

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit privé
soutenue le 6 janvier 2016 par

Mme Rong YANG

LE MÉCANISME CHINOIS DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ DANS LA VENTE À LA LUMIÈRE DES DROITS FRANÇAIS ET ALLEMAND

Directrice de thèse :

Madame Claude OPHÈLE-ROSSETTO
Professeur des universités, Université de Tours

Suffragants :

Monsieur Guillaume BEAUSSONIE (rapporteur)
Professeur des universités, Université de Toulouse

Madame Garance CATTALANO-CLOAREC (rapporteur)
Professeur des universités, Université d'Orléans

Monsieur Michel BOUDOT
Maître de conférences, Université de Poitiers

Monsieur Yannick TRÉMORIN
Professeur des universités, Université de Tours

Résumé

En 2007, la Chine a adopté une nouvelle loi relative aux droits réels. Cette loi a consacré de nombreuses notions fondamentales et des principes relatifs au droit des biens, parmi lesquels figurent notamment la notion de propriété ainsi qu'un nouveau mécanisme de transfert de propriété. En vertu de cette loi, dans la vente, le transfert de propriété s'opère en deux étapes : d'une part, la conclusion du contrat de vente qui donne naissance à l'obligation de transférer la propriété à la charge du vendeur ; et d'autre part, l'exécution de cette obligation. Le contrat de vente sert donc de fondement juridique de la transmission de la propriété. En outre, afin de répondre au besoin de sécurité dans les transactions, notamment en matière immobilière, le droit chinois subordonne le transfert de propriété à l'exigence de la publicité. C'est pourquoi ce mécanisme est nommé par la doctrine chinoise comme le modèle de « l'accord + la publicité ».

Si le particularisme du système consacré ne fait pas de doute, les caractéristiques du modèle chinois de transfert de propriété seront davantage mises en exergue dans une perspective de droit comparé, en particulier à la lumière des droits français et allemand, les sources principales d'inspiration du législateur chinois. En effet, par le rejet du principe d'abstraction, le législateur chinois a écarté toutes les complexités inhérentes au modèle allemand du transfert de propriété. En plus de son caractère simple, le mécanisme chinois du transfert de propriété favorise aussi la circulation des biens, tout en révélant l'existence et la mutation des droits réels. La transmission clandestine de la propriété due au principe du transfert de propriété *solo consensu* peut donc être évitée.

Summary

In 2007, China adopted a new legislation on real rights. This law established many fundamental concepts and principles of the Chinese property law, particularly the concept of property ownership and the mechanism for property rights transfer. Under this law, the sale – which includes any transfer of the ownership of property - takes place in two steps. The first one is the conclusion of sale contract, which creates the obligation to transfer ownership at the seller's expense. The second one is the execution of sale contract, which means the fulfillment of the aforementioned obligation. The sale contract thus serves as a legal basis for the transfer of ownership. In addition, in order to ensure the security of this transaction, particularly when the contract is for the sale of real estate, the transfer of ownership requires an act of publicity under Chinese law. For this reason, the Chinese mechanism for property rights transfer is called by the Chinese doctrine “the model of “Agreement plus publicity”.

There is no doubt that Chinese law has a particular system. This particularity will be further highlighted in a comparative law perspective, especially in light of the French and German laws, which are the main sources of inspiration of the Chinese legislator.

Indeed, by refusing to adopt the German law's principle of abstraction, the Chinese legislator has erased all the inherent complexities of the German model of transfer of ownership. Being praised for its simplicity, the Chinese mechanism for transfer of ownership is also known for promoting the circulation of goods, while revealing the existence and transfer of real rights. The “clandestine” transfer of ownership, taking place because of the application of the *solo consensu* principle of transfer of property, can be avoided.

Mes remerciements les plus sincères vont à tous ceux qui ont eu l'amabilité de m'aider et de me soutenir :

À Madame le Professeur Claude Ophélie-Rossetto pour son soutien,

À mes parents sans lesquels cette étude n'aurait pas vu le jour,

À mes amis dont la bienveillance n'a d'égale que la disponibilité.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	11
PREMIÈRE PARTIE. LA SIMPLICITÉ DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ EN DROIT CHINOIS	25
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. LES ORIGINES DU MÉCANISME CHINOIS DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ.....	29
TITRE I. LA RECHERCHE DE LA SIMPLICITÉ DU DROIT CHINOIS	113
CHAPITRE I. LA MISE À L'ÉCART DES CONTROVERSEES DU DROIT FRANÇAIS	117
CHAPITRE II. L'INFLUENCE PARTIELLE DU DROIT ALLEMAND	187
TITRE II. LES CONSÉQUENCES DE LA SIMPLICITÉ DU DROIT CHINOIS	215
CHAPITRE I. LES ATOUTS DE LA SIMPLICITÉ	219
CHAPITRE II. LES FAIBLESSES DE LA SIMPLICITÉ	265
DEUXIÈME PARTIE. LA SÉCURISATION DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ EN DROIT CHINOIS	331
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. LE RÔLE ESSENTIEL DE LA PUBLICITÉ HÉRITÉ DU DROIT ALLEMAND.....	335
TITRE I. LA SÉCURISATION DU TITRE PAR LA PUBLICITÉ	373
CHAPITRE I. LE REJET DE L'EXCLUSIVITÉ DE LA PROPRIÉTÉ INCONDITIONNÉE	377
CHAPITRE II. L'ADOPTION DE L'EXCLUSIVITÉ DE LA PROPRIÉTÉ TRIBUTAIRE DE LA PUBLICITÉ.....	397
TITRE II. LA SÉCURISATION DU TIERS DE BONNE FOI PAR LA PUBLICITÉ	427
CHAPITRE I. LA PROTECTION SATISFAISANTE DU TIERS DE BONNE FOI <i>A NON DOMINO</i>	431
CHAPITRE II. LE RÔLE SUPERFÉTATOIRE DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE	467
CONCLUSION GÉNÉRALE	495
BIBLIOGRAPHIE	499
INDEX	518
TABLE DES MATIÈRES	523

ABRÉVIATIONS

al.	Alinéa
<i>Arch. phil. dr et de soc. jur.</i>	Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique
art.	Article
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
C.	Code
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CJCE	Cour de justice de Communauté européenne
chron.	Chronique
civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
CVIM	Convention de Vienne sur les contrats de vente Internationale de Marchandises (11 avril 1998)
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. affaires</i>	Dalloz affaires
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
éd.	Édition
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Idem</i>	Pareillement
<i>infra.</i>	Ci-dessous
IR	Information rapides du Recueil Dalloz
in	Dans
<i>JCP</i>	La semaine juridique, édition générale
<i>JCP. E</i>	La semaine juridique, édition entreprise
<i>JCP. N</i>	La semaine juridique, édition notariale
LDR	La loi chinoise relative aux droits réels
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
n°	numéro
obs.	Observations
p.	page
Pan.	Panorama de jurisprudence
PGDC	Principes généraux du droit civil
Principe UNIDROIT	Principes relatifs aux contrats du commerce international
PUF	Presses universitaires de France
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>Rép. civ. Dalloz</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>R.I.D.C.</i>	Revue Internationale de Droit Comparé
<i>RRJ</i>	Revue de la Recherche Juridique
<i>RTD. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD. com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial

RMB	Renminbi (la monnaie chinoise)
<i>S.</i>	Recueil Sirey
s.	Suivant(e)s
somm.	Sommaires commentés
<i>spéc.</i>	Spécialement
<i>supra.</i>	Voir plus haut
TGI	Tribunal de grande instance
th.	Thèse
v.	Voir
vol.	Volume

INTRODUCTION

« Si la Chine peut parfois nous paraître énigmatique, compliquée ou bizarre, c'est essentiellement parce qu'elle est un monde à l'envers : en toutes choses, les Chinois procèdent à l'exact rebours de nos usages et procédés "normaux". Par exemple, "quand les Chinois construisent une maison, ils commencent par le toit", "quand ils sont en deuil, ils portent des vêtements blancs", "ils écrivent de haut en bas et de droite à gauche", "pour saluer quelqu'un, ils se serrent leur propre main"... »¹.

Simon LEYS

L'ange et le cachalot

1. **Le dialogue entre le droit chinois et le droit européen.** À ces observations consignées à juste titre par notre sinologue, pourrait s'en ajouter une autre en matière juridique : le système de droit civil n'existait pas dans les anciennes dynasties chinoises. Les dispositions contenues dans les codes impériaux relatifs au droit civil, spécialement en ce qui concerne l'héritage, la vente mobilière et immobilière, le prêt, la mise en gage, la responsabilité civile étaient présentées sous une forme « pénale », c'est-à-dire assorties d'une peine en cas de non-respect².
2. Or, le dialogue entre la Chine et l'Europe, qui ne devrait pas être évident, n'a jamais cessé. Cela est également vrai dans le domaine du droit : l'intérêt suscité par le système juridique fondé sur la tradition romano-germanique en Chine peut même remonter à la fin de la dynastie Qing³. Un tel dialogue porte particulièrement ses fruits au profit de la modernisation du droit chinois, notamment depuis que la Chine s'est ouverte au monde extérieur il y a plus de trente ans.
3. **La modernisation du droit civil chinois et le droit comparé.** En droit chinois, le droit comparé est considéré comme une source d'inspiration précieuse et un outil incontournable à chaque étape de l'évolution du droit civil chinois. Par exemple, afin de préparer la Loi chinoise relative aux contrats⁴, le législateur chinois s'est inspiré du système du droit continental, comme les droits allemand et français ainsi que d'autres sources internationales, à savoir les Principes UNIDROIT et la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises (CVIM). Il en va de même

¹ Simon LEYS, *L'ange et le cachalot*, Paris : Seuil, 1998, p. 39.

² Tsien TCHE-HAO, *Le droit chinois*, PUF, 1982, p. 12.

³ La dynastie Qing (1644-1911) fut la dernière dynastie qui a régné sur la Chine.

⁴ Cette loi a été adoptée le 15 mars 1999 et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1999.

pour la récente loi chinoise relative aux droits réels (LDR). Cette dernière a consacré une définition légale de la propriété autour de laquelle un nouveau mécanisme du transfert de propriété a également été instauré.

4. **Le mécanisme du transfert de propriété consacré par la Loi chinoise relative aux droits réels.** En droit chinois, le mécanisme du transfert de propriété dans la vente a été instauré par la Loi relative aux droits réels (LDR), adoptée le 16 mars 2007 et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2007⁵. Suivant la LDR, un contrat de vente valablement conclu et l'accomplissement des mesures de publicité appropriées constituent les deux éléments nécessaires à la réalisation du transfert de propriété. Ce mécanisme a été baptisé par la doctrine comme le modèle de « l'accord + la publicité »⁶.
5. **La dualité de conditions du mécanisme.** Le mécanisme chinois du transfert de propriété en dernière analyse a été choisi à l'issue d'une comparaison des modèles français⁷, allemand⁸, suisse⁹, japonais¹⁰, autrichien¹¹, anglais¹² et américain¹³. La solution

⁵ Elle est adoptée le 16 mars 2007 par la 5^e session de la dixième Assemblée populaire nationale (APN) de la République populaire de Chine et entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2007. Jusqu'à sa promulgation, environ onze projets de cette loi ont été proposés. Parmi eux, neuf versions officielles du texte ont fait l'objet de huit examens par le Comité permanent de la APN. V. Xiao CHENG, LiMing WANG, Yin FEI, *Les droits réels*, Édition de la Cour populaire, 2e éd., 2008, p. 28 et s ; ShiGang LI, «La loi de la République Populaire de Chine sur les droits réels : Principes fondamentaux et notations de base », *R.I.D.C.*, 2009, p. 74, note n° 2.

⁶ V. par exemple, LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2007, p. 156 ; Te MA, *Le transfert de propriété*, Édition China legal publishing house, 2007, p°83.

⁷ En vertu du deuxième alinéa de l'article 1138 du Code civil français, « Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier ».

⁸ Aux termes du (1) du § 873 de BGB concernant l'acquisition par accord des volontés et inscription, « pour transférer la propriété d'un immeuble, [...] il est nécessaire que le titulaire du droit et l'autre partie soient d'accord sur la modification juridique à réaliser et que cette modification soit inscrite au livre foncier [...] ». Cet article se trouve dans la section 2 du livre 3 du BGB dont l'intitulé est « Dispositions générales relatives aux droits sur les immeubles ». En matière mobilière, selon le §929 du même Code, « pour transférer la propriété d'une chose mobilière, il est nécessaire que le propriétaire procède à la remise matérielle de la chose à l'acquéreur et que tous les deux soient d'accord pour que la propriété passe de l'un à l'autre [...] ». Cette disposition se trouve dans le titre 3 de la section 3 du livre 3 du BGB dont l'intitulé est «Acquisition et perte du droit de propriété sur les meubles». V. *Code civil allemand, Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, par Gwendoline LARDEUX, Raymond LEGEAIS, Michel PÉDAMON, Claude WITZ, Dalloz, 2010, p. 319 et 334.

⁹ Le Code civil suisse, au premier alinéa de l'article 714, énonce que « La mise en possession est nécessaire pour le transfert de la propriété mobilière ». S'agissant d'immeubles, aux termes du premier alinéa de l'article 656 du même code, « L'inscription au registre foncier est nécessaire pour l'acquisition de la propriété foncière ». V. Pierre SCYBOZ, Georges SCYBOZ, Pierre-Robert GILLIÉRON, Andrea BRACONI, *Code civil suisse et code des obligations annotés*, Helbing Lichtenhahn, 8^e éd., 2008, p. 335 et p. 713.

¹⁰ L'article 176 du Minpô (le nouveau Code civil japonais de 1896) dispose que « [I]a constitution et la transmission des droits réels résultent valablement de la seule déclaration de volonté des parties ». En

.../...

adoptée par la LDR présente une nature dualiste. Contrairement au principe du transfert de propriété *solo consensu*, c'est-à-dire le cas où la conclusion du contrat suffit à opérer le transfert de propriété, en droit chinois, deux éléments sont nécessaires : le contrat valablement conclu et la publication de la transmission de la propriété. Ce système « dualiste » s'inspire des droits romano-germaniques au sein de la tradition continentale, plus particulièrement des droits allemand et suisse. Cependant, il convient de noter que, par rapport à sa source d'inspiration, le modèle chinois du transfert de propriété présente sa propre spécificité.

6. Le droit chinois est peu connu des juristes français, et ce non seulement en matière de droit des obligations, mais aussi de droit des biens. Une étude sur le transfert de propriété, traitant d'une question qui se trouve justement au croisement de ces deux disciplines du droit civil, pourrait offrir un bon angle de vue à ceux qui s'intéresseront à ce système juridique récemment modernisé. Inversement, l'attraction que le principe du transfert de propriété *solo consensu* consacré par le Code civil français a exercée sur les juristes chinois nourrit un désir sincère de le soumettre à une comparaison avec le

vertu de l'article 177 du même Code, « [l]'acquisition et la perte des droits réels immobiliers, ainsi que les modifications qui y sont apportées, ne sont opposables aux tiers que si elles ont été inscrites conformément à la loi sur les inscriptions ». Ces deux articles se trouvent dans le Livre II du chapitre I du Code civil japonais de 1896 qui concerne les dispositions générales relatives aux droits réels. V. *Code civil de l'Empire du Japon, Livres I, II et III*, promulgués le 28 avril 1896, Traduction par Ichiro MOTONO et Massa-akira TOMII, Réimprimé par le Shinsei-shuppan, Tokio, 1997, p. 45 ; v aussi Naoki KANAYAMA, « Donner et garantir- un siècle après ou une autre histoire », in *Études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ 2001, p. 473, spéc. p. 477.

- 11 Par exemple, en vertu du § 380 du Code civil autrichien (ABGB), « à défaut de titre et de mode d'acquisition aucune propriété ne peut être acquise ».
- 12 Les articles 16 et 17 de la partie III de « *Sale of goods Act 1979* » distinguent le moment du transfert de propriété d'une chose de genre et celui pour un corps certain. Selon l'article 16, « [w]here there is a contract for the sale of unascertained goods no property in the goods is transferred to the buyer unless and until the goods are ascertained »; selon l'article 17, « [w]here there is a contract for the sale of specific or ascertained goods the property in them is transferred to the buyer at such time as the parties to the contract intend it to be transferred ». V. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54/contents>.
- 13 Par exemple, en vertu de la première phrase du premier aliéna du § 2-401 de l'Uniform commercial Code américain (UCC), le transfert de propriété d'une chose vendue ne peut se réaliser que si cette dernière est spécifiée et individualisée. « *Title to goods cannot pass under a contract for sale prior to their identification to the contract (Section 2-501), and unless otherwise explicitly agreed the buyer acquires by their identification a special property as limited by this Act* ». Le deuxième alinéa du même paragraphe concerne le moment du transfert de propriété qui dépend de l'engagement du vendeur : « (2) *Unless otherwise explicitly agreed title passes to the buyer at the time and place at which the seller completes performance with reference to the physical delivery of the goods, despite any reservation of a security interest and even though a document of title is to be delivered at a different time or place; and in particular and despite any reservation of a security interest by the bill of lading : (a) if the contract requires or authorizes the seller to send the goods to the buyer but does not require the seller to deliver them at destination, title passes to the buyer at the time and place of shipment; but (b) if the contract requires delivery at destination, title passes on tender there* ».

mécanisme chinois du transfert de propriété. L'intérêt est d'autant plus accru qu'aucune autre étude substantielle sur ce sujet n'a encore été réalisée en Chine. En outre, par rapport au droit français, le système juridique chinois n'est que récemment réformé. La Chine est un pays dénué de Code civil et de nombreuses lacunes législatives en la matière restent de ce fait encore à combler. Le droit français a apporté et continuera d'apporter d'importantes contributions à l'amélioration du droit civil chinois. Ces considérations laissent transparaître l'intérêt d'une étude comparative entre les droits français et chinois dans ce domaine.

7. Par ailleurs, une telle comparaison ne semble pas totalement dépourvue d'intérêt pour préparer une éventuelle réforme du Code civil français déjà programmée par la doctrine française ainsi que par la Chancellerie pour ce qui est des obligations et des contrats. Le mécanisme du transfert de propriété consacré par le Code civil de 1804 peut être interprété de manière ambivalente : la transmission de propriété peut être réputée réalisée tantôt par l'exécution d'un contrat dit translatif¹⁴, ce qui est analogue au modèle dualiste adopté par le droit chinois ; tantôt par un effet réel et automatique de ce dernier contrat¹⁵, et ce en vertu d'un modèle totalement différent, c'est-à-dire moniste. D'où les controverses doctrinales qui se sont engagées autour du principe du transfert de propriété *solo consensu*¹⁶ et des questions attenantes. Une étude mettant ces deux modèles distincts en parallèle apporterait donc sans doute quelques éléments permettant de trancher ces controverses dans la prochaine réforme.
8. Toutefois, entreprendre une analyse sur le système juridique chinois ne peut être réalisé sans le recours au droit allemand. En effet, ce dernier a inspiré le législateur

¹⁴ Aux termes de l'article 711 du Code civil français, « la propriété des biens s'acquiert et se transmet [...] par l'effet des obligations ». L'expression « l'effet des obligations » implique l'existence d'une obligation de transférer la propriété née d'un contrat translatif. Le transfert de propriété s'opère alors par l'exécution dudit contrat.

¹⁵ En matière de vente, selon l'article 1583 du même code, 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 ».

¹⁶ La question concernant le mécanisme du transfert de propriété divise les avant-projets de réforme du droit des obligations et du droit des contrats. L'article 1145 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (ou avant-projet Catala) a défini l'obligation de donner comme une obligation qui « a pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, comme dans la vente, la donation, la cession de créance ou la constitution d'usufruit ». La consécration de cette obligation née du contrat de vente implique le soutien en faveur d'un modèle dualiste de transfert de propriété. En revanche, les Propositions de réforme du droit des contrats dirigées par le professeur François Terré, distingue la force obligatoire du contrat de son effet translatif. Autrement dit, la propriété se transmet directement par cet effet translatif sans avoir recours à l'exécution d'une obligation quelconque. V. Philippe RÉMY, « L'effet translatif », in *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, dir. François TERRÉ, Dalloz, 2009, p. 249 et s. spéc. p. 250.

chinois dans sa construction du système du droit civil chinois. En particulier, le Code civil allemand (BGB) a exercé une influence considérable sur la Loi chinoise relative aux droits réels. Analyser au plus près le mécanisme chinois du transfert de propriété à la lumière des droits français et allemand, qui sont pourtant totalement opposés sur cette question, permettra non seulement de révéler les sources d'inspiration du droit chinois, mais aussi de mettre en relief ses originalités.

9. **Méthode employée.** Dans une perspective de droit comparé, la question relative au transfert de propriété peut s'avérer intrigante car elle est difficile du fait des positions très divergentes, voire opposées, adoptées par ces différents systèmes juridiques. Cette diversité de choix fait obstacle aux compromis dans la mesure où le choix d'un mécanisme du transfert de propriété est souvent lié à la fois aux notions fondamentales du droit consacrées par chaque système juridique et à la culture juridique sur laquelle ceux-ci se sont fondés. C'est la raison pour laquelle les conventions internationales et européennes ont pris le parti de ne pas aborder directement cette question¹⁷. Cependant, dans le but de faire disparaître certains désordres provoqués par une telle diversité, en particulier dans les transactions internationales, une certaine harmonisation semble bien nécessaire. Mais cela n'est possible que lorsque l'on réussit préalablement à établir une base commune à la compréhension des différents modèles de transfert de propriété. Une telle démarche est d'autant plus indispensable pour une comparaison du mécanisme de transfert de propriété entre les droits français, allemand et chinois.
10. Pour ce faire, une lecture du droit romain est de prime abord indispensable, en ce que mêmes des modèles opposés - tels que les modèles français et allemand - puisent tous deux leur origine dans le droit romain. En fait, le modèle romain « *titulus et modus* » est l'origine commune des modèles français et allemand. Puis il convient de prendre en considération les évolutions historiques connues respectivement par ces trois systèmes juridiques sur la question du transfert de propriété, qui sont pourtant souvent ignorées par les enseignements actuels. Une bonne compréhension de ces évolutions historiques est en effet cruciale pour nous éclairer sur les solutions actuellement adoptées par le droit positif de chacun de ces systèmes. Par exemple, en droit allemand, Savigny a

¹⁷ À titre d'exemple, aux termes de l'article 4 b) de la Convention de Vienne (CVIM), les effets de la vente sur la propriété de la marchandise sont expressément écartés du domaine de cette convention. Cette solution s'explique sans aucun doute par les divergences des droits nationaux sur cette question. Il en va de même pour les principes UNIDROIT, ainsi que pour les principes européens du droit des contrats (PECL). Mais ce qu'il y a de plus surprenant, c'est que même les Propositions de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011 (DCEV) ont passé sous silence la question du transfert de propriété. V. Jean-Sébastien BORGHETTI, « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC*. 2013, p. 1684, *spéc.* p 1692 et s.

inventé un acte réel de transfert de propriété, distinct de l'acte créateur d'obligations, tout en « contractualisant » la *traditio* romaine. Du côté du droit français, c'est par une « dématérialisation » de cette même *traditio* romaine que le principe du transfert de propriété solo *consensu* a pu se faire jour. Quant au droit chinois, le modèle « l'accord + la publicité » n'est qu'une métamorphose du mécanisme composé de *titulus* et de *modus*. Ainsi, les modèles français, allemand et chinois ne sont pas si éloignés les uns des autres.

11. Cependant, une bonne compréhension de ces trois systèmes juridiques à propos de la question sur le transfert de propriété constitue seulement le prélude à la comparaison. Comparer les différents mécanismes en vertu desquels le transfert de propriété s'opère, ne peut se limiter à dévoiler leurs similitudes et leurs divergences. C'est pourquoi l'on s'efforcera également de mesurer les conséquences juridiques de leur application dans la pratique, afin d'évaluer leurs atouts ainsi que leurs faiblesses. Dans un but de clarté, l'on a délibérément choisi de prendre le système chinois pour cible principale des analyses en raison de sa position intermédiaire entre les systèmes français et allemand. À noter que nos analyses comparatives se concentreront parfois davantage sur les droits français et chinois puisque le droit allemand, bien qu'indispensable, ne sert ici qu'à démontrer l'inspiration du législateur chinois et éclaircir les principes de base adoptés sous son influence.

Il est important maintenant d'apporter quelques précisions sur certains concepts autour desquels s'articule notre comparaison dans l'objectif de déterminer le périmètre de cette étude.

12. **Le mécanisme du transfert de propriété portant sur des choses corporelles.** La propriété est définie par la LDR comme le droit réel par excellence et composé de trois prérogatives, à savoir le droit d'user, de jouir et de disposer d'une chose¹⁸. À première vue, cette définition légale de la propriété est similaire à celle définie par la doctrine française, qui confère au propriétaire trois attributs essentiels sur un même bien : *usus*, *fructus* et *abusus*. Or, contrairement au droit français, et à l'instar du BGB¹⁹, la propriété au sens de la LDR se caractérise par sa nature matérielle : c'est-à-dire qu'elle ne peut exister que sur des objets susceptibles de donner lieu à une maîtrise matérielle. En

¹⁸ Aux termes de l'article 39 de la LDR, « le propriétaire d'un meuble ou d'un immeuble est habilité à posséder, à utiliser, à tirer profit et à disposer des meubles ou des immeubles, de façon conforme à la loi ».

¹⁹ V. *Introduction au droit allemand république fédérale, tome III, Droit privé*, dir. Michel FROMONT, Alfred RIEG, Éditions Cujas 1991, p. 134.

d'autres termes, elle ne porte que sur des choses corporelles et non sur des droits, considérés en droit chinois comme meubles incorporels et dont la personnalité ou les droits intellectuels font partie²⁰. Cela est dû à la définition des droits réels donnée par cette loi²¹. D'où le fait que l'objet de cette étude comparative portant notamment sur le mécanisme du transfert de propriété instauré par la LDR, se rapporte uniquement aux meubles corporels et immeubles. Ainsi, la cession d'un droit, portant sur des meubles incorporels ou sur un autre droit, en est donc exclue.

13. La transmissibilité de la propriété. En droit français, la question de la transmissibilité (ou plutôt de l'intransmissibilité) de la propriété a fait l'objet de nombreuses études. Cette question est directement liée à la notion de propriété. Certains auteurs français soutiennent l'idée que la propriété doit être définie comme un rapport d'exclusivité entre une personne et une chose qui lui est appropriée²². Selon cette définition, la propriété serait alors une qualité du propriétaire, autrement dit, un attribut attaché à la personne de celui-ci et par conséquent intransmissible. Ce dernier peut pourtant délaisser un bien pour en permettre une nouvelle appropriation au profit d'une autre personne. En un mot, au lieu de parler du transfert de propriété, le mécanisme d'acquisition devrait être en effet composé de deux étapes : l'abandon par l'ancien propriétaire et la nouvelle appropriation. Or en Chine, une telle définition de propriété n'a été adoptée ni par le législateur chinois, ni par la doctrine majoritaire. Cette question

²⁰ V. par exemple, LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2007, p. 7 ; XianZhong SUN, *Les droits réels*, 2^e éd., Édition Social Sciences Academic Press (China), 2011, p. 23 ; Xiao CHENG, LiMing WANG, Yin FEI, *Les droits réels*, Édition de la Cour populaire, 2e éd., 2008, p. 18. Cependant, cette définition légale de la propriété fait l'objet de vives critiques doctrinales. V. par exemple, ZiXuan YANG, « Nouvelle étude sur l'objet de la propriété des biens », in *Rev. Peking University Law Journal*, 1996, n° 3, p. 16 ; HanDong WU, « L'étude sur l'objet de la propriété des biens, Essentiellement sur la propriété portant sur des biens incorporels », in *Rev. Studies in law and business (Journal of ZhongNan University)*, 2000, n 4, p. 45 et s.

²¹ À l'article 2, la LDR a disposé que « les choses susceptibles d'être l'objet d'un droit réel sont des meubles ou des immeubles. Sauf disposition légale contraire, un droit réel ne peut porter que sur une chose corporelle ».

²² Cette définition de la propriété a été dégagée par les auteurs français, à savoir M. Zenati, et M. Chauviré, après leur examen sur les deux aspects de la propriété en droit romain : *dominium* et *proprietas*. En droit romain, le *dominium* est à l'origine, un pouvoir paternel du chef d'une famille (*potestas*) sur les biens de la famille, sur ses enfants, sa femme et ses esclaves. Ce pouvoir, qui doit être distinct du *jus*, le droit, ne s'éteint qu'à la mort. Il constitue l'élément subjectif de la notion de propriété. La *proprietas* est en droit romain la qualité intrinsèque de la chose, celle d'être propre à quelqu'un. C'est l'élément matériel de la notion de propriété. V. Philippe CHAUVIRÉ, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, LGDJ 2013, n° 84 et s, p. 54 - p. 69 ; Frédéric ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981, spéc. n° 571, p. 786-787 ; l'article du même auteur, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.*, 1993, p. 305 La thèse relative à l'intransmissibilité est également soutenue par M. Dross. V. William DROSS, « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.*, 2012, p. 419.

liée à sa transmissibilité est de surcroît totalement méconnue en droit chinois. D'où le fait que l'on fasse le choix de ne pas l'aborder dans cette thèse.

14. L'objet du transfert. Sera également exclue de cette étude la question théorique concernant l'objet du transfert de propriété. En droit français, on constate que la propriété peut désigner tantôt l'objet sur lequel s'exercent les prérogatives du propriétaire, tantôt ces prérogatives elles-mêmes²³. Il est donc légitime de poser la question suivante : qu'est-ce qui est transféré ? Le droit de propriété ou la chose, (c'est-à-dire son objet) ? Cette ambiguïté existe d'autant plus en droit chinois en raison de la nature matérielle de la propriété définie par la LDR. Selon cette définition, le droit de propriété se confond davantage avec son objet, dans la mesure où il est incorporé dans la chose corporelle sur laquelle il porte, voire absorbé par cette dernière. Cette confusion se manifeste également dans la pratique. En ce qui concerne le transfert de propriété, ce transfert suppose nécessairement le déplacement matériel d'un objet corporel des mains de l'aliénateur aux mains de l'acquéreur. On peut donc dire qu'en droit chinois, ce sont les prérogatives du propriétaire incorporées dans la chose qui doivent être transférées. En raisonnant ainsi, non seulement en droit chinois il est difficile de les distinguer l'une de l'autre, mais on peut voir que cette distinction n'a pas de véritable intérêt pratique²⁴.

15. Le transfert de propriété dans la vente. En droit chinois, le transfert de propriété peut être réalisé directement par la loi. À titre d'exemple, l'article 28 de la LDR a prévu que « si la constitution, la mutation ou l'extinction d'un droit réel résultent d'un jugement, d'une sentence arbitrale ou d'une décision d'expropriation du gouvernement chinois, elles déploient l'effet réel dès que ces dernières décisions judiciaires, arbitrales ou administratives prennent effet ». De même, selon l'article 29 de cette même loi, « l'acquisition de la propriété par succession, (légale ou testamentaire), ou par legs prend effet dès l'ouverture de la succession ». En outre, l'acquisition ou la perte d'un droit réel résultant d'un certain fait, par exemple de la construction ou de la démolition d'un immeuble, se réalise dès la survenance de ces faits prévus par la loi. Cette dernière règle a été posée à l'article 30 de la LDR. On peut constater que ces hypothèses spécialement précisées par la LDR ne sont qu'exceptionnelles. Dans la plupart des cas,

²³ V. William DROSS, « Le transfert de propriété en droit français », (Intervention aux 4^e Journées franco-allemandes organisées par l'Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV), *RDC* 2013, p. 1694.

²⁴ Ce point de vue peut même rejoindre ceux de certains auteurs français. V. par exemple, Marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.*, 1905, n° 20, p. 443 et s.

le transfert de propriété s'effectue en vertu d'un acte juridique, autrement dit, par la volonté des parties concernées.

Cette étude est cantonnée au transfert conventionnel de propriété, en particulier par le contrat de vente et en seront exclus les cas où le transfert de propriété aura été réalisé par la loi. Personne ne peut nier l'importance pratique primordiale que l'on attache au contrat de vente dans la circulation des biens. Celui-ci est considéré unanimement comme étant l'instrument le plus usuel dans la circulation des richesses où la transmission à titre gratuit est seulement une exception. En outre, la vente apparaît comme l'archétype des contrats translatifs de propriété à titre onéreux. Le contrat d'échange, contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose contre une autre, peut être considéré comme une sorte de contrat de vente particulier car seule la contrepartie du transfert les différencie. En même temps, il ne faut pas oublier que les règles applicables au contrat de vente s'y appliquent aussi. Étudier la vente en tant que modèle de référence nous semble alors tout à fait judicieux, et ce notamment dans la perspective comparative de notre étude ; une comparaison ne pouvant être pertinente et révélatrice qu'à condition que les procédés analytiques soient mis en œuvre autour d'une référence typique.

16. Toutefois, un tel parti pris n'empêche pas que nous nous intéressions ponctuellement aux autres institutions légales qui organisent le transfert de propriété, telles que l'usucapion ou l'acquisition de bonne foi *a non domino*. Ceux-ci peuvent parfois permettre de compléter un mécanisme du transfert de propriété applicable en matière de vente. Or, la fiducie, bien qu'elle puisse être utilisée comme une technique juridique de transfert de propriété, sera exclue de cette étude.
17. **L'exclusion du transfert de propriété à titre fiduciaire.** Dans certaines études concernant spécifiquement le transfert de propriété conventionnel, leurs auteurs français n'ont pas hésité à aborder la question relative à la fiducie²⁵. Selon le Code civil français²⁶, le transfert de propriété peut avoir lieu en matière de fiducie²⁷. En revanche,

²⁵ Par exemple, Julien DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété - Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, thèse Paris I, LGDJ 2014, n° 250 et s, p. 136 et s.

