



Université Panthéon-Assas

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de droit européen comparé  
Dirigé par Monsieur le Professeur Louis Vogel  
2011**

***La question du transfert de propriété en  
droit français et en droit allemand  
sous l'angle de l'obligation de donner***

**LABRO Gwenola**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Jean-Sébastien  
Borghetti**

Humboldt Universität zu Berlin  
Paris II Panthéon-Assas

Mémoire  
Master II Droit européen comparé  
Juin 2011

La question du transfert de propriété  
en droit français et allemand  
sous l'angle de l'obligation de donner

Gwenola LABRO

Matricule : 0601470  
Yorckstraße 90  
10965 Berlin  
gwenola.labro@free.fr

Sous la direction de  
Monsieur le Professeur Jean-Sébastien Borghetti

# Table des matières

<b>Introduction</b>	<b>1</b>
<b>A. Le contrat productif de l'obligation de donner, prémisses du transfert de propriété</b>	<b>5</b>
I. Le droit romain et les deux opérations juridiques nécessaires au transfert de propriété . . . . .	5
1. La <i>causa</i> en droit romain et le transfert de propriété . . . . .	6
a) La propriété, un droit opposable à tous . . . . .	6
b) Le transfert de la chose, une condition du transfert de propriété . . . . .	6
2. Du terme subjectif de la <i>causa</i> jusqu'à la doctrine du <i>titulus</i> et <i>modus</i> . . . . .	8
a) Le terme de <i>causa</i> . . . . .	8
b) La <i>iusta causa traditionis</i> . . . . .	9
c) Le terme subjectif de la <i>causa</i> . . . . .	9
d) La <i>traditio cum iusta causa</i> ou la doctrine du <i>titulus</i> et <i>modus</i> . . . . .	10
II. L'Ancien droit français dans la lignée de la règle traditionnelle . . . . .	11
1. La nécessité d'une tradition . . . . .	11
2. La clause de dessaisine-saisine . . . . .	11
3. Le Code civil et l'article 1138 du Code civil : l'instantanéité du transfert . . . . .	12
III. Le droit allemand et le principe de l'abstraction . . . . .	13
1. <i>Verfügungsgeschäft</i> et <i>Verpflichtungsgeschäft</i> , deux contrats indépendants l'un de l'autre . . . . .	13
a) La thèse de Savigny et le contrat réel . . . . .	13
b) Un contrat réel abstrait . . . . .	14
2. Le paragraphe 929 du BGB, pilier du transfert de propriété . . . . .	15
a) La naissance du paragraphe 929 du BGB . . . . .	15
b) La consécration du principe de l'abstraction dans le paragraphe 929 du BGB . . . . .	16
<b>B. Le moment du transfert de propriété</b>	<b>18</b>
I. Le Code civil et le principe de l'instantanéité du transfert . . . . .	18
1. Le Code civil et l'obligation de donner . . . . .	18
a) Les articles 1136 et 1138 du Code civil, obligation de donner et obligation de livrer . . . . .	18
b) Les articles 711 et 1583 du Code civil et l'instantanéité du transfert de propriété . . . . .	20
c) Les questionnements soulevés par le transfert de propriété <i>solo consensu</i> et l'article 1138 du Code civil . . . . .	21
2. L'absence de « <i>Trennungsprinzip</i> » en droit français . . . . .	22

a)	La rigueur apparente du principe du consensualisme...	22
b)	... transforme l'obligation de donner en une obligation mort-née	23
3.	La flexibilité des articles du Code civil, créatrice d'une nouvelle fonction pour l'obligation de donner	25
a)	Le transfert de propriété <i>solo consensu</i> , une victoire apparente ?	25
b)	Les différents aménagements possibles et la place de l'obligation de donner	26
II.	Le <i>Trennungsprinzip</i> du droit allemand applicable au droit français ?	28
1.	Le contrat réel en droit allemand ou <i>Verfügungsgeschäft</i>	28
a)	Le paragraphe 433 BGB ou le fondement de l'obligation de donner	29
b)	Le paragraphe 929 BGB ou le transfert de propriété	30
2.	Un contrat réel sur le modèle du <i>Verfügungsgeschäft</i> envisageable en droit français ?	30
a)	Les conditions du <i>Verfügungsgeschäft</i> appliquées en droit français	30
b)	L'étude critique et comparative du principe du consensualisme et de ses aménagements	34
c)	La négation du contrat réel : le transfert de propriété en tant que simple effet du contrat	37
d)	Résumé	38
<b>C.</b>	<b>Le principe de l'abstraction, spécificité du droit allemand : l'indépendance de l'obligation de donner et du contrat réel</b>	<b>40</b>
I.	Le contenu réel de l'abstraction	40
1.	Obligation de donner et transfert de propriété, indépendants l'un de l'autre	40
2.	Le paragraphe 812 du BGB, preuve du principe de l'abstraction	41
a)	La théorie de l'enrichissement sans cause	41
b)	La définition de la cause juridique	42
c)	Le retransfert de la chose et de sa propriété	43
3.	Un transfert des risques retardé	43
II.	Un principe toujours respecté ? Les ruptures du principe de l'abstraction	44
1.	Les ruptures relatives du principe de l'abstraction	45
a)	Contrat de vente et contrat réel, victimes des mêmes vices	45
b)	La nullité dans les cas du paragraphe 123 du BGB	45
2.	La révocation du contrat de vente simultanée à celle du contrat réel, admise par la jurisprudence	45
3.	Les ruptures du principe de l'abstraction par la volonté des parties	46
a)	Les parties et leur volonté de déroger au principe de l'abstraction	46
b)	La volonté supposée des parties, une nouvelle abstraction	46

4.	Contrat de vente et transfert de propriété, une seule opération juridique : l'application analogique du paragraphe 139 du BGB . . . . .	47
<b>D.</b>	<b>L'étude des différents principes réglant le transfert de propriété</b>	<b>49</b>
I.	Classement des différents principes . . . . .	49
1.	Principe du consensualisme et principe de la tradition . . . . .	49
2.	Principe de la causalité et principe de l'abstraction . . . . .	49
3.	Principe de la séparation et principe de l'unité . . . . .	50
4.	La représentation des différents principes . . . . .	50
II.	Critique du règlement du transfert de propriété en droit allemand . . . . .	52
1.	La sécurité juridique du principe de l'abstraction . . . . .	52
2.	Les problèmes liés au principe de l'abstraction . . . . .	53
a)	Un principe éloigné de la vie pratique . . . . .	53
b)	Le problème de la protection du cédant dans le cas du dépôt de bilan . . . . .	53
III.	Critique du règlement du transfert de propriété en droit français . . . . .	54
1.	Un principe pratique et flexible . . . . .	54
2.	Obligation de diligence de l'acheteur et restriction de la liberté de manœuvre juridique . . . . .	55
a)	Obligation de diligence de l'acheteur . . . . .	55
b)	Restriction de la liberté de manœuvre juridique ? . . . . .	55
3.	Les transferts de propriété du droit français et du droit allemand, rapprochés par les aménagements légaux et conventionnels . . . . .	56
<b>E.</b>	<b>Vers une convergence entre droit français et droit allemand</b>	<b>57</b>
I.	Le remplacement du principe de l'abstraction par le principe de la causalité . . . . .	57
1.	Le choix de la solution la plus simple . . . . .	57
2.	Le principe de la causalité . . . . .	57
II.	Principe de l'unité et principe de séparation : les perspectives de rapprochement	58
1.	Le principe de séparation comme illustration du processus juridique . . . . .	58
2.	Un principe de la séparation indépendant du principe de la tradition . . . . .	59
a)	Le principe de la séparation, illustration de la pratique juridique actuelle . . . . .	59
b)	La tradition comme mode de preuve . . . . .	60
III.	Le cadre commun de référence et le règlement du transfert de propriété . . . . .	61
1.	Le règlement du transfert de propriété à l'échelle européenne : une harmonisation impossible ? . . . . .	61
2.	Le rapprochement des deux systèmes juridiques . . . . .	62
3.	Le choix du règlement du processus du transfert . . . . .	62

## Bibliographie

- [1] **Ancel Pascal**, *La force obligatoire et l'effet obligationnel du contrat*, Revue trimestrielle 1999.
- [2] **Aubry et Rau**, *Droit civil francais*, 6ème édition, Litec 2005.
- [3] **Baudry-Lacantinerie**, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3ème édition, L. Larose et L. Ténin.
- [4] **Baur/Stürmer**, *Sachenrecht*, 18. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2009 (cité : Baur).
- [5] **Bloch Pascale**, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente*, RTD civ. 1998.
- [6] **Bucher Eugen**, *Die Eigentums- Translativwirkung von Schuldverträgen : Das « Woher » und « Wohin » dieses Modells des Code Civil*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 1998.
- [7] **Bufnoir Claude**, *Propriété et contrat, Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, 2ème édition, Paris 1924.
- [8] **Cabillac Rémy**, *Droit des obligations*, 8ème éditions, Dalloz 2008.
- [9] **Carbonnier Jean**, *Droit civil, Les biens*, 19e édition, Dalloz 2005.
- [10] **Catala Nicolas**, *La nature juridique du paiement*, Paris LGDJ (bibliothèque de droit privé) 1961.
- [11] **Chazal Jean-Pascal, Vicente Charles**, *Le transfert de propriété par l'effet des obligations*, RTD civ 1994, 132 (cité : Chazal-Vicente).
- [12] **Fabre-Magnan Muriel**, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD 1996 p. 85.
- [13] **Fabre-Magnan Muriel**, *Propriété, patrimoine et lien social*, RTD Civ. 1997 p. 583. (cité : Fabre-Magnan, RTD Civ. 1997)
- [14] **Fenet Antoine**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Fenet, Tome II, Paris 1836. (cité : Recueil).
- [15] **Ferrari Franco**, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrecht*, Kürgen Basedow, Band I, Mohr-Siebeck, 2009.
- [16] **Flour-Aubert**, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz-Sirey, 2003.
- [17] **Kaser Max**, *Das römische Privatrecht*, 18. Auflage, Band II, Verlag CH Beck, München 1955.
- [18] **Kaspar Michael**, *Abschied vom Abstraktions und Traditionsprinzip ? Gemeinsame Strukturen des rechtsgeschäftlichen Mobiliarerwerbs nach „Abstraktionsprinzip“ und dem so genannten „reinen Konsensprinzip“ am Beispiel eines deutsch-rumänischen Rechtsvergleichs*, Springer Verlag Heidelberg 2003.

- [19] **Kupisch Berthold**, *Der rechtsgeschäftliche Erwerb von Eigentum an beweglichen Sachen im Römischen Recht und in der römisch-rechtlichen Tradition, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors des Rechts durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster*, vorgelegt von Eulo Seo aus Seoul, Südkorea, 2004.
- [20] **Kupisch Berthold**, *Zum Rechtsgrund i.D. des paragraph 812 BGB bei Erfüllung. Eine rechtsdogmatische und rechtsgeschichtliche Untersuchung*, NJW 1985, 2370 (cité : Kupisch, NJW).
- [21] **Lange Heinrich**, *Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung im Boden- und Fahrnisrecht*, AcP (146) 1941, p. 28 et s.
- [22] **Leipold Dieter**, *BGB I Einführung und Allgemeiner Teil*, 6. Auflage Mohr Siebeck.
- [23] **Oeckinghaus Arne**, *Kaufvertrag und Übereignung beim Kauf beweglicher Sachen im deutschen und französischen Recht*, Duncker und Humblot/Berlin, 1973.
- [24] **Palandt Otto**, *Bürgerliches Gesetzbuch* 69. neubearbeitete Auflage 2010, S. 2863ff., Verlag C. H. Beck, München, 2009.
- [25] **Puntschart Valentin**, *Die Entwicklung des Grundgesetzlichen Civilrechts der Römer : Auf Grund von Forschungen dargestellt für Juristen, Philologen und Historiker*, Verlag A. Deichert, Oxford 1872.
- [26] **Pignarre Geneviève**, *A la redécouverte de l'obligation de praestare. Pour une relecture de quelques articles du Code civil*, RTD civ 2001 p. 41.
- [27] **Pufendorf, Samuel von**, *Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, De iure naturae et gentium*, Frankfurt/Main 1711. 2001.
- [28] **Revet Thierry**, *Fraude paulienne à la créance de donner*, RTD Civ. 2006, p. 343.
- [29] **Ripert Georges, Boulanger Jean**, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, RTD civ 2001 p. 41.
- [30] **Rodriguez-Rosado Bruno**, *Abstraktionsprinzip und redlicher Erwerb als Mittel zum Schutze des Rechtsverkehrs*, Peter Lang, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main 2009.
- [31] **Schäfer M. Alexander**, *Das Abstraktionsprinzip beim Vergleich, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht*, Verlag Ernst und Werner Giesecking GmbH, Bielefeld.
- [32] **Schubert Werner**, *Die Entstehungsgeschichte der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung*, Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, Band 10, Berlin 1966.
- [33] **Sériaux Alain**, *Manuel de droit des obligations*, Presses universitaires de France, Paris 2006.
- [34] **Sonnenberger Hans Jürgen**, *L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ?*, Revue critique de droit international privé 2002 p. 405.

- [35] **Stadler Astrid**, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts*, JCB Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1996.
- [36] **Study Group of a European Civil Code, Principles, Principles Definitions and Model Rules of European private law, VOL 5, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Based in part on a revised version of the PECL**, European law publishers GmbH, Munich 1992. (cité : *Study*)
- [37] **Westermann Harm Peter**, *Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht*, Walter de Gruyter & Co. Berlin 1967.
- [38] **Witz Claude**, *Droit privé allemand, Actes juridiques, droits subjectifs, BGB, Partie générale Loi sur les conditions générales d'affaires*, éditions Litec 1992.
- [39] **The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition**, C.H. Beck, Oxford 1996.
- [40] **Zweigert Konrad, Kötz Hein**, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 3. Auflage, 1996 (cité : *Zweigert*).

**Sites web :**

- [41] [http://www.juridix.net/civil/transfert\\\_propriete.html](http://www.juridix.net/civil/transfert\_propriete.html).
- [42] <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/gci-icg/code/page04.html>, Portalis : Discours préliminaire du premier projet de Code civil, rapports et travaux inédits sur le Code civil, Paris 1844, (cité : Portalis).
- [43] [http://lexinter.net/WEB7/convention\\\_de\\\_la\\\_haye\\\_sur\\\_la\\\_loi\\\_applicable\\\_au\\\_transfert\\\_de\\\_propriete\\\_en\\\_cas\\\_de\\\_vente\\\_a\\\_caractere\\\_international\\\_d\%27objets\\\_mobiliers\\\_corporels.html](http://lexinter.net/WEB7/convention\_de\_la\_haye\_sur\_la\_loi\_applicable\_au\_transfert\_de\_propriete\_en\_cas\_de\_vente\_a\_caractere\_international\_d\%27objets\_mobiliers\_corporels.html) (cité : *Lexinter*).



## Traduction des termes essentiels

**Abstraktionsprinzip** : principe de l'abstraction

**Übereignung** : transfert de propriété

**Handgeschäft** : vente à emporter

**Trennungsprinzip** : principe de séparation

**Verpflichtungsgeschäft** : acte ou contrat aboutissant à une obligation personnelle de donner ou de faire - appelé dans le mémoire acte générateur d'obligations ou acte créateur d'obligations

**Verfügungsgeschäft** : contrat sur la délivrance du bien vendu

## **Abréviations**

**BGB** : Bürgerliches Gesetzbuch

**BGH** : Bundesverfassungsgericht

**InsO** : Insolvenzordnung

**RG** : Reichsgericht

**ZPO** : Zivilprozessordnung

## Introduction

Le droit de propriété est issu du droit romain. Il est couramment défini par la réunion du triptyque *usus, fructus et abusus*. La propriété donne ainsi le droit d'user de la chose, c'est-à-dire de l'utiliser ; d'en jouir, c'est-à-dire d'en récolter les fruits et enfin d'en disposer, par des actes matériels ou juridiques<sup>1</sup>. La question du transfert de ce droit est depuis sa naissance sujet à de nombreuses théories et interrogations. Pourtant un tel transfert paraît simple en soi.

Nous nous intéresserons à cette question en particulier dans deux systèmes juridiques : le droit français et le droit allemand.

Admettons que je désire devenir propriétaire d'une chose. Je peux l'acheter, l'échanger ou bien être le destinataire d'une donation. Réciproquement, si je désire transférer la propriété d'une chose, il faut que je la vende, l'échange ou la donne. L'acquisition de la propriété d'une chose, qu'elle soit mobilière ou immobilière, ne semble à priori pas poser de problème particulier.

Un acte juridique comme le contrat de vente lors de l'achat d'une baguette de pain, permet d'illustrer la simplicité apparente du transfert de propriété. Si je désire acheter du pain, je donne la somme correspondante au boulanger, qui à son tour me donne le pain. Ainsi je suis devenu propriétaire du pain et peux en disposer.

