¹⁹⁰⁹. En effet, l'exigence d'un écrit est en elle-même inutile si elle n'est pas assortie d'une limite temporelle. A défaut, il serait alors facile au débiteur ayant acheté un bien de consentir par écrit une clause de réserve de propriété au profit de son vendeur jusqu'au moment de la revendication effectuée par ce dernier¹⁹¹⁰. Seule une limitation dans le temps de la possibilité de conclure une clause de réserve de propriété est de nature à éviter le risque de fraude aux droits des tiers. C'est la raison pour laquelle, le législateur a choisi de borner l'établissement de la convention de réserve de propriété au moment de la livraison du bien vendu. Cependant, ce faisant, il n'a qu'imparfaitement traité le problème car même ainsi

¹⁹⁰⁶ Cass. Com. 8 mai 1979, n° 77-13233, *Bull. Civ. IV*, n° 147, p. 116 ; Cass. Com. 18 juin 1979, n° 77-10865, *D.* 1980, IR, 19, *GP* 1979, 2, somm. 508, *Banque*, 1979, 1370. Déjà CA Aix-en-Provence 9 juillet 1976, *Bull. Aix*, 1976, 3, n° 254, p. 68 ; CA Amiens, 10 janvier 1974, *GP* 1974, 1, 457, *D.* 1974, 363, *RTD Civ.* 1975, 167, obs. J. HEMARD.

¹⁹⁰⁷ L. 12 mai 1980, modifiant l'article 65 de la loi du 13 juillet 1967. En jurisprudence, Cass. Com. 19 février 1985, n° 84-10697, *Bull. Civ. IV*, n° 68, *D.* 1986, IR, 169, obs. F. DERRIDA, où la Cour reprocha aux juges du fond de ne pas avoir recherché si la clause « *avait ou non été acceptée par celle-ci (société acheteuse) au plus tard au moment de la livraison* ».

¹⁹⁰⁸ Cass. Com. 29 mai 2001, *JCP E* 2001, n° 24, p. 970, pour le rejet de factures qui comportaient seules cette clause et qui avaient été transmises postérieurement à la livraison.

¹⁹⁰⁹ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 471, p. 421. Dans le même sens, J. GHESTIN, art. préc., n° 60, p.15 : « *l'écrit exigé par la loi du 12 mai 1980 est la condition de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété à la masse des créanciers. Le but de cette exigence de forme est, on l'a vu, d'éviter une fraude, qui ne peut être qu'une fraude au droit des créanciers, auxquels la clause est désormais opposable* » ; M. CABRILLAC et M. VIVANT, obs. sous Cass. Com. 12 décembre 1984, préc. ; R. HOUIN, « *L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite* », *JCP* 1980, I, 2978 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 241, p. 390.

¹⁹¹⁰ F. PEROCHON, thèse préc., n° 192, p. 178 : « *l'exigence d'un écrit serait, en effet, dépourvue de sens si les parties pouvaient l'établir à tout moment, éventuellement à la veille de la revendication...La clause de réserve de propriété n'est donc pleinement efficace à l'encontre d'un acheteur en redressement judiciaire que si l'écrit, support nécessaire de cette disposition, est établi au plus tard lors de la livraison* ». Dans le même sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 834, p.628.

limitée, la clause de réserve de propriété peut être conclue après l'effet translatif *solo consensu* de la vente, alors même que le vendeur n'est plus propriétaire du bien¹⁹¹¹.

586. En 2006, la réforme des sûretés a non seulement généralisé l'application de la réserve de propriété mais également l'exigence d'une convention de réserve de propriété constatée par écrit. L'article 2368 du Code civil énonce ainsi dorénavant que « *la réserve de propriété est convenue par écrit* ». Néanmoins, si cette disposition pose l'exigence d'un écrit sans l'ériger en condition de validité de la convention¹⁹¹², elle ne précise pas à quelle date limite celui-ci doit être rédigé. Une tentation à éviter serait à cet égard de considérer qu'une réserve de propriété puisse être convenue *a posteriori*, c'est-à-dire non seulement après la conclusion du contrat de vente mais également après la livraison du bien. L'écrit ne se conçoit qu'en raison du souci d'éviter la fraude aux droits des créanciers de l'acheteur, par la conclusion postérieure à la vente d'une clause de réserve de propriété antidatée. Cette considération doit conduire au rejet de l'idée selon laquelle la clause de réserve de propriété puisse être stipulée par écrit au-delà de la date de livraison des biens vendus¹⁹¹³.

587. *L'impossible fraude au gage général des créanciers de l'acheteur.* Il doit être à présent recherché si l'établissement d'un écrit, indépendamment du moment de sa conclusion, est véritablement de nature à empêcher la fraude des parties aux droits des tiers, condition de l'opposabilité *erga omnes* de la convention de réserve de propriété¹⁹¹⁴. A cette fin, il doit être remarqué sur un plan technique qu'il ne peut être fait un usage frauduleux de la clause de réserve de propriété. En effet, la fraude aux droits des créanciers de l'acheteur suppose par définition, que le ou les biens concernés se trouvent au sein du patrimoine de ce dernier, ce qui implique que la vente ait produit son effet translatif de propriété. Or, ce schéma ne peut correspondre à la convention de réserve de propriété qui nécessite au contraire que le vendeur demeure propriétaire du bien. Il en résulte que le vendeur, après la conclusion de la vente, qui se réserve la propriété du bien

¹⁹¹¹ Sur l'analyse détaillée de cette situation et l'apport de la règle du transfert *sola traditione*, v. *infra* n° 591 et s.

¹⁹¹² En 2006, la réforme du droit des sûretés n'a pas fait de l'écrit une condition de validité de la réserve de propriété malgré la proposition qui avait été formulée par le Groupe Grimaldi. V. Ph. DUPICHOT, « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », *Rev. Lamy dr. Civ.* suppl. au n° 20, juill.-août 2006, p. 17.

¹⁹¹³ Rappr, P. CROCQ, « La réserve de propriété », art. préc., p. 77 : « (...) le texte ne dit pas à quel moment cet écrit doit être rédigé, ce qui laisse la possibilité de stipuler la réserve de propriété après la vente mais dans un écrit antérieur ou concomitant à la livraison comme le prévoit l'actuel article L.621-122 (article L. 624-16) du Code de commerce ».

¹⁹¹⁴ Sur cette conception de l'opposabilité *erga omnes* du droit réel, v. *supra* n° 451 et s.

qui a déjà été transféré *solo consensu* à l'acheteur, constitue en réalité une aliénation fiduciaire¹⁹¹⁵. Si la Cour de cassation refusait auparavant d'admettre qu'une fiducie sûreté puisse être constituée sans texte¹⁹¹⁶, cette qualification est dorénavant parfaitement possible depuis la reconnaissance de la fiducie en droit interne à travers la loi n°2007-211 du 19 février 2007¹⁹¹⁷ ainsi que de la fiducie sûreté par l'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009¹⁹¹⁸. La requalification de la réserve de propriété conclue par le vendeur après l'effet translatif de la vente en fiducie sûreté est préférable car elle rend mieux compte de la fraude aux droits des créanciers de l'acheteur. Propriétaire dès l'accord sur la chose et le prix en vertu de l'article 1583 du Code civil, l'acquéreur diminue son actif en accordant à son vendeur une fiducie-sûreté, qui consiste à transférer à nouveau le bien dans le patrimoine de ce dernier pour sûreté de sa créance de prix¹⁹¹⁹. La réserve de propriété ne peut expliquer cette fraude car sa constitution suppose que le vendeur soit resté propriétaire du bien transféré à l'acheteur. Par conséquent le mécanisme de la réserve de propriété ne peut s'inscrire dans le cadre d'une fraude au gage des créanciers de l'acheteur, à l'instar de toute propriété-garantie¹⁹²⁰. Si fraude il y a, c'est afin de masquer une réalité juridique différente où la réserve de propriété n'a en définitive pas cours. Il appartient alors aux créanciers de l'acheteur d'obtenir la requalification de l'opération en fiducie sûreté, laquelle au demeurant sera nulle si elle n'a pas été enregistrée auprès des services des impôts¹⁹²¹. Ce constat emporte des conséquences sur le régime de l'opposabilité *erga omnes* de la clause de réserve de propriété.

¹⁹¹⁵ En ce sens, P. CROCQ, *op. cit.*, n°464, p. 417. D'autres auteurs ont proposé une analyse selon laquelle la clause de réserve de propriété conclue après la vente doit être interprétée comme « *opérant la révocation de la vente qui avait produit son effet translatif suivie aussitôt de la conclusion d'une deuxième vente assortie cette fois-ci de la réserve de propriété* », F. PEROCHON, thèse préc., n°193, p. 179.

¹⁹¹⁶ Cass. Com. 19 décembre 2006, n° 05-16.395, *Juris-Data* n° 2006-036663, *RTD Civ.* 2007, p. 161, obs. P. CROCQ, *D.* 2007, p. 76, obs. X. DELPECH, *D.* 2007, p. 344, note Ch. LARROUMET, *JCP E* 2007, 1131, note D. LEGEAIS, *Deffrénois* 2007, art. 38562, n° 29, p. 448, obs. E. SAVAUX. Comp., toutefois, Cass. Com., 6 février 2007, n° 05-16.649, *Juris-Data* n° 2007-037323, *RTD Civ.* 2007, p. 373, obs. P. CROCQ.

¹⁹¹⁷ C. Civ., art. 2011 et s.

¹⁹¹⁸ C. Civ. Art. 2372-1 : « *la propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030* ».

¹⁹¹⁹ P. CROCQ, *op. cit.*, n°464, p. 417 : « *il faut pour qu'il y ait fraude que l'acheteur ait diminué son actif, ce qui suppose que la constitution de la réserve de propriété ait lieu après la vente qui a transféré la propriété du bien à l'acheteur. Dans ce cas, il y a en réalité non pas réserve de propriété mais aliénation fiduciaire du bien vendu à titre de garantie de la créance du vendeur* ».

¹⁹²⁰ P. CROCQ, *op. cit.*, n°463, p. 416, selon lequel la propriété-garantie ne constitue pas un mécanisme frauduleux.

¹⁹²¹ L'article 2372-1 du Code civil, issu de l'ordonnance du 30 janvier 2009, consacre la fiducie sûreté et renvoie aux articles 2011 à 2030 pour ses modalités. Ainsi, en application de l'article 2019 du Code civil, il est requis que le contrat de fiducie soit enregistré dans le délai d'un mois après sa constitution au service des impôts du siège du fiduciaire, outre une seconde publicité sur le registre national des fiducies (article 2020 C. Civ.). Cette organisation de l'extériorisation de la fiducie sûreté rend impossible la fraude par antidate à l'initiative des parties.

588. *Inutilité d'une publicité de la clause de réserve de propriété.* La distinction entre la réserve de propriété et le transfert de propriété justifie que l'opposabilité de la première ne soit pas, à la différence du second, subordonnée à l'accomplissement d'une publicité légale. Cette analyse se vérifie à deux égards. Le premier concerne la nature de l'opération donnée. Dans la mesure où il s'inscrit dans le cadre d'une mutation patrimoniale, le transfert de propriété nécessite une extériorisation qui s'avère inutile s'agissant de la réserve de propriété puisque le vendeur demeure propriétaire du bien concerné jusqu'au complet paiement du prix. Il a ainsi été fait observer que la publicité de la réserve de propriété s'avère inopportune car celle-ci n'est pas le support juridique de l'opération translatrice¹⁹²². Le second point tient corrélativement au risque de fraude. Il n'est pas en réalité de risque pour les tiers liés à la conclusion de la convention de réserve de propriété car celle-ci n'implique pas la création d'un droit particulier au profit du vendeur, qui conserve alors simplement la propriété du bien vendu. Comme vient d'être vu¹⁹²³, le mécanisme de la réserve de propriété ne peut ainsi faire l'objet d'une utilisation frauduleuse vis-à-vis des droits des créanciers de l'acheteur. Par conséquent, il n'est pas besoin que l'opposabilité de la convention de réserve de propriété soit subordonnée à une publicité légale, qui n'a en réalité d'autre but que celui d'empêcher l'éventuelle fraude des parties aux droits des tiers.

589. Une dernière question se pose cependant. Une utilité pourrait être reconnue à la publicité de la clause de réserve de propriété dans la mesure où celle-ci perturbe la perception que les tiers peuvent avoir de l'apparence issue de la mise en possession de l'acheteur qui traduit plus naturellement un transfert de propriété¹⁹²⁴. Il pourrait alors être souhaitable que la clause de réserve de propriété soit publiée de manière à corriger l'information fallacieuse délivrée aux tiers à la suite de la mise en possession de l'acheteur. Cependant, cette perspective n'est pas pertinente dans la mesure où la considération de la solvabilité apparente est aujourd'hui peu fréquente¹⁹²⁵. Elle n'est par ailleurs pas opportune compte tenu des difficultés techniques inhérentes à la mise en place

¹⁹²² F. DANOS, *op. cit.*, n° 304, p.336 : « on peut soutenir, en un sens, que la publicité de la clause de réserve de propriété n'est pas nécessaire puisqu'elle n'emporte, par définition, aucune mutation de propriété : elle produit même l'effet contraire, elle serait l'inverse d'un transfert de la propriété, une sorte de rétention de propriété, le vendeur restant propriétaire jusqu'au complet paiement du prix ».

¹⁹²³ V. *supra* n° 587.

¹⁹²⁴ D'où l'idée émise en doctrine que la mise en possession de l'acheteur constitue, en quelque sorte, une publicité « par anticipation dont l'effet juridique sera retardé au paiement du prix », F. DANOS, *op. cit.*, n° 304, p.336, note 2. Cette analyse laisse pourtant intacte la question de l'apparence de propriété issue de la mise en possession de l'acheteur qui n'est pourtant pas encore propriétaire du bien à défaut de paiement du prix de vente.

¹⁹²⁵ V. *supra* n° 582.

d'une telle publicité¹⁹²⁶. Enfin, elle méconnaît le véritable fondement de l'opposabilité du droit réel qui ne réside pas dans l'information des tiers mais plus simplement dans l'extériorisation de l'opération translatrice destinée à éviter l'éventuelle fraude des parties¹⁹²⁷. La mise en possession de l'acheteur n'a ainsi pas tant pour finalité d'avertir les tiers du transfert de propriété que d'en assurer l'extériorisation afin d'extraire l'opération de l'influence des parties. Il s'ensuit corrélativement que l'opposabilité de la convention de réserve de propriété n'a pas à faire l'objet d'une publicité destinée à corriger une éventuelle perception erronée des tiers avec la prise de possession de l'acheteur. Ainsi, nonobstant son caractère relatif, l'écrit accepté par l'acheteur au plus tard au moment de la livraison suffit à rendre pleinement opposable aux tiers la convention de réserve de propriété.

590. Bien sûr, les tiers ne seront pas informés de l'existence de la clause de réserve de propriété, ce qui leur permettra le cas échéant de se prévaloir de l'article 2276 du Code civil pour faire échec au droit du créancier bénéficiaire de la réserve de propriété. Mais malgré les limites inhérentes à son opposabilité, vérifiables en présence de conflits de droits, la convention de réserve de propriété demeure très efficace en présence de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'acheteur car elle lui permet d'obtenir la restitution en nature du bien ou son équivalent en valeur nonobstant la règle de l'égalité entre les créanciers¹⁹²⁸.

Section 2^{ème} La sécurisation de l'opposabilité par l'écrit de la convention de réserve de propriété

591. Si l'opposabilité de la réserve de propriété ne nécessite pas une publicité légale, elle est théoriquement fragilisée par la règle du transfert de propriété *solo consensu*. Cette fragilité de l'opposabilité de la réserve de propriété provient de la distorsion existante alors entre l'effet translatif de la vente dès l'échange des consentements et la possibilité laissée aux parties de convenir d'une clause de réserve de propriété jusqu'à la livraison des biens. Dès lors que la vente a produit son effet translatif *solo consensu*, comment le vendeur peut-il valablement se réserver la propriété d'un bien qu'il n'a plus jusqu'à sa

¹⁹²⁶ V. *supra* n° 583.

¹⁹²⁷ Sur cette conception de l'opposabilité *erga omnes* du droit réel, v. *supra* n° 451 et s.

¹⁹²⁸ L'efficacité de la clause de réserve de propriété se vérifie en présence de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'acheteur en raison des restrictions importantes dont les autres sûretés réelles font l'objet. Sur ce point, F. PEROCHON, « La réserve de propriété demeure-t-elle utile en 2009 ? », *art. préc.*

livraison à l'acheteur ? Cette situation qui affaiblit l'opposabilité de la réserve de propriété sera tout d'abord analysée (§1), avant d'en évoquer le renforcement avec la règle du transfert de propriété *sola traditione* (§2).

§1) La fragilité de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété en présence du transfert de propriété *solo consensu*

592. La fragilité de l'opposabilité de la convention de réserve de propriété provient de la possible discordance entre l'effet translatif de la vente dès l'échange des consentements et la constitution de la sûreté pouvant intervenir jusqu'à la livraison (A). Cette situation est particulièrement sensible lors de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'acheteur (B).

A) La possible constitution de la clause de réserve de propriété après la vente

593. *Position du problème.* Dans un système où la propriété est transférée dès l'échange des consentements, il semblerait logique que la clause de réserve de propriété soit convenue lors de la conclusion de la vente¹⁹²⁹. Si tel est le cas, il n'est aucune difficulté car la réserve de propriété intervient avant que la propriété soit transférée à l'acheteur. Il en va ainsi lorsque la clause de réserve de propriété est convenue dans les bons de commande que se transmettent les parties mais aussi lorsqu'elle est prévue parmi les conditions générales de vente car elle se situe dès lors en amont de la vente. Cependant, une difficulté survient lorsque la réserve de propriété a été régulièrement formalisée à travers des bons de livraison. En effet, s'il n'est pas contestable que les bons de livraison représentent des écrits établissant la clause de réserve de propriété « *au plus tard au moment de la livraison* », il est tout aussi incontestable qu'ils attestent d'une constitution de la clause de réserve de propriété postérieure à l'effet translatif *solo consensu* de la vente. La difficulté provient alors de ce que le vendeur ne peut véritablement se réserver la propriété bien dont il n'est plus propriétaire par l'application de l'article 1583 du Code civil. Ainsi, la règle du transfert consensuel de propriété apparaît délicate à concilier avec la possibilité de convenir d'une clause de réserve au plus tard au moment de la livraison des biens. Afin de pallier cette difficulté, plusieurs analyses ont été proposées par la doctrine.

¹⁹²⁹ En ce sens, E. DU PONTAVICE, art. préc., p. 40.

594. La clause de réserve de propriété après la vente : résolution amiable ou cession fiduciaire ? La doctrine s'est évertuée à justifier la possibilité d'une conclusion d'une réserve de propriété postérieurement à l'effet translatif de la vente. A cet égard, une première idée est d'estimer que la clause de réserve de propriété est l'expression de la volonté des parties de révoquer la vente afin de lui substituer une seconde vente, assortie cette fois de la convention de réserve de propriété¹⁹³⁰. Le fondement de cette résolution amiable peut cependant apparaître comme un fondement par défaut, soutenu à une époque où le droit positif ne reconnaissait pas la fiducie-sûreté. Si cette analyse est théoriquement concevable, on lui reproche une certaine lourdeur¹⁹³¹ qui ne semble pas correspondre avec l'esprit de la convention de réserve de propriété où les parties n'entendent pas véritablement résilier la vente existante. La reconnaissance actuelle de la fiducie sûreté¹⁹³² rend ainsi préférable une autre analyse où la conclusion de la réserve de propriété traduit la volonté de l'acheteur de transférer, après l'effet translatif de la vente, la propriété du bien acquis pour sûreté de sa dette. Ce raisonnement est moins lourd que la théorie de la résolution amiable de la vente assortie de la conclusion d'une seconde vente. Cependant, elle se heurte à une double objection. En premier lieu, elle paraît ne pas véritablement correspondre à l'intention des parties qui en définitive n'ont pas entendu conclure une fiducie sûreté mais une convention de réserve de propriété. Qui plus est, la qualification de fiducie sûreté n'est pas sans conséquence pour les parties car le régime juridique de celle-ci diffère radicalement de celui de la clause de réserve de propriété. En effet, tandis que l'écrit constatant la convention de réserve de propriété est appréhendé de façon relativement souple par le droit positif¹⁹³³, il en est autrement de la fiducie sûreté puisqu'il est requis par l'article 2019 du Code civil, auquel renvoie l'article 2372-1 en matière de fiducie sûreté, qu'à peine de nullité « *le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans un délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France* »¹⁹³⁴. La requalification de la convention de réserve de propriété en fiducie sûreté

¹⁹³⁰ En ce sens, F. PEROCHON, thèse préc., n° 193, p. 179-180.