²⁶ La fiducie existait en France au Moyen Âge, comme survivance de la « *fiducia* » du droit romain. Considérée comme obsolète et décrédibilisée parce qu'associée à la féodalité, elle n'a pas été reprise par le Code civil de Napoléon. Elle a été réintroduite en droit français par la loi du 19 février 2007. V. Valérie TANDEAU DE MARSAC, *Guide pratique des entreprises familiales*, Eyrolles 2011, p. 233.

²⁷ Aux termes de l'article 2011 du Code civil, « [l]a fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

contrairement à son homologue français, la position du législateur chinois sur cette question reste équivoque. La fiducie²⁸ a été introduite pour la première fois dans le système juridique chinois par une loi en la matière entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2001. L'objectif initial de cette loi était d'encadrer les sociétés de gestion fiduciaire développées en Chine depuis les années 80 tout en comblant de toute urgence les lacunes législatives et normatives qui existaient en ce domaine²⁹. À l'article 2 de cette loi chinoise, elle est définie comme « l'opération par laquelle un constituant confie ses biens au fiduciaire, en reposant sur la confiance qu'il lui accorde, pour que ce dernier en puisse disposer ou les gérer en son propre nom, dans un but déterminé ou au profit dudit constituant ». D'une lecture littérale de cette définition légale, il ressort que la fiducie en droit chinois n'aurait pas de vocation naturelle à servir de support juridique au transfert de propriété des biens. En outre, aux termes de son article 16, « les biens "confiés" au fiduciaire par le contrat de fiducie doivent être clairement séparés des biens qui lui appartiennent déjà, et ne doivent en aucun cas se confondre avec ces derniers ». Ces dispositions peuvent également permettre de penser que le constituant demeure propriétaire des biens placés chez le fiduciaire³⁰. D'où la séparation exigée par la loi entre les biens lui appartenant avant la fiducie et ceux qui lui ont été confiés par la fiducie, c'est-à-dire des « biens fiduciaires ».

L'ambiguïté face à laquelle se trouve le législateur chinois résulte d'une hésitation de sa part liée à la fiducie translatrice de propriété. Cette hésitation semble pourtant totalement compréhensible. Admettre que la fiducie met en œuvre un double transfert de propriété³¹, conduira à adopter en droit chinois un « nouveau paradigme de la propriété »³² : la propriété fiduciaire. Cette « propriété fiduciaire » a une réputation de semeuse de trouble en droit français. En fait, elle peut trouver son origine dans le

²⁸ En chinois : XinTuō. La loi chinoise relative à la fiducie distingue la fiducie libéralité, la fiducie gestion et la fiducie sûreté. Elle se distingue du Code civil français qui, en vertu de son article 2013, a rejeté la fiducie libéralité. Cet article dispose que « [l]e contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public ».

²⁹ Yong WANG, « La relation entre la LDR et la loi relative à la fiducie, Les problématiques liées à la fiducie dans le cadre du droit civil », *Rev. Journal of Peking University, (Philosophy and Social Sciences)*, 2008, n° 6, p. 93 et s.

³⁰ Cette approche a été également soutenue par les auteurs français. V. par exemple, Rémy Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois*, 2007, *spéc.* n° 25 et s, p. 1094 ; Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris 1, Économica, 2007, n° 43, p. 50 et s.

³¹ Un premier transfert de propriété réalisé du constituant au fiduciaire puis un second transfert qui se réalisera à l'extinction de la fiducie, du fiduciaire au bénéficiaire de la fiducie (qui peut être un tiers ou le fiduciaire lui-même).

³² Cette expression est employée par M. Dross. V. William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 110 et s, p. 214 et s.

système du droit anglo-saxon qui distingue le *legal ownership* portant sur les biens transférés au fiduciaire du *beneficial ownership*, laquelle est réservée en faveur du bénéficiaire une fois que la fiducie prend fin³³. Au vu des énormes différences entre le droit anglo-saxon et le système juridique romano-germanique, une notion du premier système s'acclimate nécessairement mal dans le second système. Cette nouvelle notion de propriété présente certaines particularités qui ne correspondent pas aux caractères d'une propriété définie habituellement par le système du droit continental. Tout d'abord, contrairement au caractère perpétuel de la propriété, la propriété fiduciaire est temporaire³⁴. Ensuite, il semble bien qu'elle ne soit pas dotée d'un caractère exclusif³⁵.

En Chine, la position du législateur chinois à propos de la fiducie translatrice n'est pas épargnée par les critiques. Par exemple, selon le professeur Yong Wang, ces particularités attenantes à la propriété fiduciaire ne permettent pas de la dénier complètement³⁶. De plus, devenir propriétaire des biens confiés par le constituant permet au fiduciaire d'exercer efficacement ses prérogatives sur ces biens, notamment à l'égard des tiers. Toutefois, il convient de signaler qu'en raison de certaines discordances entre cette loi chinoise et la LDR, le transfert de propriété en cas de fiducie pourrait déroger à certains principes posés par celle-ci. À titre d'exemple, en matière de fiducie, le transfert de propriété n'est pas forcément soumis à la publicité des droits réels. Cela n'a rien d'étonnant car, à l'origine la fiducie fut instaurée en droit anglais dans le but de préserver l'anonymat de ceux qui cherchent à dissimuler leur identité³⁷. Cela déroge certainement au modèle de transfert de propriété consacré par la LDR.

³³ Cette dissociation du concept de propriété trouve elle-même ses racines dans la distinction entre *common law* et *equity* du droit anglais.

³⁴ Dans la fiducie gestion, le constituant confie son bien au fiduciaire afin qu'il le gère pendant un certain temps. La fin de la fiducie entraîne la restitution de ce bien au constituant. De même, en ce qui concerne une fiducie libéralité, le fiduciaire s'engage à transmettre le bien qui lui a été confié au bénéficiaire de la fiducie. Quant à la fiducie sûreté, si le débiteur constituant rembourse sa dette, la fiducie prend fin et conduit par la suite à la restitution du bien confié. Seulement lorsque le remboursement fait défaut, le fiduciaire en devient propriétaire. Du fait de son caractère temporaire, M. Danos a expliqué que « La propriété fiduciaire n'aurait été qu'une propriété de passage [...] ». Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris 1, Economica, 2007, n° 43, p. 51.

³⁵ Blandine MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009, n° 12, p. 308.

³⁶ Yong WANG, « La relation entre la LDR et la loi relative à la fiducie, Les problématiques liées à la fiducie dans le cadre du droit civil », *Rev. Journal of Peking University*, (Philosophy and Social Sciences), 2008, n° 6, p. 93 et s.

³⁷ *Idem*.

Ainsi, en raison de l'ambiguïté de la loi chinoise relative à la fiducie et des discordances entre cette loi et la LDR, le transfert de propriété en matière de fiducie sera exclu de notre étude.

- 18. Plan.** Pour entamer une telle comparaison, se pose la question de savoir pourquoi le législateur chinois a choisi ce modèle de transfert de propriété au lieu de choisir d'autres adoptés par les droits français et allemand. Il convient de mentionner ici que ce n'est nullement un hasard si le législateur chinois a consacré ce modèle au lieu de choisir ceux adoptés par exemple par les droits français et allemand. Un tel parti pris témoigne en effet d'un double objectif poursuivi par le législateur chinois : la simplicité et la publicité dans la circulation des biens. Nos analyses porteront par conséquent dans un premier temps sur la simplicité du modèle chinois à l'égard du droit français et du droit allemand (Partie I), puis sur la sécurisation des transactions réalisées par ce modèle (Partie II).

Première partie : La simplicité du transfert de propriété en droit chinois

Deuxième partie : La sécurisation du transfert de propriété en droit chinois

PREMIÈRE PARTIE.

**LA SIMPLICITÉ DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ
EN DROIT CHINOIS**

- 19. Modèle simple.** Le modèle chinois de transfert de propriété dans la vente se démarque par sa simplicité. C'est un modèle simple car le législateur chinois cherche à écarter toutes les complexités liées aux deux principes fondamentaux du BGB qui régissent le transfert de propriété, à savoir, le principe de séparation et le principe d'abstraction. En même temps, un tel choix permet également d'éviter toutes les controverses liées au principe du transfert de propriété *solo consensu*. Dans la pratique, cette solution de simplicité choisie par le législateur chinois présente un certain nombre d'avantages mais aussi de limites.
- 20. Plan.** On démontra tout d'abord les démarches du législateur chinois dans la recherche de la simplicité du transfert de propriété (Titre I), pour pouvoir ensuite mesurer les conséquences pratiques de cette simplicité (Titre II).

Cependant, une étude sur le mécanisme du transfert de propriété ne peut se passer d'une présentation des modes de transfert de propriété en droit romain. D'une part, parce qu'ils sont à l'origine des mécanismes modernes appliqués en droits français, allemand et chinois. D'autre part, parce que la controverse doctrinale relative à la nature du mécanisme romain du transfert de propriété apporte un éclaircissement sur la divergence irréductible existant parmi certains de nos systèmes modernes.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

LES ORIGINES DU MÉCANISME CHINOIS DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

21. **Plan.** Il convient tout d'abord d'analyser le mécanisme du transfert de propriété en droit romain (Section I) et ses développements dans les systèmes français (Section II) et allemand (Section III). Cette démarche permettra de mettre en relief la spécificité du modèle chinois en la matière (Section IV).

SECTION I.

L'ORIGINE ROMAINE DU MÉCANISME DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

22. **Les caractéristiques du mécanisme du transfert de propriété en droit romain.** En droit romain, le contrat de vente ne pouvait opérer à lui seul le transfert de propriété. Sa seule et unique vocation consistait à créer les obligations. Pour procéder au transfert de propriété, certains modes de transfert de propriété étaient indispensables. Ce système a été considéré par les romanistes postérieurs comme un mécanisme dualiste de transfert de propriété (§ 1). Quant à la question de savoir s'il s'agit d'un modèle causal ou abstrait, les auteurs se sont divisés (§ 2).

§ 1. LE MÉCANISME DUALISTE DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ EN DROIT ROMAIN

23. **La vente en droit romain, créatrice d'obligations.** En droit romain, le transfert de propriété était séparé du contrat de vente *solo consensu*³⁸ qui n'avait qu'un effet obligatoire, non translatif³⁹. La vente romaine, ou l'*emptio venditio*, peut se définir comme « le contrat par lequel une des parties, appelée le vendeur (*venditor*), s'oblige à fournir à l'autre la possession utile et durable d'une chose (*merx*) et l'autre, l'acheteur (*emptor*), s'oblige en retour à lui transférer la propriété d'une certaine quantité d'espèces monnayées, d'un prix (*pretium*) »⁴⁰. Il s'agit d'un contrat consensuel et

³⁸ La vente existait dès les temps des XII Tables (vers 451-449 av. J.-C.). Néanmoins, la vente consensuelle qui s'établissait par le simple consentement, sans aucune forme et sans aucune remise d'objet, n'existait qu'à partir du début de l'époque classique du droit romain (qui a débuté au milieu du deuxième siècle av. J.-C. et s'est terminée en 284 ap. J.-C.). V. Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 482, p. 748.

³⁹ Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 381, p. 580.

⁴⁰ Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1911, p. 535.

synallagmatique, car le simple accord de volontés faisait naître des obligations réciproques entre les parties à la vente. Le vendeur était alors obligé de procurer à l'acheteur la possession paisible et utile de la chose vendue (c'est-à-dire *tradere vacuum possessionem*)⁴¹. Cela impliquait également qu'il devait conserver la chose jusqu'à la délivrance, la délivrer, puis garantir l'acquéreur contre l'éviction ainsi que les vices de la chose⁴². Quant à l'acheteur, il était tenu de prendre la chose achetée et payer le prix fixé (*dare pretium*). Les obligations du vendeur et de l'acheteur susmentionnées pourraient être justifiées par une analyse étymologique de l'expression latine « *emptio venditio* ». Le terme « *emptio* » signifie la prise de possession⁴³ et le verbe « *emere* », quant à lui, prendre ou saisir⁴⁴. Il est important de noter ici que cette expression « *emptio venditio* » n'implique pas l'idée d'un transfert de propriété.

24. La disjonction entre le contrat de vente et le transfert de propriété en droit romain. De la notion de vente ainsi présentée, il résulte qu'en droit romain, le vendeur n'était pas tenu d'une obligation de rendre l'acheteur propriétaire. Autrement dit, il ne s'obligeait pas à *dare rem*, ou à transférer la propriété⁴⁵. Cela explique bien pourquoi en droit romain, la chose d'autrui pouvait légitimement être l'objet d'une vente⁴⁶. Le vendeur n'était donc pas obligé d'acquérir la propriété de la chose d'autrui afin de la transmettre à son acheteur. Au contraire, une fois qu'il lui en a remis la possession paisible et utile, il s'est acquitté de son obligation. Cette pratique relevait du pragmatisme du droit romain⁴⁷. Pourtant, rien n'empêchait l'acheteur de stipuler expressément une obligation de *dare* dans le contrat de vente qui aurait alors obligé le

⁴¹ Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1911, p. 545 et s ; Jean GAUDEMET, *Le droit privé romain*, Armand Colin, 1974, p. 142 ; Jean-François BRÉGI, *Droit romain, Les obligations*, Ellipses, 2006, p. 192.

⁴² Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1911, p. 545 et s ; Jean GAUDEMET, *Le droit privé romain*, Armand Colin, 1974, p. 142 ; Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 491 et s, p. 758 et s.

⁴³ Jean-Philippe LEVY, « Vente et transfert de propriété : Réflexions sur l'origine du droit romain », in *Études offertes à Pierre JAUBERT, Liber Amicorum*, Presses universitaires de Bordeaux, p. 479.

⁴⁴ Fritz STURM, « Origine et évolution de la mancipation, Synthèse rétrospective de l'enseignement de Philippe MEYLAN », in *Mélanges Paul PIOTET*, 1990, p. 571.

⁴⁵ Cependant, cette opinion est contestée par Émile BONNET. En analysant certains textes dans le Digeste, l'auteur cherchait à démontrer qu'en droit romain, le vendeur était tenu non seulement d'une obligation de procéder à un mode volontaire de transfert de propriété, mais aussi d'une obligation de *dare*, de transférer la propriété. V. Émile BONNET, « Le vendeur obligé de donner », in *Mélanges GÉRARDIN*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1907, p. 44.

⁴⁶ V. par exemple, Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 485, p. 752.

⁴⁷ Les explications relatives à cette particularité dans la vente romaine sont nombreuses. Par exemple, v. René ROBAYE, *Le droit romain*, Academia-Bruylant, Bruxelles, 3^e éd., p. 259.

vendeur à lui transférer la propriété de la chose vendue. Une question émerge de savoir si en l'occurrence, le contrat demeurerait une vente ou non. La réponse à cette question a divisé les auteurs romains : pour Paul (*D.*, 19, 5, 5, 1), il s'agissait bien d'un contrat de vente ; mais Celse (*D.*, 12, 4, 6) y voyait la présence d'un contrat innommé⁴⁸. Il est clair que selon Celse, une clause obligeant le vendeur à transférer la propriété était inconciliable avec la nature d'une « *emptio venditio* »⁴⁹. Ainsi, le transfert de propriété était, à l'époque, détaché du contrat de vente. Il était même loin d'être son objectif initial.

25. Le rapport entre le contrat de vente et le transfert de propriété. Caractérisé par une disjonction entre la vente et le transfert de propriété, le modèle romain empêchait que le transfert de propriété soit l'essence du contrat de vente. Mais l'existence du contrat de vente restait pourtant bien nécessaire à la réalisation du transfert de propriété. En fait, le rapport juridique né du contrat servait de support au transfert de propriété : il le motivait, mais il ne le réalisait pas lui-même. Pour aboutir à ce but, il nécessitait un *modus acquirendi*, c'est-à-dire un mode d'acquisition de la propriété, qui « consommait l'acquisition »⁵⁰.

26. Les trois procédés du transfert de propriété en cas de vente. À l'époque romaine, en particulier avant Justinien⁵¹, trois procédés s'offraient au propriétaire qui désirait transférer volontairement la propriété à une autre personne⁵² : la *mancipatio*, l'*in jure cessio* et la *traditio*. Ils constituaient ainsi les trois modes dérivés et volontaires d'acquisition de la propriété⁵³.

⁴⁸ Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, note n° 1, p. 761.

⁴⁹ *D.*, 12, 4, 6. (Cité par Charles APPLETON, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine, Fr.16 D. De cond.Causa Data. XII. 4 », Extrait de la Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger, novembre-décembre 1906, p. 739 et s).

⁵⁰ Alfred PEIRON, *Droit romain. De la nature du juste titre en matière d'usucapion : Droit français. De l'effet des jugements étrangers rendus en matière pénale*, thèse Lyon, Éditeur A. Waltener, 1885, p. 55.

⁵¹ C'est le droit romain de l'époque de Justinien Le Grand, l'empereur de l'Empire romain d'Orient. Il fut empereur byzantin de 527 jusqu'à sa mort en 565 ap. J-C. ; V. Pascal PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ & Schulthess, 2008, n° 150, p. 45.

⁵² Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1911, p. 284.

⁵³ Le droit romain distingue les modes originaires d'acquisition des modes dérivés d'acquisition. Les premiers supposent que l'on acquiert une chose qui n'avait jamais de propriétaire. Les modes dérivés d'acquisition sont des procédés de transfert de propriété. Ces derniers peuvent être volontaires ou involontaires. Ils sont involontaires, lorsque le transfert de propriété se réalise par l'effet du temps et de la possession prolongée. V. Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 367, p. 559.

La *mancipatio* était applicable à la vente des *res Mancipi*. Ces dernières étaient des biens particulièrement importants, tels que les immeubles situés en Italie, les servitudes rustiques (et non les servitudes urbaines) grevant ces immeubles, les bêtes de somme ou de trait (chevaux, bœufs, ânes, mulets), et les esclaves. Ce mode d'acquisition de la propriété était employé par les citoyens romains. Lorsqu'il faisait peser du bronze, l'acheteur prononçait une formule sacramentelle fixée par la loi devant cinq citoyens pubères romains et devenait alors le propriétaire de la chose vendue⁵⁴. L'*in jure cessio* se présente quant à elle sous la forme d'un procès fictif⁵⁵. C'est lorsque l'acquéreur prétendait devant un magistrat être le propriétaire de la chose et que celui-ci constatait que le vendeur ne la revendiquait pas, que le transfert de propriété est réalisé. Il s'agit d'une « cession en justice »⁵⁶. Elle s'appliquait à la fois aux *res Mancipi* et aux *res nec Mancipi*, c'est-à-dire aux choses qui ne sont pas des *res Mancipi*. Ces deux premiers procédés étaient considérés en droit romain comme *venditio imaginaria* (la vente fictive)⁵⁷, en ce qu'ils entraient dans la catégorie des actes juridiques⁵⁸ solennels ayant pour effet essentiel et direct de transférer la propriété quiritaire⁵⁹ de l'aliénateur à l'acquéreur. En ce sens, la seule *mancipatio* ou *in jure cessio* suffisait au transfert de propriété sans avoir besoin d'aucun autre élément. Au demeurant, la solennité requise dans la *mancipatio* et l'*in jure cessio* donnait une certaine publicité au transfert de propriété.

À la différence de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*, la *traditio*, dans le sens le plus large du terme, est la remise de la possession qu'une personne fait à une autre. Elle permettait d'acquérir la propriété des *res nec Mancipi*⁶⁰. Le transfert de propriété

⁵⁴ V. Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 222, p. 563-566 ; Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Rousseau Éditeur, 1911, p. 286-292 ; Jean GAUDEMET, *Le droit privé romain*, Armand Colin, 1974, p. 87-88.

⁵⁵ V. Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 223, p. 566-570 ; Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1911, p. 292-293 ; Jean GAUDEMET, *Le droit privé romain*, Armand Colin, 1974, p. 88-89.

⁵⁶ Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 386, p. 590.

⁵⁷ Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1911, p. 292 ; Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 222, p. 563.

⁵⁸ Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1911, p. 294.

⁵⁹ La propriété quiritaire (ou la propriété civile) ne peut exister qu'à la double condition d'avoir pour titulaire un citoyen romain et de porter sur une chose romaine. V. Pascal PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ & Schulthess, 2008, n° 950, p. 223.

⁶⁰ V. Charles DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain, contenant : 1.° Un abrégé de l'histoire externe du droit romain. 2.° L'explication complète des Institutes de Gaius et des Institutes de Justinien. 3.°*

.../...

effectué par la *traditio* était conforme au droit naturel⁶¹ : lorsque le propriétaire avec l'intention d'en transférer la propriété, remettait une chose à une personne ayant l'intention d'acquérir, la propriété était transmise. Puisque la *traditio* ne constituait qu'un simple fait matériel, il était nécessaire, pour opérer le transfert de propriété, que la remise de la chose se fasse en vertu d'une *justa causa*⁶², ou juste cause⁶³. Cette dernière consistait en l'accord de deux parties : l'une, le *tradens*, qui avait la volonté de céder la propriété, l'autre, l'*accipiens*, la volonté de l'acquérir⁶⁴. Elle était appelée aussi « titre d'acquisition »⁶⁵, ou *titulus adquirendi*⁶⁶. De plus, cette *justa causa* devait être licite⁶⁷. Le rôle publicitaire de la *traditio* était exercé par la possession. Mais un tel rôle pourrait être minimisé par la pratique des traditions fictives.

27. La pratique des traditions « fictives » en droit romain. Dès l'époque classique du droit romain, la pratique révélait une simplification de la *traditio*. Au vu de certaines

L'explication des principaux textes du Digeste et du Code ainsi que des Nouvelles qui s'y rapportent, t. I, 2^e éd., Paris, Marescq aîné, 1866, p. 466.

⁶¹ Eugène PETIT, *Traité élémentaire de droit romain, contenant le développement historique et l'exposé général des principes de la législation romaine, depuis l'origine de Rome jusqu'à l'empereur justinien*, 8^e éd., Paris, Arthur Rousseau 1920, n° 173, p. 195.

⁶² En droit romain, la *traditio* est « une opération à triple face qui transfère tantôt la détention, tantôt la possession, tantôt la propriété ». Par conséquent, il convient de distinguer la *nuda traditio* (le simple transfert de possession) d'une véritable *traditio* translatrice de propriété. V. Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1911, p. 294.

⁶³ Selon Calixte ACCARIAS, la *justa causa* était également requise dans la *mancipatio* et dans l'*in jure cessio*. Cette juste cause était démontrée par les solennités mêmes de la *mancipatio* et l'*in jure cessio*. V. Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain, contenant avec l'exposé des principes généraux, le texte, la traduction et l'explication*, tome I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 226, p. 574, note n° (1) ; v. aussi Pascal PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ & Schulthess, Éditions romandes, 2008, n° 1156, p. 260.

⁶⁴ Eugène PETIT, *Traité élémentaire de droit romain, contenant le développement historique et l'exposé général des principes de la législation romaine, depuis l'origine de Rome jusqu'à l'empereur justinien*, 8^e éd., Paris, Arthur Rousseau 1920, n° 174, p. 195 ; Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain, contenant avec l'exposé des principes généraux, le texte, la traduction et l'explication*, tome I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 226, p. 573.

⁶⁵ Pascal PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ & Schulthess, Éditions romandes, 2008, n° 1167, p. 261.

⁶⁶ Selon l'observation de Calixte ACCARIAS, dans les textes des Institutes, Code de Justinien, « les expressions *titulus* et *justus titulus* [sont] employées comme synonyme de *causa* et de *justa causa*. [...] [E]lles ne sont pas non plus absolument étrangères à la langue des jurisconsultes ». V. Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 233, p. 589, note n°(1).

⁶⁷ Jean GAUDEMET, *Le droit privé romain*, Armand Colin, 1974, p. 90. L'auteur a pris en exemple qu'une donation entre époux dont le droit romain ne reconnaît pas la validité ne serait pas tenue pour juste cause d'une *traditio* ; René ROBAYE, *Le droit romain*, Bruylant, 3^e éd., 2005, p. 149 et 150 ; Charles DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain, contenant : 1.°Un abrégé de l'histoire externe du droit romain. 2.°L'explication complète des Institutes de Gaius et des Institutes de Justinien. 3.°L'explication des principaux textes du Digeste et du Code ainsi que des Nouvelles qui s'y rapportent*, t. I, 2^e éd., Paris, Marescq aîné, 1866, p. 466.

circonstances, où la remise matérielle de la chose était réputée impossible ou non-nécessaire⁶⁸, la véritable *traditio* pouvait donc être remplacée par des *traditiones fictae*, c'est-à-dire des traditions fictives. Elles étaient au nombre de quatre : la *traditio* dite « virtuelle »⁶⁹, la *traditio longa manu*, la *traditio brevi manu* et le *constitut possessoire*.

Il convenait de parler de *traditio* virtuelle, lorsque l'aliénateur avait remis à l'acquéreur une chose autre que celle qui aurait dû faire l'objet de la *traditio*. L'objectif de cette démarche était de mettre la chose acquise à la disposition de l'acquéreur. Cela était très fréquent en cas d'aliénation d'un bien immobilier : au lieu de réaliser la *traditio* d'une maison, la remise des clés à l'acquéreur suffisait à la réalisation du transfert de propriété de cette maison. De même, en matière de vente mobilière, par la tradition virtuelle, le vendeur pouvait également se contenter de remettre la clé d'un local où les marchandises vendues étaient déposées afin que l'acquéreur devienne le propriétaire de celles-ci⁷⁰. La *traditio longa manu* était elle aussi appliquée souvent en matière immobilière : il suffisait de conduire l'acquéreur devant la maison ou le champ à aliéner, et de les désigner de la main, pour que la propriété ait été transférée⁷¹. La *traditio brevi manu* pouvait avoir lieu quant à elle lorsque, au titre d'un bail ou d'un dépôt, l'acquéreur avait déjà détenu la chose, objet de la *traditio* ; la chose à transférer étant déjà entre ses mains. La pratique de cette *traditio brevi manu* avait pour objectif d'éviter une double remise de la chose : tout d'abord, de l'acquéreur au vendeur ; ensuite, du vendeur à l'acquéreur. Contrairement à la *traditio brevi manu*, le *constitut possessoire* s'applique, lui, aux circonstances dans lesquelles le vendeur vend d'abord une chose pour ensuite la détenir à titre d'usufruitier ou de locataire. Une double remise de la chose est ainsi réputée inutile.

Il faut noter que la pratique de ces *traditio* fictives n'impliquait pas en droit romain que le consentement des parties soit suffisant pour opérer le transfert de propriété. Il est vrai que du fait de la *traditio brevi manu* et du *constitut possessoire*, la véritable *traditio* était réduite à une clause intégrée au contrat de vente⁷². Cependant, la *traditio* n'était

⁶⁸ Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 387, p. 594.

⁶⁹ L'expression est empruntée à Jean-Philippe LÉVY et André CASTALDO. Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 387, p. 594.

⁷⁰ V. Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 387, p. 594 ; v aussi Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 225, p. 571.

⁷¹ Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 387, p. 594 ; v aussi Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 225, p. 571.

⁷² Gabriel LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit français*, Dalloz, 1958, p. 94.

pas moins indispensable pour opérer le transfert de propriété, bien qu'elle fût réputée réalisée de manière fictive.

28. Le mécanisme du transfert de propriété réalisé par la traditio dans le droit justinien. Le droit justinien était resté fidèle à la distinction classique entre le contrat consensuel qui motive le transfert de propriété et le mode d'acquisition qui le réalise. Pourtant, l'exigence d'une *traditio* comme mode d'acquisition et d'une *justa causa* pour transférer la propriété a été également reprise⁷³. C'est ainsi que le droit justinien finit par remplacer la *mancipatio* et l'*in jure cessio* par la *traditio*. Cette dernière devint finalement le seul mode d'acquisition de la propriété. Considérée comme étant un fait matériel à toutes les époques romaines⁷⁴, la *traditio* ne pouvait réaliser le transfert de propriété sans la *justa causa*.

29. La notion controversée de *justa causa*. Si les romanistes ont admis que la *justa causa* résidait en droit romain dans la volonté réciproque des parties d'aliéner et d'acquérir, il existe toutefois une controverse relative à son rapport avec le contrat préalablement conclu, en vertu duquel la *traditio* est réalisée. De cette controverse, en matière de vente, deux modèles de transfert de propriété peuvent se dégager : le transfert de propriété dépendant du contrat de vente et le transfert de propriété indépendant du contrat de vente. L'un de ces modèles est causal, l'autre abstrait.

§ 2. LA NATURE CONTROVERSÉE DU MÉCANISME DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ EN DROIT ROMAIN

30. La *justa causa* assimilée au contrat de vente. Comme cela a été déjà présenté, le contrat de vente en droit romain était seulement créateur d'obligations. Quant à la *traditio*, elle avait pour but l'exécution de celui-ci. Le transfert de propriété consécutif à la *traditio* n'était ainsi qu'un moyen de réaliser la vente que les parties contractantes avaient en vue⁷⁵. En ce sens, c'était le contrat de vente qui venait motiver la *traditio* et déterminer ses conséquences. Il est donc tout à fait possible de déduire que la volonté réciproque d'aliéner et d'acquérir (qui justifie la *traditio* translative) ait pu s'exprimer à

⁷³ Le code de Justinien (*codex Iustinianus* ou *codex legum*), promulgué en 529, mentionne que « la propriété [...] est transférée par usucapion ou tradition, non par le pacte nu ». C. 2, 3, 20 [a. 293] : « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* » (cité par Pascal PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ & Schulthess, 2008, n° 1177, p. 263).

⁷⁴ Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1911, p. 294.

⁷⁵ Eugène PETIT, *Traité élémentaire de droit romain, contenant le développement historique et l'exposé général des principes de la législation romaine, depuis l'origine de Rome jusqu'à l'empereur justinien*, 8^e éd., Paris, Arthur Rousseau 1920, n° 174, p. 195.

travers le contenu du contrat préalablement conclu⁷⁶. Certains auteurs⁷⁷ retiennent en effet que la *justa causa* de la *traditio* n'était rien d'autre que le contrat qui motivait et déterminait cette *traditio*. En d'autres termes, elle s'assimilait au contrat de vente. Au demeurant, puisque la *causa* devait être « juste », ce contrat préalablement conclu devait être conforme à la loi. Dès lors, le transfert de propriété nécessitait deux éléments constitutifs : un contrat de vente valablement conclu et la *traditio* effectivement réalisée. Sur ce point, il convient toutefois de noter que le contrat de vente assurait une double fonction : créer les obligations réciproques et servir de *justa causa* à la *traditio* translative de propriété.

31. La théorie de *titulus et modus acquirendi*. De ce modèle ainsi mentionné, les romanistes ont déduit qu'une acquisition de propriété en droit romain était caractérisée par la combinaison de deux éléments nécessaires : le *titulus acquirendi*, c'est-à-dire un titre d'acquisition ou la cause de l'acquisition (*causa acquirendi*) et le *modus acquirendi*, le mode d'acquisition⁷⁸. Il s'agit alors de la doctrine du *titulus*⁷⁹ et du *modus*⁸⁰. Conformément à cette doctrine, le contrat de vente *solo consensu* constituait,

⁷⁶ Pascal PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ & Schulthess, 2008, n° 1168, p. 261 ; Charles DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit romain, contenant : 1.° Un abrégé de l'histoire externe du droit romain. 2.° L'explication complète des Institutes de Gaius et des Institutes de Justinien. 3.° L'explication des principaux textes du Digeste et du Code ainsi que des Nouvelles qui s'y rapportent*, t. I, 2^e éd., Paris, Marescq aîné, 1866, p. 466.

⁷⁷ Par exemple, quant à Paul Frédéric GIRARD, « la *justa causa* exigée devrait être rigoureusement ce fait concret lui-même, vente, donation, convention d'échange, de prêt, etc. [...] ». V. Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1911, p. 295. Dans le même sens, Eugène PETIT estime que « [c]'est cet acte (un paiement, une vente, une donation, un échange), à l'occasion duquel se manifeste la volonté des parties, que les textes appellent *causa* de la tradition, *justa causa traditionis* ». Eugène PETIT, *Traité élémentaire de droit romain, contenant le développement historique et l'exposé général des principes de la législation romaine, depuis l'origine de Rome jusqu'à l'empereur justinien*, 8^e éd., Paris, Arthur Rousseau 1920, n° 174, p. 195 et 196.

⁷⁸ Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 381, p. 580 ; René-Marie RAMPPELBERG, « La vente est-elle translative de la propriété ? Variations franco-germaniques sur un thème romain », *Rev. d'hist. des Fac. de droit et de la science juridique*, 1998/19, p. 49 et 50.

⁷⁹ En droit romain, « les expressions *titulus* et *justus titulus* [sont] employées comme synonyme de *causa* et de *justa causa*. [...] [E]lles ne sont pas non plus absolument étrangères à la langue des jurisconsultes ». V. Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 233, p. 589, note n°(1).