Ces actes juridiques effectués sont la réponse à des obligations nées lors de la conclusion du contrat de vente. Aux termes de l'article 1101 du Code civil, le contrat - qui constitue lui-même la source la plus importante des obligations - est « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'engagent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire

---

1. *Fabre-Magnan*, RTD Civ. 1997 p. 583.

quelque chose ». Le terme d'« obligation » en rapport avec le contrat correspond à l'*instrumentum*, à l'acte instrumentaire qui fait preuve de l'acte juridique du contrat<sup>2</sup>.

Il doit se distinguer du terme courant d'« obligation » qui est employé chaque fois qu'une personne est tenue de respecter une prescription légale ou réglementaire, quel qu'en soit l'objet. Ainsi, le père a « l'obligation » de déclarer la naissance de son enfant à l'état civil ; l'automobiliste a « l'obligation » de rouler à droite<sup>3</sup>.

Il existe plusieurs types d'obligations qui sont souvent classées en fonction de leur objet qui consiste soit à « donner », soit à « faire ou ne pas faire »<sup>4</sup>. Nous nous intéresserons particulièrement à un type d'obligation : l'obligation de donner.

Selon l'article 1136 du Code civil, « l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison à peine de dommages et intérêts envers le créancier ». En ce sens nous verrons que l'obligation de donner peut se définir plus étroitement comme l'obligation de transférer la propriété d'une chose, correspondant en droit romain au terme de *dare*. Elle doit être distinguée de l'obligation de livrer qui est une obligation de faire<sup>5</sup>.

Dans l'exemple précédent, chacune des parties au contrat est débitrice d'une obligation : le vendeur de celle de l'obligation de donner la baguette en contrepartie de laquelle l'acheteur exécutera le paiement<sup>6</sup>. Le contrat de vente constitue l'archétype des contrats translatifs de propriété. En ce sens, il nous servira de référence dans notre développement.

Obligation de donner et transfert de propriété sont-ils liés ? La propriété d'une chose se transfère-t-elle par l'effet d'une obligation ? Peut-on transférer la propriété de façon abstraite et théorique ou bien le transfert de pro-

---

2. *Aubry et Rau*, p. 321.

3. *Flour*, p. 25.

4. *Pignarre*, p. 41.

5. *Cabillac*, p. 3.

6. *Baudry-Lacantinerie*, p. 206.

priété nécessite-t-il un acte réel ?

Evoluant différemment sur la base du droit romain, les systèmes juridiques des deux pays ont prévu de manière différente le transfert de propriété. Nous verrons qu'en droit allemand, la propriété est transférée en plusieurs étapes. En droit français, le Code civil semble consacrer un transfert immédiat de la propriété par le seul effet des conventions.

Il est clair que le contrat de vente a pour objet de transférer la propriété. La question majeure est donc celle du moment du transfert de propriété et non de sa nature. Si le transfert de propriété a lieu simultanément au contrat, transfert de propriété et obligation de donner coïncident. A l'inverse, si l'obligation de donner et le transfert de propriété sont indépendants l'un de l'autre, le moment du transfert de propriété sera différent de celui de l'obligation de donner. Dans ce cas, comment le transfert de propriété a-t-il lieu ?

Nous verrons si le Code civil a consacré le principe du transfert immédiat de la propriété par le seul effet des conventions. Si tel est le cas, nous pouvons à juste titre nous demander, quelle est la place occupée par l'obligation de donner lors du transfert de propriété. En effet, si le transfert de propriété a lieu *solo consensu*, il a lieu simultanément au contrat de vente. Quelle est l'utilité d'une obligation qui se réalise d'emblée ?

En droit allemand, le transfert de propriété en plusieurs temps permet de penser à un rôle plus important de l'obligation de donner. Se distingue-t-elle clairement du transfert de propriété en lui-même ?

Il convient de rappeler que les deux systèmes juridiques étudiés reposent sur la même base, celle du droit romain. Se sont-ils vraiment éloignés de leur fondement commun en prévoyant un processus de transfert de la propriété totalement différent l'un de l'autre ? Plusieurs questions concernant l'obligation de donner et sa relation avec le transfert de propriété peuvent dans ce contexte s'imposer à nous : L'obligation de donner correspond-elle au transfert de propriété ou bien l'annonce-t-elle seulement ? Quand l'obli-

gation de donner entre-t-elle en scène ? Pourquoi distinguer l'obligation et l'acte en lui-même ?

Au cours de notre étude, nous nous attacherons à effectuer un raisonnement propice à la comparaison<sup>7</sup>. Nous nous intéresserons particulièrement aux deux systèmes juridiques et aux combinaisons possibles entre les principes français et allemands de transfert de propriété. Ainsi, au delà d'une seule analyse juridique, c'est une analyse comparatiste qui constituera le fil rouge de notre travail.

Dans un premier temps, nous verrons en quoi l'obligation de donner constitue une prémisse du transfert de propriété dans les deux systèmes juridiques (A). Puis nous nous interrogerons sur le moment du transfert de propriété (B). Dans une troisième partie, il sera question de la spécificité du droit allemand, le principe de l'abstraction (C). Puis nous étudierons les différents principes réglant le transfert de propriété dans les deux systèmes juridiques étudiés (D). Dans ce contexte nous verrons qu'une certaine flexibilité dans les deux systèmes permet d'envisager un rapprochement des deux modes de transfert de la propriété. La question d'une convergence entre droit français et droit allemand en vue d'un droit européen des contrats sera donc abordée (E).

---

7. *Zweigert*, p. 1.

## **A. Le contrat productif de l'obligation de donner, prémisses du transfert de propriété**

En principe, deux parties concluent un contrat pour s'obliger à quelque chose, l'idée étant que le contrat crée des obligations pour les parties<sup>8</sup>. Le contrat constitue ainsi une loi entre les parties, ce qu'énonce clairement l'article 1134 du Code civil selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Le paragraphe 145 du BGB prévoit également que celui qui conclut un contrat y est lié. Ainsi le contrat crée des obligations. Le contrat de vente crée pour les parties l'obligation de donner. Obligation de donner et transfert de propriété ont-ils lieu simultanément ?

Nous verrons que l'obligation de donner équivaut à l'obligation de transférer la propriété, mais ne correspond pas au transfert de propriété en lui-même.

### **I. Le droit romain et les deux opérations juridiques nécessaires au transfert de propriété**

Dans un premier temps, nous nous attacherons à dessiner une vue historique d'ensemble. Ceci non pas pour trouver dans le droit romain des réponses à nos questions concernant le système juridique actuel, mais plutôt pour reconnaître que certaines solutions à l'intérieur même d'un système juridique ne sont valables que temporairement et sont appelées à évoluer<sup>9</sup>. Le droit français et le droit allemand s'inscrivent dans la tradition européenne du droit qui est marquée par la règle romaine antique du *Corpus Iuris Civilis*. Nous nous intéresserons dans ce cadre particulièrement au règlement du transfert de propriété dans le droit romain classique.

---

8. Ancel, p. 771.

9. Oeckinghaus, p. 12.

Cette question se résout différemment, en fonction de la conception du transfert de propriété adoptée par le système juridique. En ce sens, il apparaît logique d'étudier l'évolution du terme de *causa*, étroitement liée à la conception du transfert de propriété. Cette étude entraîne également celle de l'histoire de la naissance du contrat réel.

## **1. La *causa* en droit romain et le transfert de propriété**

Pourquoi transférer la propriété d'un objet ? Le transfert de propriété est-il lié à une cause antérieure ? Pour répondre à cette question, nous verrons l'importance du choix de la conception causale ou abstraite du transfert de propriété.

### **a) La propriété, un droit opposable à tous**

La notion de propriété est la première fois exposée en droit romain, et s'est vue de tout temps admise au rang de « pilier du droit »<sup>10</sup>. Selon l'article 544 du Code civil, « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. » Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois (article 537 al. 1 du Code civil). Selon le paragraphe 903 du BGB, le propriétaire d'une chose peut en disposer librement et exclure les tiers de toute influence sur la chose. Ce droit absolu qu'est la propriété est opposable aux tiers. Or comment le contrat de vente (par exemple) passé entre un vendeur et un acheteur peut-il transférer à ce dernier un droit opposable aux tiers alors que ceux-ci n'ont pas été parties au contrat ?<sup>11</sup>

### **b) Le transfert de la chose, une condition du transfert de propriété**

#### **aa) La remise de la chose ou *traditio***

La résolution de ce problème en droit romain est la création de deux opérations juridiques : tout d'abord le contrat, opération entre les deux parties, créant seulement des obligations entre elles, notamment l'obligation pour l'aliénateur de transférer la propriété de la chose et de la livrer à l'acquéreur.

---

10. *Seriaux*, p. 2.

11. *Carbonnier*, p. 273.



Une autre opération, à caractère solennel, distincte du contrat, permet de rendre le transfert de propriété opposable aux tiers : la *mancipatio*, l'*in iure cessio* ou la *traditio*<sup>12</sup>. La séparation en deux actes juridiques de l'acquisition d'une chose, s'est dessinée au fur et à mesure de l'évolution juridique.

Cela vaut en particulier pour la vente, pour laquelle la forme de la vente au comptant était à l'origine la seule connue. « Ce n'était pas un contrat, c'est-à-dire un accord de deux volontés productifs d'obligations réciproques, mais simplement un acte translatif de propriété, *mancipatio* ou *traditio* »<sup>13</sup>, l'échange d'une chose contre une somme d'argent.

La *mancipatio* est un acte verbal spécial par lequel la propriété de certains biens, les *res mancipi* (les esclaves, les animaux, les terres), est transférée. Elle met bien en valeur l'aspect public du transfert de propriété : Ainsi, en présence de cinq témoins, une phrase doit être dite par l'acheteur : « Par le droit des Quirites<sup>14</sup>, j'affirme que cet esclave est le mien, et il est acheté par moi avec cette pièce de monnaie et cette balance de bronze »<sup>15</sup>.

L'*in iure cessio* est une forme de justification des droits de propriété. Elle se déroule comme le début d'un procès. Demandeur et défendeur affirment tous deux être propriétaire de la chose ou de l'esclave. Le juge doit trancher.

A la *mancipatio* et à l'*in iure cessio* s'ajoute la *traditio*. Celle-ci constitue un fait qui manifeste publiquement que le bénéficiaire en a acquis la propriété, puisque tous peuvent voir désormais la chose en son pouvoir.<sup>16</sup>

#### **bb) La remise matérielle de la chose**

La tradition, ou remise matérielle de la chose, paraît simple lorsqu'il s'agit de choses mobilières ou de choses existantes.

---

12. Carbonnier, p. 273.

13. Carbonnier, p. 294.

14. Droit des Quirites : droit des citoyens romains.

15. « Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aenaeque libra », *Puntchart*, p. 319.

16. *Oeckinghaus*, p. 12.

Mais qu'en était-il dans le cas d'un transfert de propriété de choses in-existantes ? Comment rendre dans ce cas le transfert de propriété public ? Concernant les objets possibles du contrat de vente, le droit romain posait comme condition l'existence de la chose. La vente d'une chose inexistante était donc exclue du droit romain<sup>17</sup>. Dans les cas de vente de choses fon-gibles ou de choses immobilières, la tradition avait en droit romain comme aujourd'hui, un caractère fictif<sup>18</sup>. Deux opérations juridiques sont donc né-cessaires en droit romain, ce qui souligne le caractère public du transfert de propriété : le contrat portant sur le transfert de propriété et le transfert de propriété en lui-même, la tradition.

Le transfert de propriété, de par son caractère public, requiert donc en droit romain un acte spécial qui se distingue du contrat en lui-même. Celui-ci a-t-il pour cause le contrat auparavant conclu ?

## **2. Du terme subjectif de la *causa* jusqu'à la doctrine du *titulus* et *modus***

Le règlement du transfert de propriété va dépendre de la conception cau-sale ou abstraite du transfert de propriété. Cette question, tant en droit alle-mand qu'en droit français, trouve sa source en droit romain.

### **a) Le terme de *causa***

Le terme de *causa* est utilisé en droit romain dans de nombreuses si-tuations. Il apparaît tout d'abord avec les contrats dits « innommés ». Ces contrats se présentent comme des contrats créateurs d'obligations atypiques car aucune protection juridique ne leur est accordée<sup>19</sup>. La *causa* permet ainsi une certaine protection de la légalité. La *datio ob causam* désigne à l'origine le fait d'obtenir une chose par le transfert d'une autre chose (ou d'argent) ou d'obliger le destinataire à donner une contrepartie. La *datio ob causam* est par exemple un paiement anticipé afin d'obtenir une contrepartie. Le terme

---

17. Zimmermann, p. 240.

18. Carbonnier, p. 273.

19. Westermann, p. 80.

de *causa* est ici utilisé pour désigner la contrepartie en elle-même. Mais il peut être également utilisé pour désigner le but dans lequel le paiement anticipé a été effectué : créer l'obligation de fournir une contrepartie.

Le terme de *causa* est également utilisé dans d'autres cas de figure. Nous nous intéresserons particulièrement à la *iusta causa traditionis*, qui est utilisée dans les cas de transfert de la propriété mentionnés auparavant : la *mancipatio*, l'*in iure cessio* et la *traditio*<sup>20</sup>.

#### **b) La *iusta causa traditionis***

Pour le transfert de propriété d'une chose par la *traditio*, une *iusta causa* est nécessaire. Cette *iusta causa* décrit la cause réelle pour laquelle la propriété doit être transférée.

Plusieurs modes de transfert de la propriété existent. Ce n'est que dans le cas de la *traditio* qu'une *iusta causa* est requise. En ce sens la *traditio* s'oppose à la *mancipatio* ou à l'*in iure cessio* qui ne nécessitent pas de *iusta causa* et créent à eux-seuls un transfert de propriété.

La *traditio* est le début d'une certaine abstraction, puisqu'elle est non seulement valable pour la vente mais également pour la donation ou l'échange. La *traditio* doit se distinguer de la motivation des parties en elle-même, de la cause de l'acquisition de la propriété<sup>21</sup>.

La *iusta causa* correspond-t-elle au contrat de vente ou bien à la volonté des parties de transférer la propriété ?

#### **c) Le terme subjectif de la *causa***

C'est la motivation des parties qui justifie avec le terme subjectif de *causa* le transfert de propriété. Elle pose la raison de l'effet translatif de propriété de la *traditio*<sup>22</sup>. Pour le transfert de propriété à côté de la *traditio*, il est né-

---

20. Oeckinghaus, p. 16.

21. Oeckinghaus, p. 17.

22. Kaser, p. 63.

cessaire que celui qui veuille transférer la propriété sache que la chose dont il va transférer la propriété lui appartient, qu'il a une raison de le faire et qu'il va obtenir le prix de vente. Déterminante pour le transfert de propriété est la volonté de transférer la propriété. Mais cette volonté est à distinguer de tout contrat (de vente par exemple). Il doit seulement y avoir subjectivement, dans la conception des parties, une cause qui amène le transfert de propriété. Cette *iusta causa* est alors la seule condition requise pour la validité du transfert de propriété<sup>23</sup>. Cette position n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. Ainsi Cujacius considère qu'un contrat, une *causa vera*, est nécessaire. Pour Cujacius, la *traditio* n'est pas valable si le contrat lui-même ne l'est pas : « *Nam si inutilis contractus ergo et nuda traditio* ». Cette thèse rejoint l'assimilation de la *iusta causa* et du contrat.

#### d) La *traditio cum iusta causa* ou la doctrine du *titulus et modus*

C'est la doctrine du *titulus et modus* qui a eu des répercussions dans les systèmes juridiques allemands et français. La *traditio cum iusta causa* commande de distinguer le *titulus*, c'est-à-dire la cause légitime du transfert de propriété, et le *modus*, l'acte extérieur par lequel la propriété est acquise<sup>24</sup>.

Dans cette doctrine, la *causa remota* (le titre ou contrat) est assimilée à l'*obligatio*, tandis que la *causa proxima* forme la *traditio*. Pour le transfert de propriété, il est nécessaire et suffisant qu'il y ait un *titulus* et un *modus*, le premier constitue un contrat, le second l'exécution d'un contrat. Avec la conclusion du contrat (contrat de vente par exemple), se crée une *ius ad rem* qui peut être assimilée à un droit en cours d'acquisition et qui devient un droit exclusif et opposable aux tiers (un *ius in re*), avec le *modus*, le transfert de propriété. Ce *modus* rend le transfert de propriété opposable au tiers. Ainsi, si le *titulus* ne se maintient pas ou n'est pas valable, la propriété ne peut pas être transférée par le seul *modus*. *Titulus* et *modus* ne sont donc pas indépendants l'un de l'autre.