¹⁹³¹ En ce sens, F. PEROCHON, thèse préc., n° 193, p. 180, note 70, selon laquelle « *l'analyse semble lourde pour rendre compte d'une situation somme toute banale, mais si la vente initiale a produit son effet translatif, il n'en est pas d'autre possible dans la mesure où notre droit positif n'admet pas que les parties puissent créer une obligation de donner abstraite (l'acheteur transférerait la propriété pour garantir la créance préexistante du vendeur)* ».

¹⁹³² C. Civ. art. 2372-1, alinéa 1^{er} et s.

¹⁹³³ V. *supra* n° 563 et s.

¹⁹³⁴ En outre, l'article 2020 du Code civil, auquel renvoie également l'article 2372-1, prévoit une mention de la convention de fiducie sur un registre national des fiducies.

n'est, en conséquence, pas neutre pour les parties qui risquent la nullité de la garantie convenue, à défaut d'avoir respecté les exigences légales, outre la question du coût inhérent à la formalité d'enregistrement. Elle peut, par ailleurs, paraître inéquitable dès lors que les parties ont respecté les prescriptions légales en concluant cette convention par écrit au plus tard au moment de la livraison¹⁹³⁵. La requalification de la réserve de propriété en fiducie sûreté n'est justifiée que dans le cas précis où la clause a été irrégulièrement convenue par les parties, c'est-à-dire postérieurement à la date de livraison des biens¹⁹³⁶. Elle ne l'est pas lorsque la clause de réserve de propriété a été stipulée postérieurement et régulièrement à l'effet translatif de la vente, lors de la livraison des biens. Ni la fiducie sûreté, ni l'idée d'une résolution amiable de la vente ne représentent une explication véritablement convaincante de la possibilité d'une conclusion de la clause de réserve de propriété postérieurement à l'effet translatif de la vente.

595. *Inadaptation du transfert de propriété solo consensu.* Les difficultés en présence d'une clause de réserve de propriété conclue postérieurement à l'effet translatif de la vente sont directement liées à la règle du transfert de propriété *solo consensu*. Cette dernière s'avère incompatible avec le mécanisme de la clause de réserve de propriété. Plus précisément, en décidant que celle-ci peut être conclue par un écrit pouvant intervenir jusqu'au moment de la livraison des biens, il a été considéré que le risque de fraude pour les créanciers de l'acheteur existait uniquement lorsque la clause était convenue après cette livraison. Pourtant, il aurait aussi bien pu être considéré que la réserve de propriété conclue par le vendeur après le transfert de propriété *solo consensu* est frauduleuse car, ce faisant, le créancier se réserve la propriété d'un bien dont il n'est plus propriétaire. En situant le risque de fraude pour les créanciers de l'acheteur après la livraison, il semble en réalité que le législateur prenne ses distances vis-à-vis de la règle du transfert de propriété *solo consensu*. Le vendeur ne peut plus conclure de clause de réserve de propriété avec l'acheteur car il n'est en réalité plus propriétaire du bien qui lui a été livré. Bien qu'aucun texte ne permette de l'affirmer, il pourrait être considéré dans le prolongement de cette idée que le mécanisme de la clause de réserve de propriété représente une manifestation de la règle du transfert *sola traditione*. Cette analyse n'est pas si suprenante dès lors qu'on se souvient que le régime de la clause de réserve de propriété a été inspiré du droit

¹⁹³⁵ Dans ce sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 834, p. 628, pour qui la remise en cause de la réserve de propriété conclue régulièrement après l'effet translatif de la vente n'est pas envisageable car « le législateur a pris une précaution spécifique en exigeant l'écrit au plus tard au moment de la livraison, ce qui apparaît comme une dérogation à la règle générale ».

¹⁹³⁶ V. *supra* n° 587.

allemand, où le créancier peut se réserver la propriété du bien vendu jusqu'à sa remise à l'acheteur¹⁹³⁷. La solution est cohérente en droit allemand puisque le transfert de propriété ne s'effectue pas *solo consensu* mais par la remise de la chose de sorte que la réserve de propriété est envisageable jusqu'à la livraison du bien puisque le vendeur en demeure alors encore propriétaire. Elle ne l'est pas en l'état actuel du droit français puisque le transfert de propriété *solo consensu* prive le vendeur vis-à-vis de l'acheteur de la qualité de propriétaire lui étant nécessaire afin de conclure une convention de réserve de propriété au moment de la livraison du bien. L'opposabilité de la convention de réserve de propriété est alors fragilisée, notamment en présence de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre de l'acheteur.

B) La fragilité de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété conclue après la vente en présence de l'ouverture d'une procédure collective

596. Lorsqu'elle est conclue en période suspecte, la réserve de propriété est particulièrement fragilisée au cas où l'acheteur fait ultérieurement l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. L'exposé des arguments doctrinaux soulignant la fragilité de la clause de réserve de propriété conclue après l'effet translatif de la vente (1) précèdera celui de l'appréhension jurisprudentielle de cette situation (2).

1) L'appréhension doctrinale

597. *Constitution d'une sûreté en garantie d'une dette antérieure.* La clause de réserve de propriété ajoutée à la vente et convenue en période suspecte peut s'analyser comme une sûreté garantissant une dette antérieure, tombant sous le coup de la nullité prévue par l'article L. 632-1 6° du Code de commerce¹⁹³⁸. La convention de réserve de propriété conclue après l'effet translatif de la vente s'analyse alors comme l'expression de la volonté de l'acheteur de nantir au profit de son vendeur le bien acquis pour sûreté de sa créance de prix. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 mars 2006, réformant le droit des sûretés, la qualification de gage avec dépossession pouvait néanmoins poser

¹⁹³⁷ J. SERVOS, « La vente sous réserve de propriété en droit allemand », *Rev. Intern. Droit comparé*, 1965, p. 395 et s., spéc. p. 397 qui constate que la jurisprudence allemande considère que la réserve de propriété est possible après la conclusion de la vente initialement inconditionnelle, si cette réserve est faite dans le bulletin de livraison, mais à la condition expresse qu'au moment où le bulletin parvenait à l'acheteur la tradition de la chose vendue ne fût pas encore effectuée.

¹⁹³⁸ Le raisonnement n'est pas inédit puisqu'il a déjà été soutenu en doctrine que la réserve de propriété conclue après l'effet translatif d'une vente pouvait représenter « une opération de nantissement constitué sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées » lorsque ce dernier fait l'objet ultérieurement d'une procédure collective. V. J. DUPICHOT, note *GP* 1984, 1, spéc. p. 66.

difficulté car le vendeur n'était pas mis en possession de la chose, qui restait en les mains de l'acheteur, ce qui équivalait à qualifier de gage une situation où la condition de dépossession faisait défaut. Depuis la réforme du droit des sûretés, la dépossession n'est plus une condition d'existence du gage. Cependant, elle demeure une condition de son opposabilité *erga omnes*. Il s'ensuit que si l'on veut actuellement qualifier de gage la convention de réserve de propriété, il doit être constaté que celui-ci ne sera pas opposable aux tiers, et en particulier à la procédure collective de l'acheteur, lorsque le vendeur n'aura pas la possession du bien et qu'aucune publicité spécifique n'aura été effectuée. L'argument n'est cependant pas imparable puisque l'article L. 632-1 6° du Code de commerce sanctionne par la nullité les sûretés « constituées sur les biens du débiteur » sans référence à leur opposabilité *erga omnes*, si bien que leur nullité est alors envisageable¹⁹³⁹. L'assimilation de la clause de réserve de propriété à un gage sans dépossession a par ailleurs déjà été retenue à travers un ancien arrêt de la Cour de cassation¹⁹⁴⁰. La solution a été critiquée à juste titre en doctrine tant l'assimilation de la réserve de propriété au nantissement paraît inopportune et éloignée de la réalité¹⁹⁴¹.

598. Le fondement le plus approprié est celui de la fiducie-sûreté depuis sa consécration en droit positif par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 et l'ordonnance n°2009-112 du 30 janvier 2009. En effet, la conclusion d'une convention de réserve de propriété ajoutée à la vente traduit plus vraisemblablement la volonté de l'acheteur de rétrocéder la propriété au vendeur à travers une aliénation fiduciaire, expressément interdite par l'article L. 632-1 9° du Code de commerce lorsqu'elle a été convenue en période suspecte. Encore faut-il que la clause de réserve ait été conclue après la naissance de la créance du prix du vendeur afin de conduire à la nullité de l'article L. 632-1 9°¹⁹⁴². Tel est assurément le cas si l'on conçoit que la créance de prix du vendeur naît avec la vente¹⁹⁴³. En revanche, l'antériorité de la créance du prix du vendeur n'existe pas dès lors que l'on estime qu'elle ne naît pas du contrat mais de l'exécution de ce dernier avec la délivrance du vendeur. Cette dernière analyse doit prévaloir puisque la jurisprudence situe le fait générateur de la créance de

¹⁹³⁹ V. *supra* n° 309 et s., pour la critique de cet argument sur la base de l'opposabilité substantielle de la sûreté réelle.

¹⁹⁴⁰ Cass. Civ. 1^{ère} 3 mai 1973, n° 70-13383, *Rev. Crit. DIP* 1974, 100, note MEZGER, *Clunet* 1975, 74, note FOUCHARD, *Rev. Gén. Lois* 1974, 453, note DROZ.

¹⁹⁴¹ En ce sens, Y LOUSSOUARN, « Les conflits de lois en matière de réserve de propriété », *Mélanges Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 275 et s., spéc. p. 293 ; A. MARTIN-SERF, « L'interprétation extensive des sûretés réelles en droit commercial », *RTD Com.* 1980, 677, n° 8.

¹⁹⁴² C. Com. Art. L. 632-1 9° : « (...) à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ».

¹⁹⁴³ En ce sens, F. PEROCHON, thèse préc., n° 196, p. 182.

prix non pas dans le contrat mais dans la livraison¹⁹⁴⁴. Il n'est pas alors possible d'envisager d'annuler systématiquement sur le fondement de l'article L. 632-1 9° la convention de réserve de propriété conclue après l'effet translatif de la vente. D'autres fondements fragilisent cependant l'opposabilité de la clause.

599. Résolution de la vente constitutive d'une dation en paiement. Une autre analyse est de considérer que la conclusion d'une réserve de propriété alors que la vente a produit son effet translatif constitue une résolution amiable constitutive d'une dation en paiement interdite par l'article L. 632-1 4° du Code de commerce¹⁹⁴⁵. Selon cette vue, la réserve de propriété mettrait fin à la vente et la restitution de la chose en cas de non paiement du vendeur s'assimilerait à une dation en paiement, mode de paiement annulable en application l'article L. 632-1 4° du Code de commerce lorsqu'il est effectué en période suspecte. Cette thèse a été soutenue dès l'adoption de la loi du 12 mai 1980 par M. Derrida¹⁹⁴⁶. Elle peut se trouver confortée par une jurisprudence importante analysant la restitution de la chose consécutive à sa résolution amiable comme une dation en paiement, laquelle tombe sous le coup des nullités de la période suspecte puisqu'elle est considérée comme un mode de paiement anormal¹⁹⁴⁷. Pourtant, il existe une différence entre la

¹⁹⁴⁴ Cass. Com. 15 février 2000, n° 96-17884, *Bull. Civ. IV*, n° 32, p. 25, *D. 2000*, AJ, p. 160, obs. A. LIENHARD : « viole l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985, une Cour d'appel qui, pour dire que la créance d'une société correspondant à une commande passée avant le redressement judiciaire de la société débitrice et livrée à celle-ci postérieurement au jugement d'ouverture, ne relevait pas de ce texte, énonce que le fait que cette prestation ait profité à la société débitrice après le jugement d'ouverture de la procédure importe peu, dès lors que l'accord des parties sur la réalisation de la commande, qui fige les obligations respectives des parties et fait naître l'obligation au paiement, est intervenue avant la procédure collective ». En doctrine, F. BARON, « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *RTD Com.* 2001, p. 1 et s., spéc. n° 9, p. 6, pour qui la créance de rémunération n'est pas, au moment de la formation du contrat, définitivement formée et le devient avec l'exécution de la contre-prestation qui en constitue la date de naissance.

¹⁹⁴⁵ C. Com. Art. L. 632-1 4°, selon lequel est nul « tout paiement pour dettes échues fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, (...) ou tout autre paiement communément admis dans les relations d'affaires ».

¹⁹⁴⁶ F. DERRIDA, « La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives », *D. 1980*, Chron. 293, n° 21 : « l'accord conclu après coup, à le supposer constitué par écrit, se heurte à une objection grave, du moins s'il a été conclu après la cessation des paiements de l'acheteur ; il s'analyse, en effet, en une convention de résolution constitutive d'une dation en paiement et dès lors frappée d'inopposabilité obligatoire ; si la restitution après la cessation des paiements en exécution d'une convention conclue antérieurement ne tombe pas sous le coup de cette inopposabilité, en revanche, la convention conclue en période suspecte, tendant à substituer au paiement prévu en espèces la reprise en nature de marchandises dont la propriété avait été antérieurement transférée au débiteur, ne saurait y échapper ; il y aura eu double mutation ». Dans le même sens, E. Du PONTAVICE, art. préc., p. 41 ; B. SOINNE, *JCP CI* 1983, 13903, n° 16 et s.

¹⁹⁴⁷ Cass. Req. 28 juin 1900, *DP* 1900, 1, 513, note THALLER ; Cass. Civ. 7 octobre 1941, *JCP* 1945, II, 2786, note BOITARD ; Cass. Com. 24 mai 1948, *JCP* 1948, II, 4568, note J. BECQUE, *D. 1949*, 13, note PERCE-ROU ; Cass. Com. 6 juillet 1964, *D. 1964*, 531 ; Cass. Com. 27 février 1967, *Bull. Civ. III*, n° 94 ; CA Paris 7 janvier 1992, *D. 1992*, IR, 111, RPC 1993, 111, obs. AUQUE-WAREMBOURG et LEMISTRE ; Cass. Com. 12 juillet 1994, n° 92-10.761 ; CA Aix en Provence, 18 mars 1999, *Rev. proc. coll.* 2003, 151, obs. BLANC. En doctrine, Y. LOUSSOUARN, « Des résolutions amiables ou judiciaires de ventes mobilières pendant la période

résolution amiable résultant implicitement de la convention de réserve de propriété régulièrement ajoutée à la vente et celle procédant expressément de la volonté des parties. En effet, si la résolution amiable d'une vente conduit indéniablement à la restitution des biens vendus, tel n'est pas le cas de la convention de réserve de propriété. Celle-ci, en substance, ne consiste pour le vendeur qu'à se réserver la propriété d'un bien si bien qu'il paraît artificiel d'affirmer qu'elle implique la restitution en nature du bien caractéristique d'une dation en paiement. Pourtant, il pourrait être rétorqué à cet argument que l'effet translatif de propriété de la dation en paiement s'opère en droit positif *solo consensu*¹⁹⁴⁸ même si les biens n'ont pas été restitués en nature au vendeur. S'en suivrait alors l'idée que la convention de réserve de propriété conclue après la vente opère bien une rétrocession de propriété constitutive d'une dation en paiement pour le vendeur¹⁹⁴⁹. Par ailleurs, cette analyse se trouverait renforcée par l'appréhension extensive de la notion de paiement anormal issu de l'article L. 632-1 4° du Code de commerce effectuée par le droit positif, destinée à reconstituer l'actif du débiteur¹⁹⁵⁰. Ainsi, l'opposabilité de la convention de réserve de propriété conclue postérieurement à la vente pourrait se trouver fragilisée sur le fondement de l'article L. 632-1 4° du Code de commerce.

600. *Résolution de la vente constitutive d'un paiement d'une dette non échue.* Une analyse dérivée de la précédente peut consister à sanctionner la conclusion d'une réserve de propriété ajoutée à la vente sur le terrain de l'article L. 632-1 I 3° du Code de commerce, énonçant l'interdiction du paiement d'une dette non échue en période suspecte¹⁹⁵¹. A l'instar des précédentes, cette disposition fragilise également l'opposabilité de la clause de réserve de propriété. En effet, la conclusion d'une réserve de propriété au plus tard lors de la livraison du bien vendu peut intervenir à un moment où la créance de prix du vendeur n'est pas exigible en totalité¹⁹⁵². Dès lors que l'on considère que la réserve de propriété opère une révocation de la vente, la rétrocession de la propriété au profit du vendeur pourrait alors s'assimiler à un paiement de sa créance de prix, qui peut

suspecte », *RTD Com.* 1949, 274, spéc. p. 280 et 284 où l'auteur estime que cette position jurisprudentielle s'explique par le souci d'éviter une collusion frauduleuse entre les parties.

¹⁹⁴⁸ V. *supra* n° 125.

¹⁹⁴⁹ Cette analyse n'est pas convaincante dans la mesure où l'on a pu mesurer l'importance de la matérialité de la dation en paiement en raison de son articulation avec l'article 1238 du Code civil. V. *supra* n° 125.

¹⁹⁵⁰ En ce sens, F. PEROCHON, thèse préc., n° 200, p. 187 : « *A moins d'un abandon, peu probable, de l'interprétation extensive donnée aux dispositions qui sanctionnent les paiements effectués selon un mode anormal, l'application de l'article 107-4 L. 1985 à la clause de réserve de propriété convenue après coup est théoriquement envisageable* ».

¹⁹⁵¹ Est nul « *tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement* ».

¹⁹⁵² En ce sens, F. PEROCHON, thèse préc., n° 201, p. 188.

être non échue. Si l'analyse consistant à assimiler la récupération de la propriété des marchandises à un paiement est discutable¹⁹⁵³, il n'est pas sûr pour certains auteurs que la jurisprudence, si elle était amenée à statuer sur cette situation, n'invalide pas en vertu de l'article L. 632-1 3° du Code de commerce la convention de réserve de propriété ainsi convenue afin de faire prévaloir la finalité de reconstitution de l'actif du débiteur¹⁹⁵⁴.

601. Ainsi, le cadre de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'égard de l'acheteur fragilise l'opposabilité de la clause de réserve de propriété ajoutée en période suspecte à la vente, alors même qu'elle a été régulièrement convenue au plus tard au moment de la livraison des biens vendus. L'écueil principal réside dans l'applicabilité des nullités de la période suspecte à l'égard de la convention de réserve de propriété¹⁹⁵⁵, et notamment sur le fondement de l'article L. 632-1 6° du Code de commerce. Telle n'est pourtant pas la position de la jurisprudence, qui fait preuve d'une bienveillance qu'il convient d'aborder.

2) L'appréhension jurisprudentielle

602. *Bienveillance jurisprudentielle à l'égard de la réserve de propriété conclue après la vente et au cours de la période suspecte.* Si sur un plan théorique, l'opposabilité de la clause de réserve de propriété conclue après l'effet translatif de la vente est fragilisée lorsque s'ouvre une procédure collective à l'égard de l'acheteur, la jurisprudence ne s'est jamais prononcée en faveur de son annulation sur le fondement des nullités de la période suspecte. En effet, il n'existe aucun précédent jurisprudentiel en la matière et le droit positif, hier¹⁹⁵⁶ comme aujourd'hui, paraît donc occulter les incidences théoriques résultant de la distorsion actuelle entre le transfert de propriété *solo consensu* et la possibilité de convenir d'une clause de réserve de propriété jusqu'à la livraison des

¹⁹⁵³ Aussi critiquable que puisse être l'assimilation de la récupération des marchandises à un paiement satisfaisant de la créance de prix. En ce sens, Y. LOUSSOUARN, art. préc., p. 278 : « il serait singulier de prétendre que la restitution du matériel même qui a été livré est un procédé d'exécution satisfaisant » ; F. PEROCHON, thèse préc., n° 201, p. 188.