⁸⁰ Reinhard ZIMMERMANN, *The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University press, 1996, p. 272 : « *Transfer of ownership in Roman law- and in the ius commune- was thus usually based on the two elements of iusta causa and tradition; or to use the terminology of the German usus modernus, on titulus and modus* ». Toutefois, selon M. DUBARRY, la doctrine du *titulus* et du *modus* apparut pour la première fois dans l'œuvre de Johann APEL publiée en 1545 (*Methodica dialectis ratio ad iurisprudentiam adcomodata*, Bâle 1545). V. Julien DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété - Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, thèse Paris I, LGDJ 2014, n° 211, p. 114.

en lui-même, un titre d'acquisition (*titulus ad acquirendum*) ou la cause de l'acquisition (*causa acquirendi*) et la *traditio*, le *modus acquirendi*.

- 32. Le transfert de propriété causal, inhérent à l'assimilation de la *justa causa* au contrat de vente.** Lorsque la *justa causa*, élément indispensable au transfert de propriété, se confondait avec le contrat de vente, le transfert de propriété consécutif à la *traditio* devenait causal. Plus précisément, si le contrat de vente faisait défaut, le transfert de propriété était impossible. À titre d'exemple, si le contrat de vente était frappé de nullité, la propriété de la chose ne pouvait être transférée à l'acquéreur, bien que ce dernier fût déjà entré en sa possession.

Toutefois, le transfert de propriété causal comportait des exceptions si importantes que certains romanistes ont été poussés à affirmer qu'en droit romain, le transfert de propriété était dissocié du contrat de vente.

- 33. Les situations dérogatoires au transfert de propriété causal.** En vertu de certains textes de droit romain, dans de nombreuses circonstances, le transfert de propriété demeurait efficace nonobstant le vice entachant un contrat qui motivait et déterminait le transfert. Par exemple, si en vertu d'une obligation déjà éteinte, le vendeur (le *tradens*) livrait la chose à l'acheteur (*l'accipiens*) en croyant à tort la devoir, il ne pouvait recourir qu'à l'action personnelle en répétition de l'indu, (*condictio indebiti*). Par l'exercice de cette dernière, *l'accipiens* était tenu de transférer à nouveau la propriété au *tradens*⁸¹. Puisque celui-ci ne pouvait intenter directement l'action en revendication, il était possible d'en déduire que la *traditio*, bien que faite par erreur, avait opéré le transfert de propriété⁸². Il en était de même en cas de malentendu sur la nature du contrat préalablement conclu. Selon un fragment attribué à Julien⁸³, si l'une des parties croyait livrer, en vertu d'une donation, et que l'autre croyait recevoir dans l'intention d'emprunter, ce malentendu n'empêchait pas le transfert de propriété⁸⁴. Dans cette

⁸¹ Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain, contenant avec l'exposé des principes généraux, le texte, la traduction et l'explication*, tome I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 226, p. 574.

⁸² Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain, contenant avec l'exposé des principes généraux, le texte, la traduction et l'explication*, tome I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 226, p. 574 ; Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1911, p. 295.

⁸³ Julien, fr. 36 D. 41, 1. (Cité par Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1911, p. 295).

⁸⁴ V. Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain, contenant avec l'exposé des principes généraux, le texte, la traduction et l'explication*, tome I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 226, p. 575 ; Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1911, p. 295-296 ; Jean GAUDEMET, *Le droit privé romain*, Armand Colin, 1974, p. 91. Bien que cette position

.../...

hypothèse, et dans tous les cas où il y avait désaccord sur le but poursuivi par les parties en exécutant la *traditio*, la propriété avait été transférée⁸⁵. Dès lors, dans ces circonstances, il s'impose de savoir comment le transfert de propriété pouvait être réalisé.

- 34. La *justa causa* exprimée indépendamment du contrat préalablement conclu.** Rappelons qu'en droit romain, le principe était que la *traditio* seule, sans être justifiée par la *justa causa*, ne transférait jamais la propriété. Dans les deux hypothèses mentionnées, la propriété était finalement transférée à la suite de la *traditio*. Ceci en vertu de l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir. Or dans les deux cas, cette intention ne pouvait plus s'exprimer au travers du contenu du contrat, frappé de nullité en raison de l'erreur ou du désaccord des parties sur le but poursuivi en exécutant la *traditio*. Dès lors, la *justa causa* devait être cherchée dans l'intention d'aliéner ou d'acquérir, exprimée au moment de la *traditio*, mais totalement indépendante du contrat préalablement conclu.

Ces considérations permettaient à Calixte ACCARIAS de conclure que le contrat (tel que la vente ou la donation) qui motivait et déterminait la *traditio*, ne devait pas être confondu avec la *justa causa*⁸⁶. « La *justa causa* consiste donc uniquement dans une volonté spéciale et réciproque d'aliéner et d'acquérir ; donc, que cette volonté ait réellement présidé à la remise du *corpus*, et quel qu'en ait pu être le motif déterminant, nous dirons que l'aliénation est consommée »⁸⁷. Ainsi, en se fondant sur l'intention abstraite d'aliéner et d'acquérir, le transfert de propriété se trouvait complètement séparé du contrat de vente.

- 35. Le transfert de propriété dissocié du contrat de vente.** Admettons que la *justa causa* demeurait une volonté concordante d'aliéner de la part de l'aliénateur et d'acquérir de la part de l'acquéreur. Si elle pouvait être exprimée sans pour autant que le contrat de vente eût été valable, ce dernier n'était alors qu'une preuve de cette volonté. Il en résulte que le contrat de vente, la remise de la chose ainsi que la volonté

de Julien ne fasse pas l'unanimité, Calixte ACCARIAS et Paul Frédéric GIRARD ont tous deux reconnu que la doctrine de Julien était dominante au moins dans le droit romain classique.

⁸⁵ Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain, contenant avec l'exposé des principes généraux, le texte, la traduction et l'explication*, tome I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 226, p. 575 ; Raymond MONIER, « Le malentendu sur la *causa traditionis* », in *Studi in onore di Pietro Bonfante, nel XL anno d'insegnamento*, tome III, Milano Fratelli Treves, 1930, p. 219, spéc. p. 221.

⁸⁶ Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain, contenant avec l'exposé des principes généraux, le texte, la traduction et l'explication*, tome I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 226, p. 573.

⁸⁷ Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain, contenant avec l'exposé des principes généraux, le texte, la traduction et l'explication*, tome I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 226, p. 574.

d'aliéner et d'acquérir constituaient les trois éléments qui permettaient le transfert de propriété. Or, suivant cette interprétation de la *justa causa*, le transfert de propriété ne dépendait alors pas de la validité du contrat de vente. La remise de la chose justifiée par ladite volonté suffisait donc.

36. La discussion doctrinale sur la nature du transfert de propriété par la *traditio* en droit romain. La doctrine de Julien, selon laquelle le transfert de propriété se réalise en dépit d'une discordance des parties sur leur but poursuivi dans la *traditio*, fut contestée par Ulpien⁸⁸. La présence au digeste de deux textes contradictoires, l'un attribué à Julien et l'autre à Ulpien, engendre une difficulté : le transfert de propriété réalisé par la *traditio* est-il indépendant ou non du contrat de vente ?

Paul Frédéric GIRARD et Calixte ACCARIAS ont estimé qu'un transfert de propriété dissocié du contrat préalablement conclu était l'opinion dominante⁸⁹ dans le droit romain classique⁹⁰. Mais « ce ne paraît pas être le point de vue du droit romain développé »⁹¹ où le transfert de propriété était causal, c'est-à-dire dépendait de la validité du contrat servant de *justa causa* à la *traditio*. Cela était dû notamment à une confusion commise aux Institutes de Justinien (§ 40, *Dc div.rer*) entre la *justa causa* et la convention préalablement convenue, considérée par Calixte ACCARIAS comme fait juridique motivant la *traditio*⁹². Contrairement à cette thèse, Raymond MONIER a tenté de démontrer que « l'opinion attribuée par le digeste à Julien n'était exacte que pour le droit de Justinien »⁹³. Cet auteur a appuyé son point de vue sur une analyse des remaniements apparus dans le fragment de Julien pour en déduire deux constats : d'une part, en droit romain classique, le transfert de propriété était par principe causal⁹⁴,

⁸⁸ Ulpien, *D.*, 12, 1, *De R. C.*, 18, pr. (Cité par Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1911, p. 296, note n° 1).

⁸⁹ Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 5^e éd., Rousseau Éditeur, 1911, p. 295 et 296, spéc p. 296, note n° (1) ; Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain, contenant avec l'exposé des principes généraux, le texte, la traduction et l'explication*, tome I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 226, p. 573 et p. 575, note n° (1).

⁹⁰ L'époque du droit romain classique a débuté au milieu du deuxième siècle av. J.-C. et s'est achevée en 284 apr. J.-C., v. Pascal PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ & Schulthess, 2008, p. 35.

⁹¹ Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1911, p. 295.

⁹² Calixte ACCARIAS, *Précis de droit romain, contenant avec l'exposé des principes généraux, le texte, la traduction et l'explication*, tome I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886, n° 226, p. 573.

⁹³ Raymond MONIER, « Le malentendu sur la *causa traditionis* », in *Studi in onore di Pietro Bonfante, nel XL anno d'insegnamento*, tome III, Milano Fratelli Treves, 1930, p. 221.

⁹⁴ Raymond MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome I, 6^e éd., Paris : Domat-Montchrestien, 1947, n° 299, p. 416.

d'autre part, c'était en raison d'un malentendu sur la notion de la *justa causa* dans la *traditio* provoqué par les romanistes postérieurs que, sous Justinien, le transfert de propriété pouvait être dissocié du contrat préalablement conclu⁹⁵.

- 37. La *traditio*, l'origine des mécanismes du transfert de propriété appliqués dans les pays de droit continental.** Hormis cette discussion doctrinale, les romanistes ont admis à l'unanimité que le droit romain a établi le mécanisme du transfert de propriété réalisé par la *traditio*. En matière de vente, le transfert de propriété nécessitait à la fois un contrat de vente et le mode d'acquisition, la *traditio*, qui devait être justifiée par la *justa causa*. Dès lors, trois éléments constitutifs du transfert de propriété pouvaient être pris en considération : 1° un acte juridique créateur d'obligation, c'est-à-dire le contrat de vente, 2° la remise de la possession de la chose faisant l'objet du transfert, ou la *traditio*, et 3° l'intention d'aliéner et d'acquérir, la *justa causa*. La famille des droits romano-germaniques a cherché ses inspirations dans ce modèle romain. Toutefois, bien que puisant tous deux leur origine dans le droit romain, les droits français et allemand ont adopté des mécanismes de transfert de propriété très différents. Cette divergence provient sans doute de la controverse relative à la notion de la *justa causa* que l'on a précédemment mentionnée. Une présentation du système français précédera l'exposé du mécanisme du transfert de propriété en droit allemand.

SECTION II.

L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DU DROIT FRANÇAIS

- 38. Plan.** Le mécanisme du transfert de propriété consacré par le Code civil français représente la dernière étape d'une longue évolution qui commence bien avant la codification. Afin de mieux comprendre le droit positif français en la matière, il convient d'analyser d'abord les modifications apportées par l'Ancien droit français au modèle romain du transfert de propriété (§ 1) et ensuite les textes du Code civil (§ 2).

§ 1. LE MÉCANISME DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ PRATIQUÉ DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

- 39. Le mécanisme dualiste du transfert de propriété caractérisé par le maintien de la *traditio* avant le Code civil français.** À l'époque franque, en vertu des Capitulaires de Charlemagne, une *traditio* légitime était exigée pour opérer le transfert de

⁹⁵ Raymond MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome I, 6^e éd., Paris : Domat-Montchrestien, 1947, n° 300, p. 417.

propriété⁹⁶. Sous le régime féodal, notamment en matière de vente immobilière, la *traditio* était même renforcée par les exigences seigneuriales⁹⁷, à savoir l'investiture seigneuriale⁹⁸. Cette dernière, réelle ou symbolique, était une cérémonie publique effectuée devant témoins afin de réaliser une publicité du transfert de propriété⁹⁹.

Dans l'Ancien droit français, malgré la décadence de l'investiture seigneuriale, l'importance du rôle de la *traditio* joué dans le transfert de propriété était bien conservée¹⁰⁰. Sans la *traditio*, le contrat de vente ne pouvait opérer le transfert de propriété. Celle-ci était également « le *criterium* de la transmission et de l'acquisition des *jura in re* dans l'ancienne jurisprudence »¹⁰¹. Ce maintien de la *traditio* pour procéder au transfert de propriété constitue le caractère distinctif du modèle dualiste et causal appliqué au droit romain, selon lequel la propriété est transférée en deux étapes, identifiées comme étant le *titulus* et le *modus*. Le *titulus*, assimilé à la vente, fournissait la cause légitime du transfert de propriété. Cependant, le *titulus* à lui seul n'était pas translatif. Dans un second temps, était exigé un *modus adquirendi*, dont la mise en œuvre entraînait le transfert de propriété.

Cependant, par rapport au système romain du transfert de propriété, des modifications importantes avaient d'ores et déjà été apportées par l'Ancien droit français. Parmi celles-ci, deux modifications importantes doivent être prises en compte.

-
- ⁹⁶ V. Jean Baptiste Auguste HUREAUX, « De la transmission de la propriété par actes entre-vifs et des privilèges sur les immeubles, Première étude, De la transmission et de l'acquisition de la propriété par actes entre-vifs », *Rev. prat. dr. fr.*, t. XXXII, Paris : A. MARESCQ AINÉ 1871, n° 7, p. 12. V. aussi Jean BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit privé*, rééd., Paris, E. de Boccard, 1935, p. 307.
- ⁹⁷ Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 391 et s, p. 599 et s.
- ⁹⁸ À l'origine, l'investiture seigneuriale supposait l'intervention du seigneur ou de son juge : l'aliénateur se dessaisait d'abord entre les mains du seigneur, lequel ensaisina ensuite l'acquéreur. V. François OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, tome II, Paris, 1922, p. 12 et 13. Selon une décision du Parlement de Paris de 1372, l'investiture seigneuriale était nécessaire au transfert de saisine par contrat de vente. V. Jacques D'ABLEIGES, *Le grand coutumier de France*, p. 277, (cité par Henri BRUN, « Les origines du consensualisme en matière de transfert de propriété et des mitigations apportées au principe par le droit civil québécois », *Les Cahiers de Droit*, 1967-68, p. 279).
- ⁹⁹ François OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français, Des origines à la Révolution*, Édition du CNRS, 1992, n° 210, p. 278.
- ¹⁰⁰ V. Christian ATIAS-LETREMY, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse dactyl., Poitiers, 1974, n° 17 et s, p. 29 et s ; François OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français, Des origines à la Révolution*, Édition du CNRS, 1992, n° 211, p. 278 ; v aussi Jean Baptiste Auguste HUREAUX, « De la transmission de la propriété par actes entre-vifs et des privilèges sur les immeubles, Première étude, De la transmission et de l'acquisition de la propriété par actes entre-vifs », *Rev. prat. dr. fr.*, t. XXXII, Paris : A. MARESCQ AINÉ, 1871.
- ¹⁰¹ Jean Baptiste Auguste HUREAUX, « De la transmission de la propriété par actes entre-vifs et des privilèges sur les immeubles, Première étude, De la transmission et de l'acquisition de la propriété par actes entre-vifs », *Rev. prat. dr. fr.*, t. XXXII, Paris : A. MARESCQ AINÉ 1871, n° 15, p. 20 et 21.

D'une part, on a vu se dessiner le rapprochement entre le contrat de vente et le transfert de propriété : le transfert de propriété s'opère par l'effet de l'exécution du contrat de vente (A). D'autre part, l'Ancien régime du droit français a consacré le dépérissement de la *traditio*. Une dématérialisation de la *traditio*, qui était seulement une exception en droit romain, est devenue le principe (B). Ce dépérissement était notable, à tel point que la doctrine française voyait poindre un mécanisme « moniste » du transfert de propriété.

A. Le rapprochement entre la vente et le transfert de propriété

40. **La vente conciliable avec le transfert de propriété.** Dans l'Ancien droit français, sous l'influence du droit romain, la propriété se démarquait définitivement de la possession. Cependant, contrairement au droit romain, l'acheteur ne se contentait plus de devenir d'abord possesseur et ensuite propriétaire par la possession prolongée. Il était tenté de bénéficier aussitôt du pouvoir intégral et définitif sur la chose vendue. C'est pour répondre à ce besoin que le contrat de vente, avec sa force contraignante, devait permettre à l'acheteur de devenir directement le propriétaire de la chose vendue. Cependant, la doctrine de Celse, selon laquelle l'obligation de *dare* ne pouvait être compatible avec le contrat de vente¹⁰², semblait très gênante devant cette nouvelle tendance. Dès le XV^e siècle, des auteurs français au rang desquels on notait DUMOULIN, commencèrent à protester contre la doctrine de Celse¹⁰³, en faisant valoir que le vendeur devait être tenu d'une obligation de transférer la propriété¹⁰⁴. Un rapprochement entre le contrat de vente et le transfert de propriété se voyait par voie de conséquence esquissé. Domat, Argou et Pothier, bien que sous influence du droit romain, ont contribué à ce rapprochement.
41. **La réception du modèle dualiste du droit romain.** Domat, Argou et Pothier se sont tous consacrés à l'exposé du mécanisme du transfert de propriété admis de leur temps. Ce mécanisme était visiblement emprunté au droit romain. Domat et Argou ont constaté que le simple contrat de vente ne transférait pas la propriété à l'acquéreur, s'il n'était pas suivi d'une tradition en tant que mode d'acquisition et de transmission de la

¹⁰² V. *supra*. n° 24.

¹⁰³ Charles APPLETON, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine, Fr. 16 D. De cond. Causa Data. XII. 4 », in *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger*, novembre-décembre 1906, n° 4, p. 744.

¹⁰⁴ Vers le commencement du 17^e siècle, GAILLET critiquait vivement le principe des juristes romains qui excluait l'obligation de transférer la propriété du contrat de vente. Selon lui, il s'agit d'un principe qui n'était pas pris dans la nature et donc purement arbitraire. Par conséquent, il ne devait pas être suivi dans la pratique du droit française. (Cité par POTHIER, v. Jean-Joseph BUGNET, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1844, n° 48, p. 30.)

propriété¹⁰⁵. Pothier allait dans le même sens, en précisant que le contrat de vente ne produisait pas par lui-même l'effet translatif de propriété¹⁰⁶. Il ne pouvait que former des engagements personnels entre les contractants et « ce n' [était] que la tradition faite en conséquence du contrat, qui [pouvait] transférer la propriété de la chose qui [avait] fait l'objet du contrat [...] »¹⁰⁷. En effet, pour ces anciens maîtres du droit français, le transfert de propriété se réalisait par la *traditio*, généralement lors de l'exécution du contrat de vente.

42. Le contrat de vente, créateur d'une obligation de livrer (de délivrer). Le contrat de vente est défini par Domat comme « une convention par laquelle l'un donne une chose pour un prix d'argent en monnaie publique, et l'autre donne le prix pour avoir la chose »¹⁰⁸. Cette définition a été reprise par Argou¹⁰⁹. Sous l'influence du droit romain, le contrat de vente en Ancien droit français n'était pas à lui seul translatif de propriété. D'une part, par le contrat de vente, le vendeur ne s'engageait pas à transférer la propriété de la chose du vendeur à l'acheteur. Selon Domat, il était simplement tenu d'une obligation de délivrer la chose vendue¹¹⁰. Argou et Pothier, quant à eux, parlaient plutôt d'« une obligation de livrer la chose »¹¹¹. Une telle obligation ne consistait donc pas à transférer la propriété. À ce sujet, Pothier a affirmé avec netteté : si le vendeur n'était pas le propriétaire de la chose vendue, il ne s'obligeait pas par le contrat de vente à procurer la propriété de la chose à l'acheteur. Une vente de la chose d'autrui n'était donc pas prohibée. D'autre part, la conclusion du contrat ne donnait pas à l'acheteur le droit de jouir, d'user et de disposer de la chose, autrement dit le *jus in re*, mais seulement le droit d'en demander la délivrance, c'est-à-dire un *jus ad rem*¹¹².

¹⁰⁵ V. Joseph RÉMY, *Œuvres complètes de Jean DOMAT*, Tome premier, Paris, Alex-Gobelet, 1835, n° 5 et s, p. 158 et s ; Gabriel ARGOU, *Institution au droit français*, tome II, liv. III, chap. XXII, 8^e éd., Knapen, 1753, p. 243.

¹⁰⁶ Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1861, n° 318, p. 131.

¹⁰⁷ Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1861, n° 318, p. 131.

¹⁰⁸ Joseph RÉMY, *Œuvres complètes de Jean DOMAT*, Tome premier, Paris, Alex-Gobelet, 1835, n° 1, p. 156.

¹⁰⁹ Gabriel ARGOU, *Institution au droit français*, liv. III, chap. XXII, 8^e éd., Knapen, 1753, p. 233.

¹¹⁰ Joseph RÉMY, *Œuvres complètes de Jean DOMAT*, Tome premier, Paris, Alex-Gobelet, 1835, n° 1, p. 157.

¹¹¹ Gabriel ARGOU, *Institution au droit français*, liv. III, chap. XXII, 8^e éd., Knapen, 1753, p. 243.

¹¹² Joseph RÉMY, *Œuvres complètes de Jean DOMAT*, Tome premier, Paris, Alex-Gobelet, 1835, n° 10, p. 159 ; Gabriel ARGOU, *Institution au droit français*, Tome II, liv. III, chap. XXII, 8^e éd., Knapen, 1753, p. 243 ; Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome deuxième, Traité des obligations*, Paris, 1861, n° 152, p. 72.

Cependant, selon ces mêmes auteurs, si le vendeur était le véritable propriétaire, l'exécution de son obligation de délivrer (ou de livrer) la chose entraînait directement le transfert de propriété. Dès lors, il était possible de rapprocher vente et transfert de propriété.

43. L'exécution de l'obligation de livrer (ou délivrer) du vendeur, assimilée à la *traditio*. Domat, Argou et Pothier s'efforçaient d'établir un lien entre le contrat de vente et le transfert de propriété. L'obligation du vendeur qui consistait à livrer ou à délivrer la chose vendue leur permettait justement de constituer ce lien. En raison de sa définition, des modes d'exécution et même des sanctions de son inexécution, il était envisageable d'assimiler l'exécution d'une telle obligation à la *traditio*, le mode d'acquisition de la propriété. Par cette démarche, chez ces trois auteurs, le transfert de propriété était finalement regardé comme étant l'effet de l'exécution du contrat de vente.

44. La théorie de Pothier. Pothier a expliqué que « la livraison à laquelle le vendeur s'engage par le contrat de vente est une livraison par laquelle il doit transférer à l'acheteur tout le droit qu'il a dans la chose, et par rapport à cette chose »¹¹³. Il en résulte que si la chose, l'objet de la vente, n'appartient pas au vendeur, selon l'adage « *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* »¹¹⁴, le vendeur doit alors, tout comme en droit romain, procurer uniquement à l'acheteur la possession paisible et utile de la chose vendue. En revanche, dans l'hypothèse inverse, pour « transférer tout son droit qu'il a dans la chose », le vendeur s'oblige à transférer la propriété de la chose vendue. À la lecture de cette théorie de Pothier une interrogation émerge. L'obligation de livrer du vendeur renferme-t-elle deux significations différentes en fonction de la qualité de propriétaire du vendeur ? La sanction pour inexécution d'une telle obligation du vendeur semblait utile pour trouver la réponse à cette question.

D'après Pothier, en cas d'inexécution de l'obligation de livrer, une exécution forcée en nature est possible : « en cas de refus par le vendeur de livrer la chose vendue qu'il a en sa possession, le juge peut permettre à l'acheteur de la saisir et de l'enlever, si c'est un meuble ; ou de s'en mettre en possession, si c'est un fonds de terre ou une maison, et d'en expulser le vendeur par le ministère d'un sergent, s'il refusait d'en sortir »¹¹⁵. Selon

¹¹³ Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome deuxième, Traité des obligations*, Paris, 1861, n° 48, p. 21.

¹¹⁴ Nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même.

¹¹⁵ Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1861, n° 68, p. 30. Pour DOMAT, l'exécution forcée en nature de l'obligation de délivrer était également possible. Il a expliqué que « Il ne dépend jamais du vendeur d'éluder l'effet de la vente par le défaut de la

la distinction entre l'obligation de *dare* et celle de faire établie par le même auteur¹¹⁶, l'exécution forcée en nature est possible seulement lorsqu'il s'agit d'une obligation de donner, autrement dit celle de transférer la propriété. Dès lors, l'obligation de livrer définie par Pothier pourrait bien impliquer celle de transférer la propriété, lorsque le vendeur est le véritable propriétaire de la chose vendue. Or, cette dualité des significations de l'obligation de livrer n'est en réalité que la traduction d'une assimilation de la livraison à la *traditio*.

Influencé par le droit romain, Pothier a affirmé que le contrat de vente ne consistait pas dans la translation de la propriété de la chose vendue, notamment lorsque le vendeur n'était pas propriétaire¹¹⁷. En effet, « ce n'est que la tradition faite en conséquence du contrat qui peut transférer la propriété de la chose qui a fait l'objet du contrat »¹¹⁸. Une fois la vente valablement conclue, le transfert de propriété était en suspens. Sa réalisation dépendait de la qualité de propriétaire du vendeur. Cette qualité, qui n'avait en réalité aucune importance à l'égard de la validité du contrat de vente, constituait en revanche une condition à la *traditio* translatrice. Pour être plus concret, si le vendeur avait la qualité de propriétaire, la *traditio*, consistant en la remise de la chose, pouvait être translatrice auquel cas la propriété était transférée à l'acheteur. Sinon, la *traditio* n'était qu'une *nuda traditio*, c'est-à-dire un simple transfert de possession et le transfert de propriété faisait défaut.

De ce point de vue, la qualité de propriétaire chez le vendeur qui transforme l'obligation de livrer la chose en une obligation de donner, permettait à la *traditio* de procéder au transfert de propriété. On peut en déduire que l'obligation de livrer la chose vendue définie par Pothier consiste simplement à remettre cette chose à l'acheteur mais non à en transférer la propriété. Pothier lui-même a confirmé ce point de vue. D'après celui-ci, la vente « est un contrat par lequel l'un des contractants, qui est le vendeur, s'oblige envers l'autre de lui faire avoir librement, à titre de propriétaire, une chose, pour le prix d'une certaine somme d'argent que l'autre contractant, qui est l'acheteur,

délivrance ; il peut toujours y être contraint, s'il est possible, pourvu que l'acheteur exécute de sa part son engagement [...] ». V. Joseph RÉMY, *Œuvres complètes de Jean DOMAT*, Tome premier, Paris, Alex-Gobelet, 1835, n° 20, p. 162.

¹¹⁶ Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome deuxième, Traité des obligations*, Paris, 1861, n° 178, p. 86.

¹¹⁷ Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1861, n° 7, p. 4

¹¹⁸ Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1844, n° 319, p. 198.

s'oblige réciproquement de lui payer »¹¹⁹. Pothier a ensuite précisé que les termes « de lui faire avoir à titre de propriétaire [...] renferment l'obligation de livrer la chose à l'acheteur, et celle de le défendre, après qu'elle lui a été livrée, de tous troubles par lesquels on l'empêcherait de posséder la chose, et de s'en porter pour le propriétaire ; mais ils ne renferment pas l'obligation précise de lui en transférer la propriété »¹²⁰. Seulement lorsque l'on assimile la livraison à la *traditio*, les effets de l'exécution de cette obligation de livrer peuvent être différents en fonction de la qualité du vendeur : une simple transmission de possession ou bien un transfert de propriété.

C'est justement en ce sens que Pothier a professé de façon succincte mais explicite que le contrat de vente « s'exécute de la part du vendeur, par la tradition ou délivrance de la chose vendue »¹²¹. Si le vendeur était son véritable propriétaire au moment de l'exécution de son obligation, ou du moins s'il avait l'autorisation du propriétaire, cette exécution était assimilée à la tradition. Puisque l'effet de la tradition était de « faire passer en la personne de l'acheteur la propriété de la chose vendue »¹²², la livraison entraînait logiquement le transfert de propriété. Dès lors, on peut déduire que la propriété de la chose vendue peut être transférée par l'effet de l'exécution du contrat de vente.

Avant Pothier, Domat avait déjà assimilé la délivrance à la *traditio*. Il avait même affirmé que « [l]a délivrance ou tradition est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur »¹²³.

45. La théorie de Domat. De son côté, Domat a aligné les moyens d'effectuer la délivrance sur ceux permettant de réaliser la *traditio* romaine. Par exemple, afin d'exécuter son obligation, le vendeur pouvait délivrer seulement la clé d'un entrepôt où la chose vendue était stockée, ou bien se contenter de donner la vue d'un immeuble à l'acheteur afin d'exécuter son obligation. Dans l'hypothèse où l'acheteur, même avant la vente, avait déjà détenu la chose vendue, à titre de dépositaire ou d'usufruitier, la

¹¹⁹ Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1861, n° 1, p. 1.

¹²⁰ Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1861, n° 1, p. 1.

¹²¹ Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1861, p. 195.

¹²² Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1861, n° 319, p. 198.

¹²³ Joseph RÉMY, *Œuvres complètes de Jean DOMAT*, Tome premier, Paris, Alex-Gobelet, 1835, n° 5, p. 158.

délivrance se faisait par une fiction. Tous les moyens de délivrance précisés par Domat¹²⁴ faisaient appel à la *traditio* romaine et en particulier aux *traditiones fictae*, à savoir la *traditio* dite « virtuelle », la *traditio longa manu*, la *traditio brevi manu* ou le *constitut possessoire*¹²⁵. En outre, pour cet auteur, la délivrance était même utilisée comme synonyme de *traditio*. Ainsi, il a enseigné que « [l]a délivrance ou tradition est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur »¹²⁶. En conséquence, la délivrance définie par Domat a été en réalité confondue avec la *traditio* : elle consiste en l'exécution du contrat de vente mais également en la réalisation du transfert de propriété.

46. Le transfert de propriété réalisé par l'effet de la délivrance ou de la *traditio*.

Selon Domat si l'acheteur avait payé le prix et que le vendeur était lui-même propriétaire de la chose vendue, le premier effet de la délivrance était le transfert de propriété¹²⁷. Cela suppose que le transfert de propriété puisse être opéré par l'exécution de l'obligation de délivrer la chose du vendeur, à condition qu'il soit propriétaire et que l'acheteur ait payé le prix. Il est évident que la qualité de propriétaire du vendeur et le paiement du prix ne conditionnaient en aucun cas la validité du contrat de vente. Il s'agissait simplement, en droit romain, de deux conditions nécessaires pour que la *traditio* puisse procéder au transfert de propriété. Au demeurant, Domat a même estimé que le transfert de propriété pourrait être « la fin » du contrat de vente¹²⁸. Ainsi, le transfert de propriété est associé à la vente.

47. Le transfert de propriété associé au contrat de vente. Rappelons que sous l'influence du droit romain, le contrat de vente sous l'Ancien régime du droit français n'obligeait pas le vendeur à transférer la propriété, il était même détaché du mode d'acquisition et du transfert des droits réels. Cependant, les auteurs comme Domat et

¹²⁴ Joseph RÉMY, *Œuvres complètes de Jean DOMAT*, Tome premier, Paris, Alex-Gobelet, 1835, n° 6 et 7, p. 158.

¹²⁵ V. *supra*. n° 27.

¹²⁶ V. les explications de MM. Jean-Pascal CHAZAL et Serge VICENTE : Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, n° 28, p. 492.

¹²⁷ « Le premier effet de la délivrance est que, si le vendeur est le maître de la chose vendue, l'acheteur en devient en même temps pleinement le maître, avec le droit d'en jouir, d'en user et d'en disposer, en payant le prix, ou en donnant au vendeur une sûreté, si ce n'est qu'il se contente de la simple obligation ou promesse de l'acheteur ; et c'est cet effet de la délivrance qui est le parfait accomplissement du contrat de vente ». Joseph RÉMY, *Œuvres complètes de Jean DOMAT*, Tome premier, Paris, Alex-Gobelet, 1835, n° 10, p. 159.

¹²⁸ Joseph RÉMY, *Œuvres complètes de Jean DOMAT*, Tome premier, Paris, Alex-Gobelet, 1835, n° 10, p. 159.

Pothier ont esquissé un rapprochement entre le contrat de vente et la transmission de la propriété. Pour eux, la réalisation de la *traditio* romaine n'est rien d'autre que l'exécution de l'obligation du vendeur, c'est-à-dire la délivrance ou la livraison. De ce fait, par son exécution, la vente à elle seule opère le transfert de propriété. C'est en ce sens que, sans aller jusqu'à supprimer le rôle indispensable de la *traditio* pour opérer la transmission de la propriété, Argou a clairement mentionné que « la vente parmi les Romains obligeait le vendeur à la tradition. Parmi nous, elle transfère la propriété, si le vendeur est propriétaire »¹²⁹.

En résumé, contrairement au droit romain, où la vente n'impliquait pas le transfert de propriété, sous l'Ancien-Régime, un lien intrinsèque entre le contrat de vente et le transfert de propriété s'impose. Cela entraîne un élargissement de l'obligation du vendeur. L'obligation de délivrance de Domat et celle de « faire avoir librement à titre de propriétaire la chose vendue à l'acheteur »¹³⁰ définie par Pothier ne se limitent plus à une simple remise de la possession à l'acheteur. L'exécution de ladite obligation est assimilée à la *traditio* romaine et par conséquent réalise le transfert de propriété. Ce transfert est alors devenu l'effet de l'exécution d'une telle obligation et voire la finalité du contrat de vente.