La *iusta causa traditionis* est une condition du transfert de propriété en droit romain. Elle doit servir de protection juridique à la propriété, elle

---

23. Oeckinghaus, p. 25.

24. Oeckinghaus, p. 24.

constitue une des conditions nécessaires au transfert de propriété<sup>25</sup>.

Le droit romain rejette donc l'idée d'un transfert immédiat de la propriété. La tradition de la chose vendue joue un rôle déterminant. La plupart des droits étrangers écartent également le principe du transfert immédiat de la propriété en conférant à la tradition de la chose vendue un rôle déterminant<sup>26</sup>.

Pourtant ce n'est pas la solution retenue par le droit français. Ceci peut aisément s'expliquer en étudiant l'évolution du droit romain depuis l'Ancien droit.

## **II. L'Ancien droit français dans la lignée de la règle traditionnelle**

Ce sont les pratiques de l'Ancien droit français qui ont fait disparaître la *traditio* et mêlé contrat de vente (*titulus*) et transfert de propriété (*modus*). A l'origine, l'Ancien droit s'inscrivait dans la lignée de la règle traditionnelle.

### **1. La nécessité d'une tradition**

Dans les pays de droit écrit comme dans les pays de coutume, le transfert de propriété suit au départ le modèle du droit romain. La tradition est nécessaire pour rendre l'acquéreur propriétaire<sup>27</sup>. Mais c'est le transfert de la propriété des immeubles qui a peu à peu effacé la nécessité de la *traditio* pour le transfert de propriété.

### **2. La clause de dessaisine-saisine**

Ainsi lors de la vente d'immeuble, la tradition est peu à peu devenue une tradition feinte, afin de remplacer l'acte matériel de la tradition. Dans l'acte

---

25. *Oeckinghaus*, p. 22.

26. *Chazal-Vicente*, p. 477.

27. *Carbonnier*, p. 272.

de vente, le vendeur, écrivait-t-on dans l'acte, « fait dès à présent remise de la chose à l'acheteur qui s'en trouve saisi par le fait même de ce »<sup>28</sup>. La tradition était remplacée par cette clause, appelée clause de dessaisine-saisine. Malgré une telle clause, la tradition romaine reste encore intacte : la *traditio* est nécessaire au transfert de propriété et le contrat est seulement créateur d'obligations. Mais la tradition est réduite « quasiment à néant » par cette substitution<sup>29</sup>. Les actes notariés allèrent jusqu'à occulter cette clause, elle était alors considérée comme tacitement remplie.

### **3. Le Code civil et l'article 1138 du Code civil : l'instantanéité du transfert**

Malgré la clause de dessaisine-saisine de l'Ancien droit, l'article 1138 du Code civil énonce : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes ».

Les articles 711 et 1583 du Code civil mettent également bien en évidence l'absence de toute abstraction lors du transfert de propriété en droit français. Nous verrons que le Code civil a retenu le consensualisme pour régler le transfert de propriété<sup>30</sup>. Lors de la rédaction du Code civil, deux positions sont défendues. La première se rapporte au droit romain et considère que la vente n'est pas un contrat translatif de propriété (Toullier). La deuxième attribue aux obligations l'effet de transférer la propriété de la chose vendue par la seule puissance du consentement : c'est la pensée de Grotius et l'école du droit naturel. Ces derniers voient leur théorie mise en pratique. L'école du droit naturel moderne estime que la propriété est une qualité purement morale. « Le transfert de propriété peut aisément se passer de la tradition réelle »<sup>31</sup>.

Il a ainsi été conféré directement au contrat un effet translatif de propriété. Cette règle paraît être une « innovation »<sup>32</sup> mais elle peut également être

---

28. Carbonnier, p. 274.

29. Carbonnier, p. 274.

30. Stadler, p. 31.

31. Chazal-Vicente, p. 477.

32. Carbonnier, p. 274.

considérée comme la suite logique pour le règlement du transfert de propriété à partir du droit romain, la tradition étant auparavant réduite à néant avec la clause de dessaisine-saisine<sup>33</sup>.

Le droit français s'est donc éloigné de la tradition et a consacré l'instantanéité du transfert de propriété. C'est en droit allemand que l'on retrouve la règle du *titulus et modus*.

### III. Le droit allemand et le principe de l'abstraction

Nous verrons que le droit allemand, se basant sur le droit romain, a toutefois retenu une conception abstraite et non causale du transfert de propriété.

#### 1. *Verfügungsgeschäft* et *Verpflichtungsgeschäft*, deux contrats indépendants l'un de l'autre

##### a) La thèse de Savigny et le contrat réel

La doctrine allemande critique fortement la thèse du *titulus et modus*, car celle-ci ne correspond pas, selon elle, à la solution voulue par le droit romain. Le rapport entre le *titulus* et le *modus* tel qu'il était prévu en droit romain est réduit au rapport entre titre et solution par une partie de la doctrine (représentée par Gustav Hugo), et non au rapport entre acte créateur d'obligation et acte d'exécution<sup>34</sup>. Le transfert de la chose, la *traditio*, n'est qu'une conséquence du titre, c'est-à-dire du contrat.

Savigny, contrairement à Hugo, développe la thèse du contrat réel. Il instaure la séparation entre le droit des obligations et le droit des biens, qui constitue selon lui une des bases du droit romain. La thèse du *titulus et modus* est rejetée parce-qu'elle fausse le droit romain, mêlant droit des obligations et droit des biens. La *iusta causa* n'est pas une condition constitutive du transfert de propriété. Elle correspond plutôt à la volonté inhérente au transfert de propriété, c'est à dire à la volonté du donateur de transférer la propriété. La *causa putativa* suffit. La *iusta causa* est le rapport juridique qui permet

---

33. Carbonnier, p. 274.

34. Oeckinghaus, p. 27.

de déduire la volonté de transférer la propriété.

Savigny consacre donc l'indépendance de la tradition par rapport à la *causa* en prenant de la distance par rapport à la doctrine du *titulus* et du *modus*. La tradition prend son indépendance par rapport au contrat créateur d'obligations et devient la seule condition du transfert de propriété : « *Nihil tertium praeter illa duo, traditionem et animum requiritur* »

La *iusta causa* est l'indice qui permet de déceler la volonté de transférer la propriété. Il existe plusieurs types de *iusta causa* : la *iusta causa donandi, solvendi* ou *obligandi*. La *traditio* constitue le contrat réel qui permet de transférer la propriété, la *iusta causa* en tant qu'indice de la volonté de transférer la propriété n'en constitue qu'une partie.

Avec la thèse de Savigny, le contrat réel est né ainsi que la séparation entre droit des biens et droit des obligations.

#### **b) Un contrat réel abstrait**

Le transfert de propriété constitue selon Savigny un contrat réel. Mais ce contrat doit-il être abstrait du contrat créateur d'obligations ?

La particularité de la thèse de Savigny est la consécration d'une forme contractuelle pour le transfert de propriété, qui distinguerait complètement celui-ci du contrat générateur d'obligations. Savigny est connu comme le fondateur du principe de l'abstraction. Par l'exemple des vices du consentement et de leur indépendance avec le transfert de propriété, il démontre la logique d'une abstraction entre contrat créateur d'obligations et contrat réel et la nécessité d'une séparation entre droit des obligations et droit des biens. Le transfert de propriété est indépendant des vices du consentement touchant le contrat de vente.

Avec cette nouvelle thèse de Savigny et le contrat réel se pose la question de la place de l'obligation de donner au sein du transfert de propriété. Etant donné que le contrat réel instauré par Savigny trouve sa cause dans la volonté du donateur de transférer la propriété à l'acquéreur, l'obligation de donner



est séparée de cette volonté et se fonde dans le contrat (vente, donation, échange) qui oblige les parties. Ce contrat est appelé *Verpflichtungsgeschäft*, l'obligation (*Pflicht*) de donner y trouve sa source.

## 2. Le paragraphe 929 du BGB, pilier du transfert de propriété

Le droit allemand a été conçu pour une législation qui repose sur le principe *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*<sup>35</sup>.

### a) La naissance du paragraphe 929 du BGB

Le paragraphe 132 du premier projet du BGB disposait : « la propriété d'une chose mobilière s'acquiert avec le transfert de cette chose du propriétaire à l'acquéreur »<sup>36</sup>.

Même si le terme de « contrat réel abstrait » n'apparaît pas de manière explicite, il a été prévu par Johow, le rédacteur principal du BGB<sup>37</sup>. Sous l'influence de Savigny, le contrat réel et le transfert de la chose constituaient des conditions du transfert de propriété. Une proposition contraire qui prônait le transfert de la propriété *solo consensu* n'a pas trouvé d'appui majoritaire dans la première commission<sup>38</sup>. La première commission dans le paragraphe 847 I E I du premier projet du BGB met davantage en valeur le principe de l'abstraction : « Pour le transfert de propriété d'une chose mobilière par acte juridique, un contrat entre le propriétaire et l'acquéreur est nécessaire. Ce contrat contient la volonté des contractants selon laquelle la propriété doit être transférée à l'acquéreur. »<sup>39</sup> C'est la consécration d'un contrat réel indépendant d'une obligation de donner.

Déjà dans les consultations préalables au projet il était question de reprendre les dispositions du droit français, selon lesquelles le transfert de propriété a

---

35. Nul ne peut transférer plus que ce qu'il n'a.

36. paragraphe 132 des Teilentwurfs : „Das Eigentum an einer beweglichen Sachen wird im Fall der Übertragung erworben durch die in dieser Absicht erfolgte *Übergabe* der Sache von Seiten des Eigentümers an den Erwerber.“

37. *Kupisch*, p. 117.

38. *Schubert*, p. 144.

39. paragraphe 874 I : Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber unter Übergabe der Sache zu schließender Vertrag erforderlich, welcher die Willenserklärungen der Vertragsschließenden enthält, dass das Eigentum auf dem Erwerber übergehen soll.

lieu *solo consensu*. Mais cette proposition a été rejetée à cinq voix contre six<sup>40</sup>. La majorité des membres de la commission désiraient suivre la continuité des lois allemandes de l'époque qui étaient fidèles au principe de la *traditio*. Celui-ci permettait également de séparer le contrat réel du contrat obligationnel et de mettre en valeur la volonté des parties concernant le transfert de la propriété<sup>41</sup>.

Malgré ces arguments, ce premier projet est confronté à une vive critique après sa publication. C'est en particulier la conception d'un contrat réel abstrait<sup>42</sup> qui pose problème. Le principe de la *traditio*, lui, est largement accepté dans les esprits. La proposition de modifier le paragraphe 874 du premier projet et de rendre le transfert de propriété dépendant non seulement de l'acte du transfert de la chose mais également du contrat créateur d'obligations a été rejetée par la deuxième commission<sup>43</sup>.

Le principe de l'abstraction n'a pas été accepté par les juristes de manière unanime. Pufendorf dans son essai en rend bien compte<sup>44</sup>. Hugo, Thibaut et Glück rejettent cette interprétation des textes romains. D'après eux, il est en effet question dans ces textes de la doctrine du *titulus* et du *modus* et non d'un contrat réel abstrait. Mais cette doctrine n'était, à partir du XIXe siècle, plus la doctrine unanimement reconnue et défendue par les juristes allemands. Avec la théorie du contrat réel abstrait amenée par Savigny, une distance fut définitivement prise par rapport au *titulus* et au *modus*.

#### **b) La consécration du principe de l'abstraction dans le paragraphe 929 du BGB**

Les rédacteurs du BGB ont repris la théorie de Savigny et consacré le contrat réel dans le paragraphe 929 du BGB<sup>45</sup>. Selon cette disposition, l'accord des volontés et le transfert de la chose sont nécessaires pour transférer la

---

40. *Schubert*, p. 144.

41. *Oeckinghaus*, p.12.

42. *Kupisch*, p. 117.

43. *Oeckinghaus*, p. 13.

44. *Pufendorf*, p. 11.

45. paragraphe 929 BGB : Einigung und Übergabe : Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.

propriété d'une chose mobilière. Concernant les ventes immobilières, l'inscription au registre est une condition s'ajoutant aux deux conditions citées (paragraphe 837, 925 BGB) nécessaires au transfert de propriété. L'accord des volontés, la *Einigung* du paragraphe 929, est un contrat réel entre l'aliénaire et l'acquéreur et se fonde sur le transfert de propriété. Cet accord des volontés ne nécessite pas de forme particulière, il est en principe valable et se fait implicitement. L'accord des volontés est à différencier du contrat créateur d'obligations, par exemple du contrat de vente. C'est le *Trennungsprinzip* (le principe de séparation du droit allemand). Les contrats translatifs de propriété (*Verfügungsgeschäft*) sont selon le BGB des actes juridiques indépendants du contrat créateur de l'obligation. Ceci constitue le *Abstraktionsprinzip* (le principe de l'abstraction). La validité du transfert de propriété se fonde seulement sur le fait de savoir si les conditions du paragraphe 929 I BGB sont remplies <sup>46</sup>.

En droit français comme en droit allemand, le contrat de vente est productif de l'obligation de donner. Il constitue une prémisses du transfert de propriété en tant qu'acte créateur d'obligations. C'est le moment du transfert de propriété qui va différencier les deux droits, le Code civil préférant l'instantanéité du transfert de propriété tandis que le droit allemand considère celui-ci comme un contrat réel propre.

---

46. Kupisch (NJW), p. 3.

## **B. Le moment du transfert de propriété**

Ce n'est pas tant la nature du transfert de propriété mais plutôt le moment du transfert qui est important pour déterminer le moment de l'entrée en jeu de l'obligation de donner.

### **I. Le Code civil et le principe de l'instantanéité du transfert**

#### **1. Le Code civil et l'obligation de donner**

##### **a) Les articles 1136 et 1138 du Code civil, obligation de donner et obligation de livrer**

Nous avons retenu que l'obligation de donner est celle de transférer la propriété. Mais le Code civil prévoit également l'obligation de livrer. Cette obligation joue-t-elle un rôle dans le transfert de propriété en droit français ?

Par l'article 1138 du Code civil, « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes ». Selon l'article 1136 du Code civil, « l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier ».

Peut-on assimiler l'obligation de donner et l'obligation de livrer ? Quelle est la place de l'obligation de livrer par rapport à l'obligation de donner ?

L'analyse du Code civil peut porter à confusion, celui-ci utilisant tour à tour les termes « obligation de donner » et « obligation de livrer ». Mais « de l'ambiguïté du Code civil peut jaillir la lumière », écrit Pignarre<sup>47</sup>. L'obligation de livrer avec l'article 1138 est simultanée au consentement des parties contractantes. C'est ce qu' Ancel désigne comme « la force obligatoire du

---

47. Pignarre, p. 41.

contrat et son contenu obligationnel »<sup>48</sup>. Quant à l'obligation de donner, de *dare*, elle fait songer immédiatement aux contrats translatifs de propriété<sup>49</sup>. Comme énoncé précédemment, le verbe « donner » vient dans ce contexte de « dation » qui équivaut au transfert de propriété. Ceci permet donc de définir l'obligation de donner. Mais quelle est alors la place de l'obligation de livrer ?

Quand emploie-t-on le terme d'obligation de livrer, quand celui d'obligation de donner ?

Une partie de la doctrine assimile obligation de livrer et obligation de donner<sup>50</sup>. Pourtant l'une est une obligation de faire, l'autre une obligation de donner. La première obligation paraît plus concrète que la seconde, l'obligation de donner se référant au transfert d'un droit réel et non directement au transfert d'une chose. Nous pourrions donc plutôt considérer l'obligation de livrer comme un corollaire de l'obligation de donner, comme « la suite logique et nécessaire de l'obligation de [transférer la propriété] »<sup>51</sup> et ainsi nous rallier à l'autre partie de la doctrine<sup>52</sup> et à l'interprétation donnée par les tribunaux<sup>53</sup>. Ainsi la définition de l'obligation de donner est claire : celle-ci correspond à l'obligation de transférer la propriété et se distingue de l'obligation de livrer. En revanche, lorsque l'obligation de livrer est citée, il est indirectement fait référence à l'obligation de donner.

Dans l'article 1138 du Code civil, l'obligation de livrer dont il est question est donc la conséquence de l'obligation de donner, celle-ci étant donc également « parfaite par le seul consentement des parties contractantes ».

---

48. *Ancel*, p.1.

49. *Pignarre*, p. 46.

50. *Pignarre*, p. 46.

51. *Pignarre*, p. 41.

52. *Pignarre*, p. 47.

53. Com. 22 oct. 1996.

## **b) Les articles 711 et 1583 du Code civil et l'instantanéité du transfert de propriété**

Mais l'instantanéité du consentement des parties et l'entrée en jeu de l'obligation de donner signifie-t-elle forcément un transfert de propriété immédiat ?

Les articles 711 et 1583 du Code civil donnent une réponse assez claire. De ces articles ressort une certaine évidence de l'instantanéité du transfert de propriété.