¹⁹⁵⁴ En ce sens, F. PEROCHON, *Ibid.*

¹⁹⁵⁵ F. PEROCHON, thèse préc., n° 202, p. 188, pour qui l'article L. 632-1 C. Com. , bien qu'il « ne vise a priori ni la modification ni la révocation du contrat par l'adjonction à la vente d'une clause de réserve de propriété, pourrait donc à travers une interprétation selon nous extensive mais néanmoins classique de ses dispositions, justifier l'annulation de toutes les clauses dont il n'est pas établi qu'elles ont été convenues entre les parties lors de la conclusion de la vente ».

¹⁹⁵⁶ Ce constat avait déjà été effectué à l'aune de l'abondante jurisprudence rendue à l'occasion de l'articulation de la loi du 12 mai 1980 et la loi du 13 juillet 1967. F. PEROCHON, thèse préc., n° 203, p. 189 : « La jurisprudence pourtant abondante rendue en application de la loi du 12 mai 1980 n'a jamais, à notre connaissance, retenu ni même évoqué, à l'encontre d'une clause de réserve de propriété dont il n'était pas établi qu'elle ait été convenue lors de la conclusion de la vente ».

biens. Ce point n'est, au demeurant, pas souvent évoqué en doctrine¹⁹⁵⁷. Ce qui importe et fait l'objet d'un contrôle de la part des juges, c'est que la clause de réserve de propriété ait bien été convenue par écrit au plus tard au moment de la livraison des biens concernés.

603. On peut dès lors s'interroger sur les raisons de cette bienveillance jurisprudentielle. Parmi les auteurs ayant traité la question, une idée a été avancée selon laquelle la pratique commerciale ne voit pas dans la clause de réserve de propriété conclue après la vente mais avant la livraison du bien une adjonction qui heurte la règle du transfert de propriété *solo consensu* mais considère plutôt l'opération de vente assortie d'une réserve de propriété dans sa globalité, effectuée sans intention de fraude des parties à l'égard des tiers¹⁹⁵⁸. Cette conception du processus de formation de la clause de réserve de propriété exclut alors toute remise en cause de l'opposabilité de la réserve de propriété régulièrement conclue sur le fondement des nullités de la période suspecte. Cette explication traduit vraisemblablement la perception de la situation par les uns et les autres et appelle la remarque suivante. Néanmoins, il apparaît insuffisant de justifier sur le terrain de la pratique commerciale un raisonnement présentant des faiblesses sur le plan juridique. Une partie de la doctrine considère par conséquent que cette situation caractérise une fraude des parties lorsqu'elle concerne un corps certain, pour lequel s'applique le transfert de propriété *solo consensu*, qui disparaît en présence de la vente de choses fongibles pour lesquelles le transfert de propriété s'opère avec leur individualisation à travers l'opération de remise¹⁹⁵⁹. L'opposabilité de la clause de

¹⁹⁵⁷ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 834, p. 628 : « En retenant la livraison comme limite chronologique, le législateur a permis l'établissement de la réserve de propriété après la conclusion du contrat de vente, lequel a opéré transfert de propriété si l'objet en est un corps certain ».

¹⁹⁵⁸ F. PEROCHON, thèse préc., n° 204, p. 190-191 : « L'adjonction de la clause de réserve de propriété sur les bons de livraison ou sur les factures, documents post-contractuels parmi lesquels on pourrait ranger aussi bien les confirmations de commandes lorsqu'il est établi que l'accord sur la vente a eu lieu antérieurement, est un procédé banal, le seul même qui soit effectivement compatible avec l'utilisation des moyens modernes de communication. En conséquence, là où l'analyse civiliste discerne une adjonction de la clause de réserve de propriété à une vente d'ores et déjà conclue, la pratique commerciale ignore les détails du processus de la formation de la vente et ne voit que la formation banale et non éclatée dans le temps d'une vente assortie de la clause ».

¹⁹⁵⁹ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 471, p. 422, où l'auteur ajoute que l'hypothèse d'une fraude doit ainsi être exceptionnelle. La remarque est cependant à nuancer en fonction de l'analyse que l'on fait de la notion de fongibilité. En matière de procédures collectives, la Cour de cassation renvoie l'appréciation du caractère fongible d'un bien aux juges du fond. En ce sens, Cass. Com. 15 février 2000, n° 97-11670, *Bull. Civ. IV*, n° 30, *D.* 2000, *AJ* 127, obs. A. LIENHARD, *Rev. proc. coll.* 2001, 21 obs. B. SOINNE ; Cass. Com. 15 mars 2005, n° 03-20332, *D.* 2005, *AJ*, 1083, obs. A. LIENHARD et pan. 2019, obs. F.-X. LUCAS, *RTD Com.* 2005, 605, obs. A. MARTIN-SERF. Toutefois, certains juges du fond appréhendent la notion de fongibilité à l'aune des critères d'interchangeabilité et d'absence d'individualisation des marchandises concernées. En conséquence, des marchandises individualisées à travers leur conditionnement sont susceptibles de représenter des biens non fongibles

réserve de propriété se trouve incontestablement fragilisée par cette situation, qui pourrait conduire à sa remise en cause au cas où la tendance jurisprudentielle s'inverse¹⁹⁶⁰. La difficulté n'est pourtant pas évoquée en jurisprudence, probablement parce que celle-ci considère la situation comme valable en ce qu'elle est le produit de règles positives quoique contradictoires : celle du transfert de propriété *solo consensu* et celle offrant la possibilité de conclure une convention de réserve de propriété au moment de la livraison des biens vendus¹⁹⁶¹. L'opposabilité de la clause de réserve de propriété est ainsi confortée par la position de la jurisprudence. Cependant, la pérennité de cette position n'est pas assurée. L'adoption de la règle du transfert de propriété *sola traditione* permet de remédier définitivement à cette situation.

§2) Le renforcement de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété en présence du transfert de propriété *sola traditione*

604. *Transfert de propriété différé au moment de la livraison des biens.* La perspective d'un transfert de propriété *sola traditione* est parfaitement compatible avec le régime juridique de la conclusion de la réserve de propriété. En effet, s'il ressort des articles L. 624-16 du Code de commerce et 2367 du Code civil que la clause de réserve de propriété peut être convenue entre les parties au plus tard au moment de la livraison des biens concernés, cette livraison coïncide avec la remise matérielle caractérisant, en présence de meubles corporels, le transfert de propriété *sola traditione*¹⁹⁶². Si la clause de réserve de propriété peut être convenue jusqu'à la remise effective des biens à l'acheteur, laquelle représente le dénouement de l'opération de livraison¹⁹⁶³, c'est parce que le vendeur reste jusqu'à cet instant précis propriétaire du ou des biens concernés. Cette compatibilité des notions de livraison et de remise matérielle renforce l'opposabilité de la propriété réservée en présence de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire de l'acheteur. Mieux, la convention de réserve de propriété n'est pleinement opposable qu'en présence de la règle du transfert de propriété par la tradition.

dont le transfert de propriété s'opère *solo consensu*, ce qui peut en définitive concerner des situations fréquentes : CA 12 mai 2000, D. 2000, AJ 329, obs. A. LIENHARD, JCP E 2001 n° 5, p. 221, obs. Ph. PETEL.

¹⁹⁶⁰ F. PEROCHON, thèse préc., n° 205, p. 191 : « On aurait tort de conclure à un refus de principe de déclarer nulle, en application des articles 107 et s. de la loi de 1985, une clause de réserve de propriété tardivement convenue ».

¹⁹⁶¹ En ce sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 834, p. 628.

¹⁹⁶² V. *supra* n° 122 et s.

¹⁹⁶³ V. *supra* n° 78.

605. *Inapplicabilité des nullités de la période suspecte.* La perspective d'un transfert de propriété différé au moment de la livraison des biens vendus conduit à une sécurisation de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de l'acheteur. En effet, que la convention de réserve de propriété soit convenue dès la formation de la vente ou bien lors de la livraison des marchandises, elle intervient à un moment où le vendeur est encore propriétaire du bien concerné. Le transfert de propriété par la tradition du bien rend ainsi inconcevable l'hypothèse d'une clause de réserve de propriété convenue entre l'effet translatif de la vente et la livraison du bien. La réserve de propriété constituée au plus tard lors de la livraison du bien interviendra donc nécessairement à un moment où le transfert de propriété ne s'est pas encore produit. Les conséquences de cette perspective sur l'applicabilité des nullités de la période suspecte doivent être précisées. A cet égard, il s'infère de la règle du transfert *sola traditione* que la convention de réserve de propriété constituée au cours de la période suspecte ne peut tomber sous le coup d'une nullité parce que l'idée d'une double mutation se trouve alors exclue. En effet, convenue à un moment où le vendeur est encore propriétaire du bien, tant qu'il ne l'a pas livré à l'acheteur, il ne peut être valablement soutenu que la clause de réserve de propriété met fin à la vente dans la mesure où celle-ci n'a pas encore produit son effet translatif de propriété. L'exclusion du constat d'une résolution amiable de la vente par l'effet de la réserve de propriété conclue au plus tard au moment de la livraison entraîne l'exclusion de l'applicabilité des nullités prévues aux articles L. 632-1 4° et L. 632-1 I 3° du Code de commerce. L'explication est simple. L'absence de résolution amiable de la vente interdit alors une qualification selon laquelle la restitution du bien au vendeur s'assimile à une dation en paiement ou tout autre paiement anormalement effectué en période suspecte. Sous cet angle, la règle du transfert de propriété par la tradition renforce de façon significative l'opposabilité de la clause de réserve de propriété.

606. Deux observations doivent néanmoins être formulées, dans le prolongement des développements précédents. Si au cours de la période suspecte, la réserve de propriété est convenue après l'effet translatif inhérent à la tradition du bien à l'acheteur, l'applicabilité des articles L. 632-1 4° et L. 632-1 I 3° du Code de commerce ne fait aucun doute. Ces dispositions seront alors d'autant plus applicables que la clause de réserve de propriété aura été conclue irrégulièrement au sens de l'article L. 624-16 alinéa 2^{ème}, c'est-à-dire après la livraison du bien. En second lieu, même en présence de la règle du transfert de propriété *sola traditione*, une question se pose quant à l'applicabilité des articles L. 632-1

6° et L. 632-1 9° du Code de commerce, sanctionnant par la nullité le gage, nantissement ou la fiducie constitués en période suspecte pour des dettes antérieurement contractées. Comme il a déjà été vu¹⁹⁶⁴, soit l'on estime que la créance de prix du vendeur naît lors de la formation du contrat de vente, auquel cas les nullités de droit concernées demeurent théoriquement applicables, nonobstant la règle du transfert *sola traditione*. En revanche, dès lors que l'on conçoit, en accord avec la jurisprudence actuelle¹⁹⁶⁵, que la créance de prix du vendeur ne naît pas du contrat mais de la livraison du bien à l'acheteur, il n'est aucune difficulté. Les articles L. 632-1 4° et L. 632-1 I 3° du Code de commerce ne seront alors pas applicables, ce qui préserve le renforcement de l'opposabilité de la réserve de propriété opéré par l'application de la règle du transfert de propriété par la tradition.

¹⁹⁶⁴ V. *supra* n° 598.

¹⁹⁶⁵ Cass. Com. 15 février 2000, préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2^{ème}

607. L'opposabilité par l'écrit fragilise la réserve de propriété, qui est affectée par l'article 2276 du Code civil dont peuvent souvent se prévaloir les titulaires de droits concurrents. Cependant, la réserve de propriété reste une sûreté efficace en présence de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'acheteur, permettant au créancier d'obtenir la restitution en nature du bien vendu ou le versement d'une contrepartie en valeur malgré la règle de l'égalité entre les créanciers. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que son opposabilité requiert une publicité légale, qui est par ailleurs inopportune au plan théorique puisque la réserve de propriété ne peut faire l'objet d'une utilisation frauduleuse. L'opposabilité par l'écrit doit ainsi demeurer la règle. Cependant, l'opposabilité de la réserve de propriété reste fragile dans la mesure où elle peut être régulièrement convenue à la livraison du bien, c'est-à-dire postérieurement à l'effet translatif *solo consensu* de la vente. Lorsqu'elle intervient au cours de la période suspecte, la clause de réserve de propriété peut alors tomber sous le coup des nullités de la période suspecte, sanctionnant l'avantage ainsi procuré au vendeur postérieurement à la vente. Cette fragilité n'est pas tant liée à la spécificité du droit des procédures collectives qu'à une inadaptation de la règle du transfert de propriété *solo consensu*. L'adoption de la règle du transfert de propriété *sola traditione* permet de sécuriser l'opposabilité de la réserve de propriété à la procédure collective en évitant que l'effet translatif de la vente ne se produise avant le moment de la livraison du bien, date limite de la constitution de la clause de réserve.

CONCLUSION DE LA 2^{ème} PARTIE

608. La règle de la constitution du droit réel *sola traditione* fait de la tradition le fondement technique de l'opposabilité du droit réel, perspective qui s'oppose à la reconnaissance d'une théorie générale de l'opposabilité des conventions. Le droit réel se constituant *erga omnes* par la tradition, l'opposabilité ne peut ainsi s'entendre généralement comme un mouvement ayant pour point de départ la convention conclue entre les parties¹⁹⁶⁶. Qui plus est, la règle de la constitution *sola traditione* comporte un effet déterminant vis-à-vis de l'appréhension de la notion d'opposabilité du droit réel.

609. Cet effet déterminant concerne en premier lieu l'opposabilité *erga omnes* de la propriété transférée. En effet, le transfert de propriété *solo consensu* a permis corrélativement le développement d'une conception particulière de son opposabilité *erga omnes* reposant sur l'idée d'une connaissance générale des tiers, présumée ou avérée, de l'opération translatrice. Cette approche de l'opposabilité eût pour conséquence de conférer à la notion d'opposabilité une coloration subjective, l'absence d'accomplissement des formalités requises pouvant être suppléée par la démonstration de la connaissance effective des tiers de la convention. Cependant, cette construction divise la doctrine et est à l'origine de vicissitudes jurisprudentielles¹⁹⁶⁷, peu sécurisantes. La perspective d'un transfert de propriété *sola traditione* permet d'attirer l'opposabilité *erga omnes* vers une conception objective. Puisque le formalisme d'opposabilité est constitutif de droit, il ne peut être appréhendé subjectivement car l'acquisition du droit de propriété ne peut être issue que d'une approche objective. S'il est concevable de discuter subjectivement de la connaissance des tiers, le droit de propriété, quant à lui, s'acquiert ou ne s'acquiert pas, ce qui s'entend nécessairement d'une donnée objective. Il s'ensuit que le formalisme d'opposabilité est ainsi nécessairement appréhendé à travers le prisme de l'objectivité¹⁹⁶⁸, ce qui est préférable et doit mettre fin aux atermoiements actuels du droit positif.

¹⁹⁶⁶ V. *supra* n° 397 et s.

¹⁹⁶⁷ V. *supra* n° 493 et s.

¹⁹⁶⁸ V. *supra* n° 531 et s.

610. Par ailleurs, la règle de l'acquisition différée du droit de propriété a pour conséquence de conférer à l'opposabilité *erga omnes* une dimension probatoire. En effet, les difficultés relatives à la preuve du droit de propriété sont en partie liées à la règle du transfert de propriété *solo consensu*. S'il n'est pas possible de garantir à un acquéreur l'exactitude de la chaîne des transmissions depuis l'origine du bien, le transfert *solo consensu* a conduit à un système où le titre de propriété que constitue la convention représente la pierre angulaire du régime probatoire du droit de propriété. Cependant, en raison de sa relativité et de sa clandestinité, l'*instrumentum* de la convention ne représente pas l'élément de preuve que privilégie la jurisprudence, qui lui préfère la technique du faisceau d'indices, où la possession du bien joue un rôle déterminant¹⁹⁶⁹. Cette situation est incohérente dans un système d'acquisition *solo consensu* du droit de propriété où la convention devrait en bonne logique représenter l'élément de preuve principal. *De lege feranda*, la constitution du droit de propriété *sola traditione* conduit à un renforcement de la preuve du droit de propriété par le « titre d'acquisition ». Le formalisme d'opposabilité du transfert de propriété devient l'élément de preuve principal du droit de propriété dans la mesure où il en permet une acquisition ostensible¹⁹⁷⁰. Il doit ainsi prévaloir en principe sur la possession, laquelle n'est pas pour autant écartée du régime de la preuve du droit de propriété¹⁹⁷¹. Dans un système d'acquisition dérivée de la propriété, il constitue néanmoins une présomption simple de propriété et ne doit pas pour autant devenir un élément de preuve absolue, purgeant ce dernier de ses vices éventuels¹⁹⁷².

611. En second lieu, l'effet déterminant de la règle du transfert de propriété *sola traditione* concerne l'opposabilité *erga omnes* de la propriété réservée. Lorsque la propriété est transférée, il a été démontré que le fondement technique de l'opposabilité que représente la tradition ne procède pas d'une connaissance générale et abstraite des tiers mais plutôt d'une simple extériorisation destinée à extraire la convention de l'emprise des parties¹⁹⁷³. L'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété procède ainsi d'un élément ostensible destiné à sortir la convention du cercle des parties. Ce constat effectué sur un plan positif permet d'éclairer, sur un plan négatif, le fondement de l'opposabilité de la propriété réservée. En effet, l'impossibilité d'une utilisation frauduleuse de la clause de réserve de propriété aux droits de l'acquéreur, lorsque le vendeur s'est réservé la propriété d'un bien

¹⁹⁶⁹ V. *supra* n° 538 et s.

¹⁹⁷⁰ V. *supra* n° 544 et s.

¹⁹⁷¹ V. *supra* n° 556-557

¹⁹⁷² V. *supra* n° 550 et s.

¹⁹⁷³ V. *supra* n° 451 et s.

après l'effet translatif et la livraison de ce dernier, valide le régime de l'opposabilité *erga omnes* de la clause par le simple écrit, sans formalité ostensible¹⁹⁷⁴.

612. L'opposabilité *erga omnes* de la convention de réserve de propriété ainsi légitimée, il convient de souligner l'apport de la règle du transfert de propriété *sola traditione* qui permet de conforter cette opposabilité. En effet, une difficulté existe actuellement provenant d'une incompatibilité entre le principe du transfert de propriété *solo consensu* et le régime juridique de la convention de réserve de propriété, laquelle peut être conclue au plus tard au moment de la livraison des biens à l'acquéreur. N'étant plus propriétaire du bien dès l'échange des consentements, il est douteux que le vendeur puisse se réserver au moment de la livraison une propriété qu'il n'a théoriquement plus. Ainsi, la conclusion régulière d'une telle clause postérieurement à l'effet translatif *solo consensu* d'une vente peut ainsi être remise en cause sur le fondement des nullités de la période suspecte, au cas où l'acquéreur fait ultérieurement l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire¹⁹⁷⁵. La clause risque alors d'être considérée comme un avantage illicite conféré au vendeur, créancier du prix de vente, postérieurement à la naissance de sa créance. Même si le risque n'est que théorique en raison de la bienveillance dont fait preuve la jurisprudence¹⁹⁷⁶, cette fragilité de l'opposabilité de la réserve de propriété convenue au cours de la période suspecte n'existe pas en présence d'un transfert de propriété *sola traditione*. Que la convention de réserve de propriété soit convenue dès la conclusion du contrat de vente ou bien au plus tard au moment de la livraison des marchandises, elle intervient dans une perspective où le vendeur est encore propriétaire du bien.