Cette modification dans l'Ancien droit français a contribué à une décadence de la *traditio* romaine qui fut en effet caractérisée par une tradition dématérialisée. Elle est à l'origine du mécanisme du transfert de propriété *solo consensu*, système consensualiste et typique du droit français.

B. Le dépérissement de la *traditio* par sa dématérialisation

- 48. La pratique des traditions simplifiées avant la codification du Code civil.** Comme l'on vient de l'expliquer, sous l'Ancien régime du droit français, la *traditio*, remise de la chose, était toujours nécessaire au transfert de propriété. Toutefois, avec le développement économique, les techniques juridiques ont dû répondre à l'accroissement et à l'accélération de la circulation des biens. Pour satisfaire cette exigence économique, le processus du transfert de propriété, s'inspirant des *traditiones fictae* pratiquées déjà en droit romain¹³¹, a été raccourci par le biais des traditions simplifiées. Dans son « *Traité du contrat de vente* », Pothier a présenté deux moyens

¹²⁹ Gabriel ARGOU, *Institution au droit français*, tome II, liv. III, chap. 23, 8^e éd., Knapen, 1753, p. 238.

¹³⁰ Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1844, n° 1, p. 1 et n° 41, p. 19.

¹³¹ V. *supra*. n° 27.

utilisés en son temps pour simplifier la *traditio* romaine : des traditions symboliques et des traditions feintes.

49. Des traditions symboliques. Il était fait usage de gestes et de symboles pour manifester que le vendeur se dessaisissait de la chose vendue et que l'acheteur la saisissait ; le transfert de propriété se réalisait par des traditions symboliques¹³². Par exemple, la remise des clés d'une maison par le vendeur à l'acheteur suffisait à transférer sa propriété à ce dernier ; de même que la remise des clés d'un grenier renfermant des choses mobilières vendues tenait lieu de *traditio* réelle de celles-ci, et que la remise des titres de propriété constituait le symbole de la véritable *traditio*¹³³.

50. Des traditions feintes. La *traditio* réelle pouvait également être réalisée au moyen d'une tradition feinte, c'est-à-dire par une fiction juridique. Selon la définition de Pothier, « [l]a tradition feinte est celle par laquelle l'acheteur est feint d'être mis en possession de la chose vendue, quoique la chose reste par devers le vendeur »¹³⁴. En effet, grâce à cette tradition feinte, l'acheteur est réputé avoir été réellement investi de la possession mais moyennant une fiction, quoique la chose fût restée encore entre les mains du vendeur¹³⁵. Par cette tradition feinte, « l'acheteur est censé comme prendre possession de la chose vendue par le ministère du vendeur, qui dès lors est censé ne la plus posséder en son nom, mais la tenir au nom de l'acheteur »¹³⁶. Rappelons que le même genre de fiction existait déjà en droit romain. Elle était appliquée uniquement aux circonstances exceptionnelles, dans la mesure où la réalisation d'une véritable *traditio* s'avérait impossible ou non-nécessaire. C'est le cas de la pratique de la clause du « *constitut possessoire* », lorsque le vendeur détenait encore la chose vendue même après la vente, mais à titre de dépôt, de bail, de prêt à usage ou d'usufruit. Du fait de cette *traditio* fictive, la véritable *traditio* a été dématérialisée et réduite à une simple clause du contrat de vente. Sa réalisation dépendait dès lors seulement d'une fiction.

¹³² Des traditions symboliques étaient déjà très souvent pratiquées depuis le Moyen Âge. V. Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 391 et s, p. 599 et s.

¹³³ Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1861, n° 314, p. 130. V. aussi Jean Baptiste Auguste HUREAUX, « De la transmission de la propriété par actes entre-vifs et des privilèges sur les immeubles, Première étude, De la transmission et de l'acquisition de la propriété par actes entre-vifs », *Rev. prat. dr. fr.*, t. XXXII, Paris : A. MARESCQ AINÉ 1871, n° 11, p. 18.

¹³⁴ Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1861, n° 313, p. 129.

¹³⁵ Jean Baptiste Auguste HUREAUX, « De la transmission de la propriété par actes entre-vifs et des privilèges sur les immeubles, Première étude, De la transmission et de l'acquisition de la propriété par actes entre-vifs », *Rev. prat. dr. fr.*, t. XXXII, Paris : A. MARESCQ AINÉ 1871, n° 11, p. 18.

¹³⁶ Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1861, n° 313, p. 129.

51. La clause de « dessaisine-saisine » et la pratique généralisée des traditions feintes. S'inspirant de la pratique du « *constitut possessoire* », en droit français, une clause de « dessaisine-saisine » (ou « vest-devest ») pouvaient être incluse dans le contrat de vente. Cette clause, en éclairant les volontés des parties de se dessaisir de la chose vendue et réciproquement de la saisir, constituait une tradition feinte. À l'origine, ladite clause était incluse de manière habituelle par les notaires dans les contrats de donation, en vue d'exclure tout doute sur le dessaisissement du donateur¹³⁷. À partir du XIV^e siècle, commençant à s'appliquer au contrat de vente, elle remplaçait l'investiture seigneuriale qui était nécessaire au transfert de propriété immobilière¹³⁸. Dès le début du XVII^e siècle, cette clause devenait une des traditions feintes : dans la coutume d'Orléans, suivant l'article 278, la simple clause de « dessaisine-saisine » insérée dans les actes qui se passaient devant notaires équipollait à la tradition¹³⁹. LOYSEL l'avait mentionnée dans son « *Institutes coutumières* »¹⁴⁰.

À la différence de la clause du « *constitut possessoire* » du droit romain qui n'était appliquée qu'aux situations exceptionnelles prévues par la loi, la pratique de la clause de « dessaisine-saisine » était largement généralisée dans l'Ancien droit français. Étant utilisée d'abord en matière de donation immobilière, puis en ventes immobilières, elle devint enfin une clause de style dans tous les contrats de vente rédigés devant notaire. Elle s'étendait même aux situations dans lesquelles une remise de la chose demeurerait encore possible. Dès lors, une telle tradition feinte s'appliqua à toutes les circonstances en matière de vente. La pratique des traditions feintes était si généralisée en matière de vente, que l'Ancien droit a finalement posé un principe, selon lequel la propriété était transférée au moyen d'une tradition feinte. Néanmoins, cela ne signifiait pas que la tradition en tant que mode de transfert de propriété était supprimée, elle fut juste dématérialisée.

¹³⁷ Henri BRUN, « Les origines du consensualisme en matière de transfert de propriété et des mitigations apportées au principe par le droit civil québécois », *Les Cahiers de Droit*, 1967-68, p. 279 ; V. aussi Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 396, p. 606.

¹³⁸ Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 396, p. 606.

¹³⁹ Jean-Joseph Bugnet, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1861, n° 313, p. 129.

¹⁴⁰ « Dessaisine et saisine faite en présence de notaires et de témoins vaut et équipolle à tradition et délivrance de possession ». V. Antoine LOYSEL, *Institutes coutumières d'Antoine LOYSEL ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France*, avec les notes d' Eusèbe de LAURIÈRE, Nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée par M. Dupin et Édouard Laboulaye, Tome II, Paris, Durand : Vidocq père et fils ; Leipsig : Franck et Michelsen, 1846, n° 746, p. 135.

52. La dématérialisation de la *traditio*. L'évolution relative à la tradition fictive de l'Ancien droit consistait à dissocier le transfert de propriété de la *traditio* stricto sensu pour ensuite l'associer à une tradition fictive. Par cette pratique, l'Ancien droit français liait le transfert de propriété à l'accomplissement fictif d'une *traditio* romaine, indépendamment de la remise matérielle de la chose. L'insertion d'une clause dans le contrat de vente tenait lieu de *traditio*, bien que la chose vendue ait été encore entre les mains du vendeur. En effet, la pratique d'une telle tradition feinte, appelée aussi « tradition civile », permettait de dématérialiser la *traditio* romaine qui devait en principe être accomplie de façon matérielle ou symbolique. La tradition civile est donc une évolution qui conduit à admettre que le transfert de propriété peut être réalisé sans que la remise de la chose ne soit véritablement effectuée. Cette dématérialisation de la *traditio* romaine rejaillit inéluctablement sur le mécanisme du transfert de propriété.

53. Les trois conséquences de la dématérialisation de la tradition. En premier lieu, la dématérialisation de la tradition dans l'Ancien droit français facilitait le transfert de propriété. D'une part, la propriété pouvait alors être transmise instantanément, car « [l]'obligation de transférer la propriété [était] supposée exécutée dès l'instant que la tradition [était] susceptible d'être exécutée, ou même, supposée exécutée dans la pensée d'une vente de caractère instantané »¹⁴¹. De ce fait, la conclusion du contrat et le transfert de propriété pouvaient s'opérer de concert. D'autre part, grâce à la clause valant *traditio*, l'acquéreur était donc devenu immédiatement propriétaire et pouvait exercer, dès la conclusion du contrat, une action en revendication. Une fois que la *traditio* réelle était remplacée par une tradition civile, les obstacles susceptibles d'entraver la réalisation d'une remise matérielle de la chose pouvaient être érudés. Le transfert de propriété était dès lors garanti.

En deuxième lieu, l'insertion d'une clause de « dessaisine-saisine » dans le contrat accomplissait la tradition mais de façon « intellectuelle »¹⁴². Le transfert de propriété était alors réputé accompli quand la volonté de se dessaisir et de saisir était explicitement manifestée par une clause écrite. Lorsque la véritable *traditio* se voyait dématérialisée par une clause insérée dans le contrat, elle se réalisait « *nudâ voluntate*, par le seul consentement des parties »¹⁴³. Dès lors, « [l]'échange des consentements rend

¹⁴¹ François JACQUOT, *Du contrat de vente au droit de la vente (réflexion de théorie générale sur un contrat spécial)*, thèse Nancy II, 1988, p. 119.

¹⁴² Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, n° 3, p. 479.

¹⁴³ Jean-Joseph BUGNET, *Œuvres de POTHIER, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1861, n° 314, p. 130.

simplement et fictivement parfaite la tradition nécessaire au transfert de propriété »¹⁴⁴. Corollairement, le transfert de propriété pouvait également s'opérer par le seul consentement des parties à la vente. Toutefois, il convient de noter que nonobstant le fait que l'opération du transfert de propriété et la conclusion du contrat devenaient concomitantes, grâce à la tradition civile, le transfert de propriété ne résultait pas automatiquement du contrat de vente. Cette approche se justifie par le fait que le transfert demeurait subordonné à la tradition, mais une tradition dématérialisée qui devait être extériorisée de façon explicite dans le contrat de vente. C'était cette tradition dématérialisée qui conditionnait la réalisation du transfert de la propriété.

En troisième lieu, par cette dématérialisation de la tradition, le lien établi par Domat et Pothier entre la *traditio* en tant que mode d'acquisition de la propriété et l'exécution de l'obligation de livrer (ou de délivrance)¹⁴⁵ est parfaitement dissimulé. La tradition civile peut opérer le transfert de propriété, quoique la chose n'ait pas encore été livrée. Par conséquent, si l'on veut continuer à soutenir l'idée que le transfert de propriété est l'effet de l'exécution du contrat de vente, il faudrait attacher la *traditio* à une autre obligation, qui pourrait aussi s'exécuter de manière « intellectuelle », tout comme la tradition civile. À défaut, une telle approche risque de devenir inintelligible ¹⁴⁶. Cependant, la pratique de cette tradition fictive n'a pourtant pas détruit le rapprochement effectué entre le contrat de vente et le transfert de propriété. Au contraire, sous forme d'une clause insérée directement dans le contrat de vente, elle permettait de faire apparaître le principe *solo consensu* du transfert de propriété. Ainsi, la tradition fictive constitua une étape importante vers la disparition définitive de la *traditio* dans le transfert de la propriété.

54. L'apparition du transfert de propriété sans aucune *traditio*. À la fin de l'Ancien Régime, la clause de « dessaisine-saisine » était devenue de style dans tous les actes ayant pour but une transmission de la propriété, de telle sorte qu'elle était devenue sous-entendue. Dès lors, non seulement la réalisation de la tradition était dématérialisée, mais son existence devenait imperceptible. Pourtant, le principe demeurait toujours le même : par la tradition civile, dès et par l'échange des consentements des parties, le vendeur était immédiatement dessaisi et l'acheteur investi. Au fil du temps, dans la pratique, la tradition civile sous-entendue a perdu son utilité en raison de son imperceptibilité. Il

¹⁴⁴ Pascal PUIG, *Contrats spéciaux*, 6^e éd., Dalloz, 2015, n° 337, p. 288.

¹⁴⁵ V. *supra*. n° 40 et s.

¹⁴⁶ V. *infra*. n° 71.

semblait que dans la réalité des faits, c'était le consentement des parties qui opérait le transfert de propriété, indépendamment même de la tradition¹⁴⁷.

C'est pour cette raison que dans ses notes des « Institutes coutumières » de Loysel, Eusèbe de Laurière a mentionné sans aucune ambiguïté : « [a]insi parmi nous, dès que la vente est parfaite, le domaine de la chose vendue semble être transféré sans tradition [...] et si la même chose est vendue à deux différentes personnes, le premier acquéreur sera préféré au second [...] parce que la tradition faite au second ne pourra ôter le domaine déjà acquis au premier »¹⁴⁸. Le mécanisme du transfert de propriété présenté par Eusèbe de Laurière implique alors la suppression définitive de la tradition dans le transfert de propriété. Cette suppression repose sur le fait que le consentement « tient lieu de tradition civile »¹⁴⁹. Par voie de conséquence, dès sa conclusion, le contrat de vente peut par lui-même opérer le transfert de propriété. La vente est devenue à la fois la *titulus*, la cause, et le *modus*, le mode de transfert de propriété. Un modèle moniste du transfert de propriété se fait jour.

Après une analyse des importants changements apportés par l'Ancien droit français au mécanisme du transfert de propriété, il est temps de présenter le mécanisme du transfert de propriété consacré par le Code civil de 1804.

§ 2. LE MÉCANISME DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ DANS LE CODE CIVIL

- 55. Le mécanisme du transfert de propriété du Code civil français.** En ce qui concerne le mécanisme du transfert de propriété, il est indéniable que le Code civil de 1804 a apporté une innovation. Celui-ci a posé le principe du transfert de propriété *solo consensu*, selon lequel la propriété est transférée au moment de l'échange de volontés des parties et par leur volonté. L'instantanéité du transfert de propriété au moment de la conclusion du contrat de vente fait apparaître un mécanisme moniste du transfert de propriété : la vente par elle-même réalise le transfert de propriété. Cependant, un examen plus détaillé des dispositions dudit Code démontre que ce nouveau modèle de transfert de propriété dit « moniste » est dû aux interprétations « infidèles » à l'esprit du

¹⁴⁷ Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Louis BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome premier, 3^e éd., Paris, L. Larose & L. Tenin, 1906, n° 366, p. 413.

¹⁴⁸ V. Antoine LOYSEL, *Institutes coutumières d'Antoine LOYSEL ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France*, avec les notes d' Eusèbe de Laurière, Nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée par M. Dupin et Édouard Laboulaye, Tome I, Paris : Durand : Vidocq père et fils ; Leipsig : Franck et Michelsen, 1846, n° 407, p. 383.

¹⁴⁹ Hélène BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, LGDJ 2005, n° 316, p. 300.

Code civil. En effet, une analyse des dispositions du Code civil permet de dévoiler le mécanisme dualiste du transfert de propriété initialement consacré par ce Code (A). Elle précédera la présentation du mécanisme « moniste » du transfert de propriété (B). En droit français, c'est ce modèle moniste qui est communément reconnu par le droit positif.

A. Le mécanisme dualiste du transfert de propriété initialement consacré par le Code civil

56. **Le maintien de la *traditio*.** Influencés par l'Ancien droit français, notamment par les théories de Domat et de Pothier, les rédacteurs du Code ont associé le transfert de propriété à l'exécution du contrat et dématérialisé la *traditio*. C'est la tradition civile qui, en remplaçant la *traditio*, opère le transfert de propriété. Il est vrai que les rédacteurs ne la mentionnent nulle part dans le Code. Cependant, de nombreuses dispositions prévues font allusion à cette tradition fictive. De fait, ils l'ont sous-entendue dans tous les contrats ayant pour objet le transfert de propriété d'un bien¹⁵⁰. Cependant, elle doit être prise en considération, dans la mesure où elle constitue la clé de voûte de la compréhension du mécanisme du transfert de propriété consacré par le Code civil.
57. **L'article 711 du Code civil, une disposition conservatrice relative au mécanisme du transfert de propriété.** Le Livre troisième du Code civil est consacré aux dispositions concernant les différentes manières dont on acquiert la propriété. Le premier article de ce livre, l'article 711, énonce que « [l]a propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaires, et par l'effet des obligations ». En vertu de cet article, en matière de vente, la propriété se transmet par l'effet des obligations. Comment comprendre cette disposition ? Faut-il penser que la *traditio* romaine n'est plus nécessaire au transfert de propriété ?

Devant le Conseil d'État du 30 décembre 1802, le Consul CAMBACÉRÈS avait posé la même question de savoir pourquoi la tradition n'était pas mentionnée dans la liste des modes d'acquisition de la propriété. MM TREILHARD et TRONCHET y ont répondu que « si l'on ne parle pas ici de la tradition, c'est que, n'étant que le mode d'exécution d'un

¹⁵⁰ Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de code Napoléon*, continué depuis l'article 980 par Édouard-Louis-Armand Colmet de Santerre, Tome 5, Paris, 1865, n° 55 bis, p. 75 ; Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Louis BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome premier, 3^e éd., Paris, L. Larose & L. Tenin, 1906, n° 366, p. 413.

engagement, ses caractères sont expliqués au Titre Des Effets des Obligations »¹⁵¹. En fait, cette réponse n'est pas sans rappeler les enseignements de Domat et de Pothier. Ceux-ci ont assimilé l'exécution de l'obligation de délivrer (ou de livrer) du vendeur à la *traditio*¹⁵². De cette manière, une fois les obligations exécutées, la *traditio* était corollairement réalisée ; ce n'est que par la suite que la propriété était transférée du vendeur à l'acquéreur¹⁵³. Le transfert de propriété était donc attaché directement à l'exécution des obligations nées du contrat de vente. C'est pour cette raison que l'on peut considérer que « la propriété s'acquiert et se transmet » par l'effet des obligations. Ainsi, comparé à l'Ancien droit français, la disposition de l'article 711 n'a rien de novateur.

Pour mieux comprendre le mécanisme du transfert de propriété en matière de vente consacré par le Code civil, il convient de continuer d'analyser les dispositions énoncées au Titre « Des Effets des Obligations » du même Code.

58. Le principe du transfert de propriété *solo consensu*. À l'article 1138, le Code civil a consacré clairement le principe du transfert de propriété *solo consensu*. Ce principe révèle en effet une double signification. En effet, la propriété est transmise à l'acquéreur dès l'échange des consentements des parties à la vente d'une part, et par l'échange des consentements lui-même d'autre part. L'application dudit principe au contrat de vente est prévue par l'article 1583 du Code. Il faut toutefois noter que ce nouveau principe n'est pas moins conforme à la disposition de l'article 711 du même Code que l'on vient d'analyser. À travers une interprétation fidèle à l'esprit des rédacteurs du Code civil, on verra qu'un tel transfert dit *solo consensu* est de fait opéré moyennant une tradition civile valant *traditio*, nécessaire au transfert de propriété. Par voie de conséquence, le modèle de transfert de propriété consacré par le Code civil se caractérise par sa nature dualiste. Il convient maintenant d'expliquer comment le Code civil a formulé ce principe et comment l'appliquer au contrat de vente.

¹⁵¹ Jean Guillaume LOCRÉ DE ROISSY, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Tome dixième, Paris, Treuttel et Würtz, 1827, dans *Procès-verbaux du Conseil d'État*, Séance du 9 nivôse an XI (30 décembre 1802), Séance, tenue sous la présidence du Consul CAMBACÉRÈS, n° 27, p. 98 et 99 ; Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XII, Paris, Videcoq, 1836, p. 4 et 5.

¹⁵² V. *supra*. n° 44-45.

¹⁵³ Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Gaston LAGARDE, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations* 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1936, n° 318, p. 233.

59. L'article 1138 du Code civil. Afin d'appréhender de manière appropriée l'article 1138, il convient de combiner les dispositions de ses deux alinéas. Aux termes du premier alinéa, « [l']obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes ». La première question qui se pose est de savoir comment interpréter l'adjectif « parfait » employé dans cette disposition du Code civil. Le terme « parfait » semble provenir du terme latin « *perfecta* » qui signifie « accompli » ou « exécuté »¹⁵⁴. En effet, ledit alinéa énonce que l'obligation de livrer la chose peut être exécutée par le seul consentement des parties contractantes. Pour savoir comment cela est possible, il faut chercher la nature de cette obligation de livrer.

La même obligation de livrer (ou délivrer) a été mentionnée par Pothier et Domat dans le contrat de vente. Comme cela a été précisé, selon ces deux auteurs, l'exécution de cette obligation pouvait être employée comme synonyme de *traditio* translatrice de propriété¹⁵⁵. Par l'article 1138, les rédacteurs du Code civil l'ont généralisée et l'ont étendue aux autres conventions faisant naître la même obligation. Si l'on suit ce raisonnement, le premier alinéa de l'article 1138 pourrait alors être interprété de la façon suivante : la *traditio* est réalisée par le seul consentement des parties contractantes. Cette manière de réaliser la *traditio* n'a rien d'étonnant si on a recours à une tradition feinte, à savoir une clause de dessaisine-saisine insérée comme une clause de style dans le contrat de vente. Cette clause tient lieu de véritable *traditio*. Du fait de l'équivalence entre l'exécution de l'obligation de livrer la chose et la *traditio*, elle devrait également rendre l'obligation en question « parfaite ». Mais il s'agit d'une « exécution fictive »¹⁵⁶. De ce point de vue, on peut déduire que la disposition énoncée au premier alinéa de l'article 1138 est bien fondée sur les enseignements de Domat et de Pothier. Les dispositions prévues au deuxième alinéa de l'article 1138 viennent d'ailleurs confirmer les affinités demeurant entre le Code civil et l'Ancien droit français.

En énonçant : « [e]lle 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

¹⁵⁴ V. Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de code Napoléon*, continué depuis l'article 980 par Édouard-Louis-Armand Colmet de Santerre, Tome 5, Paris, 1865, n° 55 bis, p. 75 ; v. aussi Jean Baptiste Auguste HUREAUX, « De la transmission de la propriété par actes entre-vifs et des privilèges sur les immeubles, Première étude, De la transmission et de l'acquisition de la propriété par actes entre-vifs », *Rev. prat. dr. fr.*, t. XXXII, Paris : A. MARESCQ AINÉ 1871, *spec.* l'interprétation du même article de n° 35, p. 48.

¹⁵⁵ V. *supra*. n° 44 et s.

¹⁵⁶ Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de code Napoléon*, continué depuis l'article 980 par Édouard-Louis-Armand Colmet de Santerre, Tome. 5, Paris, 1865, n° 55 bis, p. 75.

que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier », cet alinéa prévoit tout d'abord l'effet translatif de propriété d'une obligation de livrer la chose dite « parfaite ». L'exécution du contrat entraîne donc le transfert de propriété.

Ensuite, le même alinéa précise que l'exécution de l'obligation de livrer la chose peut réaliser la transmission de la propriété, « encore que la tradition n'en ait point été faite [...] ». Le terme « tradition » employé ici doit être traduit par la véritable *traditio* matérielle¹⁵⁷. Il en ressort que l'obligation de livrer peut être réputée exécutée même sans la remise réelle de la chose, ce qui ne peut être possible que dans une fiction. Cette disposition doit alors se comprendre à la lumière du premier alinéa de l'article 1138 que l'on vient d'examiner. Puisqu'une tradition civile vaut *traditio*, elle rend l'obligation de livrer « parfaite » et réalise le transfert de propriété, indépendamment de la remise matérielle de la chose. Ainsi, « cette exécution fictive, cette tradition supposée transfère la propriété »¹⁵⁸.

Enfin, s'agissant du moment du transfert de propriété, la disposition de cet alinéa implique qu'il s'opère « dès l'instant où elle a dû être livrée ». En droit français, conformément à la maxime « *res perit domino* »¹⁵⁹, la charge des risques est liée à la propriété. Le moment du transfert des risques et celui de la transmission de la propriété sont alors concomitants. Mais quand la chose doit-elle être livrée ? La chose doit être livrée lorsque l'obligation de livrer est née, c'est-à-dire dès la conclusion du contrat, sous réserve de toutes stipulations contractuelles contraires. Un terme qui a été prévu par les contractants en retardant l'exécution de l'obligation de livrer n'empêche pas que la chose soit due dès le contrat¹⁶⁰.

¹⁵⁷ V. Les explications de Félix-Julien-Jean BIGOT-PRÉAMENEU dans «Présentation au corps législatif, et Exposé des motifs » concernant le titre *Des obligations* (précisément, l'obligation de donner) du Code civil, Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome XIII, Paris, Videcoq, 1836, p. 230*. V. aussi l'interprétation de Jean Baptiste Auguste HUREAUX, « De la transmission de la propriété par actes entre-vifs et des privilèges sur les immeubles, Première étude, De la transmission et de l'acquisition de la propriété par actes entre-vifs », *Rev. prat. dr. fr.*, t. XXXII, Paris : A. MARESCQ AINÉ 1871, *spéc.* l'interprétation du même article de n° 35, p. 48

¹⁵⁸ Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de code Napoléon*, continué depuis l'article 980 par Édouard-Louis-Armand Colmet de Santerre, Tome. 5, Paris, 1865, n° 55 bis, p. 75. Dans ce sens, voir les explications de MM. Jean-Pascal CHAZAL et Serge VICENTE : Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, n° 31, p. 493-494.

¹⁵⁹ La charge des risques est liée à la propriété.

¹⁶⁰ Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil, Traité des obligations conventionnelles en général*, Tome premier, 3^e éd., Paris : Toussaint, 1846, n° 420, p. 431 ; Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de code Napoléon*, continué depuis l'article 980 par Édouard-Louis-Armand Colmet de Santerre, Tome. 5, Paris, 1865, n° 55 bis, p. 76 ; Claude BUFNOIR, *Propriété et*

60. L'application du principe du transfert de propriété solo consensu au contrat de vente. L'article 1138 a érigé en règle générale le transfert de propriété *solo consensu*. Cette règle est fondée sur l'utilisation d'une tradition civile valant la *traditio* translative de propriété. De cette manière, bien qu'étant *solo consensu*, le mécanisme du transfert de propriété consacré par le Code civil français reste un modèle dualiste. Une telle analyse de l'article 1138 est conforme aux dispositions de l'article 1583 du Code civil, qui ne sont que l'application des règles générales¹⁶¹.

61. L'article 1583 du Code civil. Aux termes de l'article 1583, « [e]lle (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 ». Il en résulte que le transfert de propriété s'opère dès qu'on est convenu de la chose et du prix. En se référant à l'alinéa premier de l'article 1589 du Code civil¹⁶², le consentement réciproque des parties sur la chose et sur le prix témoigne de la conclusion du contrat de vente. Le moment du transfert de propriété est, par conséquent, concomitant au moment de la conclusion du contrat de vente. Cette instantanéité du transfert de propriété correspond tout à fait au principe du transfert de propriété *solo consensu* posé à l'article 1138 du Code civil.

À noter qu'à la différence de l'article 1138, mettant en avant un transfert de propriété consécutif à la « perfection » de l'obligation de livrer, l'article 1583 ne fait valoir aucune obligation ni exécution. Ce dernier article semble énoncer que le transfert de propriété est la conséquence d'une vente « parfaite ». Néanmoins, le même terme « parfait » employé dans ces deux articles ne doit-il pas avoir la même signification ? Il est permis de répondre à cette question par l'affirmative. À l'origine, le projet du Code civil a employé le terme « accompli »¹⁶³ au lieu de « parfait » ; la vente « parfaite » impliquant bien son accomplissement ou son exécution. Les explications de Portalis viennent confirmer cette interprétation. À propos de la disposition prévue à l'article 1583, Portalis, dans la « Présentation au Corps législatif et exposé des motifs »,

contrat, Paris, 1924, p. 48 ; Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Louis BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome premier, 3^e éd., Paris, L. Larose & L. Tenin, 1906, n° 366, p. 414.

¹⁶¹ Victor-Napoléon MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, Tome III, 8^e éd., Paris : J. Delamotte, 1894, p. 3.

¹⁶² L'alinéa premier de l'article 1589 énonce que « [l]a promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ».

¹⁶³ V. l'article 2 au titre de la vente du projet du Code civil. Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XIV, Paris, Videcoq, 1836, p. 113.

a expliqué que « [l']engagement est consommé dès que la foi est donnée [...] »¹⁶⁴. Cet « engagement » désigne certainement l'obligation de livrer la chose à la charge du vendeur¹⁶⁵ dont l'exécution est assimilée, par Domat et Pothier, à la *traditio* romaine. L'exécution de cette obligation ayant lieu dès que la foi est donnée implique que l'exécution de l'obligation susmentionnée entraîne le transfert de propriété au moment même de la conclusion du contrat. La question de savoir comment la propriété est transférée se pose alors.

62. Le transfert de propriété par l'échange des consentements. L'article 1583 prévoit que la propriété peut être transférée au moins à l'égard du vendeur, « quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». Ni la remise matérielle de la chose, ni le paiement du prix ne sont donc nécessaires à la réalisation du transfert de propriété. De fait, la propriété est transmise par la volonté des parties au contrat de vente. C'est en ce sens que Portalis a considéré que « [p]ar la seule expression de notre volonté nous acquérons pour nous-mêmes, et nous transportons à autrui les choses qui peuvent être l'objet de nos conventions »¹⁶⁶. En d'autres termes, le transfert de propriété s'opère *solo consensu*. De la sorte, le mécanisme du transfert de propriété consacré par le Code civil « rend possible ce qui ne le serait souvent pas, si la tradition matérielle d'une chose vendue était nécessaire pour consommer la vente ». Cependant, d'après Portalis, cela demeure possible, car « il s'opère par le contrat une sorte de tradition civile qui consomme le transport du droit [...] »¹⁶⁷. Cette tradition civile (feinte ou fictive), tenant lieu de *traditio* romaine, permet que le transfert de propriété s'opère par la volonté des parties, sans que la tradition réelle n'en ait été faite. Dès lors, le transfert de propriété ne dépend pas d'une tradition matérielle, mais d'une tradition civile. Par cette dernière, « la volonté de l'homme, aidée de toute la puissance de la loi, franchit toutes les distances, surmonte tous les obstacles, et devient présente partout, comme la loi même »¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome XIV, Paris, Videcoq, 1836, p. 113.*

¹⁶⁵ En vertu du premier alinéa de l'article 1582 du Code civil, « [l]a vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ». De même, selon l'article 1603 du Code civil, le vendeur « a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend ».

¹⁶⁶ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome XIV, Paris, Videcoq, 1836, p. 113.*

¹⁶⁷ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome XIV, Paris, Videcoq, 1836, p. 113.*

¹⁶⁸ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome XIV, Paris, Videcoq, 1836, p. 113.*

Ainsi, en application des dispositions de l'article 1138 du Code civil, dans la vente, l'article 1583 a consacré un mécanisme de transfert de propriété *solo consensu*. La propriété est transférée au moment de la conclusion du contrat de vente à l'issue d'exécution fictive d'une obligation de livrer la chose indépendamment d'une remise de la chose. Cependant, la portée de l'article 1583 est très limitée en raison de la nature de l'objet de la vente dont la possibilité du transfert de propriété instantané dépend.

63. La portée limitée de l'article 1583. Il convient de signaler que l'article 1583 ne s'applique qu'à la vente de choses existantes et déterminées. C'est dans ce sens que l'article 1585 du Code civil prévoit : « [L]orsque 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 ». Dans les hypothèses où les choses sont vendues au poids, au compte ou à la mesure, puisqu'au moment de la conclusion du contrat les choses vendues ne sont pas encore déterminées, le transfert de propriété ne peut avoir lieu immédiatement. Le transfert de propriété est donc dissocié de la conclusion du contrat de vente. Cette disposition repose sur une exigence du droit des biens : le transfert de propriété suppose une chose existante et déterminée¹⁶⁹. Il faut d'abord individualiser les choses vendues avant de réaliser le transfert de propriété. En revanche, faute de réalisation du transfert de propriété, le vendeur étant toujours propriétaire, il doit en supporter tous les risques. L'article 1585 déroge-t-il ainsi au mécanisme du transfert de propriété consacré par le Code civil ?

64. La concordance entre les articles 1583 et 1585. Si on retient toujours un mécanisme dualiste du transfert de propriété, la réponse à cette question doit être négative. En raison de la nature non-déterminée de l'objet de la vente, dans l'attente de la détermination de ce dernier, une exécution fictive de l'obligation de livrer sous-entendue à l'article 1853 n'opère pas le transfert de propriété. Pourtant, la délivrance de la chose vendue, tout en emportant l'individualisation, pourrait toujours aboutir à cet objectif, puisque cette délivrance vaut la *traditio* matérielle. Cette fois-ci, ce n'est pas une tradition civile, mais une véritable *traditio*. La règle selon laquelle la propriété se transfère par l'effet de l'obligation de livrer est donc bien respectée. En conséquence, au fond, les articles 1583 et 1585 sont concordants.

¹⁶⁹ Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. III, Les biens*, par Maurice PICARD, 2^e éd., LGDJ 1952, n° 622, p. 630.