Ainsi selon l'article 1583 du Code civil « la vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

La propriété est transmise dès l'échange des consentements. Obligation de donner et transfert de propriété sont donc simultanés. De même l'article 711 prévoit : « la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations ».

Ces articles mettent bien en évidence l'absence de toute séparation entre contrat de vente et obligation de donner.

De même, dans une vente immobilière, l'inscription au registre n'est pas une condition constitutive du transfert de propriété contrairement au droit allemand (I, B, 2, b)<sup>3</sup>.

Par rapport à ce qui a été énoncé auparavant, il serait intéressant d'étudier la place exacte de l'obligation de donner dans le contrat de vente, ce contrat constituant l'archétype des contrats translatifs de propriété. Nous avons vu qu'il était difficile de trouver dans la doctrine des définitions claires. Ainsi, pour définir de façon précise les bases de notre travail, nous nous sommes attachés à représenter visuellement en B..1 la combinaison entre l'obligation de livrer et l'obligation de donner dans le contrat de vente.

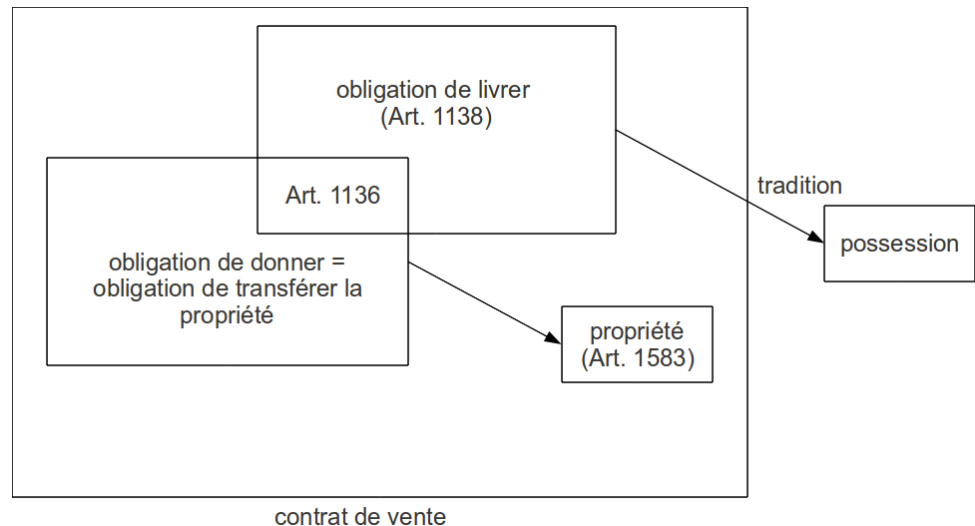


FIGURE B..1: Le transfert de propriété *solo consensu*

Nous pouvons constater que les deux obligations sont liées l'une à l'autre mais non confondues. L'obligation de livrer est, comme énoncé précédemment, le corollaire de l'obligation de donner. Par le contrat de vente, la propriété est acquise et l'obligation de livrer naît et s'exécute ensuite par la tradition. La propriété, elle, est déjà transférée lors de la conclusion du contrat de vente.

### c) Les questionnements soulevés par le transfert de propriété *solo consensu* et l'article 1138 du Code civil

Que se passe-t-il si la livraison de la chose a lieu postérieurement au contrat ? Il peut en effet paraître étrange d'être propriétaire d'une chose et de ne pas en être possesseur.

Si par exemple la chose n'est pas encore existante, le droit de propriété peut alors être transféré *solo consensu* et l'obligation de livrer naît par le seul consentement des parties contractantes. En revanche, la chose en elle-même ne peut pas être transmise dès la conclusion du contrat. Le transfert de la propriété n'équivaut pas au transfert de la possession. Mais le transfert de la propriété entraîne le transfert des risques.

L'article 1138 du Code civil autorise-t-il les parties à prévoir des aménagements afin d'éviter ce type d'obstacles ? Ces questionnements ne trouvent guère de réponse dans la jurisprudence, celle-ci ayant peu eu l'occasion d'intervenir dans ce débat<sup>54</sup>.

Un contrat réel comme celui prévu par le BGB au paragraphe 929 BGB ne trouverait-il pas également son utilité en droit français ?

## 2. L'absence de « *Trennungsprinzip* » en droit français

« Il ne fait plus de doute que le Code civil a consacré le principe du transfert immédiat de la propriété par le seul effet des conventions. »<sup>55</sup>, écrit Carbonnier. Mais cette conception abstraite paraît éloignée de la réalité. La tradition a-t-elle vraiment disparu en droit français ?

### a) La rigueur apparente du principe du consensualisme...

Le Code civil ne connaît pas, à l'instar du droit allemand, de *Trennungsprinzip*, donc pas de subdivision en contrat créateur d'obligations (*Verpflichtungsgeschäft*) et contrat réel (*Verfügungsgeschäft*). Ce transfert de la propriété par le seul effet des consentements est l'expression du principe contractuel ou principe du consensualisme, qui ne vaut pas seulement pour la vente mais pour le transfert de propriété en général. Il n'y a pas de séparation stricte entre droit des obligations et droit des biens, point qui oppose également droit français et droit allemand. Le contrat et le transfert de propriété constituent une unité<sup>56</sup>.

Nous pouvons à juste titre nous demander quelle est l'utilité de l'obligation de donner en droit français si celle-ci se traduit d'emblée par un transfert de la propriété. Pourquoi garder une telle obligation si celle-ci « meurt dès sa naissance » ? Certains auteurs parlent en effet d'une « obligation mort-née»,

---

54. *Revet*, p. 343.

55. *Carbonnier*, p. 275.

56. *Einheitsprinzip*



ou même d'une « obligation impossible ».

## **b) ... transforme l'obligation de donner en une obligation mort-née**

### **aa) De l'impossibilité de l'obligation de donner**

L'obligation de donner est une obligation conventionnelle, c'est-à-dire qu'elle naît d'un contrat<sup>57</sup>. Selon l'article 1126 du Code civil, « tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire. » Cette obligation est donc explicitement prévue par la loi. Elle donne au contrat sa force obligatoire<sup>58</sup>.

Mais cette force obligatoire donnée au contrat de vente par l'obligation de donner est souvent remise en question par la doctrine. Ainsi, cette obligation est qualifiée d'« impossible » ou bien d'« inexistante »<sup>59</sup>. Ces affirmations à ce stade de notre étude pourraient remettre en question une partie de notre analyse. Plusieurs raisons sont explicitées par la doctrine pour expliquer l'impossibilité de l'obligation de donner comme source du transfert de propriété. Tout d'abord, le transfert de propriété dépend de la volonté des parties. Mais une fois que celles-ci ont convenu de ce transfert, il paraît inutile qu'elles s'y obligent<sup>60</sup>.

De plus, nous pourrions également affirmer que le transfert de propriété « ne peut pas constituer une obligation en ce sens qu'il s'agit non pas de quelque chose de matériel, de tangible, qu'un contractant pourrait accomplir, mais d'un concept abstrait, purement juridique »<sup>61</sup>

Tout dépend en réalité de la définition que l'on donne à l'obligation de donner, si celle-ci correspond à l'obligation rattachée à la règle du transfert

---

57. *Flour-Aubert*, p. 36.

58. *Ancel*, p.1.

59. *Fabre-Magnan*, p. 86.

60. « Une fois le transfert de propriété librement et sciemment consenti, il n'est plus un effet de la volonté et c'est pour cela qu'il ne peut exister, à proprement parler, d'obligation de donner », *Fabre-Magnan*, p. 85.

61. *Fabre-Magnan*, p. 82. : « Le débiteur n'est donc jamais directement obligé de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété ; il peut simplement être obligé de faire des actes matériels desquels le droit positif - loi ou contrat - décidera de faire découler le transfert de propriété ».

*solo consensu* de la propriété<sup>62</sup> ou bien si elle est une obligation autonome distincte de celle qui consiste à transférer la propriété.

Dans la définition que nous avons retenue, obligation de donner et transfert de propriété coïncident. L'obligation naît en l'absence d'un contrat réel. Elle peut donc être considérée comme s'éteignant aussitôt par son exécution.

Une autre thèse vient s'opposer à celle de l'impossibilité de l'obligation de donner. Ainsi Portalis affirme qu'il n'existe aucune obligation qui au moment de sa naissance est exécutée automatiquement. Autrement dit, il n'existe aucune obligation « mort-née »<sup>63</sup>. Il appelle à distinguer « le contrat en lui-même d'avec son exécution. Le contrat en lui-même est formé par la volonté des contractants. L'exécution suppose le contrat ; mais elle n'est pas le contrat lui-même. »<sup>64</sup>

Deux thèses s'opposent donc concernant l'existence de l'obligation de donner. Cette notion paraît imprécise. Mais où le transfert de propriété trouve-t-il sa source si ce n'est dans l'obligation de donner ?

#### **bb) Le transfert de propriété, effet légal de certains contrats**

Le transfert de propriété en droit français constituerait donc plutôt « l'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. Ce transfert de propriété a lieu ensuite de plein droit et non en raison d'une obligation de donner d'où l'« inutilité du recours à l'obligation de donner »<sup>65</sup> affirmée par une partie de la doctrine.

Mais il existe des cas où l'obligation de donner pourrait retrouver sa raison d'être et son utilité. Ceux-ci sont possibles par les aménagements au principe du consensualisme.

---

62. « L'obligation de donner résulte dans ce cas d'une contradiction dans les termes mêmes », écrit *Fabre-Magnan*, p. 84.

63. *Fabre-Magnan*, p. 87.

64. *Portalis*.

65. *Fabre-Magnan*, p. 86.

### 3. La flexibilité des articles du Code civil, créatrice d'une nouvelle fonction pour l'obligation de donner

#### a) Le transfert de propriété *solo consensu*, une victoire apparente ?

Le transfert de propriété *solo consensu* constitue-t-il une « victoire en trompe-l'œil »<sup>66</sup> ?

Le transfert de propriété *solo consensu* proclamé aux articles 1138 et 1583 du Code civil n'est, selon une partie de la doctrine, qu'une façade. Les rédacteurs du Code civil ont en réalité voulu consacrer le transfert de propriété par l'effet de l'obligation de donner<sup>67</sup>.

La proposition de loi du 28 avril 1993 visant à subordonner la perfection du contrat de vente au paiement du prix a permis aux juristes de se poser la question du moment du transfert de propriété<sup>68</sup>.

Cette question ne jaillissait pas sans raison, la pratique contractuelle laissant à penser à un « déclin du transfert immédiat de la propriété dès l'échange des consentements »<sup>69</sup>. Vente immobilière, vente au comptant, vente avec clause de réserve de propriété constituaient autant d'indices qui permettaient une remise en question du transfert de propriété *solo consensu*. Certes, avec les articles 711, 1138 et 1583 du Code civil, le transfert de propriété ne peut pas être séparé du contrat de vente. Une position contraire ne serait « pas soutenable »<sup>70</sup>.

Pourtant Chazal-Vicente qualifie la victoire de Grotius lors de la rédaction du Code civil (I, B, 1, b) d'une « victoire en trompe-l'œil »<sup>71</sup>. En effet, la question du moment du transfert de propriété reste en suspend et n'a pas été l'objet d'un véritable débat.

---

66. Chazal-Vicente, p. 472.

67. Chazal-Vicente, p. 470.

68. Chazal-Vicente, p. 477.

69. Chazal-Vicente, p. 477.

70. Chazal-Vicente, p. 477.

71. Chazal-Vicente, p. 472.

## **b) Les différents aménagements possibles et la place de l'obligation de donner**

Des aménagements légaux et conventionnels sont possibles qui diffèrent le moment du transfert de propriété.

### **aa) Tempéraments légaux**

Des aménagements au principe du transfert de propriété *solo consensu* sont prévus par la loi.

L'article 1138 alinéa 2 du Code civil énonce : « la vente rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier. » Ce deuxième alinéa qui suit l'annonce du principe du consensualisme annonce un certain tempérament. Le débiteur peut être constitué en demeure s'il ne livre pas<sup>72</sup>, s'il n'effectue pas la tradition, et la propriété et donc les risques pèsent encore sur lui.

Le Code civil prévoit également d'autres tempéraments au principe du consensualisme. Ainsi lors d'une vente de choses fongibles, le transfert de propriété a lieu lorsque la chose est individualisée<sup>73</sup>. Il en est de même pour les choses futures dans lesquelles l'exécution se réalise par la livraison<sup>74</sup>. Concernant les ventes d'immeuble à construire, celle-ci peut être conclue « à terme ou en l'état futur d'achèvement »<sup>75</sup>.

---

72. Article 1139 Code civil.

73. Article 1158 du Code civil : "Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement.

74. Article 1130 Code civil et observations de *Cornu*, dans Ga. Pal. 1969. 2. 201 ; RTD civ. 1969. 801, obs. *Cornu*

75. Article 1601-1 Code civil.

## bb) Les dérogations conventionnelles

Ce qui est intéressant c'est que non seulement des aménagements au principe de l'article 1138 du Code civil ont été prévus par la loi mais ceux-ci sont également ouverts aux parties. Elles peuvent prévoir des dérogations conventionnelles au principe du consensualisme. En effet, le principe du consensualisme n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent librement y déroger<sup>76</sup> et convenir que la propriété de la chose vendue « ne sera transférée à l'acheteur qu'après un certain délai, l'exécution de certaines conditions ou l'accomplissement des formalités prévues »<sup>77</sup>. Par la vente avec clause réserve de propriété, l'acheteur ayant payé une partie du prix possède la chose mais n'en devient propriétaire qu'avec le paiement complet du prix. Le vendeur en conserve la propriété, ce qui constitue une garantie en cas de non paiement<sup>78</sup>. De même peut être prévue par les parties une vente sous condition. Le transfert de propriété sera alors subordonné à la réalisation d'une condition. Enfin, la volonté implicite des parties retarde le transfert de propriété au paiement du prix lors de la vente en libre service.

Ainsi, en nous référant au schéma B.1 afin de visualiser la place de l'obligation de donner par rapport au transfert de propriété dans le cas de l'application de l'article 1138 du Code civil, dans la figure B.2 nous avons sur le même modèle représenté la place de l'obligation de donner par rapport au transfert de propriété dans le cas des aménagements au transfert de propriété *solo consensu*.

Si le transfert de propriété est différé, l'obligation de donner retrouve sa fonction. Elle oblige les parties à transférer la propriété mais n'est pas exécutée dès sa naissance. Nous nous éloignons ainsi de l'« obligation mort-née » décrite plus haut<sup>79</sup>.

La place de l'obligation de donner qui lui est redonnée dans les aména-

---

76. Civ. 1ère, 24 janvier 1984 : Bull. civ. I, n 31.

77. Req. 26 juin 1935 : DH 1935. 414.

78. Carbonnier, p. 235.

79. Bloch, p. 673.

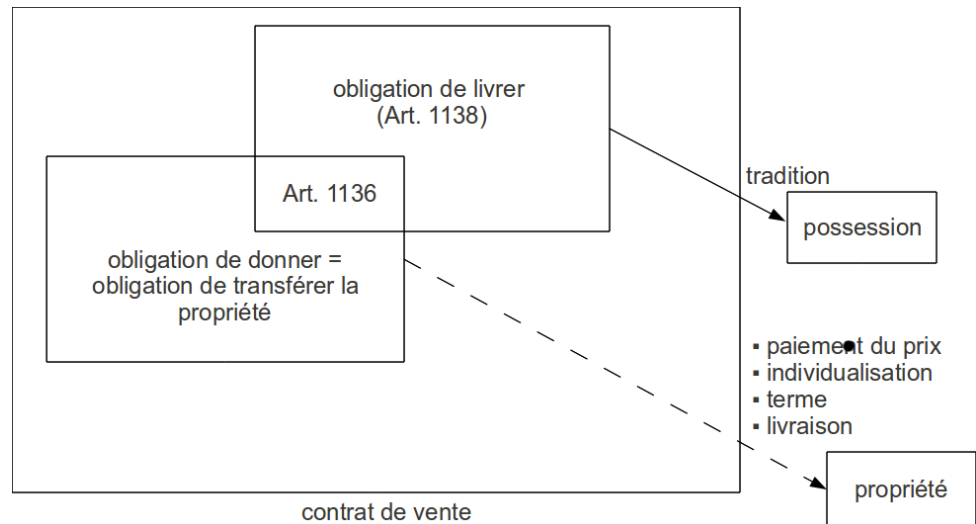


FIGURE B..2: L'aménagement du principe du consensualisme

gements au principe du consensualisme nous permet-elle d'envisager l'existence d'un contrat réel comparable au *Verfügungsgeschäft* allemand ?

## II. Le *Trennungsprinzip* du droit allemand applicable au droit français ?

Nous nous intéresserons d'abord au contrat translatif de propriété en droit allemand ainsi qu'au contrat de vente.