¹⁹⁷⁴ V. *supra* n° 585 et s.

¹⁹⁷⁵ V. *supra* n° 596 et s.

¹⁹⁷⁶ V. *supra* n° 602-603

CONCLUSION GENERALE

613. Au terme de cette étude, il convient de se demander s'il existe un intérêt à maintenir en droit positif le principe du transfert de propriété *solo consensu*, et d'une manière générale le schéma d'une constitution conventionnelle du droit réel. La réponse à cette question est selon nous négative car la règle, portée par le souffle du consensualisme lors de l'adoption du Code civil de 1804, montre aujourd'hui ses limites à une époque où prévaut le besoin de sécurité juridique. Il ne suffit pas de s'engager à transférer la propriété d'un bien auprès d'une personne pour la rendre immédiatement propriétaire si celle-ci ne peut se prévaloir de sa qualité afin de repousser les prétentions d'un tiers, comme peut l'être un ayant cause du même auteur. La constitution du droit réel ne peut s'entendre qu'à l'égard de tous afin que son titulaire puisse jouir de l'exclusivité du rapport le liant à la chose. Occulte et abstraite, la règle de la constitution conventionnelle ne garantit pas l'opposabilité substantielle du droit réel, qui requiert par conséquent l'intervention d'un procédé ostensible en sus de la convention.

614. Geste naturel de remise, la tradition a toujours eu un rôle actif au sein du mécanisme du transfert de propriété, en révélant le transfert d'un bien d'une personne à une autre, quelle que soit la nature de ce dernier. Ce faisant, elle assure l'opposabilité substantielle du droit de propriété de l'acquéreur qui pourra opposer son droit puisque les tiers bénéficient d'une extériorisation de l'opération translatrice. Parce qu'elle est exclusive, cette relation entre l'opposabilité *erga omnes* et la tradition conduit à affirmer que celle-ci est dotée d'un effet constitutif de droit. On parle ainsi d'un transfert de propriété *sola traditione*, d'ores et déjà consacré à travers de nombreuses solutions en droit positif. Le constat d'une opération translatrice inhérente à la formation du droit réel démembré conduit à un raisonnement identique. Parce que le droit réel démembré transfère certains avantages économiques procurés par le bien, son opposabilité *erga omnes* ne peut résulter que de l'accomplissement d'un procédé ostensible, d'une tradition de ces avantages destinée à sécuriser les tiers. Le titulaire du droit réel démembré peut alors se prévaloir auprès des tiers de l'exclusivité de l'avantage dont il profite sur le bien grevé. A l'instar du droit de propriété, le droit réel démembré ne peut ainsi véritablement se former qu'avec l'accomplissement du procédé permettant de parfaire son opposabilité substantielle. Se

trouve alors justifiée la perspective d'une généralisation *de lege feranda* de la règle de la constitution du droit réel par la tradition. Le titulaire de ce dernier pourra alors pleinement se prévaloir de son droit dès sa constitution, ce qui est plus sécurisant au plan juridique.

615. L'insécurité juridique provenant de la règle du transfert de propriété par l'échange des consentements a en outre gagné la question de la preuve du droit de propriété. En effet, les difficultés relatives à la preuve du droit de propriété sont en partie liées à la règle du transfert de propriété *solo consensu*. En raison de sa relativité et de sa clandestinité, l'*instrumentum* de la convention ne représente pas l'élément de preuve que privilégie la jurisprudence, qui lui préfère la technique du faisceau d'indices, où la possession du bien joue un rôle déterminant. Cette situation est incohérente dans un système consensuel, où la convention devrait en bonne logique représenter l'élément de preuve principal. Au contraire, le transfert de propriété *sola traditione* conduit à un renforcement de la preuve du droit de propriété par le « titre d'acquisition ». Le formalisme d'opposabilité du transfert de propriété devient l'élément de preuve central du droit de propriété dans la mesure où il en permet une constitution ostensible.

616. La matière du transfert des risques est également concernée par l'insécurité provenant de l'abstraction de la règle du transfert de propriété *solo consensu*. Certes, au plan théorique le transfert *solo consensu* a le mérite de fonder la règle du transfert des risques vis-à-vis du cessionnaire, qui s'effectue traditionnellement lors de la convention. Cependant, ce schéma présente l'inconvénient de faire supporter à l'acquéreur d'un bien la charge des risques alors même qu'il ne détient pas la chose et n'est pas ainsi en mesure de prendre les précautions nécessaires afin d'éviter son éventuelle perte. Nonobstant l'existence d'une obligation de conservation de la chose à la charge du vendeur, le transfert des risques fait souvent l'objet en pratique d'aménagements conventionnels si bien que sa perfection coïncide le plus souvent avec la livraison du bien, c'est-à-dire le moment où l'acquéreur est en mesure d'éviter sa perte fortuite. Au contraire, à supposer que la qualité de propriétaire justifie la charge des risques dévolue à l'acquéreur, la règle du transfert de propriété *sola traditione* permet de repositionner la règle du transfert des risques et de faire plus justement correspondre le moment de sa perfection à la remise du bien aliéné.

617. L'insécurité juridique de la règle de la constitution *solo consensu* du droit réel s'est prolongée jusque dans le régime juridique de l'opposabilité *erga omnes* de ce dernier. En présence du schéma du transfert *solo consensu*, le fondement de l'opposabilité des droits patrimoniaux nés du contrat est traditionnellement situé dans l'opposabilité de ce dernier. Il en résulte que le formalisme d'opposabilité n'est pas constitutif de droit mais simplement confortatif, si bien que s'est développée l'idée que sa mise en oeuvre dépend de l'accomplissement d'un procédé portant généralement l'opération translatrice à la connaissance des tiers. Ce faisant, rien n'interdit alors que cette connaissance puisse être appréhendée tantôt objectivement tantôt subjectivement, l'absence d'exécution du formalisme d'opposabilité pouvant être palliée par la connaissance « effective » des tiers. L'opposabilité du droit réel est ainsi devenue un véritable « corps gazeux » pouvant être modulé en fonction des intérêts en présence, au prix d'une certaine insécurité juridique. En attestent les vicissitudes jurisprudentielles dont le droit positif fait état en la matière. Au contraire, lorsqu'elle est constitutive de droit, la tradition devient le véritable fondement technique de l'opposabilité du droit réel au lieu et place de la convention, analyse qui trouve d'ores et déjà un écho en droit positif au vu des manifestations de la règle de la constitution *sola traditione*. Cette perspective permet d'attirer l'opposabilité vers une conception objective. Puisque le formalisme d'opposabilité est constitutif de droit réel, il doit être appréhendé de manière objective, ce qui doit mettre fin aux atermoiements actuels du droit positif hésitant entre une approche objective ou subjective de l'opposabilité.

618. Enfin, le principe du transfert de propriété *solo consensu* est inadapté au régime juridique de la convention de réserve de propriété, laquelle peut être conclue au plus tard au moment de la livraison des biens à l'acquéreur. N'étant plus propriétaire du bien vendu dès l'échange des consentements, il est inconcevable que le vendeur puisse se réserver au moment de la livraison une propriété qu'il n'a théoriquement plus. Ainsi, la conclusion régulière d'une clause de réserve de propriété postérieurement à l'effet translatif *solo consensu* d'une vente peut ainsi être remise en cause sur le fondement des nullités de la période suspecte, au cas où l'acquéreur fait ultérieurement l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. La clause risque alors d'être considérée comme un avantage illicite conféré au vendeur, créancier du prix de vente, postérieurement à la naissance de sa créance. Au contraire, la règle du transfert de propriété *sola traditione* permet de sécuriser l'opposabilité de la réserve de propriété en présence de l'ouverture

d'une procédure collective à l'égard de l'acquéreur, en évitant que l'effet translatif de la vente ne se produise avant le moment de la livraison du bien, date à laquelle la clause de réserve peut encore être constituée.

619. Il ressort de ce qui précède que le maintien du principe d'une constitution consensuelle du droit réel ne se justifie pas véritablement, tant en théorie qu'en pratique. Sous l'angle particulier du transfert de propriété *solo consensu*, elle a fait l'objet depuis quelques années d'une remise en cause doctrinale pour l'instant isolée. Qui plus est, le développement de nombreuses exceptions dans des matières variées abonde indéniablement en ce sens, si bien qu'une modification du droit positif est indiquée. Un premier pas significatif en ce sens serait de modifier la règle générale de la formation consensuelle du droit réel qui demeure malgré les dérogations dont elle fait l'objet. Pour ce faire, il suffirait de modifier la lettre des articles 1138, 1583 et 938 du Code civil, qui constituent le cœur du transfert de propriété *solo consensu*, de la façon suivante :

Article 1138 : « *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Le créancier devient propriétaire de la chose qui est à ses risques dès l'instant où elle a été livrée* ».

Article 1583 : « *Elle (la vente) est formée entre les parties, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur par la livraison de la chose, quoique le prix n'ait pas encore été payé* ».

Article 938 : « *La donation dûment acceptée sera formée par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire par leur tradition* ».

Cette simple modification législative permettrait la substitution, dans un grand nombre d'hypothèses, de la règle de la constitution *sola traditione* du droit réel à celle de la constitution par l'accord des volontés. Elle toucherait non seulement la matière du transfert de propriété mais également celle de la constitution du droit réel démembré, laquelle, lorsqu'aucun texte particulier n'existe, s'inspire du schéma consensualiste des dispositions précédentes. Elle ferait ainsi assurément œuvre de rationalisation.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

1) Ouvrages généraux

ACCARIAS, C. *Précis de droit romain, avec l'exposé des principes généraux des Institutes de Justinien.* Paris, 1886. Tome 1.

ARGENSON, J., TOUJAS, G. *Règlement judiciaire, Liquidation des biens, Faillite, Traité et formulaire.* 4^{ème} éd., Librairie Technique. 1973.

ARGOU, G., *Institution au droit françois,* 11^{ème} éd. revue, corrigée et augmentée par M. Boucher D'Argis, Paris, éd. Mequignon, Tome II, 1787

ATIAS, Ch. *Droit civil, Les biens.* Litec, 11^{ème} éd. 2011.

AUBRY, C., RAU, C. *Cours de droit civil français.* d'après C.-S. Zachariae, 3^{ème} éd. entièrement refondue et complétée. Paris. Imprimerie et Librairie générale de jurisprudence, Cosse Imprimeur-éditeur, Tomes 1-6, 1856-1863.

AYNES, L., CROCQ, P., *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière.* 2011- 5^{ème} éd., Defrénois- Lextenso.

AZEMA, J., GALLOUX, Ch. *Droit de la propriété industrielle.* 6^{ème} éd., Précis Dalloz. 2006.

BEAUMANOIR, Ph., *Coutume de Beauvaisis,* Commentaires historiques et juridiques de G. Hubrecht, Paris, éd. 1899-1974.

BENABENT, A. *Droit civil, Contrats spéciaux civils et commerciaux.* Montchrétien, 5^{ème} éd. 2001.

BERNIER, G., CHETCUTI, L., COURTOIS-FINAZ, A. *La TVA racontée aux dirigeants et à leurs conseils.* Litec : 2^{ème} éd. 2010.

BIALES-GINESTAR, M., HENRIET, A. *Les bases de la comptabilité.* Techniplus, 1993.

BONNEAU, Th. *Droit bancaire.* 7^{ème} éd. 2007, Montchrétien.

BONHOMME R., *Instrument de crédit et de paiement*, 10^{ème} éd. LGDJ, Lextenso éditions. 2013.

BONNEAU, Th., DRUMMOND, F., *Droit des marchés financiers*. Economica, 2ème éd. 2005.

BOURJON, F., *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, nouvelle éd. considérablement augmentée, Paris, éd. Grangé et Cellot, 1770.

BOUTARIC, F. De, *Explications des Ordonnances de Louis XV. Roi de France et de Navarre*, Vol. 1^{er} Avignon 1751, François Giraud Imprimeur, *Explications de l'Ordonnance de Louis XV du mois de février 1731 concernant les donations*, 1754.

CABRILLAC, M., MOULY, Ch., CABRILLAC, S., PETEL, Ph. *Droit des sûretés*. 9ème éd., Litec - 2010.

CADIET, L. *Droit judiciaire privé*. 6ème éd., Litec. 2009.

CAPITANT, H., TERRE, F., LEQUETTE, Y. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. Tome 1, Introduction, Personnes, Famille, Biens, Régimes matrimoniaux et successions, 12 ème éd. - Dalloz 2007.

CASIMIR, J.-P., CHADEFAUX, M. *Droit fiscal, Manuel et applications*. Groupe Revue fiduciaire Nathan, éd. 2009/2010.

CORNU, G. *Droit civil, Les biens*. 13ème éd. - 2007, Montchrétien. Col. Domat Droit privé.

COSCAS, G. *Mémento des marchés monétaires et financiers*. éd. SEFI : 2003. Col. Banque et stratégie.

COURCELLE-SENEUIL, J.-G. *Les opérations de banque, Traité théorique et pratique*. 7ème éd. revue et mise à jour par A. Liesse : Paris - 1896. Guillaumin et Cie.

COZIAN, M., VIANDIER, A., DEBOISSY, F. *Droit des sociétés*. 22ème éd. : Litec. Col. Manuel.

COZIAN, M., DEBOISSY, F. *Précis de fiscalité des entreprises*. Litec : 2010/2011.

DABIN, J. *Le droit subjectif*, éd. Dalloz, 1952.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., BLARY-CLEMENT, E., *Droit commercial, actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, Montchrétien, 10^{ème} éd., 2010, Col. Domat droit privé.

DELVINCOURT, Cl. E. *Cours de Code Napoléon*, Paris, Gueffier, 1813, Tome 2.

DEMANTE, A.-M. *Cours analytique de Code Napoléon*. Paris, 1855, éd. Plon, Tome 3, articles 711-892.

DEMOGUE, R. *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*. Paris, éd. Rousseau. 1911.

DEMOLOMBE, Ch., *Cours de Code Napoléon*, Tome 25, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Durand et Hachette, Paris, 1869.

DIDIER, Ph. *Droit commercial, Introduction générale, L'entreprise commerciale*. Economica, Col. Corpus Droit Privé, 2005.

DOMAT, J. *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, Tome I, Paris, éd. Durand 1777.

DROSS, W. *Droit civil, Les Choses*, LGDJ, Lextenso editions, 2012

DUBOUCHET, P. *La pensée juridique avant et après le Code civil*, 4^{ème} éd. 1998, Col. l'Hermès.

DURANTON, A., *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, Alex-Gobelet, Tome 13, éd. 1831.

FENET, P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Volume 1, Paris, 1836, Vidocq Librairie.

—, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Volume 8, Paris, 1836, Vidocq Librairie

—, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Volume 9, Paris, 1836, Vidocq Librairie

—, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Volume 13, Paris, 1836, Vidocq Librairie

FERRIERE, C., *Nouveau commentaire sur la Coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, nouvelle éd. revue, corrigée et augmentée, par M. Sauvan D'Aramon, éd. Allociés, 1770.

FLOUR, J., AUBERT, J.-L., SAVAUX, E., *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 13^{ème} éd. par E. Savaux, Sirey 2008.

FRANCOIS, A., H. RIVIERE, H., *Explication de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire*. 2^{ème} éd. - Paris 1856 : Marescq et Dujardin.

FREIDRICH, J.-J. *Comptabilité générale et gestion des entreprises*. Hachette supérieur : 1993.

GIRARD, P.F. *Manuel élémentaire de droit romain*. réédition de J.-Ph. LEVY : Dalloz 2003.

GHESTIN, J., JAMIN, Ch., BILLIAU, M. *Traité de droit civil, Les effets du contrat*. 3ème éd. 2001, LGDJ.

HILAIRE, J. *Introduction historique au droit commercial*. PUF : 1986. Col. Droit fondamental.

HOUTCIEFF, D. *Droit du commerce et des affaires, Droit commercial, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, instrument de paiement et de crédit*. 2ème éd. : Sirey. 2008.

HUC, Th. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*. Tome VII - Paris : Librairie Cotillon. éd. pichon - 1894.

HUET, J. *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*. Sous la direction de J. Ghestin, LGDJ. 1996.

JEANTIN, M., LE CANNU, P, GRANIER, T. *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Titrisation*. Dalloz, 7ème éd. 2005.

JOBARD-BACHELLIER, M.-N, BOURASSIN, M., BREMOND, V. *Droit des sûretés*. Sirey Universitaire, 2007.

JOSSERAND, L. *Cours de droit civil positif français*. Tomes 1 et 2, 3ème éd. Paris. Sirey - 1938-1940.

JUGLART, M. De, IPPOLITO, B. *Traité de droit commercial*. Tome 7 - Banques et bourses : 3ème éd. par L.-M. Martin. Montchrétien - 1991.

LAGARDE, B. *Traité économique et fiscal de la sauvegarde de l'entreprise*. Préface de J. Deharveng, éd. 2007.

LARROUMET, Ch. *Les biens, Droits réels principaux*. Tome II - Economica, 5ème éd. 2006. et 4ème éd. 2004.

LOUSSOUARN, Y. *Cours de droit civil, Le transfert de propriété par l'effet des contrats*. Cours DES, 1969/1970.

LOYSEL, A., *Institutes coutumières*, nouvelle éd. revue , corrigée et augmentée par DUPIN et LABOULAY, Tome I, Paris, 1846, éd. Durand.

LYON-CAEN, Ch., RENAULT. L, *Traité de droit commercial, Tome 8, Des faillites, Banqueroutes et liquidations judiciaires*. 2ème éd. 1899, éd. Pichon, Librairie Cotillon. Paris.

LYON-CAEN, G., LAVIGNE, P. *Traité théorique et pratique du droit du cinéma*. LGDJ : 1957.

MALAURIE, Ph., AYNES, L., STOFFEL-MUNCK, Ph. *Droit civil, Les obligations*. 4ème éd., 2009 Defrénois. Col. Droit civil.

MALAURIE, Ph. *Droit civil, Les successions, Les libéralités*. Defrénois, éd. 2010.

MALAURIE, Ph., AYNES, L. et GAUTIER, P.-Y., *Droit civil, Les contrats spéciaux*, 6^{ème} éd. 2012, Defrénois Lextenso éditions.

MARCADE, V. *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence, et un traité résumé après le commentaire de chaque titre, Paris, éd. 1866, Cotillon. Tome 4.

—, *Eléments du droit civil français ou explications méthodiques du Code civil*, accompagné de la critique des auteurs et de la jurisprudence, Paris, éd. Cotillon, 1847, Tome 4.

MARTIN, O., *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, complétée par des additions bibliographiques, éd. Cujas, Volume II, 1972.

MARTY, G., RAYNAUD, P., JESTAZ, Ph., *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*. 2ème éd., Sirey. 1987.

—, *Droit civil, les obligations*, Tome II, Sirey, 1989.

MAZAUD, H., L., J., CHABAS, F. *Leçons de droit civil*. Tome 3- Sûretés, Publicité foncière : 6ème éd. Montchrétien, par V. Ranouil et F. Chabas. 1988.

MERLIN P.-A. *Répertoire Universel et raisonné de jurisprudence*. éd. 1809 et éd. 1815, Tomes 12, 13 et 14, Paris, Garnery.

MESTRE, J., PUTMAN, E., BILLIAU, M. *Traité de droit civil, droit spécial des sûretés réelles*. sous la direction de J. Ghestin, LGDJ - 1996.

MONIER, R. *Manuel élémentaire de droit romain*. Tome 2, Les obligations. éd. Montchrétien 1944.

MOURLON, F. *Traité théorique et pratique de la transcription et des innovations introduites par la loi du 23 mars 1855 en matière hypothécaire*. 1862, Marescq Aine. Tome 2. —, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, T. 3, 6^{ème} éd., Marescq, Paris, 1863

NIZARD, F. *Les titres négociables*. Revue banque édition et Economica, 2003 . Col. Pratique du droit.

ORTOLAN, E. *Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien*, précédée d'une Généralisation du droit romain, 11^{ème} éd. 1880, par J.E LABBE.