Dans les situations prévues par l'article 1585, pour que la propriété des choses vendues soit transférée à l'acquéreur, le vendeur est tenu d'une obligation d'individualisation. Cette dernière consistant en un geste matériel, à savoir le mesurage selon l'article 1585, son inexécution ne peut être exclue. Cette inexécution fait corollairement obstacle à l'exécution de l'obligation de livrer la chose, laquelle n'est possible qu'après ou au moment de l'individualisation. Si c'est le cas, le transfert de propriété fait défaut. Dans ce cas de figure, en vertu de l'article 1585, « l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts ». Il s'agit d'une option offerte à la victime, en l'occurrence l'acheteur, entre une exécution forcée en nature ou par équivalent. Le remède consistant en une exécution forcée en nature est révélateur de l'influence de Pothier sur les rédacteurs du Code civil¹⁷⁰.

65. La concordance entre les articles 711 et 1138. D'après les analyses ci-dessus, l'article 1138 du Code civil et son application en matière de vente sont conformes à l'article 711 du même Code. Les principes posés à ces deux articles sont identiques : le transfert de propriété est réalisé par l'effet de l'exécution d'une obligation de livrer¹⁷¹. Fort de ce principe, on peut soutenir l'idée que la *traditio* romaine est en réalité maintenue dans le Code civil. Cette *traditio* serait le véritable mode d'acquisition de la propriété. À défaut, la propriété ne peut être transmise à l'acquéreur. Suivant cette approche, le transfert de propriété doit être réalisé en deux étapes. Tout d'abord, le vendeur et l'acheteur doivent conclure le contrat de vente, lequel produit leurs obligations réciproques dont l'obligation de livrer la chose vendue indiquée par l'article 1138 fait partie. Ensuite, le vendeur doit l'exécuter. La délivrance valant *traditio* et opérant le transfert de propriété, c'est au moyen d'une *traditio* fictive tenant lieu de *traditio* réelle que le transfert de propriété peut s'opérer dès l'échange des consentements, et par la volonté des parties. De cette manière, l'article 711 concorde avec l'article 1138.

Toutefois, il faut signaler que cette concordance dépend d'une confusion entre l'exécution de l'obligation de livrer et la *traditio* romaine. À la lecture des articles 1604, 1605, 1606 et 1607 du Code civil, relatifs à la définition de la délivrance et aux divers moyens de l'effectuer, on peut s'apercevoir clairement de l'existence de cette confusion dans le Code.

¹⁷⁰ Selon POTHIER, en cas d'inexécution de l'obligation de livrer, est possible une exécution forcée de l'obligation de livrer, car elle est assimilée à la *traditio* translative de propriété. V. *supra*. n° 40 et s.

¹⁷¹ Dans le même sens, voir Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Gaston LAGARDE, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations* 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1936, n° 318, p. 233.

66. La définition de la délivrance de l'article 1604 du Code civil. Suivant l'article 1604, « [l]a délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur ». Ici, la définition de Domat est reprise à la lettre, excepté le fait que par cette définition, ce qu'il entendait était non seulement la délivrance, mais également la tradition¹⁷². Puisque selon cet auteur, la délivrance vaut *traditio*, elle est de nature à réaliser le transfert de propriété sous certaines conditions¹⁷³. En revanche, si ces conditions font défaut, la délivrance ne transmet que la possession de la chose vendue. La preuve d'une telle confusion peut se retrouver dans l'énumération des moyens de délivrance prévus par le Code.

67. Les moyens d'effectuer la délivrance (art. 1605, 1606 et 1607). En vertu de l'article 1605 du Code civil, « [l]'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété ». La délivrance d'un immeuble se fait donc moyennant des traditions symboliques qui ont été souvent pratiquées sous l'Ancien Régime¹⁷⁴. Quant aux meubles, selon l'article 1606 du même Code, la délivrance des effets mobiliers s'opère : soit « par la tradition réelle »¹⁷⁵ ; soit « par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent » ; soit « par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre ». Il en ressort que la délivrance peut se réaliser de quatre manières : au moyen d'une tradition réelle, d'une tradition symbolique¹⁷⁶, d'une tradition feinte¹⁷⁷, ou d'une tradition de brève main du droit romain¹⁷⁸. S'agissant des droits incorporels, l'article 1607 prévoit directement que « [l]a tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur ». Ces dispositions ainsi précisées dévoilent l'influence du système retenu dans l'Ancien droit français qui assimilait la délivrance à la *traditio* romaine¹⁷⁹.

¹⁷² V. *supra*. n° 44-45.

¹⁷³ Par exemple, la qualité de propriétaire du vendeur pour Pothier, et le paiement du prix pour DOMAT, sont des conditions d'une tradition translatrice de propriété. V. *supra*. n° 45.

¹⁷⁴ V. *supra*. n° 49.

¹⁷⁵ Le terme « tradition réelle » a été employé dans le Code civil jusqu'en 2009, et puis a été remplacé par celui de « remise de la chose ». Cette modification est due à l'apparition de la Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

¹⁷⁶ V. *supra*. n° 49.

¹⁷⁷ V. *supra*. n° 50.

¹⁷⁸ V. *supra*. n° 27.

¹⁷⁹ L'objectif de cette assimilation était d'associer le transfert de propriété à l'exécution du contrat tout en gardant la *traditio* comme le mode de transfert de propriété. V. *supra*. n° 45.

68. Les modifications apportées par le Code civil au sujet du transfert de propriété et ses limites. Le Code civil de 1804 a poursuivi la simplification du processus de transfert de propriété qui commençait déjà dans l’Ancien droit français. En s’inspirant des idées reçues de l’Ancien Régime, les rédacteurs du Code civil ont apporté certaines innovations. Le transfert de propriété *solo consensu* a ainsi été érigé comme principe : la propriété se transmet dès l’échange des consentements des parties et en vertu de leur volonté. Le rôle de la volonté des parties est renforcé, dans la mesure où l’application d’une tradition civile a été généralisée dans tous les contrats translatifs de propriété. En outre, depuis le Code civil, l’insertion expresse dans le contrat d’une clause de tradition feinte est totalement inutile¹⁸⁰. Cependant, les traces d’une influence de l’Ancien droit français ne sont pas négligeables. En effet, « l’article 1138 ne semble pas bouleverser radicalement les principes anciens sur la tradition, au lieu de la déclarer désormais inutile, il la proclame opérée de plein droit, et il ne fait au reste que consacrer et convertir en règle un usage dont nous trouvons les traces jusque dans Pothier »¹⁸¹. De ces considérations, on doit reconnaître qu’en ce qui concerne le mécanisme du transfert de propriété, dans le fond, le Code civil n’a guère innové¹⁸².

Ne voulant pas se contenter de cette image du Code civil, certains auteurs ont donné aux dispositions du Code civil une portée théorique qu’elles n’avaient pas dans l’esprit de leurs concepteurs¹⁸³.

B. Le modèle moniste du transfert de propriété dû à une interprétation « infidèle »

69. Un modèle de transfert de propriété sans *traditio*. D’après les premiers commentateurs du Code civil de 1804¹⁸⁴, fictive ou non, la tradition, issue d’une

¹⁸⁰ Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Louis BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome premier, 3^e éd., Paris, L. Larose & L. Tenin, 1906, n° 366, p. 413.

¹⁸¹ Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de code Napoléon*, continué depuis l’article 980 par Édouard-Louis-Armand Colmet de Santerre, Tome 5, Paris, 1865, n° 55 bis, p. 75.

¹⁸² V. Claude BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, 1924, p. 45 ; Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de code Napoléon*, continué depuis l’article 980 par Édouard-Louis-Armand Colmet de Santerre, Tome 5, Paris, 1865, n° 55 bis, p. 75 ; Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Louis BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome premier, 3^e éd., Paris, L. Larose & L. Tenin, 1906, n° 364, p. 411 ; Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Gaston LAGARDE, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations* 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1936, n° 317, p. 233.

¹⁸³ François JACQUOT, *Du contrat de vente au droit de la vente (réflexion de théorie générale sur un contrat spécial)*, thèse Nancy II, dactyl., 1988, n° 66, p. 117 ; v aussi Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Gaston LAGARDE, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations* 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1936.

monarchie où subsistaient des vestiges du système féodal et du droit coutumier, a été et devait être supprimée par ce même Code. En outre, lorsque les codificateurs ont mis en place le système de transfert de la propriété *solo consensu*, ils ont mis corollairement un terme à la nécessité de procéder à la tradition¹⁸⁵. Ainsi, selon eux, le Code civil a consacré un nouveau mécanisme de transfert de propriété : la propriété est transférée par un contrat dit « translatif », devenant un nouveau mode d'acquisition de la propriété¹⁸⁶. Dès lors, la transmission de la propriété est devenue l'effet légal d'un contrat, ce en quoi consiste le contrat de vente par exemple. C'est sur ce fondement que ces auteurs affirment que les formulations du Code civil sont totalement nouvelles et originales. Cette approche est basée sur leurs interprétations de certaines dispositions du Code civil, notamment celles qui sont énoncées à son article 1138. Il convient alors de tracer le schéma de leur raisonnement.

70. Le transfert de propriété associé à l'obligation de *dare*. Comme l'on vient de l'expliquer, le mécanisme du transfert de propriété est régi par des règles générales communes à tous les contrats, posées aux articles 711 et 1138 du Code civil. Le premier prévoit que la propriété se transfère par l'effet des obligations tandis que le second vise spécifiquement l'effet translatif de l'obligation de livrer. Toutefois, l'article 1138 a été curieusement placé dans la deuxième section du Chapitre III « De l'effet des obligations » du Titre III du troisième Livre du Code civil. Il s'agit de la section « De l'obligation de donner ». Ici le mot « donner » est traduit à l'unanimité par la doctrine, non dans le sens de donation, mais dans le sens du terme latin *dare*, c'est-à-dire transférer la propriété¹⁸⁷. Cette structure du Code permettait aux auteurs de penser que, selon le Code civil, la propriété se transférait par l'effet d'une obligation de transférer la propriété¹⁸⁸. D'autant plus que, selon l'article 1136 du Code civil, une telle obligation de

¹⁸⁴ Par exemple, MARCADÉ et DURANTON. V. Victor-Napoléon Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, Tome III, 8^e éd., Paris : J. Delamotte, 1894 ; Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil, Traité de la vente et de l'échange*, 3^e éd., Paris : Toussaint, 1846, n° 19, p. 18.

¹⁸⁵ Natacha PRYBYS GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse dactyl Montpellier I, 1997, n° 166, p. 84.

¹⁸⁶ V. Victor-Napoléon MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, Tome III, 8^e éd., Paris : J. Delamotte, 1894, p. 4.

¹⁸⁷ Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil, Traité des obligations conventionnelles en général*, Tome premier, 3^e éd., Paris : Toussaint, 1846, n° 389, p. 403.

¹⁸⁸ Par exemple, v. Victor-Napoléon MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, Tome VI, 7^e éd., Paris : Delamotte et fils, 1875, p. 149 ; Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT,

.../...

donner « emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison [...] ». Par conséquent, l'obligation de livrer la chose mentionnée à l'article 1138 devrait être comprise comme l'obligation de *dare*. Il résulte d'une telle interprétation de l'article 1138 du Code civil que, par rapport au droit romain et à l'Ancien droit, le Code civil a innové. Dans un contrat ayant pour objet de transférer la propriété, la transmission de la propriété se réalise en règle générale par l'effet d'une obligation de *dare*. De plus, la disposition prévue par le Code civil, relative à la nullité de la vente de la chose d'autrui, semble venir confirmer l'innovation du Code ainsi analysée.

Le Code civil a posé à l'article 1599 une nouvelle règle : « [L]a vente de la chose d'autrui est nulle [...] ». Elle déroge à la solution traditionnellement adoptée par le droit romain¹⁸⁹ ainsi que par l'Ancien droit français¹⁹⁰. De cette règle, on peut déduire que la conclusion du contrat de vente donne naissance à une obligation de transférer la propriété à la charge du vendeur, et ce en vertu de l'adage « *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* » : nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même. DURANTON a constaté en ce sens qu'« à raison de la disposition de l'article 1599 [...], il n'est pas douteux que l'obligation du vendeur ne soit de conférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue [...] »¹⁹¹. Il convient maintenant d'analyser le fondement ainsi que les conséquences de cette innovation.

- 71. La nécessité du recours à l'obligation de *dare*.** En fait, le recours à l'obligation de *dare* résulte de l'apparition de la clause de « dessaisine-saisine ». Comme il a été démontré précédemment, lorsque cette clause a dématérialisé la *traditio* et ensuite l'a remplacée, il est devenu plus délicat de considérer la délivrance (ou l'exécution de l'obligation de livrer la chose) comme un mode de transmission de la propriété. Dans un premier temps, si la dématérialisation de la *traditio* est possible, on peut toujours se

Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Jean BRETHER DE LA GRESSAYE, *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, le louage des choses*, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n^o 18, p. 14.

¹⁸⁹ En droit romain, puisque la vente se dissociait du transfert de propriété, la vente de la chose d'autrui n'était pas frappée de nullité. D'autant plus que la qualité de propriétaire du vendeur n'était pas une condition de validité du contrat de vente. En revanche, elle était nécessaire à une *traditio* translatrice. Faute de quoi, il n'y eut qu'une *nuda traditio* destinée uniquement à la transmission de la possession de la chose vendue.

¹⁹⁰ Rappelons qu'en Ancien droit, le transfert de propriété était attaché à l'exécution de l'obligation de livrer la chose. En exécutant cette obligation, si le vendeur était propriétaire (ou avec la permission du véritable propriétaire), la *traditio* devenait translatrice ; sinon elle restait seulement une *nuda traditio*. De ce fait, en fonction de la qualité de propriétaire du vendeur, l'exécution du contrat de vente pouvait légalement avoir deux effets : soit translatif, soit non translatif. Quoi qu'il en soit, la vente demeurait toujours valable.

¹⁹¹ Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil, Traité de la vente et de l'échange*, 3^e éd., Paris : Toussaint, 1846, n^o 18, p. 18.

demander s'il est opportun de parler d'une « délivrance dématérialisée ». Dans un second temps, même s'il est possible d'envisager une exécution fictive de l'obligation de livrer, comme certains auteurs l'ont fait¹⁹², il reste pourtant difficile d'expliquer les deux conséquences différentes de l'exécution de cette même obligation : l'exécution fictive de l'obligation de livrer une chose peut réaliser le transfert de propriété, tandis que son exécution réelle n'entraîne que la transmission de la possession. En revanche, toutes ces difficultés semblent aplanies, lorsque l'on attache l'effet translatif du contrat à l'obligation de *dare*¹⁹³, une notion beaucoup plus abstraite par rapport à la délivrance. En même temps, les auteurs n'hésitent pas à recourir à la tradition feinte afin d'éclaircir l'exécution intellectuelle et instantanée de cette obligation¹⁹⁴.

Certes, cette solution peut être nécessaire, mais l'obligation de transférer la propriété n'a jamais été une obligation du vendeur, ni dans le droit romain, ni chez Pothier et Domat. Cela explique le fait qu'elle a dû encore se justifier par l'intermédiaire de l'obligation de livrer. D'où la raison d'être de l'article 1136 du Code civil¹⁹⁵. Raisonnant en ce sens, l'obligation de transférer la propriété sert ici à rendre plus intelligible le mécanisme du transfert de propriété hérité de l'Ancien Régime, sans pour autant le modifier. C'est pourquoi cette obligation n'a été évoquée nulle part dans le sixième Titre « De la vente » du Code civil. C'est aussi la raison pour laquelle, au lieu de parler spécifiquement d'une obligation de transférer la propriété du vendeur, les codificateurs, dans les articles 1582 et 1603, préféreraient mentionner seulement l'obligation de livrer la chose vendue pour définir la vente¹⁹⁶ et déterminer les engagements du vendeur¹⁹⁷. En

¹⁹² Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de code Napoléon*, continué depuis l'article 980 par Édouard-Louis-Armand Colmet de Santerre, Tome. 5, Paris, 1865, n° 55 bis, p. 75. Dans ce sens, voir les explications de MM. Jean-Pascal CHAZAL et Serge VICENTE : Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, n° 31, p. 493-494.

¹⁹³ Voir les explications de Antoine-Marie DEMANTE : « (les rédacteurs du Code civil) venaient de dire (art. 1136) : l'obligation de donner emporte celle de livrer ; et suivant toujours la même idée, ils ajoutent (art. 1138) : l'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement, c'est-à-dire cette obligation de livrer, qui découle de celle de donner, est accomplie, consommée, exécutée, par le seul consentement : le mot *parfait*, *perfecta*, qui signifie souvent née, formée, pouvant aussi bien s'entendre dans le sens d'accomplie ». Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de code Napoléon*, continué depuis l'article 980 par Édouard-Louis-Armand Colmet de Santerre, Tome. 5, Paris, 1865, n° 55 bis, p. 74-75.

¹⁹⁴ V. Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Louis BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome premier, 3^e éd., Paris, L. Larose & L. Tenin, 1906, n° 365, p. 415 ; Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Gaston LAGARDE, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations* 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1936, n° 319, p. 234.

¹⁹⁵ En vertu de cet article, « [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 ».

¹⁹⁶ L'aliéna premier de l'article 1582 énonce que « [l]a vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ».

revanche, comparer l'obligation de livrer de l'article 1138 du code civil à celle de *dare* risque de donner l'impression que le Code civil a provoqué une ambivalence sur sa signification, et ce notamment en matière de vente.

72. Une ambivalence sur la signification de l'obligation de livrer dans le Code civil.

Si l'on admet que l'article 1138 implique l'existence d'une obligation de *dare*, le transfert de propriété est donc attaché à son exécution. En appliquant cette règle dans la vente, l'obligation de livrer la chose devrait avoir une double signification. C'est de cette manière que DURANTON a constaté que : « [l']obligation du vendeur, de livrer la chose, n'est pas de la nature de celle d'un locateur, qui s'oblige aussi à livrer la chose louée au locataire pour que celle-ci puisse en jouir : elle est de lui livrer la chose pour qu'il l'ait à titre de propriété, afin d'en pouvoir disposer comme il l'entendra »¹⁹⁸. Ce n'était pourtant le cas ni en droit romain ni dans l'Ancien droit français¹⁹⁹. Selon Domat, Argou et Pothier, l'obligation de livrer se distinguait d'une obligation de transférer la propriété. Par cette obligation de livrer expressément indiquée dans les articles 1138, 1582, 1603, 1604, 1605 et 1606 du Code civil, les codificateurs n'entendaient-ils pas la même obligation que ces anciens maîtres du droit français ? L'interpréter directement comme une obligation de *dare rem* est loin d'être fidèle à l'esprit de ses rédacteurs. De plus, une telle interprétation rend ces articles précédemment mentionnés « ambigus », voire « défectueux »²⁰⁰. Mais pour les partisans d'un nouveau modèle de transfert de propriété, elle constitue la première étape vers l'abandon de l'ancien système : grâce à l'obligation de *dare*, le contrat de vente est dès lors susceptible de réaliser par lui-même le transfert de propriété.

73. L'innovation du Code civil sur la nature juridique de la vente. Si le transfert de propriété se réalise finalement par l'effet d'une obligation de *dare* née du contrat de vente, la définition de la vente doit être reformulée. En remplaçant l'obligation de livrer de l'article 1583 par celle de *dare*, la vente devient une convention par laquelle l'un s'oblige à transférer la propriété de la chose vendue et l'autre à la payer. Ici, une autre innovation de ce Code devrait être remarquée. Contrairement au droit romain et à

¹⁹⁷ À l'article 1603, les principales obligations du vendeur sont prévues de manière très claire : « [i]l a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend ».

¹⁹⁸ Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil, Traité de la vente et de l'échange*, 3^e éd., Paris : Toussaint, 1846, n° 17, p. 15.

¹⁹⁹ V. *supra*. n° 40 et s.

²⁰⁰ Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Louis BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome premier, 3^e éd., Paris, L. Larose & L. Tenin, 1906, n° 363, p. 410-411 ; Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Gaston LAGARDE, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations* 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1936.

l'Ancien droit français, engendrant une obligation de *dare*, le transfert de propriété est devenu l'élément essentiel du contrat de vente dans le Code civil. Par conséquent, la vente ne se limite plus à la transmission de la possession pleine et paisible car le transfert de propriété est devenu son objet, voire son unique but. On a pu voir se dessiner cette idée dans les travaux préparatoires du Code civil²⁰¹. À ce sujet, MARCADÉ a considéré que « cette ancienne nature du contrat de vente [...] a été répudiée par le Code, et c'est aujourd'hui la transmission de la propriété de la chose vendue qui fait l'objet du contrat de vente [...] »²⁰². En outre, la transmission de la propriété instantanée et sans défaillance vient confirmer l'idée d'une vente translatrice de propriété.

74. L'exécution instantanée de l'obligation de donner. Le recours à une tradition feinte et sous-jacente permet selon le Code civil de réaliser la transmission de la propriété instantanée, c'est-à-dire au moment même de la conclusion du contrat. Si l'on attache l'effet translatif du contrat à une obligation de transférer la propriété, celle-ci présente alors quelques spécificités. Elle est réputée exécutée par le seul consentement des parties à la vente. En outre, du fait de son exécution « intellectuelle », elle passe inaperçue et s'éteint au moment même de sa naissance. Néanmoins, tous ces caractères alimentent aussi les doutes relatifs à son utilité, voire à son existence²⁰³. Sur ces doutes est fondée l'idée que le transfert de propriété s'opère automatiquement sans avoir recours à aucune obligation.

75. La vente, le véritable mode du transfert de propriété. Ces innovations ainsi présentées permettent aux commentateurs du Code civil de prôner l'idée selon laquelle le Code a consacré un nouveau modèle de transfert de propriété. DEMOLOMBE a ainsi conclu que « la translation de la propriété s'opère par l'effet même de la convention »²⁰⁴. Seul est fondamental le consentement des parties pour transférer la

²⁰¹ Le tribun FAURE avait en effet estimé, dans son Rapport fait au Tribunal concernant le Titre sixième de la vente du Code civil, que la transmission de la propriété est l'objet même du contrat « Communication officielle au tribunal, Rapport fait par le tribun Faure ». Il en est de même dans la « Discussion devant le Corps législatif, Discours prononcé par le tribun GRENIER » portant sur le même Titre du Code civil, GRENIER avait considéré que l'unique but de la vente devait être de transférer la propriété. V. Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XII, Paris, Videcoq, 1836, p. 157 et p. 192.

²⁰² Victor-Napoléon MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, Tome VI, 7^e éd., Paris : Delamotte et fils, 1875, p. 149.

²⁰³ Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Louis BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome premier, 3^e éd., Paris, L. Larose & L. Tenin, 1906, n° 365, p. 412.

²⁰⁴ Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Tome XXIV, Auguste Durand & L. Hachette, 1877, n° 414.

propriété : ni l'obligation de donner, ni la *traditio* ne sont donc nécessaires. Dès lors, certains contrats, tels que la vente, l'échange et la donation, sont susceptibles de créer un effet légal supplémentaire : l'effet translatif. Ils sont eux-mêmes qualifiables de mode d'acquisition de la propriété. Il s'agit donc d'un mécanisme moniste du transfert de propriété. En matière de vente, la propriété est transmise par le contrat de vente dès sa conclusion, du moins, pour ce qui est de la vente d'un corps certain²⁰⁵. Ainsi, par rapport aux autres contrats, la vente se caractérise par une double nature : elle produit à la fois l'effet obligatoire et l'effet translatif de propriété. De ce fait, elle est non seulement créatrice d'obligations, mais également un mode du transfert de propriété. Encore convient-il d'analyser l'origine de cette approche.

76. L'origine du modèle moniste du transfert de propriété. En retraçant l'origine de l'effet translatif du contrat de vente, on constate que son apparition provient en fait d'une confusion, celle de deux consentements des parties à la vente dont les objectifs sont distincts. L'un consistant à s'engager l'une envers l'autre par une norme privée. L'autre, sous forme d'une tradition civile, consenti de façon sous-entendue dans le but de faciliter l'exécution de l'obligation de *dare* créée par certains contrats. Cette confusion existait déjà en droit romain lorsqu'une des *traditiones fictae* ²⁰⁶ furent utilisées dans la pratique. Il est vrai que « comme cette quasi-tradition pouvait accompagner la convention, on arrive à la confondre avec elle, et à dire, en se plaçant du point de vue des résultats pratiques, que la convention suffisait à transférer les droits réels »²⁰⁷. Mais comment cette confusion peut-elle être possible ?

À la fin de l'Ancien droit français, tout en insérant expressément la clause de dessaisine-saisine dans le contrat, les parties « convenaient de considérer la tradition

²⁰⁵ Selon Victor-Napoléon MARCADÉ, dans la vente d'un corps certain, la propriété est transférée immédiatement par l'effet direct de la convention elle-même. Cependant, lorsque l'objet de la vente n'est pas encore individuellement déterminé, le transfert de propriété s'opère par l'exécution de l'obligation de livrer la chose vendue, autrement dit, par la tradition de la chose. V. Victor-Napoléon MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, Tome III, 8^e éd., Paris : J. Delamotte, 1894, p. 3.

²⁰⁶ V. *supra*. n° 27.

²⁰⁷ Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de P. VOIRIN, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations* 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1936, n° 317, p. 232 ; Cette confusion entre l'effet personnel et l'effet réel du contrat de vente a également été constatée par Eugène GAUDEMET, lorsqu'il a critiqué l'article 1599 du Code civil concernant la nullité de la vente de la chose d'autrui. V. Eugène GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 2004, p. 103 et 104.

comme effectuée quoiqu'elle ne le fût pas »²⁰⁸. Par le biais d'une telle fiction, l'obligation de livrer était réputée exécutée dès la conclusion du contrat. Consécutivement à cette exécution, le vendeur était immédiatement dessaisi et l'acheteur investi. « En fait, si l'on envisage le résultat pratique obtenu sans tenir compte du procédé employé, la transmission du droit, bien que théoriquement distincte de la convention, se confond avec elle »²⁰⁹. Ainsi, la clause de tradition feinte ou de dessaisine-saisine, ayant pour effet de transférer la propriété, se confond donc avec le contrat de vente, ayant pour effet de produire les obligations réciproques des parties à la vente.

Le transfert immédiat de propriété, principe posé à l'article 1138 du Code civil français, contribue à maintenir cette confusion. Il en va ainsi, car grâce à ce principe, la réalisation du transfert de propriété et la conclusion du contrat sont concomitantes. D'autant plus que l'insertion expresse de la clause de tradition feinte, auparavant d'une utilisation très courante, est censée devenir non-nécessaire. Par conséquent, la clause de dessaisine-saisine « était devenue de style dans les actes constatant des conventions de transférer la propriété, de sorte que dans la réalité des faits, c'était le consentement des parties qui opérait ce transport, indépendamment de la tradition. De là à sous-entendre la clause de dessaisine-saisine dans tous les contrats ayant pour but la translation de la propriété, il n'y avait qu'un pas, et l'article 1138 l'a fait ainsi qu'on va la voir »²¹⁰.

Cependant, au regard de leurs buts et de leurs contenus respectifs, le consentement consistant à s'engager et la clause de « dessaisine-saisine » valant la *traditio*, ils s'avèrent être radicalement différents. L'objet de l'un est de créer le contrat qui tient lieu de loi pour ceux qui l'ont fait. Mais le rôle de la tradition civile est d'organiser de façon fictive une exécution de l'obligation de livrer qui est assimilée à la *traditio* romaine. L'un a donc pour finalité de créer les obligations et les droits réciproques entre les parties contractantes ; l'autre, d'établir une situation juridique de transfert de propriété par l'exécution du contrat. Au surplus, le consentement ayant pour finalité de s'engager l'un envers l'autre constitue l'élément essentiel de tous les contrats²¹¹, y

²⁰⁸ Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Gaston LAGARDE, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations* 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1936, n° 317, p. 232.

²⁰⁹ *Idem*.

²¹⁰ Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE et Louis BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome premier, 3^e éd., Paris, L. Larose & L. Tenin, 1906, n° 366, p. 413.

²¹¹ Les engagements sont l'essence du contrat, puisque selon la définition du contrat proposée par POTHIER : « l'espèce de convention qui a pour objet quelques engagements est celle qu'on appelle

.../...

compris le contrat de vente. En revanche, la tradition civile, consentie afin de réaliser le transfert de propriété, est nécessaire uniquement dans les contrats ayant pour effet de transférer la propriété. Cette confusion entre ces deux consentements respectifs dont les objectifs sont tout à fait différents, témoigne en réalité de la confusion entre le contrat proprement dit et son exécution. « Tout comme l'effet obligatoire, l'effet translatif est ainsi précipité au jour de la conclusion de l'acte, alors même que la production de cet effet utile relève naturellement de son exécution »²¹².

En droit positif français, le mécanisme moniste du transfert de propriété par l'effet du contrat est très répandu. Mais il faut reconnaître que le transfert de propriété par l'effet légal du contrat n'est ni supérieur ni plus évolué par rapport au transfert de propriété par le jeu de la tradition²¹³. En même temps, il ne faut pas perdre de vue quelques complexités inhérentes à l'adoption de ce modèle moniste du transfert de propriété. C'est pour les éviter que le droit chinois a choisi le mécanisme dualiste du transfert de propriété qui est, dans ses grandes lignes, d'inspiration allemande. Le modèle allemand du transfert de propriété est en effet analogue au système du droit chinois lui-même, d'après leur examen respectif.

SECTION III.

L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DU DROIT ALLEMAND

77. **Le mécanisme dualiste et abstrait du Code civil allemand.** Près d'un siècle après le Code civil français, le Code civil allemand de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch* ou BGB) a consacré un mécanisme spécifique du transfert de propriété. C'est un modèle dualiste et abstrait qui apparaît alors plus proche du droit romain que du droit français. En fait, ce mécanisme allemand a été établi par Savigny après avoir étudié et critiqué certaines doctrines relatives au modèle romain du transfert de propriété. Ce dernier, caractérisé par la nécessité d'un *titulus* et d'un *modus*, a été successivement adopté par le Code civil prussien en 1794 et le Code civil autrichien en 1811. Ainsi, il ne semble pas inutile de s'intéresser préalablement à ces deux codes ainsi qu'aux études qui furent déjà consacrées à cette institution romaine dans la mesure où ils ont contribué à la

contrat ». Définition citée par Jean-Louis GAZZANIGA. V. Jean-Louis GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, 1^e éd., PUF 1992, n° 98, p. 113.

²¹² François PEROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, Litec, Bibl. de droit de l'entreprise, 1988, n°12, p.12, cité par Sandrine DRAPIER, *Les contrats imparfaits*, éd., Presses Universités d'Aix-Marseille, 2001, n° 131, p. 163.

²¹³ Yvon LOUSSOUARN, *Le transfert de propriété par l'effet des contrats*, Cour doctorat de droit civil, Paris, 1969-1970, p. 12.

préparation d'un nouveau du système du BGB (§ 1). Une telle démarche conduira à la présentation du système consacré par le Code civil allemand en la matière qui est fondé sur la conception de Savigny (§ 2).

§ 1. LE MODÈLE DU TITULUS-MODUS DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ AVANT LA CODIFICATION DU CODE CIVIL ALLEMAND

78. Plan. En Allemagne, avant l'édification du Code civil, plusieurs lois, tels que les droits prussien et autrichien, avaient hérité du système du transfert de propriété du droit romain. Par exemple, selon le Code civil prussien et le Code civil autrichien, le transfert de propriété nécessitait à la fois un contrat et un mode d'acquisition de la propriété (A). Les apports de ces deux codes relatifs à ce modèle de transfert de propriété ne sont pas insignifiants. C'est pour cette raison que maintes études doctrinales concernant ledit modèle ont été menées (B).

A. Le modèle de transfert de propriété dans les Codes civils prussien et autrichien

79. Le modèle du *titulus-modus* du transfert de propriété du Code civil prussien. Le Code général des États prussiens (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* ou ALR) de 1794 a adopté le modèle de transfert de propriété du droit romain²¹⁴. Selon l'ALR, le transfert de propriété nécessitait deux éléments obligatoires : l'existence d'un titre ou *titulus*, et l'accomplissement d'un mode d'acquisition, ou *modus adquirendi*. Toutefois, par rapport au droit romain, l'ALR a proposé des définitions de ces deux éléments qui ont permis d'éclaircir la nature de ce mécanisme du transfert de propriété.

80. Le *modus*. S'agissant du *modus*, selon le §1 du Titre 9 du code précité, « les actes extérieurs par lesquels on acquiert la propriété, constituent les différents modes d'acquisition (*modus adquirendi*) »²¹⁵. À cette définition, le §3 du même titre de l'ALR a ajouté que « la prise de possession réelle est exigée pour l'acquisition de la propriété »²¹⁶. Cette prise de possession réelle fait en effet référence à la *traditio*, un des procédés d'acquisition de la propriété en droit romain. La combinaison de ces deux dispositions a permis de penser que la *traditio* romaine était considérée par l'ALR

²¹⁴ V. *supra*. n° 23 et s.

²¹⁵ Le §1 du titre 9 de l'ALR : « *Die äußeren Handlungen, durch welche das Eigenthum erworben wird, bestimmen die verschiedenen Erwerbungsarten. (Modus acquirendi)* ».

²¹⁶ Le §3 du titre 9 de l'ALR « *Zur Erwerbung des Eigenthums wird die Besitznehmung erfordert.* (Tit. VII. §. 43 sqq) ».

comme un mode d'acquisition tant pour les meubles que pour les immeubles. Par conséquent, en raison de la nécessité de la *traditio*, ledit mécanisme fut qualifié de modèle dualiste de transfert de propriété. En outre, tout comme le droit romain, selon l'ALR, le transfert de propriété devait être justifié par une *justa causa* ou un *titulus*²¹⁷.