### 1. Le contrat réel en droit allemand ou *Verfügungsgeschäft*

Comme nous l'avons vu en première partie (I, B, 2), le droit allemand consacre dans son paragraphe 929 BGB le principe de l'abstraction. Pouvons-nous affirmer que l'obligation de donner du droit français se situe en droit allemand dans le *Verpflichtungsgeschäft*, le transfert de propriété s'effectuant dans le *Verfügungsgeschäft* ?

Tout en continuant à nous baser sur le contrat de vente, nous analyserons le mécanisme du transfert de propriété selon le principe de l'abstraction.

### a) Le paragraphe 433 BGB ou le fondement de l'obligation de donner

De la distinction du droit allemand entre le droit des obligations et le droit des biens naît celle entre le contrat de vente, l'acte créateur d'obligations du contrat réel, et l'acte de disposition. A ceci s'ajoute un troisième acte, le paiement<sup>80</sup>

C'est ce qui résulte du principe de séparation (*Trennungsprinzip*). Celui-ci est complété par le principe de l'abstraction : ces contrats sont indépendants l'un de l'autre<sup>81</sup>.

Une phrase du professeur Witz permet de se remémorer la signification du principe de l'abstraction : « Chaque contrat, [contrat de vente créateur d'obligations et contrat réel] existe abstraction faite de l'autre »<sup>82</sup>. Ce n'est pas parce que l'acte créateur d'obligations est nul, que l'acte de disposition le sera. Celui-ci demeure valable.

Dans le paragraphe 433 du BGB, le vendeur d'une chose s'oblige à donner la chose à l'acheteur et à lui en transférer la propriété. L'acheteur s'oblige à payer au vendeur la somme convenue et à lui prendre la chose<sup>83</sup>. Nous pouvons donc retrouver notre obligation de donner issue du droit français dans le paragraphe 433 du BGB.

Dans le *Verpflichtungsgeschäft*, un rapport juridique entre le créancier et le débiteur est créé. Il pose la base du *Verfügungsgeschäft*. Les actes de disposition ont lieu pour accomplir les obligations résultant du rapport juridique. Le *Verpflichtungsgeschäft* est donc en d'autres mots l'acte juridique de base par rapport à l'acte de disposition. L'obligation de donner contenue dans le *Verpflichtungsgeschäft* trouve son exécution dans le *Verfügungsgeschäft*. Le transfert de propriété d'une chose mobilière a par exemple lieu pour réaliser l'obligation de donner tirée d'un contrat de vente.

---

80. Witz, p. 124.

81. Witz, p. 124.

82. Witz, p. 124.

83. paragraphe 433 BGB : „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.“

## **b) Le paragraphe 929 BGB ou le transfert de propriété**

Le paragraphe 929 BGB correspond au contrat réel, à l'acte de disposition. Le *Verfügungsgeschäft* permet aux parties de disposer d'un droit. L'acte de disposition (*Verfügung*) est un acte juridique qui a de l'influence sur un droit déjà existant. Il dispose de ce droit par la transmission, le changement sur le contenu, la charge réelle ou l'abolition d'un droit<sup>84</sup>. Ici, c'est l'acte de disposition correspondant au transfert du droit de la propriété qui nous intéresse.

Le paragraphe 929 du BGB équivaut donc à la réalisation des opérations nées du contrat, à la *causa solvendi*, mais il est important de souligner l'indépendance du *Verfügungsgeschäft* et du *Verpflichtungsgeschäft*.

Par le seul *Verfügungsgeschäft*, la propriété d'une chose mobilière est transmise. Deux conditions doivent être réunies : l'accord des parties sur le transfert de propriété et la tradition (*Einigung und Übergabe*).

## **2. Un contrat réel sur le modèle du *Verfügungsgeschäft* envisageable en droit français ?**

L'obligation de donner grâce à la flexibilité des articles du Code civil semble retrouver une certaine utilité. Mais ceci permet-il pour autant de reconnaître un contrat réel dans le transfert de propriété en droit français, comparable au *Verfügungsgeschäft* du droit allemand ?

### **a) Les conditions du *Verfügungsgeschäft* appliquées en droit français**

#### **aa) L'obligation de donner et le *Verpflichtungsgeschäft***

*Verpflichtungsgeschäft* et *Verfügungsgeschäft* étant indépendants l'un de l'autre avec le principe de l'abstraction, le problème de la place de l'obligation de

---

84. *Liepold*, p. 81, tiré de BGHZ 101, 24, 26 = NJW 1987, 3177 : « Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf ein bestehendes Recht einwirkt, und zwar durch Übertragung, inhaltliche Veränderung, Belastung oder Aufhebung eines Rechts ».



donner ne devrait pas se poser pour la création d'un contrat réel en droit français.

En revanche, l'existence d'un contrat réel pourrait être justifiée avec l'existence de l'obligation de donner<sup>85</sup>.

C'est en particulier Bufnoir<sup>86</sup> qui a le premier évoqué la possibilité d'un « contrat réel » en droit français. Il s'agirait d'une convention des parties qui prévoit le transfert de propriété. Cette convention est implicite lors de la conclusion du contrat, source de l'obligation de donner. Selon Bufnoir, le contrat réel est inhérent à la volonté des parties mais doit être différencié du contrat de vente. Ainsi, l'obligation de donner reprend ici un rôle causal, qui l'éloigne de l'« inutilité » évoquée plus haut. Un tel rôle nous permet d'exclure également d'emblée l'application du principe de l'abstraction du droit allemand en droit français. Le contrat réel que nous nous attacherons à envisager pour le droit français doit être distinct du contrat réel abstrait du droit allemand. Seul le contrat réel séparé du contrat de vente (selon le principe de séparation) est envisageable en droit français, le droit français retenant une conception causale et non abstraite du transfert de propriété.

Selon cette hypothèse, le contrat de vente contiendrait ainsi de manière inhérente l'obligation de donner, qui s'exécuterait ensuite automatiquement par une convention sous-entendue<sup>87</sup>. Ripert-Boulanger affirme ainsi concernant l'article 1138 du Code civil que « c'est de cette manière à vrai dire assez peu heureuse que les [rédacteurs du Code civil] ont lié deux choses qui jusque là étaient demeurées distinctes : la création par contrat de l'obligation de livrer et l'exécution du contrat »<sup>88</sup>.

---

85. *Oeckinghaus*, p. 99.

86. *Bufnoir*, p. 52 : « Cet acte subséquent pourra être une convention pure et simple, sans autre formalité matérielle et déplacement de possession, un contrat réel, suivant une expression qui commence à s'acclimater chez nous, translatif, au lieu d'être créateur d'obligations ! ».

87. *Ripert-Boulanger*, n. 2444 concernant l'article 1138 Code civil.

88. *Ripert-Boulanger*, n. 2444.

**bb) Séparation entre effets obligationnels et effets dispositionnels comparable à la séparation entre *Verpflichtungsgeschäft* et *Verfügungsgeschäft* ?**

Si l'on admet une telle convention sous-entendue, alors contrat générateur d'obligations et contrat translatif de propriété qui correspond à cette convention implicite et crée l'obligation de donner sont dans ce cas clairement distincts. Les effets obligationnels et les effets dispositionnels sont alors issus de deux actes juridiques différents.

Le moment du transfert de propriété entre donc en jeu dans la partie dispositionnelle du contrat et non dans la partie obligationnelle.

Mais pour un *Verfügungsgeschäft* comme en droit allemand, la condition de la tradition est également nécessaire au transfert de propriété.

**cc) La tradition ou *Übergabe***

**α) La tradition civile du droit français, illustration de la puissance des volontés individuelles**

La tradition du droit français est, si l'on considère le principe du consensualisme, fictive. Elle illustre bien la puissance des volontés individuelles, comme l'exprime Portalis. En remplaçant la « tradition feinte » par la tradition fictive (A, II, 2), il est opéré « par le contrat de vente une sorte de tradition civile qui consomme le transfert du droit.[...] Ainsi la volonté de l'homme aidée de toute puissance de la loi franchit toutes les distances, surmonte tous les obstacles, et devient présente partout comme la loi elle-même »<sup>89</sup>.

Tronchet explique que la tradition est le mode d'exécution d'un engagement<sup>90</sup>. De même Chazal-Vicente, dans son article, considère l'échange des consentements comme une tradition civile. C'est-à-dire que cette tradition n'a pas pour effet de transmettre la propriété « pleine et entière (*dominii*

---

89. Portalis.

90. Recueil, p. 222, Tronchet.

*pleni natura*), son caractère essentiellement abstrait la rendant impuissante à créer un tel effet, mais seulement la propriété définie comme un pur droit (*merum ius*) et une qualité purement morale (*qualitatem mere moralem*). »<sup>91</sup>

Nous nous éloignons donc de la tradition remise de la chose.

Mais Portalis affirme également que « nous n'irons jamais au-delà des principes qui nous ont été transmis par l'antiquité [...] »<sup>92</sup>. Au rang de ces principes antiques il faut indubitablement inscrire le rôle de la tradition remise de la chose dans le transfert de propriété.

Malgré le principe du consensualisme, la tradition remise de la chose joue encore dans certains cas un rôle déterminant. C'est cette tradition qui correspond à la *Übergabe* du droit allemand.

### **β) La tradition, remise de la chose**

La tradition au sens du droit romain ou du droit allemand se retrouve dans le Code civil. Ainsi dans l'article 1141 du Code civil par exemple<sup>93</sup>, la tradition ou remise de la chose joue un rôle important : c'est l'acheteur qui a obtenu la possession de l'objet qui obtient également la propriété. Nous retrouvons l'adage connu : « En fait de meuble, la possession vaut titre. »

Ainsi l'obligation de donner pourrait constituer la preuve d'un contrat réel en droit français. L'accord des parties sur le transfert de propriété serait compris implicitement dans le contrat de vente sous la forme d'une convention sous-entendue et rappellerait la « *Einigung* » du paragraphe 929 BGB. De même la condition d'une tradition est envisageable en droit français, étant toujours présente dans certaines dispositions du Code civil.

Nous verrons qu'un contrat réel en droit français pourrait être envisa-

---

91. *Chazal-Vicente*, p. 3.

92. *Portalis*.

93. « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire [...] ».

geable dans les cas d'aménagements du principe du consensualisme.

## **b) L'étude critique et comparative du principe du consensualisme et de ses aménagements**

Le principe du consensualisme peut être comparé dans son fonctionnement à celui de la vente à emporter (*Handgeschäft*) en droit allemand. Quant aux aménagements du principe du consensualisme, ils suivent, d'après Oeckinghaus, le modèle de la vente de l'article 1238 du Code civil.

### **aa) Le principe du consensualisme et le *Handgeschäft* du droit allemand**

Selon Oeckinghaus, les articles 1138 et 1583 du Code civil rejoignent dans leur structure juridique celle des *Handgeschäft* du droit allemand. Ceux-ci constituent en effet des actes juridiques dans lesquels contrat et transfert sont simultanés<sup>94</sup>.

Il est intéressant de constater que pour cet auteur allemand, le transfert de propriété *solo consensu* ne remplace pas la tradition feinte. Selon l'auteur, le *Handgeschäft* constituait le modèle de base. La tradition feinte servait à remédier au problème du transfert de propriété dans les cas de vente à distance. Si le transfert de propriété dans une vente de corps certain a lieu sans *traditio*, seulement par l'effet de l'accord des volontés, alors chaque vente de corps certain peut être ramenée au schéma du *Handgeschäft*. L'argument concernant l'article 1138 du Code civil, c'est-à-dire le remplacement de la tradition feinte par le principe du transfert de propriété *solo consensu*, ne concerne pas les cas de *Handgeschäft* de l'époque.

### **bb) Les dérogations au principe du consensualisme, sur le modèle de l'article 1238 du Code civil ?**

Nous avons vu que les aménagements du principe du consensualisme et le transfert de propriété différé permettaient de faire renaître l'obligation de

---

94. Oeckinghaus, p. 100.

donner et d'envisager ainsi la possibilité d'un contrat réel.

C'est en étudiant l'article 1238 du Code civil qu'Oeckinghaus trace des parallèles entre le transfert de propriété en droit français et le contrat réel du droit allemand.

L'article 1238 du Code civil règle l'exécution des obligations de donner extra-contractuelles concernant les corps certains et les choses fongibles.

Selon Catala, « dans les obligations extracontractuelles, c'est l'exécution qui transfère le droit, puisqu'il n'y a pas l'accord préalable »<sup>95</sup>. L'article 1238 alinéa 1 du Code civil précise bien : « Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement et capable de l'aliéner ».

Mais comment exiger que le débiteur soit propriétaire de la chose donnée en paiement, si le transfert de propriété s'opère dès l'échange des consentements ?

Le problème pourrait être résolu en cantonnant le domaine de l'article 1238 du Code civil aux seuls contrats qui prévoient un transfert de propriété différé<sup>96</sup>.

Le cas de l'accord des parties sur un transfert de propriété différé du corps certain est en effet inspiré directement de l'article 1238 du Code civil.

Cette disposition se rapproche du droit allemand : le paiement est translatif de propriété.

### **cc) Deux options possibles : le contrat, translatif de propriété ou bien le paiement**

Nous pourrions être tenté d'étendre le principe de l'article 1238 du Code civil sur toutes les obligations qui ont pour objet un transfert de propriété. Mais seules deux options paraissent possibles : soit le contrat est translatif de propriété, soit le paiement. L'article 1238 du Code civil n'est pas

---

95. Catala, p. 191.

96. Oeckinghaus, p. 101.

compatible avec l'article 1136, 1138 ou encore l'article 1583 du Code civil. D'après Chazal-Vicente<sup>97</sup>, il est indiscutable que l'article 1136 du Code civil renvoie à l'obligation de donner en général. Nous retrouvons donc un défaut de clarté du Code civil dans ce domaine. L'article 1238 du Code civil s'applique seulement dans un nombre restreint de cas. Ainsi, il concerne le transfert de propriété des choses fongibles et les accords des parties sur le moment du transfert de propriété d'un corps certain.

Dans cette disposition, le paiement est translatif de la propriété des sommes ou de la chose due. Le transfert de propriété se fait aussi bien concernant la chose que la somme d'argent. Le transfert de propriété a lieu soit par la concrétisation, soit par le paiement de la chose<sup>98</sup>. Le paiement des sommes dues est défini comme « un versement de monnaie, de deniers, du débiteur au créancier »<sup>99</sup>. Savatier considère la créance d'argent comme une catégorie de dette exceptionnelle ayant pour objet une chose fongible. Le paiement a seulement lieu avec l'individualisation et de ce fait avec un transfert de propriété<sup>100</sup>.

Selon Catala, en raison de l'effet translatif du paiement, le transfert de propriété doit être isolé et indépendant du contrat de vente. Ceci est possible, si l'on considère un contrat réel classique, proche du schéma de l'article 1138 du Code civil, mais sans effet obligatoire. Le paiement translatif serait une obligation juridique distincte du contrat réel. A cette obligation juridique s'ajouterait la condition d'un accord sur l'exécution de cette obligation<sup>101</sup>.

Nous aurions donc un effet translatif de propriété par l'effet du paiement (au sens de prestation) sur le modèle de l'article 1238 du Code civil et non un effet translatif du contrat sur le modèle de l'article 1138 du Code civil. Obligation de donner et transfert de propriété ne sont pas simultanés. Ceci rejoindrait également l'article 1612 du Code civil selon lequel « l'acheteur n'est rendu maître de la chose que par le paiement »<sup>102</sup>. Un lien est ici ins-

---

97. Chazal-Vicente, p. 482.

98. Oeckinghaus, p. 124.

99. Recueil, p.6, Bigot-Prémeneu, p. 198.

100. Bigot-Prémeneu, p. 198.

101. Catala, p. 191.

102. Chazal-Vicente, p. 16.

tauré entre la délivrance de la chose et le paiement du prix<sup>103</sup>. Ici encore, la distinction entre acquisition de la possession de la chose par la tradition et obtention du droit de propriété, droit réel abstrait, doit être faite.

Mais cette solution paraît fort éloignée du principe du consensualisme qui ressort du Code civil. De même, la place du paiement d'une somme d'argent ne peut pas être réduite à celle de l'exécution d'une obligation de donner. Elle occupe en droit français le rôle de cause de l'obligation pour le créancier<sup>104</sup>.

La possibilité d'un contrat réel en droit français peut donc fortement être remise en question. Pour Oeckinghaus, ce n'est pas parce que les parties peuvent convenir du moment du transfert de propriété qu'un contrat réel postérieur au contrat de vente est envisageable<sup>105</sup>.

### **c) La négation du contrat réel : le transfert de propriété en tant que simple effet du contrat**

Une partie de la doctrine française rejoint également cette position, le transfert de propriété différé pouvant être interprété comme un transfert qui a lieu de plein droit, simple effet du contrat, indépendant de toute obligation de donner<sup>106</sup>.