ORTOLAN, E. *Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien.* Paris, Videcoq. 5ème éd. 1851.

OURLIAC, P., De MALAFOSSE J., *Droit privé et ancien droit Français, Les biens.*, PUF-1961

PAPE, G., *La jurisprudence du célèbre conseiller et jurisconsulte Guy Pape, dans ses décisions, avec plusieurs remarques importantes,* à Lyon 1692, chez Jean Certé.

PARDESSUS, J.-M. *Traité des servitudes ou services fonciers.* Paris, 4ème éd. 1817.

PATAULT, A.-M. *Introduction historique au droit des biens.* Droit civil, PUF- 1989.

PEDAMON, M. *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce.* 2ème éd., Dalloz. 2000.

PEROCHON, F. *Entreprises en difficulté.* 9ème éd., LGDJ - Lextenso éditions 2012.

PIEDELIEVRE, S., PIEDELIEVRE, J. *La publicité foncière, 2014, Deffrénois, Lextenso éditions.*

POTHIER, R.-J., *Traité de droit du domaine de propriété,* par l'auteur du traité des obligations, Paris, éd. Debure, 1772.

— *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur,* Nouvelle édition revue, corrigée et considérablement augmentée par l'auteur, Paris, éd. Debure, 1764.

— *Traité de contrat de vente selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur,* par l'auteur du traité des obligations, nouvelle version revue et corrigée, Paris, éd. Debure, 1781.

PUFENDORF, S.-V. *Droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique,* éd. 1740, trad. du latin par J. Barbeyrac, Londres, J. Nours, Volume 2.

RENOUARD, A.-Ch. *Traité des faillites et banqueroutes.* 2ème éd. revue et augmentée, Paris 1844 - Guillaumin Librairie. Tome 1.

RIPERT, G., ROBLOT, R. *Traité de droit commercial,* par Ph. Delebecque et M. Germain, Tome 2, 16^{ème} éd. 2002, LGDJ.

RIVES- LANGE, J.-L., CONTAMINE-RAYNAUD, M. *Droit bancaire.* Dalloz , 6ème éd. - 1995.

RODIERE, R. *Droit des transports, Transports terrestres et aériens.* Sirey, 2ème éd. 1977.

ROGRON, J.A. *Code civil expliqué par ses motifs et par des exemples.* 7ème éd. - Paris 1834, Vidocq et Alex-Gobelet.

SALEILLES, R. *De la possession des meubles, Etude de droit allemand et de droit français.* Paris, LGDJ - 1807.

SAVIGNY, F. De. *Traité de la possession en droit romain.* par F. Rudorff, 7ème éd. Bruylant 1866.

SERIAUX, A. *Droit des obligations,* PUF 1992, Col. *Droit civil.*

SERLOOTEN, P. *Droit fiscal des affaires.* Précis Dalloz, 2ème éd. 2001.

SERRES, Cl. *Les Institutions du droit français, suivant l'ordre de celles de Justinien, accomodées à la jurisprudence moderne et aux nouvelles ordonnances, enrichies d'un grand nombre d'arrêts du Parlement de Toulouse.* 3ème éd., Paris, éd. Veuve Cavelier et Fils, 1778.

SIMLER, Ph., DELEBECQUE, Ph. *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière.* 6ème éd. : Dalloz - 2012. Col. Droit privé.

SOINNE, B. *Traité des procédures collectives, Commentaires et formules.* 2ème éd.- avec la collaboration d'E. Kerckhove, Litec. 1995.

TERRE, F., SIMLER, Ph. et LEQUETTE, Y. *Droit civil, Les obligations.* 11 ème éd., Dalloz - 2013. Col. Droit privé.

THALLER, E. *Traité de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime.* 3ème éd. refondue et augmentée, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence. Paris - 1904.

THERY, Ph. *Sûreté et publicité foncière.* PUF, 2ème éd. 1988. Col. Droit fondamental.

TOULLIER, Ch.-B. *Le droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique,* Tome 3, Paris, Renouard Librairie, 1869.
— *Le droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique,* Tome 4, Paris, éd. Warée, 1819

TROPLONG, R. Th. *De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains.* Paris, Hingray, 1843.

— *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code depuis et y compris le titre de la vente, De la vente ou commentaire du titre VI du livre III du Code civil,* Paris, Hingray, 1837.

— *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code depuis et y compris le titre de la vente, Tome 19, Du nantissement, du gage et de l'antichrèse, commentaire du Titre XVII, Livre III du Code civil,* Paris, Hingray, 1847.

— *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, Tome 3, De l'échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du Livre III du Code civil,* Paris, Hingray, 1840.

ZENATI-CASTAING, F., REVET, Th. *Droit civil, Les biens.* 3ème éd. 2008, revue et augmentée, PUF.

2) Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

ALTER, M. *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels.* LGDJ, 1972. Bibliothèque de droit privé.

BACACHE-GIBEILI, M. *Les obligations, La responsabilité contractuelle,* 1^{ère} éd., 2007, Economica.

BARREAU-SALIOU, C.-Th. *Les publicités légales, Information du public et preuve des actes.* LGDJ - 1990 : Col. Droit des Affaires.

BENECH, M. *Du droit de préférence en matière de purge des hypothèques légales dispensées d'inscription et non-inscrites,* Paris 1853, éd. Alphonse Leclère,

BERCEANO, M. *La vente consensuelle dans les comédies de Plaute,* thèse, Paris 1907, Librairie des sciences politiques et sociales.

BICHERON, F. *La dation en paiement.* Préface M. Grimaldi : LGDJ Thèse Paris 2006 . éd. Panthéon Assas.

BLAISOT, A. *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage,* thèse Paris, 1897.

BUFNOIR, C. *Propriété et contrat, théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations,* Paris, 1900, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, éd. Arthur Rousseau.

BLUMENTHAL, J. *Des droits du vendeur non payé en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur.* Thèse : Paris. 1890.

CABRILLAC, H. *Le chèque et le virement.* Litec : 5^{ème} éd. - 1980.

CABRILLAC M., *Les accessoires de la créance,* Etudes Weil, Dalloz-Litec 1983.

CALAIS-AULOY, J. *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial.* Préface H. Cabrillac : LGDJ - 1959. Paris.

CALESTRENG, S. *La relativité des conventions,* Thèse Toulouse 1939.

CAMPION, S. *De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de créance non signifié,* Arras 1909, Imprimerie Répeché, Cassel et Cie.

CHAUVIRE, Ph. *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens,* Préface Th. REVET, LGDJ, 2013, *Bibl. de droit privé,* T. 547,

CORLAY, P. *La notion de soustraction frauduleuse et la conception objective de la possession,* LGDJ, 1978.

CORNELOUP, S. *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, Préface P. LAGARDE, LGDJ 2003, Bibl. de droit privé, T. 388.

CROCQ, P. *Propriété et garantie*. Préface M. Gobert : LGDJ - 1995. Col. Bibliothèque de droit privé - Tome 248.

DABIN, J. *Le droit subjectif*, éd. Dalloz, 1952,
— *Théorie générale du droit*, Nouvelle édition Paris, Dalloz, 1969, Col. Philosophie du droit,

DANOS, F. *Propriété, possession et opposabilité*. Préface L. AYNES : Economica - 2007. Col. Recherches Juridiques 15.

DAUPHIN, P. *Le virement en banque*. Thèse Lyon : 1942. éd. Bosc et Riou.

D'AVOUT, L. *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Thèse Paris II, 2005.

DESTICKER, M. *Des droits du vendeur de marchandises non payées en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur*. Thèse : Paris. 1891.

DIDIER, Ph. *De la représentation en droit privé*, LGDJ 2000, Préface Y. LEQUETTE.

DROUILLAT, R., *Etude juridique du virement en banque*. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1931.

DUCLOS, J. *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*. Préface D. Martin, 1984 – LGDJ, T. CLXXIX.

DURKHEIM, E. *Leçons de sociologie*, PUF, Coll. Quadrige, 2010,

EMERICH, Y. *La propriété des créances : approche comparative*, Préface de F. ZENATI-CASTAING, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé T. 469

ESKINAZI, D. *La qualité d'associé*. Thèse dactyl. : Université de Cergy Pontoise. 2005.

FLEURY, Cl. « *Institution au droit françois*, T. 2, rééd. Laboulaye et Dareste, Durand, Paris, 1858.

FORTI, V. *La titrisation des créances en droit comparé, Contribution à l'étude de la propriété*, Préface E. SAVAUX, 2012, Fondation Varenne, Col. Des thèses,

FROMONT, M. *Droit allemand des affaires, droit des biens et des obligations, droit commercial et du travail*, éd. Montchrétien, 2001

GAUDEMET, E. *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Thèse Paris, LNDJ, 1898

GINOSSAR, S. *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*. Paris : LGDJ - 1960.

—, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers, émergence du délit civil de fraude*. LGDJ : 1963.

GIJSBERS, Ch. *Sûretés réelles et droit des biens*, Thèse Dactyl. Université Panthéon-Assas, 2012,

GOUBEAUX, G. *La règle de l'accessoire en droit privé*. Paris : LGDJ. 1969.

GOYET, Ch. *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*. Préface D. Schmidt : LGDJ. 1983.

GRANOTIER, J. *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*. Préface D. COHEN : Economica - 2010. Col. Recherches Juridiques 23.

GROTIUS, H. *Droit de la guerre et de la paix*. éd. 1999, PUF. Col. Léviathan.

HALPERIN, J.-L. *L'impossible Code civil*. PUF, 1992. Col. Histoires.

HOT, L. *Des droits du vendeur de meubles non payé en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur*. Thèse : Paris. 1893.

HUGUENEY, P. *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Thèse Dijon 1910, p. 251.

JHERING, R.V. *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*. Tome III, Rôle de la volonté dans la possession : Paris. 1891.

JHERING, R.-V. *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*. Tome 2, Fondements des interdits possessoires, critique de la théorie de Savigny : 2ème éd., traduction de Meulenaere - Paris 1882. Marescq

LABORDE-LACOSTE, M. *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français*. Thèse Bordeaux : 1916. Imprimerie de l'Université.

LARROUMET, Ch. *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse Bordeaux 1968,

LEGEAIS, D. *Les garanties conventionnelles sur créances*. Préface de Ph. REMY : Economica - 1988. Col. Droit des Affaires et de l'entreprise.

LEVIS, M. *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits.* Thèse Paris II : 1989 - Economica.

LEVY E. *Preuve par titre du droit de propriété immobilière,* Thèse Paris, 1896, édition Pédone,

LISANTI-KALCZYNSKI, C. *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels.* Préface F. Pérochon : Litec 2001. Col. bibliothèque de droit de l'entreprise.

LUCAS, F.-X. *Le transfert temporaire de valeurs mobilières, pour une fiducie de valeurs mobilières.* Préface de L. Lorvellec : LGDJ - 1997. Col. Bibliothèque de droit privé - Tome 283.

MAINGUY, D. *La revente, préface Ph. Malaurie.* Litec : 1996. Col. Bibliothèque de droit de l'entreprise.

MASSIGLI, Ch. *De l'envoi en possession et de la vente en masse des biens d'un débiteur, De la revendication en matière de faillites,* Thèse Aix, 1877.

MAYER, P. *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé,* Thèse Paris, éd. Dalloz 1973,

MOTULSKY, H. *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs,* Préface P. ROUBIER, réimpr. Dalloz, 2002, présentation M.-A. FRISON-ROCHE

NIZARD, F., *Les titres négociables,* Préface H. Synvet, Revue Banque édition et Economica, 2003.

PEDAMON, M. *Le contrat en droit allemand,* 2^{ème} éd. 2004, LGDJ, Col. Droit des affaires

PELISSIER, A. *Possession et meubles corporels.* Dalloz : 2001. Col. Nouvelle bibliothèque de Thèses.

PEROCHON, F. *La clause de réserve de propriété dans la vente de meubles corporels.* Préface J.M. Mousseron - Litec - 1988 : Col. Bibliothèque de droit de l'entreprise. Tome 21.

QUINCARLET, S. *La notion de gage en droit privé français, ses diverses applications,* thèse Bordeaux, 1937.

RABAGNY, A. *L'image juridique du monde, apparence et réalité.* PUF- 2003 : Col. Droit, Ethique, Société.

RAYNAUD, P. *Les contrats ayant pour objet une obligation,* Cours DEA, *Les Cours du droit,* 1977/1978,

ROUBIER, P. *Droits subjectifs et situations juridiques.* Paris : Dalloz - 1963.

RIVES-LANGE, J.-L., *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte*, LGDJ 1962, Bibliothèque de droit privé Tome 32.

SALEILLES. *De la possession des meubles, Etude de droit allemand et de droit français.* Paris, LGDJ, 1807.

—, *De la cession de dettes, Annales de droit commercial*, Paris, LGDJ 1890.

SENECHAL, M. *L'effet réel de la procédure collective, Essais sur la saisie collective du gage commun des créanciers.* Litec : 2002. Col. Bibliothèque de droit de l'entreprise - N° 59.

VIANDIER, A. *La notion d'associé.* LGDJ : 1978. Bibliothèque de droit privé - Tome 156.

WEIL, A. *La relativité des conventions en droit français.* Thèse Strasbourg, Préface M. Nast : Dalloz - 1938.

WINTGEN, R. *Etude critique de la notion d'opposabilité, les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand.* Préface de J. Ghestin : LGDJ - 2004.

ZENATI, F. *Essai sur la nature juridique du droit de propriété, contribution à la théorie du droit subjectif.* Thèse dactylographiée : Lyon 1981.

3) Articles, Chroniques, Fascicules

ALCADE, F. « Les conséquences fiscales », in *Colloque Montpellier Faut-il retarder le transfert de propriété? JCP E*, Vol. 05/1995 - *Cahier de droit de l'entreprise*, p. 38.

ALLEGRET, M., TAIANA, Ph. « Transport ferroviaire interne, Contrat de transport de marchandises », *Juris Classeur transport*, Vol. Fascicule 625, mis à jour par S. Calme, éd. 2011.

ANCEL, P. « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999, p. 771 et s.

ANCEL, P., BRUN, Ph., GOUT, O., PIGNARRE, G., PIMONT, S. « Points de vue convergents sur le projet de réforme de droit des contrats », *JCP E 2008*. n° 48, I 213.

ANSALONI, G. « Sur l'opposabilité du gage sans dépossession de droit commun », *JCP E* . 2009, p. 1672.

ANSALONI, G., BILLIET, E. « Remarques sur le conflit entre le privilège du bailleur d'immeuble et le leasing de biens d'équipement », *Revue de droit bancaire et financier.* 2009, Etude 35.

ATIAS, Ch. « La mutabilité des servitudes conventionnelles », *RTD Civ.* 1979, p. 245 et s.

AUGE, G. « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », *Archives de philosophie du droit.* 1968, p. 108 et s.

AYNES, A. « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006, p. 1301 et s.

AYNES, L. « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Droit et patrimoine.* septembre 2007, p. 69.

BLOCH, P. « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD Civ.* 1988, p. 673 et s.

BOFFA, R. « L'opposabilité du nouveau gage sans dépossession », *D.* 2007, p. 1161.

BOISSONNADE, G. « Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription à l'occasion de la mauvaise foi en matière de transcription et d'inscription hypothécaire », *Revue pratique de droit français.* 1870, Vol. 30, p. 549 et s.

BONHOMME, R. « La dissociation des risques et de la propriété », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy.* Dalloz 2004, p. 69 et s.

BONNEAU, Th. « L'ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers », *Droit des sociétés.* Février 2009, Etude 3.

— « Réforme opérée par l'ordonnance du 31 mars 2005 », *Droit des sociétés.* 7 juillet 2005, comm. 142.

BONNECASE, J. « La condition juridique du créancier chirographaire », *RTD Civ.* 1920, p. 103 et s.

BOUTEILLER, P. « La publicité des gages sans dépossession, gage de droit commun et gage des stocks », *JCP E.* 2007, 1112.

— « Le gage de stocks de biens ou de marchandises », *JCP E.* 2006, 808.

BOYER, G. « Nature et formation de la vente dans l'ancien droit babylonien », *RIDA.* 1953, p.45 et s.

BRAULT, J.-C. « La donation d'une somme d'argent », *Defrénois.* 1996, art. 36236.

BRIGNON, B. « Le point sur les réalisations d'actif ou la question de la date du transfert de propriété des actifs », *Rev. proc. coll.*, n° 4, Juillet 2012, Etude 22.

CABRILLAC, M. « La cohabitation de la traite et du bordereau Dailly », *Revue de droit bancaire.* 1987, p. 75 et s.

CAILLEMER. « Le contrat de vente à Athènes », *Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère*. 1870-1871, p. 631 et s.

CATALA, P. « Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *La Documentation française*. 2006.

CHAZAL, J.-P. « L'usufruitier et l'associé », *Defrénois 2000*. art. 37191.

CHAZAL, J.-P., VICENTE, S. « Le transfert de propriété par l'effet des obligations », *RTD Civ.* 2000, p. 477 et s.

CHAZAL, J.-P., VICENTE, S., « Le paiement d'une somme d'argent ne constitue ni la livraison d'une chose ni l'exécution d'une prestation de services », *JCP G* 1997, II, 22821.

CLAYES, C.-E. « La notion de possession, pour une approche nouvelle », *Mélanges G. Dehove*. PUF, p. 131.

COZIAN, M. « Du nu-propiétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? », *JCP E*. 1994, I, 374.

CROCQ, P. « La clause de réserve de propriété et le nouvel article 153-4 de la loi du 25 janvier 1985 : la porte ouverte à la fraude », *LPA* n°10, 14 septembre 1994, p. 91.

— « La réserve de propriété », *Droit et patrimoine*. Septembre 2005, p. 75 et s.

— « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire, Situation du vendeur de meubles, Clause de réserve de propriété », *Juris Classeur Procédures collectives*. 2008, Fascicule 2545.

— « Sûretés mobilières : état des lieux et perspectives », *Conseil national des greffiers des Tribunaux de commerce, Actes du 121ème Congrès*. 24-25 septembre 2009, p. 31.

DABIN, J. « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD Civ.* 1962, p. 20 et s.

DAGOT, M. « Publicité foncière, Fonctionnement, conditions, dépôt, formalités », *Juris Classeur Civil, Annexes*. 2004, Fascicule 40.

— « Publicité foncière, Organisation », *Juris Classeur Civil Annexe*. 2002, Fascicule 35.

DANOS, F. « Publicité foncière et transfert de propriété », *Droit et patrimoine* 2012, Analyse, p. 22 et s.

D'AVOUT, L. « Quelques observations sur la valeur des publicités réelles en droit français (ou pourquoi en matière de meubles, l'inscription ne vaut pas titre) », *D.* 2008, p. 888 et s.,

DE VEAUX, D., VEAUX-FOURNERIE, P. « La représentation mutuelle des coobligés », *Mélanges Weil*. Dalloz- Litec, Vol. 1983, p. 547.

DEBOISSY, F., WICKER, G. « Le droit de vote est une prérogative essentielle de l'usufruitier de titres sociaux », *JCP E*. 2004, 1290.

DEBAT, O. « Le contrat, source de responsabilité envers les tiers », *LPA* 23 septembre 2003, p. 1 et s.

DECOOPMAN, N. « La notion de mise à disposition », *RTD Civ.* 1981, p. 300 et s.

DELEBECQUE, Ph. « Le destinataire de la marchandise : tiers ou partie au contrat ? » *Dalloz Affaires*, Vol. 1995, p. 189 et s.
— « Loi du 6 février 1998 : améliorations des conditions d'exercice la profession de transport routier », *Dalloz Affaires*, 1998, p. 870 et s.

DELLECI, J.M. « Le nouveau droit de propriété des titres négociés », *JCP E* . 1994, I 368, p. 305.

DEMEYERE, J. « La formation de la vente et le transfert de la propriété en droit grec classique », *RIDA*. 1952, p. 262 et s.