81. Le *titulus*. Quant au *titulus*, il « est appelé le titre de propriété, (c'est) le fondement légal en vertu duquel des actes extérieurs ont le pouvoir de permettre l'acquisition de la propriété»²¹⁸. De cette disposition, il ressort que le *titulus* ainsi défini était en effet la *justa causa* du droit romain, en vertu de laquelle la *traditio* pouvait opérer le transfert de propriété. Dans le premier Livre de l'ALR, les dispositions relatives à la vente sont énoncées dans la première Section du onzième Titre étant intitulé « Des titres d'acquisition de la propriété fondés sur des contrats entre vifs »²¹⁹. Le contrat de vente, défini par l'ALR comme « un contrat par lequel une des parties s'oblige à céder la propriété d'une chose, et l'autre à payer à cet effet une somme déterminée »²²⁰, pouvait donc être considéré comme un titre d'acquisition de la propriété, ou un *titulus*. Il en résulte qu'en tant que fondement légal du transfert de propriété, la vente servait de cause d'aliénation. Une telle solution correspondait à la doctrine causale du transfert de propriété. Rappelons qu'en droit romain, la *justa causa* consistant en une volonté d'aliéner de la part de l'aliénateur et d'acquérir de la part de l'acquéreur, elle justifiait et conditionnait l'effet translatif de la *traditio*²²¹. Si cette volonté était considérée comme absorbée dans le contrat de vente qui motivait et déterminait la *traditio*, cette *justa causa* n'était rien d'autre que la vente²²². C'est ainsi que cette dernière pouvait alors être considérée comme le fondement légal du transfert de propriété. Par voie de conséquence, l'efficacité du transfert de propriété dépendait de la validité du *titulus*²²³, faute de quoi la prise de possession réelle qui, au regard des §1 et §3 du titre 9 de l'ALR était indispensable au transfert de propriété, ne pouvait avoir d'effet translatif. En

²¹⁷ V. *supra*. n° 31 et s.

²¹⁸ Le § 2 du titre 9 de l'ALR : « *Der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese äußeren Handlungen die Kraft haben, daß dadurch das Eigenthum erworben werden kann, wird der Titel des Eigenthums genannt* ».

²¹⁹ *Eilfter Titel (Onzième Titre) : Von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums unter Lebendigen*.

²²⁰ V. §1 de la première section du onzième titre du premier Livre de l'ALR « *Das Kaufgeschäfte ist ein Vertrag, wodurch der eine Contrahent zur Abtretung des Eigenthums einer Sache, und der andre zur Erlegung einer bestimmten Geldsumme dafür sich verpflichtet* ».

²²¹ V. *supra*. n° 30.

²²² V. *supra*. n° 30-33.

²²³ Didier LUZEAUX, *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemande*, thèse dactyl, Paris II, 1994, n° 4, p. 12.

somme, lorsque le *titulus* était considéré comme la cause du *modus*, on était en présence d'un modèle causal du transfert de propriété.

82. Le modèle identique du transfert de propriété dans le Code civil autrichien (ABGB) de 1811. Le Code civil autrichien a adopté le même mécanisme de transfert de propriété que le Code civil prussien. En vertu de l'article 380 de l'ABGB, « [o]n ne peut acquérir aucune propriété sans titre et sans mode légal d'acquisition »²²⁴. Le chapitre XXIV du Livre II de la deuxième Partie de l'ABGB a énoncé des dispositions concernant le contrat de vente. Ces dernières précisaient également le mécanisme de transfert de propriété dans la vente. Selon l'article 1053 dudit Code, « [l]e contrat de vente est un contrat par lequel une personne cède à une autre une chose moyennant une somme d'argent déterminée. Comme l'échange, la vente est un des titres d'acquisition de la propriété. L'acquisition ne se réalise que par la *traditio* romaine de l'objet de la vente. Jusqu'à la *traditio*, le vendeur conserve son droit de propriété »²²⁵. Ainsi, la vente, titre d'acquisition de la propriété, et la *traditio*, mode légal d'acquisition, constituaient les deux conditions cumulatives au transfert de propriété.

Avant l'élaboration du Code civil allemand, le modèle du *titulus-modus* du transfert de propriété exerçait une grande influence en Allemagne. Mais il faisait aussi l'objet de nombreuses études doctrinales. De plus, étant maintenu par l'ABGB actuellement en vigueur, ce modèle revêt aujourd'hui encore une grande importance. Ceci non seulement parce qu'il demeure à l'origine des systèmes français et allemand, mais aussi parce qu'il se place en position médiane entre eux²²⁶.

B. Les doctrines consacrées au modèle du *titulus-modus* du transfert de propriété

83. Les études sur le modèle romain de transfert de propriété. Le modèle du *titulus-modus* a attiré l'attention d'un grand nombre d'auteurs²²⁷, parmi lesquels on note en

²²⁴ V. *Code civil général autrichien, Traduit de l'allemand* par Michiel DOUCET, Paris : Éditions A. PÉDONE, 1947, p. 86. Cet article se trouve dans le chapitre III du Livre premier de la deuxième Partie du Code.

²²⁵ V. *Code civil général autrichien, Traduit de l'allemand* par Michiel DOUCET, Paris : Éditions A. PÉDONE, 1947, p. 175.

²²⁶ René-Marie RAMPÉLBERG, « La vente est-elle translative de la propriété ? Variations franco-germaniques sur un thème romain », *Rev. d'hist. des Fac. de droit et de la science juridique*, 1998/19, p. 49 et 51.

²²⁷ Parmi eux, Hugo GROTIUS, (1583-1645), Gustav Hugo (1764-1844), Christian Friedrich von GLÜCK (1781-1832), Friedrich Carl von SAVIGNY (1779-1861) sont fréquemment cités par la doctrine chinoise. V. ShiYong TIAN, *La recherche sur l'acte réel de disposition, étude comparée sur le transfert de propriété entre les droits allemand et chinois*, (son intitulé allemand est suivant : *Das Dingliche Rechtsgeschäfte, Insbesondere im Vergleich zwischen dem Eigentumserwerb im Chinesischen und*

.../...

particulier Christian Friedrich von Glück et Gustav Hugo, sans pour autant oublier Hugo Grotius. Ce fut en fondant sa réflexion sur les travaux de ces auteurs que Friedrich Carl von Savigny, « père du Code civil allemand »²²⁸, a édifié sa nouvelle théorie relative à la conception du mode de transfert de propriété. Les principales approches de ces auteurs concernant le mécanisme de transfert de propriété méritent donc que l'on s'y arrête.

84. La mise en valeur de l'importance du consentement des parties à la vente dans le transfert de propriété. Hugo Grotius, fondateur de l'École du droit naturel, accordait une grande attention au mécanisme dualiste du transfert de propriété en droit romain. La contribution de Grotius tient au fait qu'il mettait en valeur l'importance du rôle du consentement des parties dans la transmission de la propriété. Quant à lui, selon le droit naturel, la volonté des parties suffisait non seulement à créer le contrat de vente, mais aussi à transférer la propriété²²⁹. Conformément au droit romain, la propriété devait se transmettre en vertu d'une cause légale qui résidait dans l'accord des parties à la vente sur l'aliénation et l'acquisition. De cette constatation, Grotius a déduit que cette volonté devait être considérée comme la cause efficiente sans laquelle aucune aliénation n'était possible²³⁰. Toujours selon le même auteur, en s'opposant à la possession, la propriété était une *res juris*²³¹, un droit sur la chose : il n'y avait alors aucune raison pour ne pas admettre le transfert de la propriété par le seul consentement des parties²³². L'influence de l'École du droit naturel fut considérable dans l'évolution historique du droit allemand²³³. Sur le plan du droit privé, « elle a forgé les notions fondamentales de

Deutschen Recht) Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 2002 ; YiTao ZHAO, *La distinction entre l'acte créateur d'obligations et l'acte de disposition en droit allemand*, Édition de Droit 2006.

²²⁸ Didier LUZEAUX, *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Paris II, 1994.

²²⁹ V. Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 397, p. 607 ; Claude BUFNOIR, *Propriété et contrat, Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Paris, 1924, p. 41.

²³⁰ V. YiTao ZHAO, *La distinction entre l'acte créateur d'obligations et l'acte de disposition en droit allemand*, Édition de Droit 2006, p. 60.

²³¹ Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 397 p. 607.

²³² Claude BUFNOIR, *Propriété et contrat, Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Paris, 1924, p. 41. Cependant, Grotius précise que si en vertu du droit naturel, le transfert de propriété ne nécessite pas une *traditio*, cette dernière peut être énoncée par les lois civiles comme une modalité d'aliénation. V. Julien DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété - Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, thèse Paris I, LGDJ 2014, n° 72-73, p. 50.

²³³ V. Claude WITZ, *Droit privé allemand, I. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec 1992, n° 22 et s, p. 23 et s.

déclaration de volonté, d'acte juridique et de droit subjectif » du droit civil allemand²³⁴, autant de notions qui seront étudiées plus loin dans nos développements.

85. Les précisions de Glück relatives au modèle du *titulus-modus*. Christian Friedrich von Glück consacrait une analyse très précise au sujet du modèle du *titulus-modus* de transfert de propriété prévu par le Code civil prussien. Tout d'abord, l'auteur constatait qu'en matière de vente, le contrat - *titulus* ou la juste cause - et le mode d'acquisition, la « *traditio* », constituaient deux éléments nécessaires au transfert de propriété. Contrairement au premier élément dit « intentionnel », le deuxième était matériel, car il consistait en un simple fait : la remise de la possession réelle²³⁵. Glück a ensuite donné des explications concernant les rapports entre ces deux éléments. Selon lui, si l'effet translatif de la *traditio* trouvait son fondement dans le *titulus*, c'est parce que selon l'ALR, la vente créait à la charge de l'aliénateur une *obligatio*²³⁶, celle de transférer la propriété²³⁷. Cette obligation était elle-même traduite comme une créance de donner en faveur de l'acquéreur. En effet, c'est en vertu de cette obligation de *dare* ou de cette créance de donner que la *traditio*, consistant en la remise de la chose, pouvait réaliser le transfert de propriété. Ces considérations ont donc permis à cet auteur de conclure que si la vente servait de cause au transfert de propriété, c'était parce que le vendeur s'y obligeait. Suivant cette logique, la nullité du contrat de vente rejaillissait sur l'efficacité de la transmission de la propriété, bien que l'objet de la vente ait déjà été remis à l'acheteur. Dès lors, le *titulus* et le *modus*, sont non seulement cumulatifs mais également interdépendants ; cela dit, la vente fournissait la cause à la tradition et la *traditio* avait pour finalité de l'exécuter. En faisant sienne la doctrine du *titulus* et du *modus* ainsi précisée, Gustav Hugo s'est attaché à l'étude sur la dissociation de ces deux éléments.

86. La séparation entre la cause légale et le mode d'acquisition, théorie initiée par Gustav Hugo. Après avoir étudié « Les Institutes » de Gaius dont le plan était tripartite - la personne, la chose et l'action - Gustav Hugo a considéré qu'il fallait

²³⁴ V. Claude WITZ, *Droit privé allemand, I. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec 1992, n° 24, p. 25.

²³⁵ Christian Friedrich von Glück (1755-1831), *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld : ein Commentar*, Bd. 8, Erlangen, 1807, s. 83. (Cité par YiTao ZHAO, *La distinction entre l'acte créateur d'obligations et l'acte de disposition en droit allemand*, Édition de Droit 2006, p. 60).

²³⁶ Christian Friedrich von Glück (1755-1831), *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld : ein Commentar*, Bd. 8, Erlangen, 1807, s. 86. (Cité par YiTao ZHAO, *La distinction entre l'acte créateur d'obligations et l'acte de disposition en droit allemand*, Édition de Droit 2006, p. 60).

²³⁷ V. *supra*. n° 79 et s.

également distinguer le droit des obligations du droit portant sur la chose (*jura in re*)²³⁸. S'appuyant sur cette assertion, l'auteur s'efforçât de définir le contrat obligatoire : lequel servant uniquement à créer des obligations entre les parties contractantes, liées par ce dernier. D'où le fait que les droits créés par le contrat, traduits également par les rapports entre les contractants, restaient personnels. Ils se distinguaient radicalement de ceux appelés *jura in re*, ou droits réels. De cette manière, le contrat de vente, bien qu'étant le fondement juridique du transfert de propriété, se séparait de la tradition, en tant que mode d'acquisition de la propriété²³⁹, car ce contrat obligatoire ne pouvait en aucun cas produire un effet réel. En d'autres termes, en vertu de leurs effets respectifs et distincts, le *titulus* se dissociait du *modus*. Le premier était un acte qui puisait sa force obligatoire dans la volonté des parties, et le deuxième, un simple fait. Cette opinion correspondait à la théorie classique du droit romain relative à la disjonction entre le contrat de vente et le transfert de propriété²⁴⁰. Le contrat de vente, créateur d'obligations et de rapports obligatoires entre les parties contractantes, ne pouvait alors avoir vocation à créer, modifier ou transférer un droit portant sur la chose, tel que la propriété. Et cette disjonction s'expliquait d'autant plus qu'en droit romain, la validité du contrat et l'efficacité du transfert de propriété dépendaient toutes les deux de conditions différentes²⁴¹. Ici l'on a déjà pu voir poindre le principe de séparation, finalisé postérieurement par Savigny, consistant à distinguer les actes créateurs d'obligations des actes transférant la propriété²⁴².

Une telle présentation des dispositions des Codes civils prussien et autrichien ainsi que des études doctrinales relatives au modèle *titulus-modus* du transfert de propriété servent à éclairer le mécanisme plus évolué du transfert de propriété qui est finalement mis en place par le Code civil allemand.

²³⁸ La précision de cette distinction, v. Julien DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété - Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, thèse Paris I, LGDJ 2014, n° 207-n° 208, p. 112-113.

²³⁹ ShiYong TIAN, *La recherche sur l'acte réel de disposition, étude comparée sur le transfert de propriété entre les droits allemand et chinois*, (son intitulé allemand est suivant : *Das Dingliche Rechtsgeschäfte, Insbesondere im Vergleich zwischen dem Eigentumserwerb im Chinesischen und Deutschen Recht*) Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 2002, p. 58.

²⁴⁰ V. *supra*. n° 24.

²⁴¹ Par exemple, la vente de la chose d'autrui était valable en droit romain, mais le titre de propriété était toujours une condition du transfert de propriété.

²⁴² Horst Heinrich JAKOBS, (cité par ShiYong TIAN, *La recherche sur l'acte réel de disposition, étude comparée sur le transfert de propriété entre les droits allemand et chinois*, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 2002, p. 58).

§ 2. LE MÉCANISME DUALISTE ET ABSTRAIT DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ DU CODE CIVIL ALLEMAND

87. Plan. Le modèle dit *titulus-modus* du transfert de propriété fut la source d'inspiration des auteurs allemands dans leur quête d'un mécanisme de transfert de propriété plus raffiné. En critiquant le mécanisme du transfert de propriété adopté par l'ALR et l'ABGB, ainsi que les études dont celui-ci faisait l'objet, Savigny a achevé une nouvelle conception du mode de transfert de propriété (A). Cette dernière a finalement été mise en place dans le Code civil allemand (B).

A. L'apparition de la doctrine du mécanisme dualiste et abstrait de transfert de propriété

88. La nouvelle conception du mode de transfert de propriété de Savigny. Le modèle de transfert de propriété consacré par le Code civil allemand de 1900 peut en effet s'expliquer par l'influence de Carl von Savigny. Romaniste et fondateur de l'École historique du droit, Savigny a consacré son temps à l'étude des textes du droit romain et du droit en vigueur. À son époque, l'histoire du droit et l'étude du droit en vigueur étaient identiques, ceci d'autant plus qu'une partie de l'Allemagne était restée soumise au droit romain²⁴³. Savigny, s'inspirant des travaux des auteurs éminents en matière de droit romain, ou bien de droits contemporains de son époque, a apporté une nouvelle conception du mode de transfert de propriété. Cependant, la conclusion de Savigny n'a rien de mystérieux si l'on suit la méthodologie employée par l'auteur. Il reste à démontrer comment a pris forme sa réflexion.

89. Les critiques de Savigny relatives au modèle *titulus-modus* du transfert de propriété. La réflexion de Savigny est née d'un examen critique du modèle du *titulus-modus* de transfert de propriété de l'ALR. L'auteur considérait alors que l'acquisition de la propriété pouvait parfaitement se réaliser sans recours à aucun *titulus*. Selon Savigny, lorsque l'on faisait l'aumône à un mendiant, aucun contrat ayant pour but de transmettre la propriété d'une pièce d'argent à ce mendiant n'existait préalablement. Les critiques de Savigny visaient directement l'approche de Glück présentée précédemment²⁴⁴. Pour en revenir à l'exemple donné par Savigny, « la propriété de la pièce de monnaie est certainement transmise par tradition, et cependant on n'aperçoit aucune obligation, ni

²⁴³ Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 223.

²⁴⁴ V. Friedrich Carl von SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Réédition de l'ouvrage imprimé en 1873, Tome II, LGDJ 2012, p. 361. L'auteur a constaté à juste titre qu'« il existe des cas de tradition incontestablement efficace, où l'on ne trouve aucune trace d'obligation ».

antérieure, ni postérieure »²⁴⁵. Il en va de même en cas d'acquisition de la propriété par occupation. En l'occurrence, la seule prise de possession était nécessaire et aucun contrat préalablement conclu n'était exigé. C'est cette prise de possession qui réalise l'acquisition²⁴⁶. De ces considérations, Savigny a conclu que le *modus acquirendi*, ou la tradition, constituait le seul élément nécessaire au transfert de propriété. Bien qu'il soit possible de penser que le fondement légal sur lequel l'acquisition de la propriété par l'occupation se basait, était la loi en elle-même, celle-ci ne pouvait être considérée comme le *titulus* au sens de l'ALR²⁴⁷. Les critiques de Savigny ainsi que sa théorie étaient donc strictement fondées sur une méthode logique et scientifique.

90. La méthode inductive de Savigny. Savigny avait délibérément choisi ces deux exemples pour argumenter son point de vue. L'une consistait en l'acquisition de la propriété par un mode originaire d'acquisition, l'autre, par un mode dérivé mais dans une situation atypique²⁴⁸. Cette démarche relevait de la méthode inductive²⁴⁹. La doctrine du *titulus-modus* s'était également fondée sur une induction. Il était vrai que, dans la plupart des cas, le transfert de propriété s'opérait consécutivement à la conclusion d'un contrat dont le but poursuivi par les contractants résidait dans la transmission de la propriété. Tel était alors le cas d'un contrat de vente ou d'une donation. Cependant, les deux exceptions mentionnées par Savigny lui permettaient de mettre la doctrine du *titulus-modus* en doute et d'établir une approche contraire. De cette sorte, il a conclu que le *titulus* n'était pas indispensable au transfert de propriété et que pour atteindre cet objectif, le seul *modus* était suffisant. À noter que la méthode empruntée par Savigny correspondait tout à fait à la science juridique des concepts (*Begriffsjurisprudenz*), très répandue en Allemagne²⁵⁰. Cette science des concepts exige que tous les problèmes susceptibles de se poser doivent être résolus à l'aide d'une seule

²⁴⁵ Friedrich Carl von SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Réédition de l'ouvrage imprimé en 1873, Tome II, LGDJ 2012, p. 361.

²⁴⁶ Didier LUZEAUX, *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Paris II, 1994, n° 26, p. 26.

²⁴⁷ Didier LUZEAUX, *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Paris II, 1994, n° 26, p. 26.

²⁴⁸ La distinction entre les modes originaires d'acquisition et les modes dérivés peut remonter au droit romain. V. *supra*. n° 22 et s.

²⁴⁹ L'induction est « le processus intellectuel, qui fonde des généralisations sur des faits observés, des cas individuels, et qui remonte de la connaissance des faits à celle des lois qui les régissent ». Michel BLAY, *Dictionnaire des concepts philosophiques*, Larousse et CNRS, 2006, v. l'Induction.

²⁵⁰ La science des concepts a été fondée par PUCHTA, développée par JHERING, et défendue par WINDSCHEID. V. Claude WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec 1992, n° 61, p. 62 et 63.

construction conceptuelle²⁵¹. Concernant la doctrine du *titulus-modus*, la théorie de Savigny permettait d'apporter une solution à la situation la plus complexe et de construire une analyse à très large portée²⁵², d'où le succès de la thèse de Savigny.

91. Le rattachement du *modus* de transfert de propriété à la *justa causa*. Comme nous venons de le mentionner, selon Savigny, le seul *modus*, c'est-à-dire le mode d'acquisition, pouvait opérer le transfert de propriété indépendamment d'un *titulus*. Toutefois, cela ne signifiait pas pour autant qu'une seule remise de la chose aurait suffi au transfert de propriété. En faisant respecter le droit romain, l'auteur subordonnait l'effet translatif du *modus* à l'exigence d'une *justa causa*²⁵³. Il a considéré que « la tradition transfèr[ait] la propriété par la volonté concordante des deux parties contractantes, mais non pas sans cette volonté »²⁵⁴. Ici, la pleine efficacité de l'*animus transferendi dominii* (la volonté sur le transfert de propriété) se voyait reconnue par l'auteur. Cela faisait sans doute écho à la philosophie consensualiste de l'École du droit naturel, explicitement expliquée par Grotius²⁵⁵. Cependant, contrairement aux auteurs soutenant le modèle du *titulus-modus* de transfert de propriété, Savigny retenait quant à lui que cette *justa causa* ne consistait pas en une obligation à la charge de l'aliénateur²⁵⁶. Elle ne pouvait non plus être cherchée dans le contrat préalablement conclu, voire confondue avec celui-ci, surtout dans les circonstances où aucun contrat n'existait antérieurement. La vraie signification de la *justa causa*, selon lui, étant un accord de volontés des deux parties sur la transmission de la propriété exprimée au moment même de la *traditio*²⁵⁷. Précisément, dans la vente, c'est cette intention d'aliéner et d'acquérir, manifestée à travers la remise de la possession de la chose à l'acquéreur, et non le contrat de vente qui sert de cause motrice au transfert de propriété et le réalise alors. Ce faisant, Savigny a conclu que le transfert de propriété était soumis à deux conditions indispensables : tout d'abord, il fallait manifester la volonté réciproque des deux parties,

²⁵¹ Didier LUZEAUX, *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Paris II, 1994, n° 27, p. 27.

²⁵² Didier LUZEAUX, *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Paris II, 1994, n° 27, p. 27.

²⁵³ V. *supra*. n° 30-34.

²⁵⁴ Friedrich Carl von SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Réédition de l'ouvrage imprimé en 1873, Tome II, LGDJ 2012, p. 361.

²⁵⁵ V. *supra*. la contribution de GROTIUS au système du *titulus-modus* du transfert de propriété, n° 84.

²⁵⁶ Friedrich Carl von SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Réédition de l'ouvrage imprimé en 1873, Tome II, LGDJ 2012, p. 361.

²⁵⁷ Friedrich Carl von SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Réédition de l'ouvrage imprimé en 1873, Tome II, LGDJ 2012, p. 361.

l'une sur l'aliénation et l'autre sur l'acquisition et ensuite, réaliser la *traditio*. D'après Savigny, étant strictement tributaire de cette *justa causa*, la tradition devenait elle-même une convention tendant au transfert de propriété, c'est-à-dire une convention réelle (*dingliche Vertrag*)²⁵⁸. Ainsi, une nouvelle conception du mode de transfert de propriété a vu le jour.

92. La tradition transformée en une convention tendant au transfert de propriété.

Dans son célèbre ouvrage, intitulé « *System des heutigen römischen Rechts* », Savigny expliquait sa nouvelle conception du mode de transfert de propriété : « la *traditio* est un véritable contrat distinct de la vente »²⁵⁹. Une telle conclusion a été tirée au terme d'une analyse purement conceptuelle. Selon la définition de Savigny, « [u]ne convention est l'accord de plusieurs parties qui déterminent par une manifestation de volonté commune leur relation juridique »²⁶⁰. L'auteur avait alors précisé que : « dans le droit privé la convention peut s'appliquer déterminément à toutes les parties de ce droit : aux rapports de famille aussi bien qu'aux droits réels et aux obligations »²⁶¹. La *traditio* romaine correspondait tout à fait à tout critérium de la convention ainsi définie. Dans un premier temps, elle ne pouvait se séparer de sa cause. Comme l'on vient de le préciser, Savigny a admis que la *traditio*, en tant que *modus acquirendi*, nécessitait impérativement l'accord de volontés des parties pour réaliser la transmission de la propriété. Cet accord de volontés pouvait se manifester uniquement au moment de la tradition, dans la mesure où il fut rattaché par l'auteur à la tradition et comme se détachant complètement du contrat conclu antérieurement. À défaut, l'on ne pouvait parler d'un mode de transfert de propriété, mais d'une simple remise matérielle de la chose. Dans un second temps, c'est justement cet accord qui a déterminé les rapports juridiques entre l'aliénateur et l'acquéreur. En l'occurrence, il les a modifiés : par leur volonté, l'aliénateur perdait son titre de propriété pour que l'acquéreur le reçoive. Si la définition de la convention fournie par Savigny constituait les prémisses majeures d'un syllogisme, celle de la

²⁵⁸ Le terme en allemand « *Vertrag* » signifie la convention ou le traité, soit international, soit privé. Un *Vertrag* en général comprend des conventions productrices d'obligations (*obligatorische Vertrag*) qui sont des contrats au sens du droit français. V. Friedrich Carl von SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Réédition de l'ouvrage imprimé en 1873, Tome II, LGDJ 2012, p. 253, note n° 158 des traducteurs de cet ouvrage.

²⁵⁹ Didier LUZEAUX, *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Paris II, 1994, n° 31, p. 31 ; V aussi, Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 224.

²⁶⁰ Friedrich Carl von SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Réédition de l'ouvrage imprimé en 1873, Tome II, LGDJ 2012, p. 254.

²⁶¹ Friedrich Carl von SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Réédition de l'ouvrage imprimé en 1873, Tome II, LGDJ 2012, p. 254.

tradition en fut la mineure. La conclusion qui a pu en être tirée est que « [c]haque tradition est par nature un véritable contrat dont la juste cause n'est rien d'autre que ce contrat lui-même [...], c'est un véritable contrat du droit des biens »²⁶². Ainsi, le mode d'acquisition, un simple fait chez Grotius, Gustav Hugo et Christian Friedrich von Glück²⁶³, a été transformé par Savigny en une convention tendant au transfert de propriété. L'impact de cette nouvelle conception de la tradition sur le mécanisme du transfert de propriété est inéluctable.

93. Le modèle séparatiste et abstrait du transfert de propriété établi par Savigny.

Mettant en application la nouvelle conception de la tradition, un mécanisme du transfert de propriété séparatiste et abstrait s'est alors dessiné. En premier lieu, Savigny avait attiré l'attention sur la séparation entre le contrat de vente et la tradition. Il avait même précisé que « [l]a tradition même est donc une véritable convention ; seulement ce n'est pas une convention obligatoire, mais bien réelle ; il faut la bien distinguer de la convention obligatoire (vente, échange, etc.) [...] »²⁶⁴. Ce point de vue rejoignait déjà la thèse de Gustav Hugo que l'on a présentée précédemment. Concrètement, à l'occasion de la vente, le contrat de vente a pour effet de créer des obligations : le vendeur s'oblige ainsi envers l'acheteur à transférer la propriété et à livrer la chose ; ce dernier s'engageant réciproquement à en payer le prix. La vente en elle seule ne peut réaliser le transfert de propriété. Pour que la propriété soit transférée, la mise en œuvre d'un mode d'acquisition est donc obligatoire. Cela suppose la conclusion d'un contrat de transfert de propriété qui est distinct de la vente. Par la volonté des parties manifestée dans ce deuxième contrat dénommé « réel », en réalisant la tradition, la propriété se transmet. En raison de cette distinction, le modèle de transfert de propriété ainsi mentionné a été considéré comme étant « séparatiste »²⁶⁵. D'où on peut tirer deux conséquences : le contrat de vente, contrat obligatoire, se sépare du contrat réel, la tradition et, corollairement l'effet obligatoire se sépare de l'effet réel et translatif de propriété.

En outre, cette séparation a conduit à la nature abstraite du transfert de propriété. Ayant été regardée comme un contrat réel de transfert de propriété, la tradition s'est

²⁶² Wilhelm FELGENTRAEGER, *Friedrich Carl von Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre*, Göttingen, 1927, p. 34. (Cité par Didier LUZEAUX, *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Paris II, 1994, n° 27, p. 26).

²⁶³ V. *supra*. note n°33.

²⁶⁴ Friedrich Carl von SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Réédition de l'ouvrage imprimé en 1873, Tome II, LGDJ 2012, p. 361, note n° 572.

²⁶⁵ Simon AUBIN, *Le transfert de propriété dans la vente internationale de meubles corporels. Étude de droit comparé et de droit international privé*, thèse Rennes 2002, n° 22, p. 38.

alors complètement détachée du contrat de vente. L'effet translatif de la tradition dépendait uniquement d'un accord de volontés des parties exprimé dans le contrat réel au moment de la tradition. *A contrario*, il ne dépendait pas du contrat de vente qui a été conclu antérieurement à la tradition. Partant de ce principe, la validité du contrat ne peut rejaillir sur l'efficacité de la tradition qui a été régulièrement réalisée. Par exemple dans la vente, si la propriété de la chose vendue a été transmise au profit de l'acquéreur, à la suite d'une tradition justifiée par un commun accord des parties sur le transfert de propriété, le transfert de propriété réalisé ne sera pas anéanti, même si le contrat de vente est entaché de nullité postérieurement à celui-ci. Sur ce point, Savigny ne fait que rappeler les approches des romanistes qui soutenaient la nature abstraite du modèle romain du transfert de propriété²⁶⁶.

- 94. L'influence de la nouvelle conception du mode de transfert de propriété sur le Code civil allemand.** En raison de sa méthodologie logique et de sa rigueur de la démonstration, la conception de Savigny exerçait une grande influence sur la doctrine du droit allemand de son époque. Lors de la codification du Code civil allemand (BGB), le mécanisme de transfert de propriété séparatiste et abstrait ne fit plus l'objet de discussion, étant donné que la conception de Savigny avait fait déjà virtuellement partie du droit positif²⁶⁷. En outre, les motifs fixés dans les projets de codification consistaient à abandonner l'ancienne théorie du *titulus-modus* de l'ALR et à se distinguer du droit français en refusant de donner au contrat un effet translatif²⁶⁸. Tous ces éléments favorisaient alors la mise en place de la théorie de Savigny dans le Code civil allemand.

B. La mise en place du modèle dualiste et abstrait de transfert de propriété dans le Code civil allemand

- 95. La consécration d'un nouveau modèle de transfert de propriété dans le BGB.** En droit allemand, le mécanisme séparatiste et abstrait du transfert de propriété élaboré par Savigny a été mis en place par les codificateurs. Plus précisément, à l'occasion de la vente, un accord du propriétaire ainsi que de l'acquéreur sur le transfert de propriété est devenu indispensable autant pour les biens mobiliers que les biens immobiliers. Cet accord, consistant spécifiquement à transférer la propriété, étant, dès lors regardé

²⁶⁶ V. *supra*. n° 30 et s.

²⁶⁷ Didier LUZEAUX, *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Paris II, 1994, n° 28, p. 28.

²⁶⁸ V. *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, 1887, tome III, p. 1. (Cité par Didier LUZEAUX, *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Paris II, 1994, n° 28, p. 28).

comme un acte juridique autonome, autrement dit, un contrat réel distinct du contrat de vente. Ce mécanisme se distinguant cependant de celui consacré par le Code civil français.

96. Le contrat de vente, l'acte créateur d'obligations. Aux termes des deux alinéas du § 433 du BGB, par le contrat de vente (*Verkauf*), le vendeur d'une chose est tenu d'en effectuer la délivrance à l'acheteur et de lui en procurer la propriété, et l'acheteur de payer le prix de vente convenu. Le contrat de vente constitue en effet un acte juridique créateur d'obligations, « *Verpflichtungsgeschäfte* » et ce en vertu de l'alinéa premier du § 311 du BGB : « pour fonder une obligation en vertu d'un acte juridique ainsi que pour modifier le contenu d'une obligation, un contrat conclu entre les parties est nécessaire, pour autant que la loi n'en dispose pas autrement »²⁶⁹. Il s'agit d'un acte juridique qui « fait naître, comme son appellation l'indique, une ou plusieurs obligations qui lie(nt) uniquement les parties »²⁷⁰. En résumé, la seule fonction de cet acte juridique est de créer des prestations et des rapports obligatoires entre les parties contractantes. En raison de sa nature particulière, il ne peut donc en aucun cas créer ou modifier un rapport juridique entre une personne et une chose, c'est-à-dire un rapport juridique réel. Cela nécessite, dans l'exécution du contrat, une autre sorte d'acte juridique relevant cette fois du droit des biens.