Dans le cas d'une vente à terme, le transfert de propriété aurait lieu de plein droit par l'arrivée du terme. Dans le cas de la vente de choses fongibles, le transfert de propriété constituerait également un effet légal du contrat et s'effectuerait par l'individualisation. Lors d'une vente avec clause de réserve de propriété, le transfert de propriété est subordonné au paiement du prix, obligation essentielle du contrat de vente.

Une autre interprétation des contrats prévoyant un transfert de propriété différé consisterait à mettre au cœur du contrat l'obligation de livrer<sup>107</sup>.

---

103. *Stadler*, p. 731 et 733.

104. *Chazal-Vicente*, p.17.

105. *Oeckinghaus*, p.100.

106. *Fabre-Magnan*, p. 85.

107. *Aubry et Rau*, p. 105.

Mais étant donné que la définition de l'obligation de livrer que nous avons retenue est celle d'un corollaire de l'obligation de donner, mettre l'obligation de livrer au centre du processus donnerait également une place importante à l'obligation de livrer.

#### **d) Résumé**

##### **aa) La base du principe du consensualisme**

La construction juridique qui est à la base de la conception du Code civil concernant le transfert de propriété dans la vente de corps certains peut être comparée à celle du *Handgeschäft* du droit allemand : contrat et transfert de propriété sont simultanés.

Cette affirmation, illustrant le principe du consensualisme, permet de rappeler la puissance de la volonté individuelle des parties en droit français. Si l'on voulait adopter la théorie du contrat réel en droit français pour la vente de corps certains sur le modèle du paragraphe 929 BGB et de l'article 1238 du Code civil, il faudrait ajouter à l'accord de volonté implicite des parties sur le transfert de propriété<sup>108</sup> lors de la conclusion du contrat de vente un contrat d'exécution, le contrat réel, permettant le transfert de propriété, exécution de l'obligation de donner.

Une convention sous-entendue concernant le transfert de propriété est-elle envisageable en droit français ?

##### **bb) L'admission d'une convention sous-entendue concernant le transfert de propriété ?**

Le Code civil suppose souvent la volonté des parties. Mais l'admission d'une convention sous-entendue ne paraît pas adaptée lorsque l'on veut établir une autre construction juridique du transfert de la propriété. En tenant compte de cette force de la volonté des parties illustrée par le principe du consensualisme, il n'apparaît pas envisageable de prévoir un contrat réel tant que les parties ne se sont pas explicitement mises d'accord sur le transfert de propriété. Dans cette hypothèse, c'est encore le moment du transfert de propriété qui sera déterminant. C'est par rapport à ce moment que l'on va déci-

---

108. convention sous-entendue citée plus haut.



der de l'existence d'un contrat réel ou non <sup>109</sup>.

Allant au delà d'un contrat réel séparé du contrat de vente, le droit allemand, se basant sur le principe de l'abstraction, considère obligation de donner et transfert de propriété comme totalement séparés et indépendants l'un de l'autre, la première étant incluse dans le *Verpflichtungsgeschäft*, acte générateur d'obligations, le second consistant en un contrat réel distinct et abstrait de l'acte causal créateur d'obligations.

---

109. *Oeckinghaus*, p. 103.

## **C. Le principe de l'abstraction, spécificité du droit allemand : l'indépendance de l'obligation de donner et du contrat réel**

### **I. Le contenu réel de l'abstraction**

Nous verrons que l'obligation de donner contenue dans le paragraphe 433 du BGB est indépendante du transfert de propriété. Cette indépendance contient dans le paragraphe 812 du BGB une preuve de son existence. Un transfert de propriété ainsi retardé et prévu dans un contrat réel permet un transfert différé des risques sur la chose.

#### **1. Obligation de donner et transfert de propriété, indépendants l'un de l'autre**

Le principe de l'abstraction se construit sur le principe de séparation. Le transfert de propriété et la *causa solvendi*<sup>110</sup> (« *Erfüllungszweck* ») sont indépendants.

La *causa solvendi* est dépendante du contrat de vente tandis que le transfert de propriété est une part du contrat réel. Le *Verpflichtungsgeschäft* et le *Verfügungsgeschäft* ne sont pas seulement considérés comme deux actes juridiques séparés, ils sont également indépendants l'un de l'autre concernant leurs effets respectifs. En raison du principe de l'abstraction, l'absence de contrat créateur d'obligations ou les vices affectant celui-ci, restent sans influence sur la validité du contrat réel.

En raison du principe de séparation et d'abstraction, il peut donc y avoir obligation de donner (comprise dans le contrat créateur d'obligations) sans transfert de propriété (contrat réel) et réciproquement.

---

110. la cause de l'exécution de l'obligation.

Que se passe-t-il si l'acte créateur d'obligations est nul ? Selon le principe de séparation et d'abstraction, l'acquéreur reste propriétaire, « malgré la nullité de l'acte créateur d'obligations »<sup>111</sup>. Mais cette solution dérange. Comment annuler l'acte de disposition considérant la nullité de l'acte créateur d'obligations ?

## 2. Le paragraphe 812 du BGB, preuve du principe de l'abstraction

L'acheteur reste propriétaire malgré la nullité du contrat de vente. Que peut faire le vendeur pour obtenir la restitution de la chose ?

En appliquant l'alinéa 1 du paragraphe 929 du BGB, l'acheteur est devenu propriétaire, les parties se sont mises d'accord sur le transfert de propriété (*Einigung*) et celui-ci a effectivement eu lieu (*Übergabe*). La possibilité d'une demande de restitution de la chose selon le paragraphe 985 BGB est exclue puisque cette norme ne permet qu'une restitution en cas de possession de la chose et ne concerne pas les cas dans lesquels la propriété a déjà été transmise.

C'est ici qu'intervient le paragraphe 812 du BGB avec la théorie de l'enrichissement sans cause ou *Kondiktion*<sup>112</sup>.

### a) La théorie de l'enrichissement sans cause

Le paragraphe 812 alinéa 1 BGB énonce : « quiconque, par prestation faite par une autre personne ou de toute autre manière, fait une acquisition sans cause juridique aux dépens de cette autre personne, est obligé vis-à-vis d'elle à restitution. Cette obligation existe également lorsque la cause juridique disparaît ultérieurement ou que le résultat poursuivi au moyen d'une prestation, tel qu'il ressort du contenu de l'acte juridique, ne se réalise pas »<sup>113</sup>. Mais qu'entend exactement le paragraphe 812 BGB par « cause juri-

---

111. *Witz*, p.124.

112. *Leipold*, p. 82.

113. *Witz*, p. 126., traduction du paragraphe 812 al. 1 BGB : « Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechts-

dique » (*Rechtsgrund*) ?

## b) La définition de la cause juridique

La majorité de la doctrine voit dans le terme de cause juridique le rapport causal, le contrat de vente. Le terme de *causa* se rapporterait au contrat de vente.

Selon une autre partie de la doctrine, la cause juridique n'est pas le contrat de vente mais le droit de l'acheteur d'exiger du vendeur le transfert de propriété, un droit découlant du contrat de vente<sup>114</sup>. Pour Kupisch, cette définition de la « cause juridique » se rapproche d'avantage de la « métaphysique que de la jurisprudence »<sup>115</sup>. En effet, le droit s'éteint avec la prestation du vendeur. Comment un droit éteint justifierait-il le droit de l'acheteur de garder la chose ? Le droit de l'acheteur d'exiger du vendeur le transfert de propriété doit, pour Kupisch, être considéré indépendamment de la cause juridique. Il n'a qu'une fonction instrumentale au service de celle-ci.

Une autre définition de la cause juridique a été retenue par l'auteur, rendant déterminante l'action du vendeur concernant l'exécution de la vente. Le vendeur, en transférant la propriété de la chose sur l'acheteur, exécute ses obligations tirées du contrat de vente. La cause juridique naît à ce moment précis : l'acheteur obtient le droit de garder la chose acquise par le transfert de propriété.

Cette définition nous paraît une bonne approche de cette cause, se rapportant tant au contrat de vente (droit de garder la chose) qu'au contrat réel (droit de garder la chose acquise par transfert de propriété). Si le transfert de propriété a eu lieu sans cause juridique, l'acquéreur perd, selon le paragraphe 812 du BGB, le droit de garder la chose acquise par transfert de propriété, ainsi que son droit de propriété qui y est attaché.

---

geschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt »

114. Kupisch (NJW), p. 2 : „Sieht man genauer hin, so liegt nach dieser Meinung der rechtliche Grund aber nicht im Kausalverhältnis, im Kaufvertrag als solchem, sondern in dem Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Verschaffung des Eigentums (und der Übergabe der Sache), wie er aus dem Abschluss des Kaufvertrags resultiert (vgl. paragraphe 433 I BGB).“

115. Kupisch (NJW), p. 2.

### c) Le retransfert de la chose et de sa propriété

Dans le cas d'une absence de cause juridique telle que décrite dans le paragraphe 812 du BGB, le vendeur peut intenter une action en enrichissement sans cause dont l'issue normale est la condamnation du propriétaire à retransférer le bien.

Le contrat réel reste intact, le vice du contrat de vente n'a, en raison du principe de l'abstraction, pas d'effet sur le contrat réel. En revanche, celui qui a transféré la propriété de la chose sans y être obligé obtient, par le paragraphe 812 du BGB, le droit d'exiger la restitution de la chose. Le contrat générateur d'obligations représente ainsi un indice qui permet de déterminer si les effets juridiques du contrat réel sont justifiés<sup>116</sup>.

Les conditions de ce retransfert sont l'accord des parties<sup>117</sup> et la restitution du bien mobilier<sup>118</sup>. Si la restitution de la chose n'est pas possible, le créancier de l'enrichissement peut exiger des dommages et intérêts selon le paragraphe 818 II du BGB.

En raison du principe d'abstraction, la théorie de l'enrichissement sans cause joue donc en droit allemand un rôle beaucoup plus important qu'en droit français<sup>119</sup>.

### 3. Un transfert des risques retardé

Une des questions se rattachant à celle du transfert de propriété et du rapport juridique entre les parties est celle du transfert des risques<sup>120</sup>. Le risque reste-t-il chez le vendeur jusqu'à la remise de la chose ou bien se transmet-il

---

116. *Leipold*, p. 82. : „Das Kausalgeschäft stellt somit den Wertmesser dafür dar, ob die eingetretene Rechtsänderung auch gerechtfertigt ist und damit in ihrer vermögensverschiebenden Wirkung bei Bestand zu bleiben hat.“

117. traduction du paragraphe 894 ZPO : « Lorsque le débiteur est condamné à émettre une déclaration de volonté, la déclaration est censée être émise aussitôt que le jugement a obtenu force de chose jugée. » *Witz*, p. 126.

118. traduction du paragraphe 897 ZPO : « Lorsque le débiteur est condamné à retransférer la propriété d'une chose mobilière ou à constituer un droit sur cette chose, la remise du bien est censée faite lorsque l'huissier a retiré la chose en vue de la remise de celle-ci au créancier. » *Witz*, p. 126.

119. *Witz*, p. 126.

120. *Stadler*, p. 271.

directement à l'acheteur avec le contrat de vente ?

En droit allemand, le transfert des risques se fait avec l'acquisition par l'acheteur de la possession de la chose (cf les paragraphes 446 et 447 du BGB). En droit français, un tel transfert se fait avec le transfert de la propriété et donc simultanément au contrat de vente selon l'article 1138 du Code civil. Ainsi, le transfert des risques intervient plus tard en droit allemand.

Comme le principe du consensualisme, le principe de l'abstraction paraît s'imposer à tout contrat de vente. Pourtant, nous pouvons constater des ruptures du principe de l'abstraction.

## **II. Un principe toujours respecté ? Les ruptures du principe de l'abstraction**

Depuis la naissance du principe de l'abstraction, des ruptures de ce concept juridique sont constatables dans la jurisprudence et parfois initiées par la doctrine.

En effet, nous verrons que si la conception abstraite de l'acte générateur d'obligations et de l'acte de disposition ne correspond pas à la volonté des parties, alors un lien de causalité entre *Verfügungsgeschäft* et *Verpflichtungsgeschäft* est possible dans certains cas.

Plusieurs constellations autorisent l'aménagement du principe de l'abstraction <sup>121</sup>.

---

121. *Oeckinghaus*, p. 69.

## **1. Les ruptures relatives du principe de l'abstraction**

### **a) Contrat de vente et contrat réel, victimes des même vices**

Si l'acte créateur d'obligations et l'acte de disposition sont viciés pour les mêmes raisons, alors la propriété n'est pas transférée. C'est le cas des paragraphes 138 et 134 du BGB : Lorsque le contrat de vente est contraire aux bonnes mœurs, le contrat réel l'est aussi car le but poursuivi dans les deux contrats est lui-même contraire aux bonnes mœurs<sup>122</sup>.

Il en est de même dans les cas d'incapacité prévus par les paragraphes 106 et suivants du BGB. *Verpflichtungsgeschäft* et *Verfügungsgeschäft* ont dans ce cas tous deux le même vice.

Mais notons que ces constellations ne constituent pas réellement une rupture du principe de l'abstraction étant donné que contrat générateur d'obligations et contrat réel sont viciés indépendamment l'un de l'autre.

### **b) La nullité dans les cas du paragraphe 123 du BGB**

Dans le cas d'une menace ou d'un dol lors de la conclusion du contrat de vente, l'exécution repose également sur ce dol ou cette menace.

Les règles concernant l'annulation du contrat peuvent s'appliquer au contrat réel. On ne peut dans ce cas pas non plus parler d'une rupture du principe de l'abstraction.

## **2. La révocation du contrat de vente simultanée à celle du contrat réel, admise par la jurisprudence**

La jurisprudence a admis une révocation du contrat de vente et du contrat réel pour erreur (paragraphe 119 I et II BGB), si le contrat de vente et l'acte de disposition ont été prévus ensemble au même moment et reposent sur une seule déclaration de volonté<sup>123</sup>.

---

122. *Oeckinghaus*, p. 61.

123. RG 66, 330 : « Nach richtiger Auffassung können Kausal- und Übereignungsgeschäft gemeinsam anfechtbar sein, wenn beide Geschäfte in einem einheitlichen Willensakt zusammen fallen und dieser am Anfechtungsgrund des Irrtums leidet. »

Dans la décision qui a consacré ce principe, l'envoi de la chose objet du contrat de vente contenait également l'offre de conclusion de ce contrat ainsi que l'offre relative au transfert de propriété. Le défendeur avait refusé l'offre de conclusion du contrat de vente, désirant un crédit.

Comme la forme du *Handgeschäft* n'avait pas été choisie par les parties, il fallait considérer l'offre de conclusion du contrat de vente et celle relative au transfert de propriété comme distinctes l'une de l'autre. Mais la Cour suprême a tout de même vu dans le refus de l'offre de conclusion du contrat de vente le refus de l'offre relative au transfert de propriété. Ainsi les deux contrats ont ici été considérés comme dépendants l'un de l'autre.

### **3. Les ruptures du principe de l'abstraction par la volonté des parties**

#### **a) Les parties et leur volonté de déroger au principe de l'abstraction**

Selon la majorité de la doctrine<sup>124</sup> et de la jurisprudence<sup>125</sup>, les parties peuvent convenir de la dépendance du transfert de propriété et de contrat créateur d'obligations<sup>126</sup>. Notons que la possibilité d'une telle condition est exclue dans le cas du transfert de propriété d'un immeuble qui doit constituer, selon le paragraphe 925 du BGB, en un accord solennel des parties devant notaire, ce qui rappelle la clause de dessaisine-saisine de l'ancien droit français<sup>127</sup>.

#### **b) La volonté supposée des parties, une nouvelle abstraction**

Cette dépendance voulue par les parties correspond à une volonté supposée. Elle ne doit pas obligatoirement être explicitement prévue par les parties. Deux choses doivent donc être supposées : d'une part la connaissance des parties de l'existence d'un principe de l'abstraction, d'autre part

---

124. *Palandt*, paragraphe 854 BGB.

125. RG 57, 96, traduction : « le contrat réel n'est pas formel au point de ne pas pouvoir être mis dans une relation de causalité avec le contrat créateur d'obligations. ».

126. Oeckinghaus, p. 76.

127. paragraphe 925 II BGB : « Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam. »



la volonté des parties d'y déroger.

Une telle volonté est généralement supposée dans les « *Handgeschäft* », par exemple. Mais cette supposition est tout aussi fictive que l'est le principe du consensualisme. Cette théorie rejoint le principe de causalité du droit français et s'éloigne du principe de l'abstraction. Elle est pour cette raison rejetée par la majorité de la doctrine allemande<sup>128</sup>.