DEMOURES, Y. « La vente avec clause de réserve de propriété et la loi du 12 mai 1980 », *RTD Com.* 1982, p. 33 et s.

DERRIDA, F. « La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives », *D.* 1980, Chron. 293.
— « La réforme du droit des entreprises en difficulté. Premier aperçu », *D.* 1994, Chron. p. 267.

DERRUPPE, J. « Un associé méconnu: l'usufruitier de parts et actions », *Deffrénois*. 1994, p. 1137.

DISSAUX, N. « Fonds de commerce, Cession, Effets », *Juris Classeur Commercial*. 2011, Fascicule 203.
— « Fonds de commerce, Nantissement », *Juris Classeur Commercial*, Vol. Fascicule 206, éd. 2011.

DROSS, W. « Articles 2276 et 2277, prescription acquisitive mobilière », *Juris Classeur Code civil* . 2009, Fascicule unique.

DUPICHOT, Ph. « Le nantissement, un an après », *LPA* 27 mars 2008, p. 32.

DURAND, B. « Faut-il retarder le transfert de propriété? L'évolution historique de la règle », *Colloque Montpellier*. *JCP E* 5/1995, Vol. Cahier de droit de l'entreprise, p. 2 et s.

DURAND, F. « Cessions de comptes courants d'associés et formalités de l'article 1690 du Code civil », *Droit fiscal*. Mai 2009, 326.

FABRE-MAGNAN, M. « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD Civ.* 1996, p. 85 et s.
— « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD Civ.* 1997, p. 583 et s.

FREMONT, P. « Publicité foncière », *Juris Classeur Civil Annexe*. 2004, Fascicule 40.
— « Vers la fin de la publicité des actes et inscriptions concernant un ancien propriétaire », *JCP N.* 1997, I, p. 53.

FRICERO, N. « Notification des actes de procédure », *Juris Classeur procédure civile*. 2009, Fascicule 141.

FRIEDEL, G. « Le déplacement volontaire du moment du transfert de la propriété », in *La vente commerciale de marchandises, Etudes de droit commercial, publiées sous la direction de J. Hamel*. Dalloz 1951, p. 152 et s.

GARAUD, E. « Fonds de commerce, Nantissement », *Juris Classeur Commercial*. Fascicule 209, Vol. éd. 2006.

GARSONNET, E. « De la transcription et spécialement de la mauvaise foi de celui qui invoque le défaut de transcription », *Revue pratique de droit français*. 1871, Vol. 31, p. 244 et s.

GAVALDA, J., STOUFFLET, J. « Le contrat dit de factoring », *JCP G*. 1996, I 2044.

GERMAIN, M., FRISON-ROCHE, M.-A. « Le transfert de propriété des valeurs mobilières cotées a lieu au moment de leur inscription en compte », *Revue droit bancaire et bourse*. 1994, p. 38 et s.

GHESTIN, J. « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, Chron. 1.

GIBIRILA, D. « Sûreté portant sur le bien d'autrui », *Juris Classeur Banque Crédit, Bourse*. Fascicule 760, Vol. éd. 2009.

GIZARD, B., De VAUPLANNE, H. « Le transfert de propriété des titres cotés », *Revue Banque*. mars 1994, p. 66.

GOBERT, M. « La publicité foncière, cette mal aimée », *Etudes J. Flour. Répertoire Defrénois* 1979, p. 207 et s.

GOUTAY, Ph. « La dématérialisation des valeurs mobilières », *Bulletin Joly*. 1999, p. 415.

GROUDEL, H. « Réflexions sur la subrogation anticipée », *Dalloz*. 1987, Chronique p. 283.

GUTHMANN, C. « Contrats d'exploitation », *Juris Classeur Brevets*. 1997, Fascicule 4723.

GUILLOT, J.-L., VANGASSE, O. « La complémentarité de la traite et du bordereau Dailly », *Banque*. 1991, p. 267 et s.

GUYON, Y. « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur », *Revue Jurisprudence commerciale*. Février 1982, p. 121.

HECART, Ch. « Réflexion à propos de la traite non acceptée », *D.* 2003, Doctrine, p. 539 et s.

HEMARD, J. « Observations sur la vente des véhicules d'occasion », *D.* 1959, Chron. 161 et s.

HERY, F. FAVENNEC. « La date certaine des actes sous seing privé », *RTD Civ.* 1992, p. 1 et s.

JESTAZ, Ph. « Le tireur conserve-t-il la disponibilité de la provision après l'émission d'une lettre de change ou d'un chèque ? », *RTD Com.* 1966, 883,

MARINO, L. « Le transfert de propriété dans le contrat d'entreprise », *Deffrénois* 2001, art. 37387, p. 907 et s.

4) Notes de jurisprudence, observations et conclusions

AYNES, L. note sous Cass. civ. 3ème 1er avril 1987, *D.* 1987. p. 455.

BALLOT, Ch. obs. sous Trib. civil de la Seine, 13 mars 1858. *Revue pratique de droit français, jurisprudence, doctrine, législation.* Paris 1858, éd. Marescq et Dujardin, p. 472.

BARBIERI, J.-J. note sous Cass. com. 3 février 2009, *JCP G.* n° 10, 4 mars 2009, II 1045.

BONNEAU, Th. obs. sous Cass. com. 13 février 2007, *Droit des sociétés.* 2007, com. 163.

BREDIN, J.-D. obs. sous Cass. civ. 3ème 22 mars 1968, *RTD Civ.* 1968, p. 564.

CABRILLAC, M. obs. sous Cass. com. 9 janvier 1990. *D.* 1990. somm. p. 121.

— obs. sous Cass. com. 15 juin 1993. *Revue trimestrielle de droit commercial.* 1993, n° 7, p. 696.

CHAZAL, J.-P. note sous Cass. com. 8 février 2000, *D.* 2000. p. 567.

CHEVRIER, E. obs. sous Cass. com. 5 novembre 2002, *D.* 2003. AJ, p. 70.

CROCQ, P. obs. sous Cass. civ. 1ère 3 juillet 1996, *RTD Civ.* 1997, p. 470.

D'AVOUT, L. note sous Cass. com. 5 mai 2009, *D.* 2010. p.123.

DELPECH, X. obs. sous Cass. com. 19 décembre 2000, *D.* 2001. AJ, p. 1022.

ENDREO, G. note sous Cass. com. 28 juin 1983, *D.* 1984. p. 444 et s.

FOUCHARD, Ph. obs. sous Cass. civ. 1ère 3 mai 1973, *Chunet* 1975. 74.

GIVERDON, C., SALVAGE-GEREST. P. obs. sous Cass. civ. 3ème 17 juillet 1986, *RTD Civ.* 1987, p. 368.

GOUBEAUX, G. obs. sous Cass. civ. 3ème 30 janvier 1974, *Deffrénois* . 1974, art. 30631, p. 637.

HOVASSE, H. obs. sous Cass. com. 29 janvier 2008, *Droit des sociétés*. 2008, comm. 79.

JOBARD-BACHELLIER, M.-N. obs. sous Cass. com. 28 janvier 1997, *D.* 1998. somm. p. 141.

KEITA, M. obs. sous Cass. com. 5 novembre 2002., *JCP E* 2003. n° 14, p. 616.

LAMIAUX, S. note sous Cass. civ. 3ème 10 février 2010, *JCP N* 2010. 1146, n° 16.

LARROUMET, Ch. note sous Cass. com. 14 décembre 1993, *D.* 1994. p. 269.

LIBCHABER, R. obs. sous Cass. civ. 1ère 18 octobre 2005, *Defrénois* 2006. p. 614.

LUCAS, F.-X. note sous Cass. com. 9 juin 1998, *Revue Sociétés*. 1998, p. 771 et s.
— obs. sous CA Bordeaux 17 juin 2004. *Droit des sociétés*. 2005, comm. 6.

MARTY, R. note sous Cass. com. 12 janvier 2010, *JCP E.* 2010, 1497, p. 23 et s.

MESTRE, J. note sous Cass. com. 16 juillet 1979, *D.* 1981. 225.

PERINET-MARQUET, H. obs. sous Cass. civ. 3ème 16 septembre 2009, *JCP N.* 2010, 1207, n° 17.

— obs. sous Cass. civ. 3ème 26 janvier 2011, *JCP G.* Mars 2011, 323, n° 15.

PEROCHON, F. obs. sous Cass. com. 14 novembre 1989. *D.* 1991. somm. p. 43.

— obs. sous Cass. com. 26 mai 2010, *Rev. proc. coll.*, n° 5, septembre 2010, com. 176.

PLANQUEEL, A. note sous Cass. Civ. 3ème 22 mars 1968, *JCP* 1968, II, 15587

REMERY, J.-P. Rapport sous Cass. com. 28 janvier 1997, *JCP G.* 1997, II 22791.

RENET, Th. obs. sous Cass. civ. 3ème 10 février 2010, Cass. civ. 3ème 15 décembre 2010 et Cass. civ. 3ème 12 janvier 2011, *RTD Civ.* 2011, p. 369 et s.

RIVES-LANGE, J.-L. obs. sous Cass. com. 15 mars 1988, *Revue Banque*. 1988, n° 484, p. 699 et s.

ROUAST, A. obs. sous Trib. Civ. Seine 16 juillet 1943, *DC* 1944, 20.

SIZAIRE, C. note sous Cass. civ. 3ème 16 septembre 2009, *Construction-Urbanisme*. 2009, comm. 141.

WITZ, C. note sous Cass. com. 11 mai 1982. *D.* 1983. p. 271.

5) Arrêts, jugements et décisions

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. Const., *déc. n° 2010-607*, *JO* du 16 juin 2010, p. 10988 (*entrepreneur individuel*)

COUR DE CASSATION

Cass. Civ. 8 mai 1810 « *Palles et Beaudouin* », *S.* 1810, 1, 265 (*transcription de vente immobilière*)

Cass. Req. 22 mai 1858, *DP* 1858, I, 436 (*conditions revendication article L. 624-13 du Code de commerce*)

Cass. Civ. 22 juin 1864, *DP* 1864, 1, p. 412 et *S.* 1864, I, 349 (*vente immobilière-opposabilité du transfert de propriété*)

Cass. Civ. 27 décembre 1865, *D.* 1866, 1, 5 (*vente immobilière-opposabilité du transfert de propriété*)

Cass. Req. 29 novembre 1875, *DP* 1878, 1, 17 (*conditions revendication article L. 624-13 du Code de commerce*)

Cass. Req. 13 mars 1888, *DP* 1888, 1, 351 (*constitution du nantissement de fonds de commerce*)

Cass. Req. 21 juillet 1897, *D.* 1898, 1, 269 (*théorie de la solvabilité apparente*)

Cass. Req. 7 décembre 1925, *S.* 1925, 1, 340, *DP* 1926, 1, 186 (*opposabilité par la publicité foncière*)

Cass. Req. 15 avril 1902, *S.* 1902, 1, 316, *D.* 1903, 1, 38 (*opposabilité du pacte de préférence*)

Cass. Civ. 20 juin 1938, *DP* 1939, 1, 26 (*opposabilité objective de la cession de créances*)

Cass. Civ. 11 février 1946, *D.* 1946, 389 (*absence de qualité de tiers du créancier chirographaire au sens de l'article 1328 C. civ.*)

Cass. Ass. Plén. 1^{er} mars 1950, *GP* 1950, 1, p. 293 (*opposabilité objective de la cession de droits sociaux à la personne morale émettrice*)

Cass. Soc. 12 février et 1^{er} juin 1954, *JCP G* 1955, II, 8507 (*qualité de tiers de l'ayant cause particulier au sens de l'article 1328 C. civ.*)

Cass. Civ. 1^{ère} 11 juillet 1960, *D.* 1960, 702 (*tradition réelle et don manuel*)

Cass. Civ. 3^{ème} 22 mars 1968 « *Vallet* », *D.* 1968, 412 (*opposabilité subjective du transfert de propriété par la publicité foncière*)

Cass. Civ. 3^{ème} 18 décembre 1968, *Bull. civ. III*, n° 566 (*présomption simple de propriété de l'acte juridique*)

Cass. Civ. 3^{ème} 21 novembre 1969, *Bull. Civ. III*, n° 763, *D.* 1970 (*empiètement*)

Cass. Civ. 3^{ème} 22 octobre 1974, *Bull. civ. III*, n° 372 (*absence d'effet translatif de la publicité foncière*)

Cass. Civ. 3^{ème} 26 juin 1979, *Bull. civ. III*, n° 142 (*empiètement*)

Cass. Com., 27 octobre 1980, *Bull. civ. IV*, n° 351 (*opposabilité cession de brevet*)

Cass. Com. 10 mai 1982, *Banque* 1989, p. 1089 (*effet translatif de la remise du titre endossé*)

Cass. Com. 19 octobre 1982 « *Mecarex* », *RTD Civ.* 1984, p. 515 (*transfert des risques et clause de réserve de propriété*)

Cass. Com. 26 janvier 1983, *RTD Com.* 1984, 129 (*virement bancaire*)

Cass. Com. 13 juillet 1983, *D.* 1983, IR, p. 477 (*notion de délivrance*)

Cass. Civ. 3^{ème} 12 juin 1985, *RTD Civ.* 1986, 350 (*absence d'effet translatif de la signification de la cession de créance*)

Cass. Civ. 3^{ème} 17 juillet 1986, *RTD Civ.* 1987, p. 368 (*opposabilité objective de l'hypothèque*)

Cass. Com. 20 juin 1989, *D.* 1989, 431 (*opposabilité de la clause de réserve de propriété aux droits du cessionnaire Dailly*)

Cass. Com. 3 octobre 1989, *JCP G* 1990, II, 21454 (*opposabilité du droit de rétention aux droits du vendeur sous clause de réserve de propriété*)

Cass. Com. 14 novembre 1989, *D.* 1991, somm. p. 43 (*opposabilité du droit du créancier gagiste de bonne foi aux droits du vendeur sous clause de réserve de propriété*)

Cass.Ass. Plén. 22 décembre 1989, *JCP G* 1990, II, 21503 (*opposabilité du contrat*)

Cass. Com. 9 janvier 1990, *D.* 1990, somm. p. 121 (*exception à l'opposabilité de la clause de réserve de propriété aux droits du porteur d'une lettre de change*)

Cass. Com. 3 avril 1990, *D.* 1991, 180 (*opposabilité de la subrogation personnelle*)

Cass. Com. 4 juin 1991, *D.* 1991, IR, 179 (*endossement d'effets de commerce*)

Cass. Com. 2 juillet 1991, *D.* 1991, 501 (*obligation de donner et détermination du prix de vente*)

Cass. Com. 22 octobre 1991, *D.* 1993, 181 (*opposabilité du contrat-fait*)

Cass. Civ. 1^{ère} 7 janvier 1992, *JCP E* 1992, I, 143, n° 16 (*caractère réel du droit de rétention*)

Cass. Com. 10 mars 1992, *JCP* 1992, II, 21962 (*effet inter partes de l'acte de cession de parts sociales d'une SARL*)

Cass. Com. 17 mars 1992, *D.* 1992, somm. 399 (*inapplication de l'article 1328 C. civ. à l'acte de vente de fonds de commerce*)

Cass. Civ. 3^{ème} 11 juin 1992, *D.* 1993, 528 (*opposabilité de la vente par le sous-acquéreur de bonne foi d'un bien immobilier*)

Cass. Com., 27 octobre 1992, *D.* 1992, p. 505 (*opposabilité du contrat – faute délictuelle*)

Cass. Com. 17 novembre 1992, *BTL* 1993, p. 50 (*notion de livraison*)

Cass. Com. 26 janvier 1993, *D.* 1993, 205; *Defrénois* 1994, 564 (*transfert de propriété et plan de cession*)

Cass. Civ. 1^{ère} 27 janvier 1993, *GP* 1993, 1, pan. Juris., p. 107 (*transfert de propriété et dation en paiement*)

- Cass. Com. 14 décembre 1993, *D.* 1994, 269 (*cession de créances professionnelles*)
- Cass. Com. 24 mai 1994, *Bull. civ.* IV, n° 188 (*inscription au registre national des marques et titularité de l'action en contrefaçon*)
- Cass. Com. 12 décembre 1995, *JCP G* 1996, I, 3942 (*opposabilité objective du gage automobile*)
- Cass. Civ. 3^{ème} 12 juin 1996, *JCP N* 1997, I, p. 53 (*effet relatif de la publicité foncière*)
- Cass. Civ. 3^{ème} 3 juillet 1996 *D. Affaires* 1996, 1126 (*opposabilité objective du gage automobile*)
- Cass. Civ. 1^{ère} 25 février 1997, *D.* 1999, p. 309 (*don manuel d'usufruit*)
- Cass. Com. 27 janvier 1998, *Rev. Sociétés* 1998, 771 (*formalités d'opposabilité d'une cession de parts de SNC*)
- Cass. Com. 9 juin 1998, *Bull. Joly* 1998, 1088 (*formalités d'opposabilité d'une cession de parts de SNC*)
- Cass. Com. 11 mai 1999, *D.* 2000, somm. 95 (*opposabilité du droit de propriété du crédit-bailleur de meubles corporels*)
- Cass. Civ. 1^{ère} 15 décembre 1998, *Defrénois* 1999, p. 745 (*opposabilité du contrat –faute délictuelle*)
- Cass. Civ. 1^{ère}, 15 févr. 2000, *JurisData* n° 2000-000520 (*effet relatif du contrat*)
- Cass. Com. 26 avril 2000, *JCP E* 2000, p. 1134 (*cession de créances professionnelles*)
- Cass. Civ. 1^{ère} 17 octobre 2000, *D.* 2001, p. 952 (*opposabilité du contrat*)
- Cass. Com. 19 décembre 2000, *D.* 2001, AJ, 1022 (*endossement d'effets de commerce*)
- Cass. Com. 23 janvier 2001, *D.* 2001, AJ, p. 779 (*signification du nantissement de créances*)
- Cass. Civ. 1^{ère} 13 février 2001, *JCP G* 2002, II, 10099 (*opposabilité du contrat – responsabilité délictuelle*)
- Cass. Civ. 3^{ème} 5 décembre 2001, *Bull. Civ.* III, n° 147 (*empiètement*)
- Cass. Civ. 2^{ème} 30 avril 2002, *D.* 2002, somm. 2646 (*opposabilité saisie immobilière*)
- Cass. Com. 29 mai 2001, *JCP E* 2001, p. 970 (*opposabilité de la clause de réserve de propriété à la procédure collective du débiteur*)
- Cass. Civ. 3^{ème} 4 juillet 2001, *D.* 2002, 433 (*servitudes négatives*)
- Cass. Civ. 3^{ème} 18 juillet 2001, *Defrénois* 2001, p. 1288; *JCP G* 2002, I, 120, n° 6 (*effet relatif de la publicité foncière*)
- Cass. Civ. 1^{ère} 20 mars 2002, *D.* 2002, 2075 (*empiètement*)
- Cass. Com. 17 septembre 2002, *RTD Civ.* 2003, 57 (*constitution du nantissement de fonds de commerce*)

Cass. Com. 24 septembre 2002, *Banque et droit*, janvier/février 2003, 59 (*caractère translatif de l'endossement des effets de commerce*)

Cass. Com. 22 octobre 2002, *D.* 2003, somm. p. 1225 (*titres financiers - présomption de propriété de l'inscription en compte*)

Cass. Com., 5 novembre 2002, *JCP E* 2003, n° 14, p. 616 (*constitution du nantissement de fonds de commerce*)

Cass. Com. 8 juillet 2003, *Dictionnaire permanent, Difficultés des entreprises*, Bulletin 242, Octobre 2003, n° 106, p. 5477 (*droit de rétention sur documents administratifs*)

Cass. Com. 11 juin 2003, *Bull. civ. IV*, n° 98 (*notion de livraison*)

Cass. Com. 8 juillet 2003, *Act. proc. coll.* 19 septembre 2003, n° 14, p. 1 (*virement bancaire*)