97. La nécessité d'un contrat réel au transfert de propriété. L'alinéa premier du § 929 du BGB dispose que « [p]our transférer la propriété d'une chose mobilière, il est nécessaire que le propriétaire procède à la remise matérielle de la chose à l'acquéreur et que tous les deux soient d'accord pour que la propriété passe de l'un à l'autre. Si l'acquéreur est déjà en possession de la chose, l'accord de volontés sur le transfert de propriété suffit »²⁷¹. De même, en matière immobilière, le § 873 du BGB énonce que « [p]our transférer la propriété d'un immeuble, pour le grever d'un droit réel de même que pour transférer ou grever un tel droit, il est nécessaire que le titulaire du droit et l'autre partie soient d'accord sur la modification juridique à réaliser et que cette modification soit inscrite au Livre foncier, pour autant que la loi n'en dispose pas autrement »²⁷². Ainsi, le mécanisme de transfert de propriété du Code civil allemand est

²⁶⁹ *Code civil allemand, Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, par Gwendoline LARDEUX, Raymond LEGEAIS, Michel PÉDAMON, Claude WITZ, Dalloz, 2010.

²⁷⁰ Claude WITZ, *Droit privé allemand, I. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec 1992, n° 122, p. 118.

²⁷¹ *V. Code civil allemand, Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, par Gwendoline LARDEUX, Raymond LEGEAIS, Michel PÉDAMON, Claude WITZ, Dalloz, 2010, p. 334.

²⁷² *V. Code civil allemand, Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, par Gwendoline LARDEUX, Raymond LEGEAIS, Michel PÉDAMON, Claude WITZ, Dalloz, 2010, p. 319.

caractérisé par la nécessité d'un accord sur le transfert de propriété entre l'aliénateur et l'acquéreur. Cet accord est nommé « *Einigung* » en matière mobilière et connu sous l'appellation d'« *Auflassung* » en matière immobilière. L'accord sur le transfert de propriété est qualifiable d'acte juridique classé dans la catégorie des actes de disposition « *Verfügungsgeschäfte* », aux côtés des actes juridiques créateurs d'obligations que l'on vient de mentionner. C'est une sorte de contrat réel, « *dinglicher Vertrag* », terme employé par le Premier Projet de Code civil allemand²⁷³, « par lequel un droit est directement transféré, grevé, modifié ou résilié »²⁷⁴. Au lieu de créer les obligations, le contrat réel a pour effet d'établir un lien juridique entre une personne et une chose²⁷⁵.

98. L'importance du rôle de la volonté du propriétaire dans le transfert de propriété. Le transfert de propriété par le moyen d'un contrat réel est en réalité l'application du principe de l'autonomie privée, « *Privatautonomie* » du droit allemand. Selon ce principe, l'aménagement des rapports juridiques doit être réalisé par la volonté individuelle²⁷⁶. Conformément audit principe, c'est par cette volonté que le rapport entre une personne et un bien peut être créé, modifié ou même éteint. Le contrat réel de transfert de propriété manifeste la volonté du propriétaire de disposer d'un de ses biens, qu'il se décide à aliéner d'une part, et celle de l'acquéreur d'en être le nouveau propriétaire d'autre part. Le transfert de propriété est par conséquent réalisé par les volontés du propriétaire et de son acquéreur. D'où les précisions des § 928 et § 837 du BGB. Le rôle de la volonté des parties dans la transmission de la propriété a donc été mis en avant par le Code civil allemand. Comme tout acte juridique, l'acte de disposition doit être soumis aux règles générales du BGB édictées dans sa première partie²⁷⁷. Par exemple, en vertu du § 104 du BGB, la capacité d'exercer des droits est exigée pour la conclusion d'un contrat réel de transfert de propriété. En outre, afin qu'un acte de disposition soit efficient, le disposant doit avoir le pouvoir de disposer du

²⁷³ Ernest LEHR, *Traité élémentaire de Droit civil germanique (Allemagne et Autriche)*, Tome I, Paris, 1892, n° 285, p. 173 ; Jules CHALLAMEL, « Étude sur la partie du projet de BGB relative aux droits réels », in *Bulletin de la société de législation comparée*, Tome 18^e, 1888-1889, Paris, 1889, n° 4, p. 405.

²⁷⁴ Claude WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec 1992, n° 123, p. 119.

²⁷⁵ V. Jules CHALLAMEL, « Étude sur la partie du projet de BGB relative aux droits réels », in *Bulletin de la société de législation comparée*, Tome 18^e, 1888-1889, Paris, 1889, n° 4, p. 406.

²⁷⁶ Claude WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec 1992, n° 107, p. 107.

²⁷⁷ Par exemple, sont tous applicables à l'acte de disposition, le § 104 relatif à la capacité, les § 116 et suivant concernant le vice de consentement, le § 133 relatif à l'interprétation d'une déclaration de volonté, le § 145 concernant la force obligatoire de l'offre, le § 157 relatif à l'interprétation des contrats, les § 158 et suivant relatifs aux modalités de l'obligation (les conditions suspensive et résolutoire, le terme) ; les § 164 et suivant concernant la représentation et la procuration et le § 182 relatif à la ratification.

bien. Ce principe implique qu'en règle générale, un contrat réel « ne peut être valablement conclu que si la chose ou le droit appartient réellement à celui qui entend en disposer »²⁷⁸. Néanmoins, le premier alinéa du § 185 du BGB dispose qu'« un acte de disposition qu'une personne dépourvue de droit accomplit sur un objet, est efficace lorsqu'il a lieu avec l'autorisation de l'ayant-droit ». Ainsi, le consentement au transfert de propriété qui émane d'une personne autre que le véritable propriétaire peut être efficient, soit si l'acte du premier est postérieurement ratifié par le deuxième, soit si le premier devient plus tard lui-même le propriétaire²⁷⁹. En même temps, mises à part ces règles générales du Code civil allemand, le contrat réel de transfert de propriété est soumis à certains principes spécifiques relevant du droit des biens.

99. La nécessité des mesures de publicité au transfert de propriété. Des dispositions énoncées *expressis verbis* aux § 928 et § 837 du BGB, il ressort également que les tiers doivent être informés du transfert de propriété par le biais de certaines mesures de publicité. En droit allemand, tous les droits réels, en tant que droits absolus, doivent être respectés par tous. Par voie de conséquence, leur constitution, leur transmission et leur modification doivent être rendues connaissables pour les tiers. Ce principe dit de publicité (*Publizitätsprinzip*) domine la partie du BGB relative aux droits réels. Ledit principe résulte en réalité des critiques menées par les rédacteurs du Premier Projet du Code civil allemand à l'égard du mécanisme de transfert de propriété prévu par le Code civil français. Selon eux, « la propriété consiste en un plein pouvoir sur une chose ; un tel droit, dès qu'il existe, doit être opposable à tout le monde. On ne saurait donc, sans obscurcir l'essence même du principe de réalité, subordonner son efficacité au regard des tiers à des conditions qui ne sont pas nécessaires pour son acquisition »²⁸⁰. De cette manière, les actes de dispositions, c'est-à-dire les contrats réels ayant pour objet de constituer, transférer et grever un droit réel doivent donc faire l'objet d'une mesure de publicité de nature à informer les tiers. Pour les biens mobiliers, le transfert de propriété nécessite la remise de la chose à l'acquéreur et pour les immeubles, une inscription au

²⁷⁸ Ernest LEHR, *Traité élémentaire de Droit civil germanique (Allemagne et Autriche)*, Tome I, Paris, 1892, n° 284, p. 174 ; Claude WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec 1992, n° 124, p. 119. Cette règle reçoit des exceptions que l'on va préciser dans la deuxième partie de cette étude.

²⁷⁹ Aux termes du deuxième alinéa du § 185 du BGB, « [l']acte de disposition devient efficace si l'ayant-droit le ratifie ou si le disposant acquiert l'objet lui-même, ou s'il hérite de l'ayant-droit et répond sans limitation des dettes de la succession [...] ».

²⁸⁰ Cité par Jules CHALLAMEL, « Étude sur la partie du projet de BGB relative aux droits réels », in *Bulletin de la société de législation comparée*, Tome 18^e, 1888-1889, Paris, 1889, n° 8, p. 408.

Livre foncier est indispensable²⁸¹. Du principe de publicité, un autre principe du droit des biens se dégage : le transfert de propriété publié fait foi à l'égard de tous²⁸². Ces deux principes relevant du droit des biens ne s'appliquent pas au contrat de vente qui se disjoint du contrat réel de transfert de propriété.

100. La séparation entre le contrat de vente et le contrat réel de transfert de propriété. Eu égard aux dispositions du BGB que l'on vient de citer (§ 311 (1), § 433 (1), § 873 et § 929), dans l'opération de vente, le transfert de propriété suppose la conclusion de deux types d'actes juridiques de nature tout à fait différentes : le contrat de vente et le contrat dit réel du transfert de propriété. En vertu de ces deux contrats, la volonté du propriétaire de s'engager par le contrat de vente se distingue de sa volonté sur le transfert de propriété. Corollairement, les effets juridiques de ces deux volontés sont tout à fait différents. On est donc en présence du principe de séparation (*Trennungsprinzip*) du droit allemand : les actes créateurs d'obligations se distinguent des actes de disposition. La différenciation entre ces deux types d'actes juridiques peut être saisie sous deux angles. D'une part, ils sont subordonnés à des règles différentes. Comme l'on vient de le préciser, contrairement à l'acte créateur d'obligations, l'acte de disposition est subordonné au principe de publicité. D'autre part, ils produisent des effets de natures différentes. L'acte créateur d'obligations, qui organise les rapports obligatoires entre les parties contractantes, est soumis au principe de la « relativité du rapport d'obligations » (*Relativität des Schuldverhältnisses*)²⁸³. Ainsi, à la lecture combinée des deux alinéas du § 241 du BGB²⁸⁴, les obligations issues de ce rapport d'obligations ne concernent que certaines personnes déterminées, plus précisément le créancier et le débiteur. En revanche, « [à] l'opposé de l'acte créateur d'obligations, l'acte de disposition opère *erga omnes* »²⁸⁵. L'effet absolu de l'acte de disposition est inhérent à la nature absolue des droits réels. La séparation entre l'acte créateur d'obligation et l'acte de disposition permet au droit allemand d'établir une frontière non-poreuse entre les droits personnels et les droits réels, et corollairement entre l'étape

²⁸¹ Claude WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec 1992, n° 126, p. 120.

²⁸² V. *Infra*. n° 425 et s.

²⁸³ Robert WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, thèse Paris I, LGDJ 2004, n° 8, p. 7.

²⁸⁴ Selon le premier alinéa du § 241 du BGB, « [E]n vertu de l'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation [...]. Aux termes du deuxième alinéa du même paragraphe, « [l]e rapport d'obligation peut, selon son contenu, obliger chaque partie à prendre en considération les droits, les biens et les intérêts de l'autre partie ».

²⁸⁵ Claude WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec 1992, n° 123, p. 119.

de la formation du contrat de vente et l'étape de son exécution, à savoir le transfert de propriété.

101. L'indépendance entre le contrat de vente et le contrat du transfert de propriété.

Selon le BGB, bien que n'étant pas mentionné expressément, l'efficacité d'un acte de disposition n'est pas subordonnée à la validité d'un acte créateur d'obligations qui pourrait le motiver. C'est ce qui résulte du principe d'abstraction, « *Abstraktionsprinzip* »²⁸⁶. Dans une opération de vente, la conclusion de deux contrats indépendants est nécessaire : l'un étant créateur d'obligations, l'autre ayant pour objet de transférer la propriété. L'anéantissement de l'un n'exerce aucune influence sur l'autre. Par exemple, en droit allemand, puisque le titre de propriété n'est pas considéré comme une condition de validité du contrat, la vente de la chose d'autrui est donc valable. Si après la conclusion de la vente, le vendeur n'a pas pu devenir le propriétaire du bien qu'il avait vendu à son acquéreur, il est impossible de conclure un contrat réel de transfert de propriété en vertu du § 185 du BGB²⁸⁷ que l'on a mentionné précédemment. Toutefois, cette situation n'empêche pas que le vendeur reste toujours tenu de ses obligations prévues par le contrat envers son cocontractant²⁸⁸. De même, par principe, la nullité du contrat de vente ne peut entacher l'efficacité d'un transfert de propriété déjà régulièrement publié²⁸⁹. Résumons à présent le mécanisme du transfert de propriété dans la vente, consacré par le Code civil allemand.

102. Le mécanisme dualiste et abstrait du transfert de propriété dans le BGB.

Des dispositions et des principes du BGB que l'on vient de présenter, il ressort que le mécanisme du transfert de propriété en droit allemand est de nature dualiste et abstraite. Il est dualiste car la propriété est transférée en deux étapes. En matière de vente, le contrat de vente engendre une obligation de transférer la propriété à la charge du vendeur. L'exécution de cette obligation dépend d'un autre contrat dit « réel » qui a

²⁸⁶ Selon la doctrine allemande, comme le principe de publicité, ce principe d'abstraction est aussi classé parmi des principes généraux du droit des biens. V. Fritz BAUR, Jürgen F. BAUR et Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, Verlag C. H. Beck, 18^e éd., 2009, § 4. Strukturprinzipien, p. 35 et s.

²⁸⁷ Aux termes de cette disposition, « un acte de disposition qu'une personne dépourvue de droit accomplit sur un objet est efficace lorsqu'il a lieu avec l'autorisation de l'ayant-droit ».

²⁸⁸ Dans cette hypothèse, l'acheteur a droit de demander de lui rembourser la somme qu'il a payée, en vertu des dispositions concernant l'enrichissement sans cause : aux termes du premier alinéa du § 812, « celui qui sans justification juridique a reçu quelque chose d'une personne par prestation ou d'une autre manière aux dépens de celle-ci est tenu de lui en faire la restitution ».

²⁸⁹ Cependant, le principe d'abstraction reçoit exception, par exemple, lorsque c'est la même cause d'inefficacité qui entache à la fois l'acte créateur d'obligations et l'acte de disposition. Tel est le cas d'« identité de défaut » (*Fehleridentität*). V. Claude WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec 1992, n° 137, p. 128.

pour finalité de réaliser le transfert de propriété. Par ce contrat réel, est manifestée la volonté réciproque des parties contractantes sur cette transmission. Et c'est par cette volonté que l'aliénateur exerce son droit de disposer de la chose vendue. À noter que, selon le BGB, ledit contrat réel n'est efficace que lors de la réalisation des diverses mesures de publicité, en fonction de l'objet de la vente²⁹⁰. À cet égard, le mécanisme du transfert de propriété édicté par le Code civil allemand a hérité du modèle romain qui exige un *titulus* et un *modus acquirendi*. En second lieu, contrairement au système français, en droit allemand, la validité du contrat de vente ne conditionne pas l'efficacité du transfert de propriété. Précisément, la nullité du contrat de vente postérieure à la réalisation des mesures de publicité ne se répercute pas sur l'efficacité du transfert de propriété réalisé par un acte réel de disposition. Si le contrat de vente est considéré comme étant la cause du transfert de propriété, le modèle allemand ainsi mentionné est doté d'une nature abstraite : le transfert de propriété est alors détaché de sa cause²⁹¹.

103. L'analyse comparative des mécanismes de transfert de propriété en droit français et allemand. Ainsi, si les droits français et allemand ont tous les deux mis en avant l'importance de la volonté des parties dans le transfert de propriété, le modèle allemand se distingue du mécanisme français, en ce que selon le BGB le transfert de propriété est subordonné à deux principes dans le cadre du droit des biens : le principe de publicité et celui d'abstraction.

En Chine, l'intérêt suscité par les droits occidentaux, y compris le Code civil français et le BGB²⁹², peut remonter à la fin de la dynastie Qing (environ 1900). Une brève présentation relative à l'évolution du mécanisme du transfert de propriété dans la vente en droit chinois permet de dévoiler l'influence de ces deux codes sur le système chinois.

SECTION VI.

LA RÉCEPTION DU DROIT CONTINENTAL PAR LE DROIT CHINOIS

104. L'évolution historique du droit chinois. Dans la civilisation chinoise, la société féodale, c'est-à-dire la Chine impériale, dura environ 2000 ans avant de prendre fin en

²⁹⁰ Par exemple, la tradition consistant en la remise de la chose pour les meubles et l'inscription au registre foncier pour les immeubles.

²⁹¹ Toutefois, cette nature abstraite du mécanisme dualiste du transfert de propriété n'est pas totalement inconnue en droit romain. V. *supra*.n° 30 et s.

²⁹² Il est intéressant de mentionner que la première version anglaise du BGB (édition 1907) fut faite par un auteur chinois, ChongHui WANG (1881-1958). Et entre les années 1907 et 1975, cette version était la seule version anglaise du BGB qui existait à cette époque.

1911. Le système de droit civil n'existait alors pas dans les anciennes dynasties chinoises, où demeuraient des coutumes telles que nous les entendons en droit civil aujourd'hui et qui permettaient d'assurer la défense de droits individuels tels que la propriété, sa transmission, ainsi que la filiale familiale²⁹³. Celles-ci étaient mélangées aux réglementations pénales²⁹⁴. Par exemple, lors d'une vente ou d'un bail, le droit pénal avait vocation à incriminer la défaillance du débiteur, qui pouvait être puni par la bastonnade ou l'amende²⁹⁵. En effet, on peut dire que l'absence de distinction entre le droit civil et le droit pénal était une caractéristique de l'ancien système juridique qui dominait la société féodale chinoise.

105. Les registres fonciers en Chine antique. En tant que contrôle administratif sur les biens immobiliers, l'organisation foncière peut remonter jusqu'à la Dynastie Tang (618-907)²⁹⁶. Dès la Dynastie Song (960-1279), on peut constater que le système des registres fonciers, « registres en forme d'écailles de poisson »²⁹⁷, était déjà établi. Il avait pour objectif de faciliter la perception de l'impôt foncier et était caractérisé par un processus composé de l'inscription au registre foncier d'une part, et de la délivrance du certificat de titre de propriété portant sur les terrains²⁹⁸ ou sur les immeubles bâtis²⁹⁹ d'autre part. Plus précisément, l'État procédait d'abord au recensement des biens immobiliers puis préparait des certificats de titre de propriété. Il délivrait ensuite les copies des certificats aux propriétaires fonciers, tout en gardant les originaux pour construire le livre foncier. En ce qui concerne ce système, deux remarques méritent d'être soulevées. D'une part, n'étaient inscrits au registre foncier que les biens immobiliers. D'autre part, pour transférer la propriété d'un bien immobilier, on devait transmettre le certificat de titre de

²⁹³ Bin LI, *La protection de la propriété en Chine : Transformation du droit interne et influence du droit international*, thèse Paris I, 2009, n° 8, p. 9.

²⁹⁴ Par exemple, v. Rodolfo SACCO, « Le droit muet », *RTD civ.* 1995, p. 792. L'auteur explique que « le droit chinois traditionnel ne réglerait pas le droit privé, notamment la famille et la propriété. Mais le droit pénal chinois a réglé de tout temps le crime contre la famille et le vol : cela suppose que le droit pénal chinois ait trouvé les règles de base concernant la famille et la propriété dans une système de sources approprié- à savoir, dans ce droit coutumier que les occidentaux confondent parfois avec une éthique philosophique ».

²⁹⁵ Ces deux sanctions n'entrèrent pas dans la catégorie des châtements. Seuls les récidivistes qui ont été bastonnés trois fois et ne se sont pas amendés, subissent une véritable peine. V. Tsien TCHE-HAO, *Le droit chinois*, Presses universitaires de France, 1982, p. 7.

²⁹⁶ V. LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université de peuple de la Chine, 2007, p. 313.

²⁹⁷ Ces registres sont dénommés « Yú Lín Cè ».

²⁹⁸ DìQì : le certificat de titre de propriété portant sur les terrains.

²⁹⁹ FángQì : le certificat de titre de propriété portant sur les immeubles bâtis.

propriété. C'est ainsi celui qui est réellement en possession du certificat qui est considéré comme le véritable propriétaire³⁰⁰.

106. La première construction du système du droit civil en Chine. La construction du système du droit civil ne commença qu'à partir de la fin de la Dynastie Qing (1644-1911). À la défaite de la Chine lors des guerres de l'opium (1858-1860), l'Empereur chinois GuangXu (1871-1908) décida de réformer son empire en suivant l'exemple de son homologue japonais. On sait que, grâce aux réformes de l'Empereur japonais Meiji (1868-1869), le Japon devint un pays puissant en peu de temps. Sur le plan juridique, le Japon adoptait le droit occidental. La réussite des réformes au Japon incita alors les empereurs de la Dynastie Qing à initier des réformes politiques, économiques et juridiques. C'était par l'intermédiaire des juristes japonais et du Code civil japonais, que le Code civil allemand, considéré comme « le plus moderne » à l'époque, est devenu la principale source d'inspiration de la modernisation du droit chinois. Ainsi, afin de s'adapter au nouveau monde, la dernière dynastie de la Chine a élaboré en 1911 « le Projet de la loi civile de dynastie Qing » imitant la réforme japonaise qui avait eu lieu au siècle précédent. Ce projet comportait 5 chapitres et 1569 articles inspirés du BGB, à l'exception des parties concernant la filiation et la succession qui sont restées quant à elles inspirées des coutumes traditionnelles liées aux règles morales chinoises. En ce qui concerne les biens et les obligations, on y trouve même « la trace d'une copie du BGB »³⁰¹. Malgré l'effort fait par la dernière dirigeante de la dernière dynastie chinoise, celle-ci n'a pu échapper à son destin, et en 1911, l'histoire de l'Empire chinois (qui a commencé par la dynastie Qin en 221 avant Jésus-Christ) a pris fin. Et malheureusement, le projet de droit civil de cette dynastie n'a jamais eu l'occasion d'entrer en vigueur.

107. La codification du premier Code civil chinois. Dans les années 1920, à la suite de la création de l'Ancienne Chine (1912-1949), l'influence du BGB sur l'ancien système du droit civil chinois s'est vue remarquée. C'est sous cette influence que fut créé le premier Code civil chinois en 1930³⁰², qui fut abrogé en Chine continentale lors de la création de la République populaire de Chine en 1949. Un nouveau système du droit

³⁰⁰ Il faut noter que, jusqu'à l'adoption de la Loi chinoise relative aux droits réels en 2007, les empreintes de ce système traditionnel influençaient toujours le système du registre foncier en droit chinois.

³⁰¹ Michael MARTINEK, « *Das BGB und seine Rezeption in China* », La préface de la version chinoise du *Code civil allemand*, traduit par Weizuo CHEN, 1^{ère} éd., Édition de Droit, 2004.

³⁰² Promulgué le 22 novembre 1929, ce Code était entré en vigueur le 5 mai 1930. Il faut également signaler que les deux dernières parties de ce Code ont été promulguées en 1931, tout de suite après la promulgation des deux premiers Livres.

civil n'a pu être établi avant l'adoption des Principes généraux du droit civil, loi adoptée en 1986 et dont le législateur de l'époque a voulu qu'elle soit la base d'un futur Code civil chinois. Cette loi a fixé des principes relevant du droit des obligations et du droit des biens. Les principes afférant au droit des biens ont fait l'objet de modifications importantes en 2007 lors de l'adoption de la Loi chinoise relative aux droits réels. Celles-ci témoignent de l'évolution du droit chinois des biens depuis 1986.

C'est pourquoi nous prenons le parti d'appréhender tout d'abord la situation juridique du transfert de propriété avant 1986 (§ 1). Dans cette partie, les dispositions relatives au transfert de propriété énoncées par le Code civil de 1930 retiendront une attention particulière. Ensuite, une présentation du principe du transfert de propriété posé par les Principes généraux du droit civil de 1986 (§ 2) précédera celle du mécanisme du transfert de propriété consacré par la Loi chinoise relative aux droits réels de 2007 (§ 3).

§ 1. LES RÉGLEMENTATIONS CONCERNANT LE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ AVANT 1986

- 108. Le modèle de transfert de propriété adopté par le Code civil de 1930.** Comme nous l'avons déjà précisé, dès le début du XVIII^{ème} siècle, le système du droit civil chinois a pris pour modèle le Code civil allemand (BGB) ainsi que le Code civil japonais. L'inspiration du mécanisme allemand du transfert de propriété s'est d'ailleurs également manifestée dans le Code civil de la République de Chine de 1930. D'après ce dernier, pour que la propriété soit transférée, un accord autonome du transfert de propriété et le respect des mesures de publicité sont obligatoires.
- 109. Les règles relatives au mécanisme du transfert de propriété.** Ce Code chinois a énoncé dans son Livre III, intitulé « *Wu quan fa* »³⁰³, des dispositions relatives aux droits réels, y compris le droit de propriété. Les principes du transfert de propriété des biens immobiliers et mobiliers sont posés aux articles 758 et 761 du Code. S'agissant des immeubles, l'article 758 du même Code énonce que « l'acquisition, la construction, l'extinction et la modification par actes juridiques, de droits réels immobiliers ne

³⁰³ L'expression « *Wu quan fa* » peut être littéralement traduite comme « Du droit des choses », désignant en effet « les dispositions concernant les droits réels ». Le terme en chinois « *wu quan* » désigne « les droits réels ». Il s'agit d'une simple traduction d'une expression japonaise signifiant « les droits portant sur une chose déterminée ». Ainsi, l'influence du Code civil allemand sur le droit japonais et sur cette partie du Code civil chinois s'avère indéniable.

produisent leurs effets qu'après leur immatriculation»³⁰⁴. En outre, en 1930, faisant application de cet article, une « Loi de la terre » a été également promulguée donnant ensuite naissance à un système de la publicité foncière mis en place par la République de Chine. Cette Loi de la terre, amendée en 1946, avait exigé l'inscription au registre foncier de tout droit réel immobilier portant sur les terrains, ou sur les immeubles bâtis. Des dispositions précises concernant l'objet et le processus de l'inscription au registre foncier, ainsi que l'organisation de ce dernier ont été prévues par « le Règlement relatif au registre foncier » en 1946. En matière mobilière, aux termes du premier alinéa de l'article 761 de ce Code chinois, « [l]e transfert d'un droit réel mobilier ne produit ses effets que par la tradition de la chose. Néanmoins, si le cessionnaire était déjà en possession de la chose, le transfert produit ses effets au moment de l'accord sur le transfert [...] »³⁰⁵.

À la fin de la guerre civile chinoise, le 1^{er} octobre 1949, la République populaire de Chine est proclamée à Pékin à la suite de la victoire des communistes sur les nationalistes chinois. Les dirigeants de la République de Chine se replient alors à Taïwan, une île située à la pointe sud-ouest de la Chine, avec le Code civil de 1930.

110. L'établissement du système juridique de la nouvelle Chine entre 1949 et 1976.

En 1949, la naissance de la République populaire de Chine marque une rupture politique et juridique avec le régime précédent. Dans le domaine juridique, le législateur de la nouvelle Chine amorça tout de suite la construction d'un système de droit civil socialiste et « propre à la Chine »³⁰⁶. Pour commencer, il abrogea le Code civil de 1930 avec toutes les lois adoptées par le gouvernement de la République de Chine³⁰⁷, ainsi que le système de la publicité foncière. Devant un vide conceptuel à combler³⁰⁸, le législateur chinois de l'époque avait recours au droit soviétique qui était à cette époque le seul modèle étranger autorisé en Chine. L'influence du droit soviétique était donc visible sur les concepts de droit civil adoptés par le système chinois³⁰⁹. Dans ce

³⁰⁴ *Code civil de la république de Chine, Livres I, II et III, suivis des Loi de mise en vigueur*, Traduits du chinois par HO Tchong-Chan, Imprimerie de l'Orpheliat & Librairie du Recueil Sirey, 1930, p. 133.

³⁰⁵ *Idem*.

³⁰⁶ Zhongguo TeSe, en phonétique chinoise signifiant “propre à la Chine”.

³⁰⁷ Cependant, ce Code civil, ayant subi de nombreux amendements, est toujours en vigueur à Taïwan.

³⁰⁸ Hélène Anne F. PIQUET, *Les transferts de droit en Chine. Contribution à l'étude de la filiation romano-germanique en droit chinois contemporain*, thèse dactyl. Montréal, 2003, p. 223.

³⁰⁹ Hélène Anne F. PIQUET, *Les transferts de droit en Chine. Contribution à l'étude de la filiation romano-germanique en droit chinois contemporain*, thèse dactyl. Montréal, 2003, p. 223.

mouvement d'élaboration, une série de mesures qui touchent au régime de la propriété ont été adoptées et mises en œuvre³¹⁰.

111. L'absence du principe du transfert de propriété entre 1949 et 1976. Il faut signaler que le principe du transfert de propriété faisait pourtant défaut dans cette période en Chine. Les raisons de ce manque étaient de deux ordres. D'une part, suivant la théorie politique et économique marxiste, le nouveau régime « communiste » entendait abolir la propriété privée capitaliste, bien que la propriété privée soit encore officiellement fondée et protégée. Par exemple, suivant les articles 11 et 12 du Code constitutionnel de 1954, l'État était tenu de protéger la propriété des revenus légaux, de l'épargne, du logement et des différents biens de consommation de chaque citoyen ; en outre, le droit à l'héritage des biens privés du *de cuius* était pareillement protégé par l'État. La protection de la propriété privée était également prévue dans les amendements du Code constitutionnel en 1975, 1978, 1982, 1993 et 1999. D'autre part, sur le plan économique, à partir de 1953, la Chine avait établi un système économique sous le nom d'« économie planifiée »³¹¹. À cause de ce système économique, la libre aliénation des biens privés était considérablement limitée. Face à un tel contexte, le législateur de l'époque avait peu intérêt à se montrer préoccupé par de nouvelles dispositions relatives au transfert de propriété privée.

Par la suite, le système juridique progressivement établi depuis 1949 a complètement été détruit pendant la Révolution culturelle qui commença en 1966 et s'acheva en 1976. Il fallut attendre la fin de cette période bouleversante pour que la construction du système du droit civil soit relancée.

112. La relance de la construction du système du droit chinois depuis 1976. Après la Révolution culturelle, une série de réformes politiques, économiques et sociales ont été lancées en Chine par XiaoPing DENG afin de promouvoir le développement socio-économique. Des réformes économiques qui commencèrent en 1979, conduisirent l'économie chinoise vers l'établissement d'une « économie de marché socialiste »³¹².

³¹⁰ Par exemple, la résolution du comité central du PCC relative à la loi agraire du 10 octobre 1947 vise à liquider le système agraire d'exploitation féodale et semi-féodale, et à instaurer le système foncier résultant du partage et de la saisie des terres par les paysans contre le seigneur du village. V. Rémi Pérès, *Chronologie de la Chine aux XX siècle, Histoire des faits économiques, politiques et sociaux*, Librairie Vuibert, 2001, pp. 49, 63.

³¹¹ Il s'agit d'une économie dirigée à l'échelle d'un État, au moyen d'un plan fixant les objectifs de production sur une période annuelle ou pluriannuelle. L'économie planifiée s'oppose à l'économie de marché, système dans lequel les individus, agissant en fonction de leurs propres intérêts, ont la liberté de vendre et d'acheter des biens, des services et des capitaux.

³¹² *Shehui zhuyi shichang jingji*, en phonétique chinoise.

Les obstacles à la propriété privée et à la libre aliénation des biens privés furent aplanis, d'abord en matière mobilière puis en matière immobilière. Il était nécessaire voire même urgent pour les Chinois de reconstruire le système du droit civil pour rétablir des règles du marché et faire en sorte qu'elles soient efficacement mises en application. Dans cette perspective, de nombreuses lois spéciales du droit civil ont été promulguées³¹³.

113. Le transfert de propriété en matière mobilière. La Loi relative aux contrats économiques (1981), la Loi sur les marques (1982), la Loi sur les brevets (1984), la Loi relative aux contrats économiques internationaux (1985), la Loi relative aux successions (1985) restaient entièrement muettes sur la question du transfert de propriété d'un bien spécifique. La doctrine était alors divisée. Certains auteurs pensaient qu'à l'occasion d'une vente d'un bien mobilier, le transfert de propriété nécessitait la remise de la chose. D'autres soutenaient le système français : le transfert de propriété devait se réaliser dès la conclusion du contrat de vente, au moins dans la vente d'un corps certain³¹⁴. Il fallut attendre jusqu'en 1986 pour voir apparaître dans les textes de loi le principe du transfert de propriété.

114. L'établissement du système du transfert de propriété en matière immobilière. Notons que, contrairement aux biens mobiliers, les règles relatives au transfert de propriété immobilière entre les individus sont apparues beaucoup plus tard en raison du développement tardif du marché immobilier en Chine.

En Chine, les terres sont inaliénables. Selon la Constitution de la République populaire de Chine, les terres appartiennent soit à l'État chinois, soit aux collectivités locales. Cette disposition constitutionnelle fut affirmée par la « Loi relative à l'administration des terres »³¹⁵. Néanmoins, les individus peuvent être propriétaires des immeubles d'habitations. Ce sont ces derniers qui peuvent faire l'objet d'une vente. Avant les années 90, l'État chinois avait planifié un système d'attribution du logement au profit des habitants des villes. Il s'était occupé en même temps de l'investissement, de l'expropriation, de la construction, et de la gestion. Ces habitants, bénéficiaires des

³¹³ Par exemple, la Loi relative aux contrats économiques (1981), la Loi sur les marques (1982), la Loi sur les brevets (1984), la Loi relative aux contrats économiques internationaux (1985), la Loi relative aux successions (1985), les Principes généraux du droit civil (1986), la Loi des contrats de transfert des technologies (1987) et la Loi sur les droits d'auteur (1990).

³¹⁴ Les discussions doctrinales ont été lancées au milieu du 20^e siècle. V. Rou TONG, *L'encyclopédie du droit chinois, Droit civil*, Edition de l'inspecteur, 2003.