#### **4. Contrat de vente et transfert de propriété, une seule opération juridique : l'application analogique du paragraphe 139 du BGB**

Le paragraphe 139 BGB énonce : « Si une partie de l'acte juridique est nul, alors l'acte juridique est nul dans sa totalité si une partie de cet acte ne peut être conçue sans l'autre. »

Une partie de la doctrine<sup>129</sup> et de la jurisprudence<sup>130</sup> applique le paragraphe 139 du BGB de manière analogique à la relation entre contrat créateur d'obligations et contrat réel.

Nous posons dans ce cas le principe que les parties en cas de nullité du contrat de vente n'auraient pas conclu de contrat réel. Il n'est pas nécessaire que contrat de vente et contrat réel ne forment qu'une opération juridique pour l'application du paragraphe 139 BGB. Il suffit, selon la jurisprudence, que « plusieurs actes juridiques soient liés entre eux de telle façon qu'ils puissent être considérés comme un tout »<sup>131</sup>.

Cette application analogique du paragraphe 139 du BGB laisse la porte ouverte à une dépendance, un lien de causalité, entre *Verpflichtungsgeschäft* et *Verfügungsgeschäft*.

---

128. *Oeckinghaus*, p. 79.

129. *Palandt*, paragraphe 139 BGB.

130. RG, 70, 88.

131. RG 79, 436 : „Es genügt wenn, mehrere tatbestandlich getrennte Geschäfte aus wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen derart zu einem Ganzen verbunden sind, dass sie auch nur als Ganzes gewollt sind.“

Le transfert de propriété tel qu'il est prévu en droit français et en droit allemand repose donc sur des principes à priori radicalement opposés. Ceux-ci paraissent stricts, se fondant sur des dispositions comme l'article 1138 du Code civil et le paragraphe 929 du BGB. Pourtant des aménagements à ces principes sont possibles, tant en droit français qu'en droit allemand.

Dans la perspective d'une étude des possibilités de rapprochement entre les deux systèmes juridiques, nous nous attacherons à rappeler les différents principes entrant en jeu dans le mécanisme du transfert de propriété en droit français et en droit allemand (D, I). Puis nous nous interrogerons sur leurs avantages et leurs limites (D, II, III). Enfin, nous nous demanderons si une convergence des deux systèmes juridiques des deux pays clefs de l'Union européenne est envisageable (E).

## **D. L'étude des différents principes réglant le transfert de propriété**

Le principe de l'abstraction et le principe du consensualisme touchent tous deux à d'autres principes qui leur sont étroitement liés. Nous étudierons ces différents principes en tentant d'élaborer un classement et nous interrogerons sur leurs avantages et leurs limites.

### **I. Classement des différents principes**

Les différents principes évoqués peuvent se regrouper en deux constellations, l'une allemande, l'autre française. Le règlement du transfert de propriété en droit français est caractérisé par la combinaison entre principe du consensualisme/principe de l'unité et principe de la causalité. Quant au droit allemand, il est caractérisé par le principe de l'abstraction/le principe de la séparation et le principe de la tradition.

#### **1. Principe du consensualisme et principe de la tradition**

Par le principe du consensualisme, le transfert de propriété a lieu *solo consensu*. Avec la tradition, le transfert de propriété a lieu avec la remise de la chose. Ces deux principes peuvent être considérés comme opposés, prévoyant différemment le moment du transfert de propriété<sup>132</sup>.

#### **2. Principe de la causalité et principe de l'abstraction**

Le principe du consensualisme est étroitement lié au principe de causalité, l'un constituant la cause de l'autre.

En revanche, le principe de l'abstraction s'oppose au principe de la causalité. Dans le principe de l'abstraction, obligation et exécution constituent

---

132. *Stadler*, p. 128.

deux actes juridiques indépendants l'un de l'autre. Le principe de causalité connaît un acte réel mais le destin juridique de celui-ci est lié à celui de l'obligation.

### **3. Principe de la séparation et principe de l'unité**

Enfin, le principe de l'unité en droit français, proche du principe du consensualisme, peut s'opposer au principe de séparation du droit allemand.

Ces deux derniers principes reflètent chacun à leur manière le dualisme entre l'acte créateur d'obligations et l'acte de disposition. Le principe de séparation permet d'illustrer l'existence de ces deux actes juridiques différents. Le principe de l'unité du droit français représente quant à lui la conception qu'a toute personne de son contrat de vente. Il se rapproche de la conception pratique du contrat translatif de propriété et s'éloigne de la conception juridique du processus translatif de propriété.

Ces oppositions permettent de se rendre compte des différents principes gouvernant le transfert de propriété des deux systèmes juridiques étudiés. Afin de permettre une vue d'ensemble, nous nous attacherons à placer ces principes sur un schéma. Ceci nous permettra de visualiser le règlement du transfert de propriété de base en vigueur dans les deux pays.

### **4. La représentation des différents principes**

Plaçons les formes de transfert de propriété sur un système en trois dimensions (cf. figure D..1). L'axe x est défini d'un côté par le principe de l'unité, de l'autre par le principe de séparation. L'axe y représente le principe de causalité à une extrémité, le principe de l'abstraction à une autre extrémité. Enfin, l'axe z est défini par la tradition d'un côté et le principe du consensualisme de l'autre <sup>133</sup>.

Si l'on représente sur ce système les règlements du transfert de propriété

---

133. *Kaspar*, p. 205.

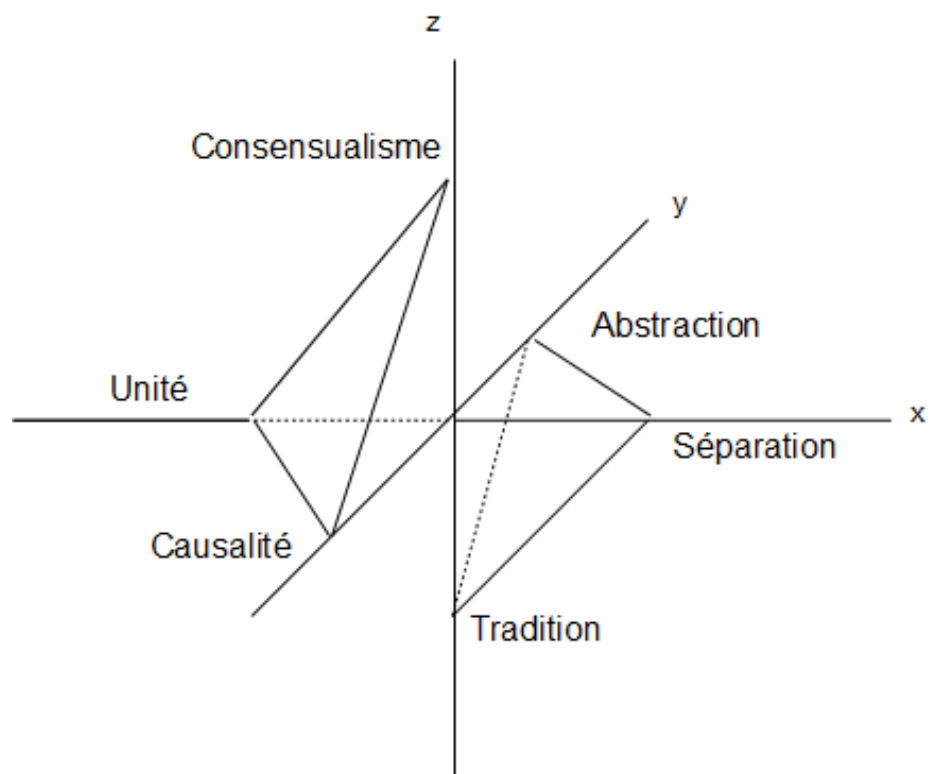


FIGURE D.1: Transfert de propriété en droit allemand et en droit français : deux systèmes diamétralement opposés

étudiés, séparation/abstraction/tradition (droit allemand) d'un côté et unité/causalité/principe du consensualisme (droit français) de l'autre, nous pouvons voir que les deux figures se trouvent diamétralement opposées. Le seul point qui les réunit est celui qui représente l'effet translatif de propriété, point de croisement de tous les axes <sup>134</sup>.

## II. Critique du règlement du transfert de propriété en droit allemand

Pourquoi séparer contrat créateur d'obligations et contrat réel et les considérer indépendants l'un de l'autre ?

### 1. La sécurité juridique du principe de l'abstraction

Considérant les avantages du principe de l'abstraction, c'est la sécurité juridique qui est l'argument le plus avancé par la doctrine. C'est également celui qui a poussé les auteurs du BGB à la rédaction du paragraphe 929 BGB. Le principe de l'abstraction a été conçu pour une législation qui repose sur le principe *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* <sup>135</sup>. Un contrat réel dont la tradition constitue une condition constitutive du transfert de propriété peut effectivement garantir une certaine sécurité juridique.

L'admission d'un lien causal entre le contrat créateur d'obligations et le contrat réel comme en droit français empêcherait l'acquéreur, dans le cas d'un vice de la *iusta causa traditionis*, de devenir propriétaire. Le vendeur pourrait se prévaloir envers les tiers du droit de propriété. C'est pour éviter une telle situation que le principe de l'abstraction a été utilisé en droit allemand pour protéger l'acquéreur de bonne foi <sup>136</sup>. Avec le principe de l'abstraction, le sous-acquéreur doit se préoccuper « uniquement de l'acte de disposition qui a permis à son auteur d'être propriétaire » <sup>137</sup>. En effet, l'acte de disposition demeure efficace même si l'acte créateur d'obligations est nul

---

134. *Stadler*, p. 120.

135. « Nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a. »

136. *Ferrari*, p. 367.

137. *Witz*, p. 125.

ou contesté. Les tiers peuvent ainsi acquérir la chose et en être valablement propriétaire, sans avoir à vérifier la validité du contrat à la source <sup>138</sup>.

De plus, en cas d'abandon du principe de l'abstraction, l'institution du Livre foncier lors des ventes immobilières serait fragilisée, la tradition perdant de l'importance <sup>139</sup>.

## **2. Les problèmes liés au principe de l'abstraction**

### **a) Un principe éloigné de la vie pratique**

Le principe de l'abstraction est souvent critiqué dans la doctrine allemande et qualifié d'étranger à la vie pratique <sup>140</sup>. Schäfer va même jusqu'à utiliser le terme de « violation de la vie pratique ». Ce principe, d'après Schäfer, nous oblige à considérer séparément des choses qui normalement créent une unité <sup>141</sup>. Personne ne transmet d'après lui la propriété dans le but seulement de transférer cette propriété.

De plus, les parties au contrat n'ont pas forcément connaissance du principe de l'abstraction. L'avantage d'un principe plus proche de la vie pratique est sa transparence pour celui qui y est soumis.

Avec les aménagements prévus au principe de l'abstraction, les experts ont tenté de remédier aux problèmes causés par ce principe. La volonté des parties ne pouvait dans les cas prévus pas être exprimée de manière efficace dans le cadre d'un tel principe <sup>142</sup>.

### **b) Le problème de la protection du cédant dans le cas du dépôt de bilan**

Le principe de l'abstraction pose également un problème particulier dans le cas du dépôt de bilan <sup>143</sup>. Ainsi, si une chose est transférée alors que le contrat créateur d'obligations n'est pas valable, alors l'objet du contrat ap-

---

138. *Kaspar*, p. 234.

139. *Baur*, p. 43.

140. traduction de „lebensfremd“, *Leipold*, p. 84.

141. *Schäfer*, p. 77.

142. *Kaspar*, p. 240.

143. *Rodriguez-Rosado*, p. 121.

partient à la masse du dépôt de bilan et le cédant n'a pas de droit en revendication sur la base d'un contrat réel (paragraphe 35, 47 InsO). Dans ce cas, si le principe de la causalité pouvait être appliqué, le cédant aurait un droit en revendication en tant que propriétaire.

De même en cas de transfert de propriété abstrait du contrat créateur d'obligations, il manque au cédant la possibilité de contredire l'exécution forcée et ainsi d'exiger la restitution de la chose. Une tierce opposition ne lui est pas permise (paragraphe 771 ZPO). Dans le cas de l'application du principe du consensualisme, un droit en revendication aurait été ouvert au cédant.

Il manque donc des possibilités de protection du cédant en cas de défaut de validité du contrat créateur d'obligations. Cette lacune est souvent considérée comme un des points faibles du principe de l'abstraction et sert d'argument aux auteurs qui prônent sa suppression<sup>144</sup>.

Enfin, le principe de la séparation a plus de risques de causer des actions en justice, laissant valable le contrat réel alors que le contrat créateur d'obligations ne l'est pas.

Mais des critiques peuvent également être opposées au règlement du transfert de propriété du droit français.

### **III. Critique du règlement du transfert de propriété en droit français**

#### **1. Un principe pratique et flexible**

Le principe du consensualisme permet, contrairement au principe de l'abstraction, de bien illustrer les contrats de vente simples et quotidiens comme l'achat d'une baguette de pain.

Mais cette simplicité est brouillée par les dispositions du Code civil. Celles-

---

144. *Rodriguez-Rosado*, p. 121.



ci, de par leur manque de clarté, laissent ouvertes des possibilités d'aménagement du principe du consensualisme. Les parties peuvent ainsi prévoir, comme nous l'avons étudié précédemment, un autre moment pour le transfert de propriété que celui du contrat de vente<sup>145</sup>. Ce manque de clarté peut être source d'insécurité juridique.

## **2. Obligation de diligence de l'acheteur et restriction de la liberté de manœuvre juridique**

### **a) Obligation de diligence de l'acheteur**

Dans le système français et avec l'application du principe d'unité, l'obligation de diligence repose sur l'acheteur et non sur le vendeur.

Witz<sup>146</sup> et Ferrari<sup>147</sup> critiquent cette conséquence liée au principe de l'unité. Il existe en effet le danger qu'une erreur dans le contrat de vente remontant à des années auparavant affecte l'acte réel du transfert de propriété alors qu'aucune des parties ne connaissait cette erreur.

### **b) Restriction de la liberté de manœuvre juridique ?**

Comme le principe de l'unité ne permet pas de séparation entre droit de obligations et droit des biens, nous pourrions penser que cette absence de séparation restreindrait la liberté de manœuvre juridique des parties et dissimulerait les possibilités d'aménagement<sup>148</sup>. Mais aucun fait juridique ne permet de faire une telle constatation.

Les critiques des deux systèmes juridiques concernant leur règlement du transfert de la propriété ne peuvent permettre de trancher en faveur d'une solution, les deux systèmes s'avérant en définitive assez souples.

Les parties au contrat en droit français peuvent prévoir un transfert de propriété différé ce qui rejoint le principe de séparation du droit allemand. De même, en droit allemand existent des possibilités de création d'un lien

---

145. *Ferrari*, p. 368.

146. *Witz*, p. 125.

147. *Ferrari*, p. 368.

148. *Kaspar*, p. 241.

de causalité entre contrat créateur d'obligations et contrat réel.

### **3. Les transferts de propriété du droit français et du droit allemand, rapprochés par les aménagements légaux et conventionnels**

En droit allemand, les possibilités ouvertes aux parties font perdre à la tradition son importance originelle. Celles-ci peuvent dans de nombreux cas choisir le moment du transfert de propriété.

De même en droit français, le principe de l'unité ainsi que le principe du consensualisme connaissent de nombreux aménagements, les parties pouvant prévoir un transfert de propriété différé auquel peut éventuellement également s'ajouter la condition de la publicité<sup>149</sup>.

Leur flexibilité permet de penser à la création d'une nouvelle réglementation du transfert de propriété sur la base de ces deux systèmes.

---

149. Ceci rappelant la *traditio cum iusta causa* du droit romain distinguant le *titulus* et le *modus*.

## **E. Vers une convergence entre droit français et droit allemand**

En considération de l'étude effectuée plus haut, des perspectives de rapprochement des deux systèmes juridiques pourraient être envisageables.

### **I. Le remplacement du principe de l'abstraction par le principe de la causalité**

Pourrait-on envisager le remplacement du principe de l'abstraction par le principe de la causalité ?

#### **1. Le choix de la solution la plus simple**

Nous avons vu que le principe de l'abstraction offre certes une certaine stabilité de l'acte juridique mais paraît éloigné de la réalité pratique. Dans l'Ancien droit, la protection de la circulation juridique qu'il garantit était importante. L'acquisition de bonne foi n'était pas en effet pas connue. De ce fait le principe de l'abstraction était une bonne solution afin de protéger l'acquéreur de bonne foi. Ce principe servait ainsi à atténuer les conséquences de ce vide juridique.

Mais comme nous l'avons étudié, le principe de l'abstraction présente certaines failles et fait l'objet de vives critiques dans la doctrine allemande<sup>150</sup>.