Cass. Civ. 3^{ème} 26 novembre 2003, *AJDJ* 2004, 231 (*opposabilité de l'hypothèque judiciaire*)

Cass. Com. 7 juillet 2004, *Propr. Indus.* 2006, comm. 28 (*opposabilité objective de la cession ou de la licence de brevets au contrefacteur*)

Cass. Com. 7 décembre 2004, *D.* 2005, 230 (*cession de créances professionnelles*)

Cass. Ass. Plén. 4 mars 2005, *JCP G IV*, 1812 (*effet translatif de la subrogation personnelle*)

Cass. Com. 24 mai 2005, *D.* 2005, AJ, p. 1698 (*effet limité de la publicité de la vente du fonds de commerce au paiement du prix*)

Cass. Com., 5 avril 2005, *D.* 2005, n° 41, p. 2848 (*faute délictuelle*)

Cass. Com., 4 oct. 2005, *D.* 2005, p. 2593 (*transfert de propriété et cession d'actifs en liquidation judiciaire*)

Cass. Com. 22 novembre 2005, *D.* 2005, AJ, 3081 (*cession de créances professionnelles*)

Cass. Civ. 3^{ème} 22 février 2006, *D.* 2006, IR, p. 675 (*caractère authentique de la signification d'un acte par huissier*)

Cass. Com. 16 mai 2006, *D.* 2006, AJ, p. 1528 ; *JCP E* 2006, n° 35, p. 1429 (*notification nantissement parts sociales*)

Cass. Ch. Mixte 26 mai 2006, *JCP E* 2006, 382378, p. 1585 (*opposabilité pacte de préférence*)

Cass. Ass. Plén. 6 octobre 2006, *D.* 2006, 2825; *JCP* 2006, II, 10181 (*opposabilité du contrat – responsabilité délictuelle*)

Cass. Civ. 3^{ème} 29 novembre 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 923 (*refus de la qualité d'associé à l'usufruitier de parts sociales*)

Cass. Com. 13 février 2007, *Droit des Sociétés* 2007, comm. 163 (*opération de titrisation*)

Cass. Civ. 3^{ème} 25 avril 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1085 (*formalités d'opposabilité d'une cession de parts de SCI*)

Cass. Civ. 1^{ère} 4 juin 2007, n° 05-13.946, *JurisData* n° 2007-039250 (*opposabilité du contrat*)

Cass. Com. 16 octobre 2007, *JCP E* 2008, 1104 (*opération de titrisation*)

Cass. Com. 18 septembre 2007, *RTD Com.* 2007, 812 (*virement bancaire*),

Cass. Civ. 1^{ère} 19 septembre 2007, *Droit sociétés* 2007, comm. 214 (*opposabilité de la cession de créances par l'acceptation du cédé en dehors d'un acte authentique*)

Cass. Com. 1^{er} décembre 2007, *Droit Sociétés* 2008, comm. n°96 (*formalités d'opposabilité d'une cession de parts de SNC*)

Cass. Com. 29 janvier 2008, *Droit Sociétés* 2008, comm.79 (*portée de la présomption de l'inscription en compte de la cession de titres financiers*)

Cass. Ass.plén., 9 mai 2008, *D.* 2008, p. 2328 ; *RTD civ.* 2008 (*opposabilité contrat d'agence*)

Cass. Com., 3 juin 2008, *JCP G* 2008, II, 10154 (*opposabilité du contrat-fait*)

Cass. Civ 1^{ère}, 5 juin 2008, n° 07-13.181, *JurisData* n° 2008-044261 (*effet relatif du contrat*)

Cass. Civ. 1^{ère} 11 juin 2008, *JCP G* 2268 ; *RTD Civ.* 2008, p. 480 (*effet translatif de la subrogation personnelle*)

Cass. Com., 21 octobre 2008, n° 07-18.487, *JurisData* n° 2008-045511 (*opposabilité du contrat*)

Cass. Civ. 2^{ème} 6 novembre 2008, *Rev. dr. banc. et financier*, janvier 2009, comm. 12 (*théorie de la représentation mutuelle- caution*)

Cass. Civ. 1^{ère} 27 novembre 2008, *D.* 2009, 706 (*responsabilité de l'avocat*)

Cass. Com. 16 décembre 2008, *Rev. proc. coll.* 2009, p. 44, n° 167 (*exclusion de la restitution du bien au vendeur sous clause de réserve de propriété du domaine des nullités de la période suspecte*)

Cass. Com. 3 février 2009, *JCP E*, n° 11, 12 mars 2009, p. 1227 (*virement bancaire*)

Cass. Com. 5 mai 2009, *D.* 2010, 123 (*portée de la présomption de l'inscription en compte de la cession de titres financiers*)

Cass. Com. 9 juin 2009, *JCP G* 2009, 312 (*opposabilité du contrat de franchise*)

Cass. Com. 7 juillet 2009, *JCP E*, n° 38, 1866 (*opposabilité du nantissement de fonds de commerce*)

Cass. Civ. 3^{ème} 16 septembre 2009, *Construction-Urbanisme* 2009, comm. 141 ; *JCP N* 2010, 1207 (*opposabilité subjective de la servitude conventionnelle*)

Cass. Com. 12 janvier 2010, *JCP E* 2010, n° 21, 1497, p. 23 (*inopposabilité des exceptions inhérentes à la dette invoquées après la signification de la cession de créance*)

Cass. Civ. 3^{ème} 10 février 2010, *JCP N*, n° 13, 2 avril 2010, 1146 (*opposabilité objective du transfert de propriété par la publicité foncière*)

Cass. civ. 2^{ème} 6 mai 2010, *Procédures*, n° 7, juillet 2010, comm. 263 (*théorie de la représentation mutuelle*)

Cass. Com. 26 mai 2010, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 5, comm. 76 (*effets de la notification du nantissement de créances*)

Cass. Com. 15 juin 2010, *RJDA* 11/2010, n° 1109, p. 1039 (*effet limité de la publicité de la vente du fonds de commerce au paiement du prix*)

Cass. Com. 16 novembre 2010, *Juris-Data* n° 2010-021379 (*opposabilité du privilège du bailleur d'immeuble sur la clause de réserve de propriété*)

Cass. Com. 14 décembre 2010, *D.* 2011, p. 8 (*exception à l'opposabilité de la clause de réserve de propriété sur les droits du cessionnaire Dailly de la créance du prix de revente*)

Cass. Civ. 3^{ème} 12 janvier 2011, *D.* 2011, 851 ; *RTD Civ.* 2011, p. 369 (*opposabilité objective du transfert de propriété par la publicité foncière*)

Cass. Civ. 3^{ème} 26 janvier 2011, *JCP G Mars* 2011, 323, n° 15 (*opposabilité de la servitude conventionnelle*)

Cass. Civ. 3^{ème} 23 novembre 2011, *Revue de droit rural*, n° 399, Janvier 2012, comm.3 (*publicité foncière et connaissance des tiers*)

Cass. Com. 6 décembre 2011, *JCP E* 9 février 2012, 1112 (*cession de créance et équivalence des formalités d'opposabilité*)

Cass. Com. 31 janvier 2012, *Dictionnaire permanent, Difficultés des entreprises*, Bulletin n° 334, février 2012, p.1-3 (*acceptation tacite de la clause de réserve de propriété*)

Cass. Com., 13 mars 2012, *JurisData* n° 2012-004288 (*transfert de propriété et cession d'actifs en liquidation judiciaire*)

Cass. Civ. 1^{ère} 22 mars 2012, *Contrats, Conc. Cons.* 2012, comm. 144 (*opposabilité de la cession de créance*)

Cass. Com. 23 octobre 2012, *Dr. et patrimoine févr.* 2013, p. 92 (*opposabilité du nantissement de films*)

Cass. Civ. 1^{ère} 16 janvier 2013, n° 12-12226 (*opposabilité gage automobile*)

Cass. Com. 9 avril 2013, n° 12-14.133 (*endossement translatif*)

Cass. Civ. 3^{ème} 2 juillet 2013, n° 12-20681 (*opposabilité de la servitude conventionnelle*)

Cass. Com. 24 septembre 2013, n° 12-24083 (*opposabilité des cessions de parts sociales*)

Cass. Civ. 1^{ère} 2 octobre 2013, n° 12-23902 (*cession de créance et qualité de créancier*)

Cass. Com. 15 octobre 2013, n° 13-10.463 (*opposabilité de la réserve de propriété*)

COUR D'APPEL

CA Paris 18 novembre 1853, *D.* 1954, 192

CA Montpellier 12 juin 1875, *DP* 1878, 1, 17

CA Provence 25 février 1983, *D.* 1985, IR, p. 20 (*opposabilité par l'écrit de la clause de réserve de propriété*)

CA Paris 24 mars 1987, *D.* 1987, IR, p. 107 (*opposabilité du contrat de distribution*)

CA Paris 9 juillet 1992, *Juris Data* n° 022946 (*opposabilité de la subrogation personnelle*)

CA Paris 19 février 1993, *BTL* 1993, p. 495 (*notion de livraison*)

CA Paris 5 mars 1993, *D.* 1993, IR p. 141 (*subrogation personnelle*)

CA Grenoble 19 janvier 1997, *JCP E* 1998, I, 103, n° 28 (*absence de descriptif du matériel nanti et inopposabilité aux tiers du nantissement*)

CA Versailles 8 octobre 1998, *D.* 1999, IR, n° 28 (*transfert de propriété et dation en paiement*)

CA Lyon 11 février 1999, *Ann. Prop. Ind.* 1/2000, p. 3 (*effet de la date de publication au registre national des brevets*)

CA Toulouse 28 novembre 2001, *Juris Data* n° 2001-165298 (*aménagement conventionnel du transfert des risques dans une vente avec réserve de propriété*)

CA Bordeaux 17 juin 2004, *Droit sociétés* 2005, comm. 6 (*opposabilité subjective de la cession de parts de société civile*)

CA Paris 8 mars 2005, *RTD Com.* 2005, p. 760 (*opposabilité objective de la démission d'un associé non régularisée au RCS*)

CA Paris, 19e ch., sect. A, 7 janvier 2009, *JurisData* n° 2009-374185 (*opposabilité du contrat*)

TRIBUNAUX DE PREMIERE INSTANCE

Trib. Civ. de la Seine 13 mars 1858, *Rev. Prat. de droit français*, p. 471 et s. (*absence d'opposabilité erga omnes de la vente du fonds de commerce par la publicité*)

TC Versailles 28 juin 1950, *D.* 1950, 518 (*constitution du nantissement de fonds de commerce*)

TC Marseille 6 décembre 1961, *RTD Com.* 1963, p. 72 (*absence d'effet de la possession sur l'opposabilité de la vente du fonds de commerce*)

TGI Paris 21 janvier 1982, *PIBD* 1982, n° 303 (*inscription au registre national des brevets et titularité de l'action en contrefaçon*)

INDEX

(Les nombres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Absolutisme

- *définition* : 2
- *exclusivisme* : 2;3
- *opposabilité* : 4

Acte notarié

- *date certaine* : 473 et s.

Action en contrefaçon : 224 et s.

Associé

- *définition* : 251
- *qualité d'associé* : 251 et s.

B

Bail

- *constitution* : 269 et s ; 301
- *nature juridique* : 269 et s.
- *opposabilité* : 270
- *transfert de jouissance* : 275; 283

Bordereau de titrisation

- *effet translatif* : 91 et s.
- *mécanisme* : 90

C

Cession Dailly

- *bordereau Dailly* : 83
- *effet translatif* : 84 et s.

- *notification* : 86

Cession de brevet

- *action en contrefaçon* : 224 et s.
- *opposabilité* : 223
- *transfert de propriété* : 223 et s.

Cession de créances

- *opposabilité* : 233
- *propriété des créances* : 234 et s.
- *transfert de propriété* : 238 et s.

Cession de marque

- *action en contrefaçon* : 224 et s.
- *opposabilité* : 223
- *transfert de propriété* : 223 et s.

Cession de part sociales

- *publicité* : 246 et s.
- *signification* : 249
- *transfert de propriété* : 250

Cession de titres financiers

- *inscription* : 176 et s.
- *titres cotés* : 176 et s.
- *titres non cotés* : 180 et s.
- *tradition* : 190 et s.
- *transfert de propriété* : 176 et s.

Clause de réserve de propriété

- *conflits d'ayant cause* : 269 et s.
- *opposabilité* : 563 et s.
- *publicité* : 576 et s.

Clauses de déssaisine-saisine : 14

Connaissance des tiers

- *critiques (théorie de la connaissance générale des tiers)* : 444
- *extériorisation du transfert de propriété* : 451 et s.
- *opposabilité erga omnes* : 436 et s.
- *opposabilité objective* : 531 et s.
- *opposabilité subjective* : 494 et s.

Contrat d'entreprise

- *transfert de propriété* : 124

D

Date certaine

- *droit au bail* : 270; 469
- *notion* : 468
- *opposabilité* : 468 et s.
- *vente de fonds de commerce* : 483 et s.

Dation en paiement :

- *transfert de propriété* : 125

Délivrance

- *notion* : 129

Don manuel

- *transfert de propriété* : 123
- *d'usufruit* : 293 et s.

Droit de suite

- *réserve de propriété* : 581
- *sûretés réelles* : 289 et s.

E

Effets de commerce

- *endossement translatif* : 94 et s.
- *titre juridique* : 112

Exclusivisme :

- *absolutisme* : 3
- *opposabilité* : 4

Exécution forcée : 130

F

Fonds de commerce

- *date certaine* : 483 et s.
- *opposabilité erga omnes* : 482

Fraude

- *antidate* : 452
- *clause de réserve de propriété* : 587 et s.
- *opposabilité* : 452 et s.

G

Gage automobile

- *constitution* : 511
- *déclaration* : 511
- *opposabilité* : 512

Gage sur meubles corporels

- *constitution* : 318
- *dépossession* : 316 et s.
- *inscription* : 318

Gage sur stocks

- *inscription* : 351
- *tradition* : 352

I

Incorporation : 112 ; 113 ; 265

In jure cessio : 9

INPI

- *formalités*: 203 et s.

Inscription

- *date* : 226 et s.
- *effet constitutif* : 216 et s.; 297 ; 301
- *en compte* : 176 et s.: 180 et s. 190 et s.
- *INPI* : 203 et s.
- *service de la publicité foncière* : 201 et s.

J

Jusnaturalisme

- *Pufendorf* : 24

L

Lettre de change

- *endossement translatif* : 94 et s.
- *provision* : 97 et s.
- *tradition du titre* : 112

Livraison

- *droit comptable* : 67 et s.
- *droit fiscal* : 69 et s.
- *effet translatif* : 79 et s.
- *notion* : 77 et s.

Livre foncier : 28 ; 549

M

Magasins de l'acheteur

- *revendication* : 55 et s.
- *tradition* : 60 et s.

Mancipatio : 8

Mobilisation de créances

- *cession de créances Dailly* : 82 et s.
- *Titrisation de créances* : 90 et s.

N

Nantissement de créances

- *acte sous seing privé* : 476
- *ancien article 2075 C. civ.* : 342
- *notification* : 467
- *opposabilité* : 458

Nantissement de films cinématographiques

- *constitution* : 334 et s.
- *inscription* : 335 ; 337

Nantissement de fonds de commerce

- *constitution* : 322 et s.
- *inscription* : 328 et s.

Nantissement de parts de sociétés civiles

- *constitution* : 340 et s.
- *inscription* : 345 et s.

Nantissement sur le matériel et l'outillage

- *constitution* : 315

Notification

- *nantissement de créances* : 467

- *cession de créances Dailly* : 86

- *transfert de la provision* : 98 et s.

Nullités de la période suspecte

- *opposabilité de la clause de réserve de propriété* : 596 et s.

- *opposabilité des sûretés réelles* : 306 et s.

Publicité foncière

- *date* : 227

- *effet constitutif de droit* : 217 et s.

- *effet relatif* : 202

- *formalités* : 201

- *possession-publicité* : 218; 219

O

Obligation de donner

- *effet légal* : 132 ; 134

- *obligation* : 131 ; 133

Publicité légale

- *diversité* : 198

- *information du public* : 199

- *confortative/constitutive* : 208 et s.

- *tradition* : 200 et s.

Opposabilité

- *convention* : 368 et s.

- *objective* : 523 et s.

- *solo consensu* : 211 et s.

- *subjective* : 494 et s.

- *substantielle* : 27; 422 et s.

Q

Quittance subrogative

- *paiement subrogatoire* : 173

- *cession de créance* : 173

P

Paiement subrogatoire : 201

Possession

- *animus domini* : 122

- *corpus* possessoire : 122

- *conflit d'ayant cause* : 121

- *donation manuelle* : 123; 293 et s.

- *effet translatif* : 122 et s.

- *preuve du droit de propriété* : 538; 546 et s.; 557

- *publicité empirique* : 119 ; 120

R

Revendication

- *ancien droit français* : 15

- *procédure collective de l'acheteur* : 48 et s.

- *preuve du droit de propriété* : 538 et s.

- *vente avec réserve de propriété* : 574; 575 ; 585

S

Services de la publicité foncière : 201; 213; 227

Provision

- *définition* : 97

- *existence* : 98 ; 101

Servitude

- *constitution* : 297

- *de passage* : 285

- *non aedificendi* : 285
- *opposabilité erga omnes*: 296
- *transfert de la valeur d'usage* : 284 et s.

Signification

- *transfert de propriété des créances* : 238
- *transfert de propriété de droits sociaux* : 250
- *opposabilité erga omnes* : 246 et s.; 232 et s.
- *fonction informative* : 232

Solvabilité apparente

- *notion* : 60 et s.
- *critiques* : 582

Stoppage in transitu

- *notion* : 50
- *critiques* : 51

Sûretés réelles

- *constitution* : 312
- *droit de préférence* : 303
- *extériorité substantielle* : 304 ; 305
- *transfert de la valeur d'échange* : 278 et s. ; 287 et s.

T

Tiers

- *connaissance (des tiers)* : 436 et s.
- *extériorisation* : 27
- *fraude (aux droits des tiers)* : 452 et s. ; 587
- *opposabilité erga omnes* : 27
- *publicité foncière* : 221

Titre d'acquisition

- *convention (instrumentum)*: 539
- *possession* : 538 ; 552
- *présomption simple* : 549 et s.
- *preuve du droit de propriété* : 537 et s.
- *tradition* : 542 et s.

Titre juridique

- *bordereau de cession de créances professionnelles* : 83 et s.
- *bordereau de titrisation* : 90 et s.
- *effets de commerce* : 94 et s.

Tradition

- *tradition civile* : 17
- *tradition feinte* : 13 ; 27
- *tradition matérielle* : 122 et s.
- *tradition réelle* : 27

Transfert de propriété *solo consensu*

- *droit anglais* : 17
- *principe* : 16 et s.
- *inconvenients* : 20 et s.

Transfert de propriété *sola traditione*

- *droit allemand* : 33
- *date certaine (de l'acte juridique)* : 468 et s.; 483 et s.
- *inscription en compte* : 176 et s. ; 180 et s. ; 190 et s.
- *livraison* : 77 et s.
- *principe* : 27 et s.
- *publicité foncière* : 200
- *formalités auprès de l'INPI* : 223
- *remise du titre juridique* : 112 et s.
- *remise matérielle* : 122 et s.

- *signification* : 232

Transfert des risques

- *droit romain* : 139
- *exception* : 142
- *maîtrise de la chose* : 143
- *res perit domino* : 140 et s.
- *res perit debitori* : 143

Transmission

- *droit réel démembré* : 262 et s.
- *opposabilité erga omnes* : 27
- *tradition* : 27

U

Usufruit

- *constitution* : 298 et s.
- *don manuel d'usufruit* : 293 et s.
- *opposabilité erga omnes* : 299
- *transfert des utilités* : 267 et s.; 282 et s.

V

Valeur d'échange

- *duplication* : 287
- *notion* : 278 et s.
- *sûretés réelles* : 288 et s.

Valeur d'usage

- *abandon* : 282 et s.
- *duplication* : 284 et s.
- *bail* : 283
- *notion* : 268 et s.
- *servitudes* : 284
- *usufruit* : 282

Vente de fonds de commerce

- *date certaine de l'acte de vente* : 483 et s.
- *transfert solo consensu* : 479
- *opposabilité erga omnes* : 482
- *publicité de la vente* : 478 et s.

Virement bancaire

- *délégation* : 151 et s.
- *inscription en compte* : 159 et s.
- *remise de monnaie scripturale* : 156
- *tradition* : 171

TABLE DES MATIERES

(Les nombres renvoient aux numéros des pages)

REMERCIEMENTS.....	3
SOMMAIRE	5
TABLE DES ABREVIATIONS.....	7
INTRODUCTION.....	9
1^{ERE} PARTIE : LA CONSTITUTION DU DROIT REEL PAR LA TRADITION.....	35
TITRE 1^{ER} LA CONSTITUTION DU DROIT DE PROPRIETE PAR LA TRADITION	37
CHAPITRE 1^{ER} LE TRANSFERT DE PROPRIETE PAR LA REMISE MATERIELLE ..	39
Section 1 ^{ère} Les solutions issues du droit positif	39
§1) L'effet translatif de la tradition dans les « magasins de l'acheteur ».....	39
A) L'analyse classique de l'article L. 624-13 du Code de commerce.....	40
1) L'exercice d'un droit de rétention	40
2) L'exercice d'un stoppage <i>in transitu</i>	42
B) L'analyse exégétique de l'article L. 624-13 du Code de commerce	44
1) Une revendication à titre de propriétaire	44
2) Un transfert de propriété <i>sola traditione</i>	48
§2) L'effet translatif de la livraison en matière comptable et fiscale.....	51
A) Le traitement comptable et fiscal de l'opération de livraison de marchandises... 51	
1) Le traitement comptable de l'opération de livraison de marchandises	51
2) Le traitement fiscal de l'opération de livraison de marchandises.....	53
B) Les manifestations d'un transfert de propriété par tradition matérielle.....	56
1) La compatibilité des notions de livraison et de tradition matérielle	57
2) Un transfert de propriété <i>sola traditione</i>	58
§3) L'effet translatif de la remise du titre juridique dans les opérations de mobilisation de créances	60
A) Le formalisme de l'opération de mobilisation de créances	60
1) Le transfert de propriété par la datation des bordereaux de cession de créances professionnelles Dailly et de titrisation.....	60

2) Le transfert de propriété par l'endossement des effets de commerce.....	70
a) L'effet translatif de l'endossement.....	70
b) La nature du droit transmis par l'endossement	72
B) La considération supplémentaire de la remise du titre juridique.....	80
1) Les limites inhérentes à des mécanismes relatifs aux parties	80
2) L'exigence d'une tradition du titre juridique.....	81
Section 2ème <i>De lege feranda</i> , la systématisation des solutions issues du droit positif ..	85
§1) L'efficacité du caractère ostensible de la remise matérielle	85
A) Le rôle de la remise matérielle quant à l'acquisition de la propriété	86
1) La liaison entre l'extériorité de la prise de possession et l'opposabilité <i>erga omnes</i> du droit de propriété.....	86
2) La liaison entre l'extériorité de la prise de possession et le transfert de propriété	89
B) La remise matérielle dans le cadre des rapports obligatoires entre les parties à l'acte translatif	95
1) Spécificité de l'opération de remise matérielle	95
2) Incompatibilité entre la remise matérielle et l'obligation de délivrance	97
3) Incompatibilité entre la remise matérielle et la perspective d'une obligation de donner	99
§2) L'indifférence du caractère utile de la remise du bien.....	103
A) L'inutilité de la prise en compte du pouvoir de fait sur la chose	103
B) La conséquence : la dissociation entre le transfert de propriété et le transfert des risques.....	105
1) L'importance de la maîtrise de la chose dans le transfert des risques	105
2) L'indifférence de l'extériorisation inhérente à la remise matérielle dans le transfert des risques.....	111
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 ^{er}	113

CHAPITRE 2^{ème} LE TRANSFERT DE PROPRIETE PAR LA REMISE

DEMATERIALIZED.....	115
Section 1 ^{ère} <i>De lege lata</i> , le transfert de propriété par l'inscription en compte	115
§1) L'effet translatif de propriété du virement bancaire	115
A) Le virement, remise de monnaie scripturale	116
1) Les analyses délaissées	116
2) L'analyse consacrée.....	119
B) Le virement, un transfert de propriété par la tradition.....	120
1) Le moment de l'acquisition de la propriété des fonds virés : l'inscription au compte du bénéficiaire	121
2) L'assimilation de l'inscription en compte à une tradition de monnaie scripturale	127
§2) L'effet translatif de l'inscription en compte de la cession de titres financiers	130
A) Les solutions acquises en droit positif.....	130
1) L'effet translatif de l'inscription des cessions des titres cotés	130
2) L'effet translatif de l'inscription des cessions de titres non cotés.....	134

B) La justification des solutions positives.....	137
1) Inadaptation du transfert <i>solo consensu</i> à la matière des titres financiers.....	138
2) L'inscription en compte, une tradition des titres financiers à l'acheteur.....	141
Section 2 ^{ème} <i>De lege feranda</i> , le transfert de propriété par la publicité légale ou la signification.....	143
§1) L'effet translatif de la publicité légale de l'opération translative.....	144
A) La publicité légale, expression du transfert d'un bien auprès du public.....	144
1) L'information des tiers par la publicité légale.....	144
2) L'assimilation de la publicité légale à une « tradition » des biens auprès des tiers.....	145
B) Le constat d'une relation exclusive entre la publicité légale et l'opposabilité <i>erga omnes</i> du droit de propriété.....	150
1) La relation non exclusive dans le cadre du transfert <i>solo consensu</i> de propriété.....	150
2) La relation exclusive dans le cadre du transfert <i>sola traditione</i> de propriété..	158
a) Le principe de l'effet translatif de propriété de la publicité légale.....	158
b) La date de la perfection de l'effet translatif de propriété de la publicité légale.....	168
§2) L'effet translatif de la signification de l'opération translative.....	171
A) L'effet translatif de la signification de la cession de créance.....	171
1) L'opposabilité <i>erga omnes</i> de la cession de créance par la signification.....	172
2) L'effet translatif de propriété de la signification de la cession de créance.....	178
B) L'effet translatif de la signification des droits sociaux.....	183
1) La signification à la personne morale émettrice : condition de l'opposabilité aux tiers de la cession de parts sociales.....	183
2) L'effet translatif de propriété de la signification de la cession de parts sociales.....	187
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 ^{ème}	195
CONCLUSION DU TITRE 1^{er}.....	197
TITRE 2^{ème} LA CONSTITUTION DU DROIT REEL DEMEMBRE PAR LA TRADITION.....	199
CHAPITRE 1^{er} LA CONSTITUTION <i>DE LEGE FERANDA</i> DU DROIT REEL DEMEMBRE PAR LA TRADITION.....	201
Section 1 ^{ère} La translation inhérente à la constitution du droit réel démembré.....	201
§1) Le principe de la transmission d'avantages économiques lors de la constitution du droit réel démembré.....	202
A) L'identification du phénomène de transmission lors de la constitution des droits réels principaux.....	202
B) L'identification du phénomène de transmission lors de la constitution du droit du preneur à bail.....	207

C) L'identification du phénomène de transmission lors de la constitution des sûretés réelles.....	216
§2) Les modalités de la transmission d'avantages économiques lors de la constitution du droit réel démembré	221
A) Modalités de transmission des avantages économiques lors de la constitution des droits réels principaux	221
B) Modalités de transmission des avantages économiques d'un bien lors de la constitution des sûretés réelles	224
Section 2 ^{ème} L'effet constitutif de droit réel de la tradition	227
§1) L'effet constitutif de la tradition lors de la formation des droits réels principaux	228
A) L'exemple du don manuel d'usufruit	228
B) La généralisation de l'effet constitutif de la tradition lors de la formation des droits réels principaux	230
§2) L'effet constitutif de la tradition lors de la formation des sûretés réelles.....	235
A) Le respect du caractère essentiel du droit de préférence	235
B) La généralisation de l'effet constitutif de la tradition lors de la formation des sûretés réelles.....	245
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 ^{er}	251
CHAPITRE 2 ^{ème} LA CONSTITUTION <i>DE LEGE LATA</i> DU DROIT REEL	
DEMEMBRE PAR LA TRADITION.....	253
Section 1 ^{ère} Les manifestations ignorées.....	253
§1) La constitution du nantissement de fonds de commerce par l'inscription.....	253
A) Constitution du nantissement de fonds de commerce par le contrat en droit positif	254
B) La constitution du nantissement de fonds de commerce par l'inscription issue de la lettre de l'article L. 142-3 du Code de commerce	256
§2) La constitution du nantissement de films cinématographiques par l'inscription..	259
A) La lettre de l'article 124-1 du Code du cinéma et de l'image animée.....	259
B) Critique de l'analyse jurisprudentielle et doctrinale de l'article 124-1 du Code du cinéma et de l'image animée	261
Section 2 ^{ème} Les manifestations consacrées.....	263
§1) La constitution du nantissement de parts de sociétés civiles par l'inscription	263
A) Le rôle de l'inscription dans la constitution du nantissement	264
B) L'assimilation de l'inscription du nantissement de parts à une tradition	267
1) Les obstacles à l'assimilation de l'inscription à une dépossession du constituant	267
2) L'information des tiers, véritable fondement de l'effet constitutif de l'inscription	269
§2) La constitution du gage sur stocks par l'inscription	270
A) Le rôle constitutif de l'inscription du gage	270
B) L'assimilation de l'inscription à une tradition.....	271
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 ^{ème}	273

CONCLUSION DE LA 1^{ERE} PARTIE	275
2^{EME} PARTIE L'OPPOSABILITE DU DROIT REEL CONSTITUE PAR LA TRADITION.....	279
TITRE 1^{ER} LA TRADITION ENVISAGEE COMME LE FONDEMENT TECHNIQUE DE L'OPPOSABILITE	281
CHAPITRE 1 ^{ER} LE REJET DE LA CONVENTION	283
Section 1 ^{ERE} La construction de la théorie de l'opposabilité du contrat à partir du transfert de propriété <i>solo consensu</i>	283
§1) L'élaboration de la théorie de l'opposabilité du contrat-fait.....	284
A) La nécessité d'un effet auprès des tiers des conventions translatives de propriété	284
B) L'émergence de la théorie générale de l'opposabilité des conventions	289
§2) La recherche d'un contenu normatif à la règle de l'opposabilité des conventions.....	297
A) Le fondement issu de l'absolutisme du droit subjectif.....	298
B) Le fondement issu de la force obligatoire du contrat	303
Section 2 ^{EME} La remise en cause de la théorie de l'opposabilité du contrat à partir de la constitution <i>sola traditione</i> du droit réel.....	307
§1) Remise en cause de la théorie générale de l'opposabilité des conventions	308
A) Caractéristiques de la théorie générale de l'opposabilité des conventions.....	308
B) L'impact de la règle de la constitution du droit réel <i>sola traditione</i> sur la théorie générale de l'opposabilité des conventions	312
§2) Remise en cause du concept juridique d'opposabilité de la convention.....	314
A) Les raisons : l'absence d'opposabilité normative du contrat	314
1) Le recours aux règles de la responsabilité civile au titre de la sanction de l'opposabilité du contrat.....	314
2) L'absence de concept juridique d'opposabilité des conventions.....	319
B) Les conséquences : l'opération translatrice, giron de l'opposabilité substantielle	326
1) Relation entre l'opération translatrice et l'opposabilité substantielle.....	327
2) Relation entre l'opposabilité substantielle et la tradition	334
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 ^{ER}	337
CHAPITRE 2 ^{EME} L'AFFIRMATION DE LA TRADITION.....	339
Section 1 ^{ERE} Le contenu du mécanisme de la tradition	339
§1) L'inopportunité du fondement tiré de la connaissance générale des tiers	339
A) Le rôle de la connaissance générale des tiers dans la conception traditionnelle de l'opposabilité	339
B) Critique de la théorie de la connaissance générale des tiers	347
§2) L'opportunité du fondement tiré de l'extériorisation de l'opération translatrice... ..	352
A) L'approche théorique	352
B) L'approche positive	354

Section 2 ^{ème} La diversité du mécanisme de la tradition	360
§1) Les procédés caractéristiques d'une tradition	361
A) Tradition par publicité légale ou notification de l'opération translatrice	361
B) Tradition et date certaine de l'acte juridique	363
§2) La remise en cause de l'opposabilité <i>solo consensu</i> de la vente de fonds de commerce	371
A) Caractère inopérant de la publicité légale sur l'opposabilité de la vente de fonds de commerce	371
B) L'opportunité d'une opposabilité du transfert de propriété du fonds de commerce par l'enregistrement de l'acte de vente	377
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 ^{ème}	379
CONCLUSION DU TITRE 1^{er}	381
TITRE 2^{ème} L'OPPOSABILITE ENVISAGEE A TRAVERS LE FONDEMENT TECHNIQUE DE LA TRADITION	383
CHAPITRE 1 ^{er} L'OPPOSABILITE DU DROIT REEL CONSTITUE	385
Section 1 ^{ère} Le rejet du caractère subjectif de l'opposabilité du droit réel	385
§1) Les hésitations du droit positif entre opposabilité objective et opposabilité subjective	386
A) En droit civil	386
1) Les hésitations relatives à la matière de la publicité foncière	386
2) La position du droit positif dans les autres matières du droit civil	394
B) En droit commercial	399
§2) L'apport de la constitution <i>sola traditione</i> du droit réel : l'objectivation de la notion d'opposabilité	405
A) L'objectivation en raison des critiques formulées à l'encontre de la théorie de l'opposabilité subjective	406
B) L'objectivation en raison de la règle de la constitution <i>sola traditione</i>	411
Section 2 ^{ème} Le constat de l'effet probatoire du formalisme d'opposabilité du droit réel	416
§1) Le principe de l'effet probatoire des formalités d'opposabilité dans le cadre du transfert de propriété	416
A) Les difficultés de la preuve du droit de propriété par le titre dans le transfert <i>solo consensu</i>	417
B) Le renforcement de la preuve du droit de propriété par le titre d'acquisition dans le transfert <i>sola traditione</i>	421
§2) Les contours de l'effet probatoire des formalités d'opposabilité de l'acquisition du droit de propriété	426
A) Une présomption simple de propriété	427
B) Une présomption non-exclusive de propriété	433
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 ^{er}	437

CHAPITRE 2 ^{ème} L'OPPOSABILITE DE LA PROPRIETE RESERVEE	439
Section 1 ^{ère} La validation de l'opposabilité par l'écrit de la convention de réserve de propriété	439
§1) La règle de l'opposabilité par l'écrit de la clause de réserve de propriété.....	439
A) L'écrit, condition d'opposabilité de la convention de réserve de propriété	440
1) L'exigence d'un écrit.....	440
2) Un écrit convenu entre les parties.....	442
B) L'écrit, instrument limité de résolution des conflits d'ayants cause	445
1) L'affaiblissement de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété par l'article 2276 du Code civil.....	445
2) L'efficacité résiduelle de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété .	449
§2) L'inopportunité d'une publicité légale de la clause de réserve de propriété	451
A) Faiblesse des arguments favorables à la publicité de la clause de réserve de propriété.....	452
1) Les arguments favorables à la publicité légale de la clause de réserve de propriété	452
2) Les arguments défavorables à la publicité légale de la clause de réserve de propriété	456
B) L'absence de fraude au gage général des créanciers de l'acheteur par la clause réserve de propriété	460
Section 2 ^{ème} La sécurisation de l'opposabilité par l'écrit de la convention de réserve de propriété	465
§1) La fragilité de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété en présence du transfert de propriété <i>solo consensu</i>	466
A) La possible constitution de la clause de réserve de propriété après la vente.....	466
B) La fragilité de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété conclue après la vente en présence de l'ouverture d'une procédure collective.....	469
1) L'appréhension doctrinale	469
2) L'appréhension jurisprudentielle	473
§2) Le renforcement de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété en présence du transfert de propriété <i>sola traditione</i>	475
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 ^{ème}	479
CONCLUSION DE LA 2^{EME} PARTIE	481
CONCLUSION GENERALE	485
BIBLIOGRAPHIE GENERALE.....	489
INDEX.....	515
TABLE DES MATIERES	521

Droit réel ; échange des consentements ; opération translatrice ; opposabilité ; opposabilité substantielle ; publicité légale ; transfert de propriété ; tiers ; tradition

La consécration par le Code civil de 1804 de la règle du transfert de propriété *solo consensu* a conduit à envisager la constitution du droit de propriété distinctement de son opposabilité *erga omnes*. Une situation identique se constate en présence d'un droit réel démembré, où la constitution du droit est fréquemment indépendante de l'opposabilité aux tiers, qui dépend de l'accomplissement d'un procédé ostensible. Cependant, ce schéma contrevient à l'opposabilité substantielle du droit réel, qui assure à son titulaire l'exclusivité de sa relation juridique avec la chose. En effet, la constitution du droit réel repose sur un phénomène de transmission qui en représente le rouage essentiel : il s'agit de la transmission d'un bien en présence du transfert de propriété ou de celle d'un avantage économique sur le bien grevé d'un droit réel démembré. Par nature risquée pour les tiers, cette opération translatrice nécessite qu'une personne ne puisse opposer son droit aux tiers qu'après l'exécution d'un formalisme d'extériorisation. Elle révèle ainsi la particularité du régime juridique de l'opposabilité substantielle du droit réel, qui est caractérisée par cette réciprocité vis-à-vis des tiers. Cette approche s'articule mal avec l'idée d'une constitution conventionnelle du droit réel où son opposabilité est appréhendée de façon duale : à l'état « virtuel » lors de l'échange des consentements et à l'état « effectif » avec l'accomplissement d'un procédé ostensible. L'opposabilité « conventionnelle » est un concept creux car sans effet juridique, de sorte que l'opposabilité substantielle du droit réel entretient une relation exclusive avec le formalisme la mettant en oeuvre. Se trouve ainsi fondée la perspective d'une constitution du droit réel par l'effet de la tradition car celle-ci, au-delà de sa matérialité originelle, extériorise l'opération translatrice inhérente au droit réel et en préserve ainsi l'opposabilité substantielle. Il est dès lors question d'analyser précisément la manière dont la règle de la constitution *sola traditione* du droit réel pénètre le droit positif. Or, à cet égard, elle fait œuvre de rationalisation.

Exchange of consents ; opposability ; ownership transfert ; substantial opposability ; tradition ; third parties ; transmission

The consecration by the civil code of 1804 of the rule of ownership transfert *solo consensu* led to envisage the constitution of the property right clearly of its *erga omnes* opposability. An identical situation prevails frequently in the presence of a real dismembered right, where the constitution of the right is frequently independent from the opposability in third parties, which depends on the fulfillment of a patent process. However, this plan violates the substantial opposability of the real right, which assures his holder the exclusivity of its legal relation with the thing. The constitution of the real right based on a phenomenon of transmission which represents the essential cog: it is about the transmission of the thing in the presence of ownership transfer or of that of an economic advantage. It reveals the peculiarity of the legal regime of the opposability of the real right, which is characterized by this reciprocity towards thirds parties. This approach articulates badly with the idea of a conventional constitution of the right reality where its opposability is arrested in a two-tier way: in the “virtual” state during the exchange of the consents and in the “actual” state with the fulfillment of required formalism. The consensual opposability of the real right is a hollow concept because ineffective legal, so that the formalism of opposability maintains an exclusive relation with the substantial opposability. The perspective of a constitution by the tradition is so established, which is endowed with a constituent effect of right because, beyond her original materiality, she exteriorizes the translatrice operation inherent to the real right and so protects the substantial opposability from it. It is necessary from then on question to analyze exactly the way the rule of the constitution *sola traditione* of the real right penetrates the substantive law. Now, in this respect, it acts as rationalization.