#### **2. Le principe de la causalité**

La solution du principe de la causalité du droit français paraît plus simple, plus proche de la vie pratique. L'acheteur obtient avec cette solution plus tôt une protection vis-à-vis des tiers. Mais la combinaison entre principe de

---

150. *Witz*, p. 126 et *Lange*, p. 28.

l'unité et principe de causalité paraît superflue, le principe de l'unité englobant le principe de la causalité. En effet, si les conditions du principe de l'unité sont réunies, alors celles de la causalité le sont aussi. Nous pouvons donc à juste titre nous poser la question de l'utilité du principe de l'unité par rapport à celle de la causalité <sup>151</sup>.

En définitive, le principe de la causalité a, dans les cas de transfert de la propriété, une fonction de contrôle de la légalité. Mais il permet également de se rendre compte de la dépendance entre contrat créateur d'obligations et acte réel. Il paraît en effet difficile de concevoir un transfert de la propriété dans le seul but de transférer cette propriété. L'acte translatif de propriété et le contrat de vente sont en principe liés.

De même, la nullité d'un acte pour *causa* contraire aux bonnes mœurs entraînerait par l'application du principe de la causalité, la nullité de l'acte de disposition, ce qui paraît être une solution conforme au principe de la sécurité des transactions. Elle ne constituerait pas une exception à un principe de règlement du transfert de propriété tel le principe de l'abstraction.

Nous retenons donc l'utilité du principe de la causalité. Nous nous intéresserons de la même façon au principe de séparation. Peut-on envisager un rapprochement entre principe de l'unité et principe de la séparation ?

## **II. Principe de l'unité et principe de séparation : les perspectives de rapprochement**

### **1. Le principe de séparation comme illustration du processus juridique**

Avec le principe de séparation, le droit allemand illustre le dualisme entre planification et exécution dans le contrat de vente. C'est ce principe qui permet dans un premier temps de s'obliger à la vente d'une chose puis dans un deuxième temps d'exécuter cette obligation en transférant la propriété de

---

151. *Kaspar*, p. 209.

la chose. La volonté de transférer la propriété qui manque à premier abord dans l'acte d'exécution devient une condition ajoutée par la loi à la validité du *Verfügungsgeschäft*, qui dépasse de ce fait la seule tradition <sup>152</sup>.

Tout au long de notre travail, nous nous sommes interrogés sur l'utilité de l'obligation de donner. Avec l'admission d'un principe de la séparation, cette obligation pourrait retrouver une place « officielle ». Pour une meilleure compréhension de la séparation entre obligation de donner et transfert de propriété, le principe de séparation nous paraît comme étant une bonne transcription de ce processus juridique <sup>153</sup>.

## **2. Un principe de la séparation indépendant du principe de la tradition**

La possession peut-elle aujourd'hui toujours valoir comme « signe extérieur de la propriété » <sup>154</sup> et comme porteur de la publicité ?

### **a) Le principe de la séparation, illustration de la pratique juridique actuelle**

Aujourd'hui, il ne paraît pas nécessaire d'associer principe de séparation et principe de tradition. Même sans recherche d'un acte de publicité, la séparation entre obligation et exécution peut avoir lieu. La tradition ne s'avère aujourd'hui plus si utile qu'en droit romain. La séparation entre contrat de vente et transfert de propriété s'illustre moins par la nécessité d'une tradition publique que par la pratique juridique actuelle.

En effet, aujourd'hui, la propriété est movable. Le terme de *Übergabe* (transfert de propriété, tradition) est utilisé par le législateur dans une variété de constellations juridiques. Dans l'étude relative au projet du Code civil européen, les rédacteurs utilisent le terme de *movable property* <sup>155</sup>. L'achat de biens sous réserve de propriété ou le leasing financier constituent des

---

152. *Kaspar*, p. 209.

153. *Kaspar*, p. 210.

154. *Kaspar*, p. 200.

155. Study, VIII.-2 :101

exemples de pratiques commerciales modernes d'un transfert plus complexe de la propriété.

En droit allemand, la remise d'un bien en propriété à titre de garantie constitue un exemple dans lequel la propriété se distingue de la possession. La chose est détenue par le Kreditnehmer mais appartient en réalité à la banque. Une convention entre les deux parties remplace le transfert réel de la chose<sup>156</sup>.

L'exercice d'un contrôle physique sur la chose ne permet donc pas systématiquement aux tiers de considérer le propriétaire comme détenteur de la chose en question.

#### **b) La tradition comme mode de preuve**

La propriété basée sur un contrôle physique n'est pas une règle générale mais peut en constituer une preuve, ceci rappelant la règle française « possession vaut titre ». Conserver la tradition comme condition constitutive du transfert de propriété paraît donc éloigné des pratiques commerciales actuelles.

En revanche, la publicité joue un rôle particulier lorsqu'il s'agit du transfert de biens immobiliers. De même dans certaines situations concernant le transfert de propriété de choses mobilières, la tradition garde également une certaine utilité<sup>157</sup>. Ainsi, grâce au principe de la tradition, le vendeur qui n'a pas encore transféré la chose peut, en cas de non-paiement de l'acheteur, revendre plus rapidement cette chose. En effet, il n'a pas transmis la propriété de la chose lors de la conclusion du contrat.

Enfin, une règle de la tradition permettrait dans le cas d'une chose fongible qui s'avère défectueuse après la conclusion du contrat de vente, de la

---

156. paragraphe 930 BGB, Besitzkonstitut : Ist der Eigentümer im Besitz der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

157. Study, VIII. - 2 : 101.

remplacer avant sa remise<sup>158</sup>.

En résumé, la tradition aurait un rôle de preuve dans les contrats de vente portant sur des choses mobilières, un rôle constitutif dans les contrats portant sur des choses immobilières.

Nous retenons donc deux principes pour le transfert de propriété tirés du droit français et du droit allemand et adaptés aux pratiques juridiques actuelles : le principe de la séparation et le principe de causalité. Notre développement peut-il se retrouver en droit européen des contrats ?

### **III. Le cadre commun de référence et le règlement du transfert de propriété**

Quels principes ont-été retenus pour un droit européen commun des contrats translatifs de propriété ?

#### **1. Le règlement du transfert de propriété à l'échelle européenne : une harmonisation impossible ?**

Les principes étudiés ont souvent été considérés comme incompatibles. C'est la raison pour laquelle le législateur européen n'est aujourd'hui pas encore parvenu à une harmonisation dans ce domaine<sup>159</sup>. La Convention de La Haye<sup>160</sup> applicable au transfert de propriété dans les ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels a été conclue le 15 avril 1958. Elle constitue une règle de conflits au niveau international mais non une harmonisation au niveau européen. Les Etats signataires de la Convention ont voulu établir des dispositions communes concernant la loi à appliquer en cas de collision des normes juridiques. Cette convention n'est jusqu'ici pas entrée en vigueur.

De même, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) renonce à répondre à la question du moment du transfert

---

158. Study, VIII. - 2 : 101.

159. Study, p. 38 et suiv.

160. Lexinter.

de propriété et s'attache à celle du transfert des risques. La question du transfert de propriété reste ainsi réglée de manière autonome par les pays <sup>161</sup>.

Pourtant, parvenir à une harmonisation du règlement du transfert de propriété paraît essentiel pour un « déroulement normal des transactions » à l'échelle européenne, écrit Sonnenberger <sup>162</sup>. Les entraves les plus importantes [provenaient en effet souvent] non pas des différences du droit des contrats « mais des règles touchant au transfert de la propriété et aux sûretés », affirme l'auteur <sup>163</sup>. Une uniformisation de ces matières permettrait plus de sécurité dans les transactions et une diminution des coûts, notamment pour les contrats de livraison de marchandises.

## **2. Le rapprochement des deux systèmes juridiques**

Au premier regard, principe du consensualisme français et principe de l'abstraction sont incompatibles. C'est également la première lecture que nous avons pu faire de ces principes. Mais nous avons vu que ceux-ci sont en réalité flexibles, les parties pouvant les aménager. Le principe du consensualisme et le principe de l'abstraction se rapprochent alors.

## **3. Le choix du règlement du processus du transfert**

Un système juridique comme celui valable en Autriche ou en Suisse paraît à premier abord représenter un bon compromis entre les systèmes allemands et français en ce sens qu'il a en commun le principe de séparation avec le droit allemand et le principe de la causalité avec le système français <sup>164</sup>. Il reprend également de ce fait le modèle romain de la *iusta causa traditionis*. L'obligation de donner retrouverait ainsi sa place dans le contrat de vente et se distinguerait du transfert de propriété. Mais surtout, un tel principe est plus adapté aux pratiques juridiques actuelles qui s'éloignent d'une conception unitaire et consensuelle du transfert de propriété. Contrat de vente et transfert de propriété sont liés mais constituent tout de même deux actes juridiques distincts. Le moment du transfert de la propriété n'est pas pour

---

161. *Bucher*, p. 627.

162. *Sonnenberger*, p. 408.

163. *Sonnenberger*, p. 408.

164. *Kaspar*, p. 206.



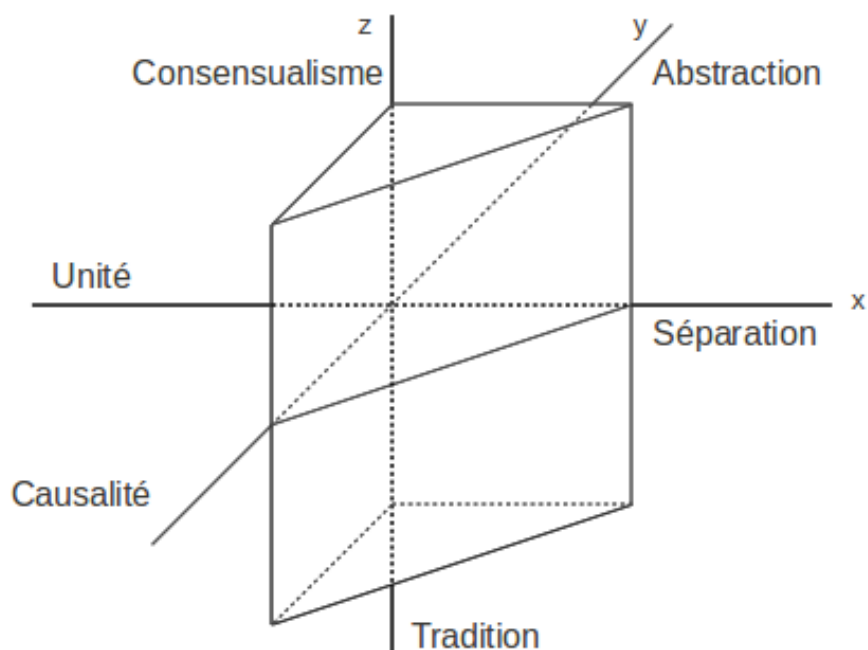


FIGURE E..1: La conception causale du transfert de propriété et la modularité de la tradition

autant automatiquement distinct de celui de la conclusion du contrat.

Nous avons choisi de représenter les possibilités restant ouvertes à l'aide d'un schéma. Nous retrouvons ici les principes illustrés plus haut. Ce modèle est une combinaison entre le principe de la causalité (axe y) et le principe de la séparation (axe x) et laisse au législateur une certaine souplesse concernant la tradition, celle-ci pouvant ainsi s'adapter à chaque type de contrat. Ainsi l'axe z qui représente la tradition est quasiment englobé par le système représenté.

L'utilité du principe de la tradition peut être soulignée dans certains cas <sup>165</sup>, mais prévoir en droit privé européen un transfert de propriété uniquement lorsque la chose est transférée peut être, dans un système juridique comme le système français, considéré comme une restriction de la volonté autonome des parties.

165. Study, VIII.-2 :101.

Dans les travaux relatifs au cadre commun de référence, deux écoles s'opposent : les partisans du principe du consensualisme et ceux soutenant le principe de la tradition. Considérant l'aspect pratique des principes étudiés, la place de l'obligation de donner n'y joue pas véritablement de rôle particulier. C'est toujours le moment du transfert de propriété qui est le point clé et central des divergences.

Quelle liberté laisser aux parties lors de la conclusion du contrat de vente ? Le choix pour un principe du consensualisme auquel une clause de réserve de propriété confèrerait une certaine sécurité juridique est-il suffisant ? Dans ce cas, le moment décisif serait celui du paiement est non celui du transfert de propriété de la chose. Ou bien pourrait-on adopter en droit privé européen le principe de la tradition ?

Dans les travaux préparatoires du Code civil européen, il n'est pas question d'un choix en faveur de l'abstraction. Les avantages et inconvénients du principe du consensualisme ainsi que de celui de la tradition y sont analysés.

## Conclusion

L'étude du transfert de propriété sous l'angle de l'obligation de donner permet de comprendre le processus du transfert de propriété dans les systèmes juridiques allemand et français.

L'obligation de donner et le transfert de propriété interviennent simultanément en droit français selon le principe du consensualisme. Le principe de causalité rend la validité de l'obligation de donner et celle du transfert de propriété dépendante l'une de l'autre. Avec le principe de l'unité, l'obligation de donner ne peut être conçue sans transfert de propriété.

L'obligation de donner et le transfert de propriété interviennent séparément en droit allemand selon le principe de la séparation. Le principe de l'abstraction rend la validité de l'obligation de donner et celle du transfert de propriété indépendante l'une de l'autre. Avec le principe de la tradition inspiré du droit romain, l'acte de disposition du transfert est une condition du transfert de propriété.

Cet exposé porterait à penser que principe allemand et principe français du règlement du transfert de propriété sont incompatibles et forment une barrière pour tout rapprochement juridique en vue d'une harmonisation à l'échelle européenne.

Pourtant nous avons pu voir que de nombreuses dispositions légales dérogent à ces principes, certaines permettant aux parties un aménagement du processus de transfert de propriété dans leur propre contrat tant en droit français qu'en droit allemand.

Ces aménagements permettent par exemple aux parties soumises au droit allemand de prévoir une dépendance entre l'obligation née du contrat et le transfert de propriété en lui-même et ainsi un lien de causalité entre l'acte créateur d'obligations et l'acte dispositionnel. Quant au droit français, l'au-

tomatisme du transfert de propriété nous amène à nous poser la question de l'utilité de l'obligation de donner. Ceci amène les parties à prévoir pour le transfert de propriété un moment spécial postérieur différent de celui du contrat qui rejoint alors le principe de la séparation du droit allemand. Lui-même se rapproche du principe de l'abstraction. Ces affirmations nous permettent de penser qu'une harmonisation entre les deux systèmes juridiques est possible. Un tel projet est envisagé dans le cadre européen de référence. Concernant le droit français et le droit allemand, le principe de la séparation et le principe de la causalité paraissent un bon compromis entre les deux systèmes juridiques. Contrat créateur d'obligations et acte réel du transfert de la propriété constituant deux actes juridiques différents mais dépendants l'un de l'autre, l'un constituant la cause de l'autre, le principe de la séparation illustre la réalité juridique. De plus, il paraît le mieux adapté aux pratiques juridiques actuelles qui sectionnent de plus en plus le processus du transfert de la propriété (ventes à distance, clauses avec réserve de propriété)

La tradition peut dans certains cas être considérée comme constitutive du transfert de propriété, notamment dans le cas des ventes immobilières. Mais possession et propriété peuvent aujourd'hui être très éloignées l'une de l'autre de sorte que la tradition perd son rôle de publicité. Ainsi, notre réflexion sur un règlement européen du transfert de la propriété nous amène à laisser la question de la tradition ouverte, et dans ce cas, dépendante de la réglementation des différents pays membres.

C'est en comprenant le système juridique des autres Etats membres, comme la spécificité du principe de l'abstraction en droit allemand par exemple, que l'on peut parvenir à une harmonisation au niveau européen. Une telle entreprise permet de mettre en valeur l'utilité du droit comparé.

Sonnenberger critique dans ce contexte « la faible part du droit comparé dans la formation de nos juristes [qui est peut-être le problème principal] Comment peut-on espérer une discussion sérieuse des projets européens soumis aux juristes des pays membres et comment peut-on espérer une adhésion aux normes européennes adoptées s'il n'existe qu'une très petite minorité d'entre eux capable de regarder et de raisonner au-delà de leur propre

systeme juridique, tandis que plus de 90 pour cent du monde des juristes restent imprégnés exclusivement par les dogmes de leur droit national ? »<sup>166</sup>

Une formation plus intensive des juristes dans ce domaine contribuerait à permettre une harmonisation. Une réglementation plus uniforme du transfert de propriété faciliterait les rapports juridiques entre les Etats membres.

---

166. *Sonnenberger*, p. 408.

## **Déclaration sur l'honneur contre le plagiat :**

Je soussignée, Labro Gwenola, certifie qu'il s'agit d'un travail original et que toutes les sources utilisées ont été indiquées dans leur totalité. Je certifie, de surcroît, que je n'ai ni recopié ni utilisé des idées ou des formulations tirées d'un ouvrage, article, ou mémoire, en version imprimée ou électronique, sans mentionner précisément leur origine et que les citations intégrales sont signalées entre guillemets.