³¹⁵ Cette loi a été adoptée le 25 juin 1986 par la 16^e session de la sixième Assemblée populaire nationale (APN) de la République populaire de Chine. Elle était entrée en vigueur le premier janvier 1987.

logements attribués par l'État, n'avaient généralement pas besoin d'acheter les immeubles d'habitation. En outre, l'article 10 de la Constitution chinoise de 1982³¹⁶ interdisait de céder le droit d'usage de la terre puisqu'il appartenait à l'État. Personne ne pouvait utiliser un terrain et construire un immeuble en superficie dans le but de le vendre, sauf l'État chinois. De ce fait, les immeubles étaient rarement commercialisés.

Cependant, puisque la propriété privée portant sur des immeubles d'habitation existait et restait officiellement protégée, la vente des immeubles d'habitation entre individus n'était pas interdite. En 1983, la « Réglementation relative aux immeubles privés urbains » a été promulguée afin d'organiser le transfert de propriété privée immobilière. Aux termes de son article 6, « le propriétaire d'un immeuble privé est obligé de procéder à l'inscription de son droit au registre foncier. Consécutivement à cette inscription, un certificat du titre de propriété immobilière sera délivré après la vérification de l'autorité publique. [...] ». En outre, selon le même article de cette Réglementation, personne ne pouvait ni vendre ni acheter les immeubles en privé : le transfert de propriété d'un immeuble d'habitation devait obligatoirement faire l'objet d'une inscription au registre foncier³¹⁷. Ladite Réglementation a également prévu le processus d'inscription. Par exemple, pour réaliser l'inscription du transfert de propriété au registre foncier, le vendeur et l'acheteur doivent se présenter dans un bureau administratif spécial et justifier de leur identité. Le vendeur doit se munir de son certificat du titre de propriété, et l'acheteur, d'une copie du contrat de vente. C'est ainsi que fut établi un système juridique pour fixer le mécanisme et les modalités du transfert de propriété en matière immobilière.

L'établissement du système du transfert de propriété en matière immobilière a favorisé le développement du marché immobilier en lui fixant un cadre juridique. Toutefois, la véritable promotion du marché immobilier n'a pu véritablement commencer en raison des entraves à l'article 10 de la Constitution susvisée.

Il est nécessaire alors de présenter le principe du transfert de propriété consacré par une loi chinoise d'importance majeure, adoptée en 1986 et dénommée « Les Principes généraux du droit civil ».

³¹⁶ Selon cet article, « la terre appartient à l'État chinois. Sous aucune forme, une organisation, une personne ne peut s'approprier la terre, la vendre, l'acheter, la donner à bail ou la céder sous ses diverses formes à une autre organisation ou à une autre personne ».

³¹⁷ L'article 6 de cette Réglementation a aussi prévu : « [...] Le transfert de propriété d'un immeuble d'habitation doit être également inscrit au registre foncier ».

§ 2. LE MÉCANISME DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ DANS LA VENTE ENTRE 1986-2007

115. Le mécanisme du transfert de propriété adopté par les Principes généraux du droit civil chinois. Les Principes généraux du droit civil (PGDC) ont été adoptés par l'APN (Assemblée Populaire Nationale) le 1^{er} avril 1986 et sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1987. En l'absence d'un Code civil en Chine continentale, ils occupent aujourd'hui encore une place des plus importantes en matière civile et commerciale. Les dispositions des PGDC concernant les obligations et les contrats ont été complétées un peu plus tard par la Loi chinoise relative aux contrats, (entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1999)³¹⁸. À l'article 71, le droit de propriété d'un bien est défini par les PGDC comme « le droit permettant à son titulaire de posséder, d'utiliser (l'*usus*), de disposer (l'*abusus*) d'un bien et d'en percevoir les fruits (le *fructus*) ». La question du transfert de propriété dans le contrat de vente est soumise à ces deux lois chinoises. Il convient toutefois de noter que le système du transfert de propriété consacré par les PGDC se caractérise par une grande souplesse, le législateur prenant davantage en considération la liberté de la volonté des parties. D'un côté, les Principes disposaient que l'acquisition de la « propriété d'un bien »³¹⁹ nécessitait la réalisation de la remise de la chose, la tradition. Tandis que de l'autre, la dérogation à ce principe était possible soit en vertu de la volonté des parties, soit en vertu des dispositions légales en matière immobilière qui exigent des formalités spéciales. Ainsi, la présentation du principe du transfert de propriété (A) précèdera l'analyse de ses exceptions (B).

A. Le mécanisme du transfert de propriété prévu par les Principes généraux du droit civil

116. L'exposé du principe du transfert de propriété. La loi chinoise dite « les Principes généraux du droit civil » a posé le principe du transfert de propriété à l'article 72, aux termes duquel « la propriété d'un bien peut s'acquérir par le contrat ou par d'autres

³¹⁸ Cette loi chinoise a unifié les règles antérieures sur les contrats énoncées par trois lois spéciales des contrats : la Loi sur les contrats économiques, (il s'agit de la première législation au niveau national consacrée aux contrats depuis 1949. Elle est adoptée et promulguée par la quatrième session de la cinquième Assemblée Populaire Nationale en 1981, et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1982. Cette loi a été modifiée en 1993 dans l'objectif de l'adapter au nouveau développement de l'économie de marché) ; La Loi sur les contrats économiques avec l'étranger, (elle a été adoptée le 21 mars 1985 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet de la même année. Elle vise à régir les contrats économiques contenant des éléments d'extranéité, sous réserve des contrats de vente internationale rentrant dans le champ d'application de la Convention de Vienne du 11 avril 1980) ; La Loi sur les contrats de technologie, promulguée le 23 juin 1987 dans le but de promouvoir le développement des sciences et de l'exploitation de technologies.

³¹⁹ En chinois, « *cai chan suo you quan* ».

moyens légaux. Dans tous ces cas de figure, la propriété est transférée dès la réalisation de la tradition, sous réserve du respect des dispositions légales ou conventionnelles contraires ». Il en résulte que, pour que la propriété soit transférée par le contrat de vente, deux exigences doivent être satisfaites. D'une part, la vente doit être valablement conclue ; d'autre part, il faut en principe réaliser la tradition³²⁰, c'est-à-dire la remise réelle du bien vendu.

117. Les conditions de validité du contrat de vente. Dans la vente, l'efficacité du transfert de propriété suppose la validité d'un contrat. Cela veut dire que toutes les conditions de validité des contrats doivent être réunies, en particulier celles relatives à l'existence du consentement des parties et à l'objet de la vente.

118. La nécessité d'un accord de volontés sur le transfert de propriété. La doctrine chinoise a unanimement admis que, dans la vente, le transfert de propriété résultait nécessairement d'un accord de volontés des parties sur cette transmission³²¹. En effet, c'est en vertu de la volonté concordante des parties que la propriété est transférée du vendeur à l'acquéreur. Cette nécessité suppose que le consentement des parties à la vente sur l'aliénation de la propriété soit exempt de tout vice. Dans le cas contraire, soit le contrat est frappé de nullité³²² ; soit une partie au contrat est en droit de demander au tribunal populaire ou à l'organe d'arbitrage de le révoquer. La révocation³²³ de la vente est possible, en raison de dol, violence, erreur ou lésion³²⁴. La nullité ou la révocation du contrat de vente empêche la réalisation du transfert de propriété.

119. L'aliénabilité de la chose vendue. De même, conformément à la loi, l'objet de la vente doit être aliénable. En droit chinois, l'inaliénabilité affecte les biens du domaine

³²⁰ La pratique des traditions fictives n'est pas exclue par cette loi chinoise.

³²¹ LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2007, p. 305-306.

³²² En vertu de l'alinéa 3 de l'article 58 des PGDC, le dol et la violence constituent la cause de nullité du contrat. Cette disposition a été modifiée par les articles 52 et 54 de la Loi chinoise relative aux contrats. La nullité du contrat n'est possible que si le contrat est conclu dans l'objectif de porter atteinte aux intérêts de l'État.

³²³ En droit chinois, la révocation (en chinois : CheXiao) du contrat est comparable à la nullité relative en droit français. Selon la doctrine, la partie victime d'un vice du consentement ou d'une lésion bénéficie d'un droit de révoquer le contrat (en allemand : *das Anfechtungsrecht*). Néanmoins, conformément aux PGDC et à la Loi chinoise relative aux contrats, la révocation doit donner lieu soit à une action d'annulation, soit à un arbitrage ; c'est pour cette raison que certains auteurs chinois la rapprochent de l'article 1117 du Code civil français : « [la] convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre ». V. ShiYuan HAN, *Le droit des contrats*, 3^e éd., Édition de Droit, 2011, p. 203.

³²⁴ V. l'article 54 de la Loi chinoise relative aux contrats et l'article 59 des Principes généraux du droit civil.

public et les biens hors du commerce juridique. Concernant le domaine public³²⁵, celui-ci ne peut faire l'objet de vente. C'est la raison pour laquelle la vente d'un bien immobilier en droit chinois signifie en réalité la vente d'un immeuble bâti, et l'objet de cette vente ne comprend pas le terrain sur lequel cet immeuble est construit. En outre, en sus du domaine public maritime, fluvial, aéronautique, routier et ferroviaire, les fréquences radioélectriques, les terrains non cultivables (forêt, marais, prairies etc.), les lieux de culte, les zones militaires ou encore les terres frontalières nouvellement conquises constituent également le domaine public. Pour ce qui est des choses hors du commerce, l'alinéa 2 de l'article 132 de la Loi chinoise relative aux contrats ajoute que « conformément à la loi, certaines choses sont interdites de faire l'objet d'un contrat de vente », à savoir les choses en dehors du commerce juridique, comme le corps humain³²⁶, les choses illicites³²⁷, les choses dangereuses pour la santé et celles qui ne répondent pas des normes nationales ou du standard de l'industrie³²⁸. Se pose, de plus, la question de savoir si une chose d'autrui peut être l'objet d'une vente.

120. La nécessité du droit de disposer de la chose aliénée. Eu égard à l'alinéa premier de l'article 132 de la Loi chinoise relative aux contrats, « l'objet de la vente doit appartenir au vendeur ou au moins, ce dernier doit être en droit d'en disposer ». Le droit de disposer de la chose aliénée conditionne l'efficacité du transfert de propriété. Autrement dit, soit l'aliénateur est propriétaire de la chose, soit il a la permission du véritable propriétaire. Cette disposition correspond à l'article 51 de la même loi, qui prévoit que : « dans les hypothèses où une personne aliène un bien d'autrui par un contrat souscrit par elle, si le véritable propriétaire l'a ratifié postérieurement ou que celle-ci a obtenu postérieurement le droit d'en disposer, ce contrat d'aliénation demeure valable ». Une lecture *a contrario* de cette dernière disposition semble permettre de penser qu'en droit chinois, la vente de la chose d'autrui est nulle. Cependant, ces deux dispositions ainsi mentionnées n'ont pu empêcher le débat doctrinal sur la question de l'efficacité de la vente de la chose d'autrui³²⁹.

³²⁵ En vertu de la disposition de l'article 9 de la Constitution de 1982, les terres appartiennent à l'État et aux collectivités locales.

³²⁶ L'article 3 de l'Ordonnance chinoise relative aux transplantations d'organes humains interdit de faire le commerce d'organes d'origine humaine.

³²⁷ Par exemple les armes et la drogue.

³²⁸ Selon l'article 49 de la Loi chinoise sur la qualité des produits, il est interdit de vendre les produits qui ne répondent pas soit de la protection de la santé humaine et la sécurité personnelle, soit des normes nationales ou du standard de l'industrie. Voir la traduction française de cette loi sur le site : <http://www.bjblx.cn/html/1462.html>.

³²⁹ V. *infra*. n° 341-344.

121. Les choses doivent être convenues. En tant qu'objet de la vente, la chose doit également être convenue dans le contrat. L'article 12 de la Loi chinoise relative aux contrats vise l'objet du contrat comme comprenant les principaux éléments qu'un contrat peut comporter. En plus, à l'occasion de la vente, les parties au contrat doivent également fixer la quantité et la qualité des choses vendues. Pour certains auteurs³³⁰, d'après cet article, la validité des contrats est subordonnée avant tout à un accord sur l'objet du contrat. Pour que la vente soit valable, il faut que la chose, objet de la vente, soit convenue par les parties. Cette opinion a fait l'objet de maintes discussions car l'article 12 semble seulement suggérer les éléments principaux du contrat et ne serait que supplétif. L'Interprétation judiciaire n° 5 en explication³³¹ qui porte sur l'interprétation judiciaire des textes de la Loi chinoise relative aux contrats de 1999³³², pourrait apporter un éclairage. Aux termes du premier article de cette Interprétation, « si un différend survient entre les parties contractantes au sujet de l'existence ou non du contrat, lorsque la Cour populaire peut constater l'existence d'un accord sur l'objet du contrat et sur sa quantité, le contrat est généralement réputé conclu, sous réserve des dispositions législatives ou contractuelles ». Pour certains auteurs de ces dispositions, on peut déduire que l'accord sur l'objet du contrat ne doit pas être considéré comme une condition de validité du contrat, mais une condition de son existence³³³. Ces mêmes auteurs soutiennent la distinction entre les conditions d'existence d'un contrat³³⁴ et les

³³⁰ ShuMing YANG, Ping ZHANG, « Étude sur les effets uniques entre les conditions de l'existence et de l'efficacité du contrat », *Rev. La Presse de l'Université de ZhongShan*, 2003, p. 95-100. <http://www.law110.com/lawstudy/320110.htm>; LiMing Wang, « Impossibilité d'exécution du contrat », in *Le droit romain et la codification du Code civil chinois, Théories sur le droits des obligations et le droits des biens*, dir. ZhenShan YANG et Sandro SCHIPANI, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 1995, p. 407-452.

³³¹ Selon l'article 67 de la Constitution chinoise et l'article 42 de la loi relative aux activités législatives, le pouvoir d'interprétation des lois appartient au Comité permanent de l'Assemblée Populaire Nationale (APN). Il s'agit des interprétations législatives. Cependant, le Comité permanent d'APN invite la Cour Suprême (et le Parquet suprême) à interpréter l'application concrète des lois ou des décrets adoptés par le Comité permanent d'APN. Ces interprétations sont des interprétations judiciaires. Ces deux sortes d'interprétations sont constitutives de sources en droit chinois. Le 23 juin 1997, la Réglementation relative au travail d'interprétation judiciaire est adoptée par la Cour Suprême ; selon cette Réglementation, les textes d'interprétation judiciaire peuvent être présentés sous trois formes : « Explication », « Réglementation » et « Réponse ».

³³² Cette Interprétation, adoptée le 2 février 2009 par le conseil du jugement de la Cour Suprême, est mise en vigueur le 13 mai 2009.

³³³ *Le droit des contrats*, dir. JianYuan CUI, Édition de Droit, 5^e éd., 2010, p. 43.

³³⁴ Elles sont en générales au nombre de trois : les parties contractantes, l'objet du contrat et l'accord de volontés sur les stipulations principales du contrat. À ces trois conditions d'existence du contrat, s'ajoutent parfois des exigences légales de forme.

conditions de sa validité³³⁵. Peu importe cependant que l'objet convenu soit considéré comme la condition de l'existence ou de validité du contrat de vente, il constitue un élément indispensable à la conclusion du contrat. Néanmoins, l'exigence d'un accord sur l'objet de la vente ne suppose pas que l'existence de la chose à vendre au moment de la conclusion de la vente soit indispensable. La loi chinoise est en réalité muette sur la question de savoir si la vente peut avoir ou non pour objet une chose future.

122. La tradition et le transfert de propriété. « La propriété est transférée dès la réalisation de la tradition [...] », c'est le principe du transfert de propriété prévu par les PGDC. Au moment de l'adoption de cette loi, la doctrine chinoise a accordé à la tradition une double fonction. D'une part, la tradition était considérée comme l'unique mode d'acquisition de la propriété. Par la tradition, autrement dit par la remise de la chose, l'acquéreur est entré en possession de la chose aliénée. Cette entrée en possession lui permet d'en disposer de la manière la plus efficace car la possession peut constituer un signe extérieur de l'exercice du droit de propriété ; les tiers reçoivent par la suite des indications fiables sur le transfert de propriété réalisé, de sorte qu'ils savent qui est le nouveau propriétaire. C'est après l'accomplissement de la tradition que la propriété est transférée à la fois entre les parties à la vente et à l'égard des tiers. En un mot, au moment de la tradition, le droit de propriété de l'acquéreur devient exclusif, c'est-à-dire opposable *erga omnes*. Les tiers doivent dès lors s'abstenir de tout acte troublant le propriétaire dans l'exercice de son droit. D'autre part, la tradition, réalisée principalement par la livraison, est également considérée comme un moyen d'individualisation de la chose vendue, en particulier dans la vente de choses de genre où la détermination préalable de la chose est nécessaire, voire indispensable au transfert de propriété. C'est ainsi que la subordination du transfert de propriété à la tradition s'avère indiscutable.

123. Cependant, en matière mobilière, les auteurs chinois de l'époque se posaient la question de savoir s'il serait toujours raisonnable de maintenir ce principe lorsque la vente porte sur un corps certain. En outre, dans la vente immobilière, le transfert de propriété immobilière était soumis aux lois spéciales qui exigeaient souvent des formalités particulières. Ayant pris en considération ces situations, le principe de transfert de propriété prévu par les PGDC comportait des exceptions.

³³⁵ La capacité, la concordance entre la volonté interne et la déclaration externe de volonté et licéité du contrat sont généralement considérés comme les conditions de validité du contrat.

B. Les exceptions au mécanisme du transfert de propriété des Principes généraux du droit civil

Les PGDC permettent aux parties contractantes de déroger au mécanisme du transfert de propriété adopté. Les exceptions peuvent exister tant dans les ventes mobilières qu'immobilières.

124. En matière mobilière. Avant l'adoption des PGDC dans les années 80, la subordination du transfert de propriété à la tradition était loin de faire l'unanimité dans la doctrine. Pour certains auteurs, s'il faut se rendre à l'évidence que cette subordination est inévitable dans la vente de choses de genre, il n'en va pas ainsi pour la vente d'un corps certain. Dans cette dernière hypothèse, le transfert de propriété devrait s'opérer au moment où le contrat est valablement conclu³³⁶, comme le Code civil français l'a disposé à l'article 1583. Cependant, les partisans de cette approche n'ont pas tiré profit des arguments de la doctrine française concernant le triomphe du volontarisme. En revanche, cette position doctrinale a été prise uniquement par souci de sécurité dans la circulation des biens. Certains auteurs chinois ont alors soutenu que, dans la vente d'un corps certain, non seulement retarder le transfert de propriété à l'accomplissement de la tradition n'était pas nécessaire, mais il pouvait accroître le risque de fraude. Cela d'autant plus que le vendeur, demeurant toujours le propriétaire après la conclusion du contrat, aurait encore été dans la possibilité de revendre le même bien à une tierce personne. Les remèdes à cette inexécution du contrat s'avéraient très limités car souvent le premier acquéreur se contentait de l'octroi de dommages-intérêts. N'étant pas encore propriétaire du bien, il n'aurait pu, dans aucun cas, intenter une action en revendication contre l'acquéreur successif. En outre, étant uniquement le créancier du vendeur, il n'avait aucun droit de préférence par rapport aux autres créanciers de son contractant. Pour assurer la sécurité du marché et tout en préconisant le principe de bonne foi, il sembla préférable à la doctrine chinoise majoritaire de l'époque d'imposer le transfert immédiat de propriété dans la vente d'un corps certain³³⁷.

³³⁶ V. *Théories générales du droit civil*, dir., Rou TONG, Édition de Droit, 1983 ; *Leçons du droit civil*, dir., Ping JIN, Presse de l'Université de Mongolie intérieure, 1987 ; *Nouveau traité de droit civil*, dir., LiMing WANG, MingRui GUO, LiuFang FANG, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 1988 ; JingJing LIU, *Théorie sur les modèles du transfert de propriété et le choix du système chinois*, Édition de Science, 2008, p. 35, spec note n° 5.

³³⁷ Rou TONG, *L'encyclopédie du droit chinois*, *Droit civil*, Edition de l'inspecteur, 2003 ; ZhenYa NIU, « Théories relatives à l'acte créateur d'obligation et à l'acte de disposition », *Forum de NanDu*, numéro I, 1990, p. 62 ; Jingjing LIU, *Théories concernant le mode du transfert d'un droit réel et le système choisi*, Édition de la science, Pékin 2008, p. 35-36.

Or, les rédacteurs des PGDC n'ont pas adopté la position de la doctrine. Pour eux, le transfert immédiat de propriété dans la vente d'un corps certain présente de nombreux avantages mais également certains inconvénients. Par exemple, en l'absence de tradition, l'acquéreur n'est pas en mesure de disposer réellement du bien acheté et de le protéger, mais il doit par contre commencer à assumer toutes les charges découlant du droit de propriété. En ce sens, le transfert de propriété immédiat ne favoriserait pas davantage la protection de l'acquéreur. Cependant, cette position doctrinale a tout de même influencé les rédacteurs des PGDC. Dès lors, une dérogation par décision conventionnelle au principe du transfert de propriété fut autorisée, au moins en matière de vente mobilière.

- 125. En matière immobilière.** Le principe du transfert de propriété des Principes généraux du droit civil cède le pas aux dispositions relatives à la vente immobilière, en particulier à celles relatives à la gestion administrative et financière de l'État chinois. Plus précisément, d'après ces dernières, la transmission de la propriété immobilière doit être soumise à l'inscription au registre foncier. Avant l'adoption de la Loi chinoise relative aux droits réels, cette formalité relevait traditionnellement de la surveillance de l'autorité publique.
- 126. La réaffirmation du registre foncier après l'entrée en vigueur des Principes généraux du droit civil.** La « Loi chinoise relative à l'administration des terres », votée deux mois après l'adoption des Principes généraux du droit civil³³⁸, a réaffirmé l'importance du registre foncier dans le domaine immobilier. Après que la cession du droit d'usage de la terre fut autorisée³³⁹, ladite loi a fait l'objet de son premier amendement en 1988. En vertu de ce dernier, en cas d'obtention ou de cession légale du droit d'usage des terrains appartenant à l'État ou aux collectivités, les nouveaux titulaires doivent aussi faire inscrire leurs droits au registre foncier et demander leur certificat du droit d'usage³⁴⁰.
- 127. La mise en place définitive du registre foncier.** En Chine, le registre foncier n'a été officiellement rétabli qu'en 1994 par la « Loi relative à l'administration des biens immobiliers urbains ». Le Chapitre 5 de cette loi a prévu des dispositions régissant l'inscription des droits immobiliers au registre foncier. Son article 59 énonce que : « en

³³⁸ Cette loi a été votée le 25 juin 1986 par l'APN.

³³⁹ En 1988, l'article 10 de la Constitution, qui interdisait la cession du droit d'usage de la terre, est amendé. Depuis, la cession du droit d'usage de la terre est autorisée. V. *supra*. n° 114.

³⁴⁰ Cette loi a aussi été amendée en 1998, en 2004 et en 2010. Actuellement, la demande de certificat du droit d'usage n'est plus nécessaire.

Chine, le droit d'usage des terrains et la propriété d'immeubles d'habitations doivent être inscrits au registre foncier organisé par l'État et un certificat sera délivré à chaque titulaire ». En outre, tout changement de ces droits immobiliers résultant de la distribution du droit d'usage des terrains, de la construction des immeubles, de la cession ou l'hypothèque des immeubles urbains, est également soumis à la publicité foncière.

128. La nature de la publicité foncière. Avant la promulgation de la Loi chinoise relative aux droits réels, bien que plusieurs lois chinoises soumettent à la publicité foncière le droit d'usage des terrains, l'hypothèque immobilière, et la propriété bâtie à vocation d'habitation, aucune réglementation spéciale relative à la publicité foncière n'a été mise en place. La publicité foncière prévue par ces lois chinoises avait purement pour fonction de vérifier et justifier les droits réels immobiliers afin d'établir une organisation administrative ainsi que de garantir la protection des droits réels immobiliers. De plus, tout comme dans les anciens régimes, ce système de la publicité foncière se caractérisait par un processus de deux étapes : faire inscrire son droit réel immobilier au registre foncier, puis obtenir un certificat du titre. Néanmoins, la publicité n'était pas encore considérée comme une condition de la constitution ou du transfert d'un droit réel immobilier. Les empreintes de ce système foncier étaient restées sous-jacentes jusqu'à l'adoption de la Loi chinoise relative aux droits réels en 2007. Il a fallu attendre l'adoption de cette dernière pour achever la réforme et faire de la publicité foncière une condition constitutive des droits réels immobiliers.

§ 3. LES APPORTS DE LA LOI CHINOISE RELATIVE AUX DROITS RÉELS EN 2007 À L'APPRÉHENSION DU MÉCANISME DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

129. Le modèle de transfert de propriété instauré par la Loi chinoise relative aux droits réels. En 2007, la Loi chinoise relative aux droits réels (LDR) a consacré des concepts fondamentaux (à savoir les biens, le droit réel et la propriété) du droit des biens, des principes généraux, et des mesures de protections des droits réels. Elle a apporté également quelques modifications importantes au mécanisme du transfert de propriété (B). La présentation et la compréhension de cette réforme ne seraient pas possibles sans la présentation préalable, au moins à grands traits, de cette nouvelle loi chinoise (A), dans la mesure où la question du transfert de propriété doit être traitée dans le contexte de cette loi. Tous ces éléments sont, d'une façon ou d'une autre, influencés par le droit allemand.

A. La présentation de la loi chinoise relative aux droits réels

130. **Les concepts fondamentaux du droit des biens en droit chinois.** Les définitions de biens, de droit réel, et de propriété ont d'importantes répercussions sur le mécanisme et les modalités du transfert de propriété.
131. **« Wù Quán » en droit chinois.** Du point de vue terminologique, l'expression « droit réel », en chinois « Wù Quán »³⁴¹, ne trouve pas son origine dans la culture traditionnelle chinoise. Il s'agit d'une inspiration provenant des systèmes juridiques étrangers. En chinois, ce terme « Wù Quán » se traduit textuellement par le « droit des choses », et il correspond à l'expression allemande de « Sachenrecht » qui désigne le droit réel en droit germanique.

En ce qui concerne la définition de la « chose », les dispositions énoncées par la LDR ne sont pas sans équivoques. Selon le deuxième alinéa de son article 2, « les choses visées par cette loi sont les meubles et les immeubles [...] ». De cette disposition, il ressort que, comme en droit français, cette loi chinoise divise les choses en deux catégories : les meubles et les immeubles. Cependant, selon la doctrine chinoise, les droits, qui ne peuvent être classés ni parmi les immeubles ni parmi les meubles, ne sont pas des choses, sous réserve de dispositions contraires³⁴². Cette approche, quant à elle, est influencée par le droit allemand. Aux termes du § 90 du BGB³⁴³, ne doivent être considérées comme des biens au sens de la loi que des choses corporelles qui sont « susceptibles de donner lieu à une maîtrise dans un espace donné »³⁴⁴. À cet égard, le droit réel chinois se différencie du droit français : les droits, considérés comme des biens et des meubles incorporels en droit français ne peuvent être l'objet d'un droit réel en dehors de cas exceptionnels prévus par la loi.

³⁴¹ « Wù » en chinois signifie la chose et « Quán », le droit subjectif. Le droit chinois utilisait auparavant plutôt la notion de « Cǎi chǎn », équivalente de la notion de biens pour les français et de *property* pour les anglais.

³⁴² Par exemple, en vertu de l'article 143 de la LDR, en droit réel chinois, l'hypothèque peut porter sur un droit d'usage d'un terrain. Dans cette situation, ce droit d'usage du terrain peut être considéré comme l'objet d'une sorte de « quasi-droit réel ».

³⁴³ « Seuls les objets corporels sont des choses au sens de la loi ». V. *Code civil allemand, Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, par Gwendoline LARDEUX, Raymond LEGAIS, Michel PÉDAMON, Claude WITZ, Dalloz, 2010, p. 41.

³⁴⁴ *Introduction au droit allemand république fédérale, tome III Droit privé*, dir. Michel FROMONT et Alfred RIEG, Éditions Cujas 1991, p. 134.

132. La définition de droit réel³⁴⁵. Quant à la notion de « droit réel » en droit chinois, selon l'article 2, alinéa 3 de la LDR, il est défini comme «le droit qui, conformément à la loi, confère à son titulaire le pouvoir de maîtriser³⁴⁶ directement la chose déterminée, tout en s'opposant à toute intervention d'autrui»³⁴⁷. Il ressort de cette définition qu'en droit chinois, d'une part la maîtrise des choses est considérée comme un caractère essentiel des droits réels³⁴⁸ ; d'autre part, cette maîtrise doit être non seulement directe, mais aussi exclusive. En comparant cette définition à celle reconnue en droit allemand, selon laquelle les droits réels sont « les droits à caractère de maîtrise qui sont attachés à un bien et opposables par nature à toute personne qui, en violant le droit en cause, empiète sur la sphère juridique ainsi protégée »³⁴⁹, les similitudes apparaissent évidentes. La maîtrise directe et exclusive des choses est en outre considérée comme le caractère intrinsèque des droits réels : elle permet d'opposer ceux-ci aux droits personnels³⁵⁰. Au demeurant, la doctrine majoritaire penche pour une distinction entre les actes créateurs d'obligations et les actes de disposition provenant du principe de séparation (*Trennungsprinzip*) du droit allemand.

133. La définition de la propriété. Un autre concept essentiel du droit civil est la propriété. Le deuxième titre de la LDR a consacré une définition de la propriété : aux termes de l'article 39 de cette loi, « le propriétaire d'un meuble ou d'un immeuble est habilité à posséder, à utiliser, à tirer profit et à disposer des meubles ou des immeubles, de façon conforme à la loi »³⁵¹. Il s'agit d'une reprise de la définition de la propriété figurant à l'article 71 des Principes généraux du droit civil de 1986 avec de légères modifications³⁵². En apparence, cette définition chinoise est comparable à la définition

³⁴⁵ On analysera en détail la notion de propriété dans la deuxième partie concernant la sécurisation du transfert de propriété. V. *infra*. n° 481 et s.

³⁴⁶ En chinois : Zhī Pei.

³⁴⁷ V. la traduction anglaise de cet article : "The term "real right" as mentioned in the present Law means the exclusive right of direct control over a specific res enjoyed by the holder in accordance with law, including ownership, usufructuary right and real rights for security". Consulter le site : <http://www.lawyer86.com/hm/4228.html>.

³⁴⁸ V. Liming WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2007, p. 7.

³⁴⁹ V. *Introduction au droit allemand république fédérale, tome III Droit privé*, dir. Michel FROMONT et Alfred RIEG, Éditions Cujas 1991, p. 133.

³⁵⁰ Liming WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2007, p. 7.

³⁵¹ La traduction anglaise de cet article : « The owner of a realty or chattel is entitled to possess, utilize, seek profits from and dispose of the realty or chattel in accordance with law ». Consulter le site : <http://www.lawyer86.com/hm/4228.html>.

³⁵² Au lieu de préciser que le droit de propriété porte sur les immeubles et les meubles, comme l'a fait la LDR, l'article 71 des Principes généraux du droit civil de 1986 utilise le terme « bien » (*Cái Chǎn*), sur lequel le droit de propriété porte.

du droit de propriété de l'article 544 du Code civil³⁵³. Mais pour la doctrine chinoise majoritaire, étant considéré comme le droit réel par excellence, la propriété doit être définie comme le droit exclusif de maîtrise sur une chose³⁵⁴. Étant défini comme le droit exclusif de maîtrise sur une chose corporelle, le droit de propriété en droit chinois a un caractère matériel³⁵⁵. Cette matérialisation du droit de propriété doit être prise en considération lorsque l'on envisage le mécanisme du transfert de propriété en droit chinois. Cette vision de la propriété correspond parfaitement au § 903 du BGB selon lequel, « [l]e propriétaire d'une chose peut, pour autant que la loi ou les droits des tiers ne s'y opposent pas, se comporter avec elle comme il l'entend et exclure sur elle toute intervention d'autrui [...] ».

134. La structure et les principes généraux de la Loi chinoise relative aux droits réels. Les dispositions relatives au transfert de propriété sont pilotées par les principes généraux de cette loi chinoise.

Le système allemand, en particulier sa manière de structurer le Code civil, a exercé une grande influence sur la structure de la Loi chinoise relative aux droits réels. Comme on le sait, dans le BGB, le premier livre intitulé « Partie générale » (*Allgemeiner Teil*) aborde toutes les conceptions et toutes les instructions générales qui sont applicables aux autres parties du Code. En effet, certains principes généraux sont posés en droit allemand afin de donner les instructions nécessaires à la bonne mise en œuvre de toutes les dispositions concernant les droits réels. Bien que ces principes ne soient pas énoncés directement par le BGB, ils jouent un rôle important et sont généralement partagés par la doctrine³⁵⁶.

La LDR a pris la même structure. Son premier titre porte spécifiquement sur les dispositions générales relatives à tous les droits réels, y compris la propriété, les droits réels d'usage, et les droits réels des sûretés³⁵⁷. Dans cette partie, plusieurs principes généraux gouvernant toute la loi sont présentés dans son premier chapitre. En effet,

³⁵³ Aux termes de l'article 544 du Code civil français : « La propriété est le droit de jouir et 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. » V. *supra*. n° 115 et s.

³⁵⁴ Xiao CHENG, Fei YIN, LiMing WANG, *Leçons de droit chinois des biens*, Édition de la Cour populaire, 2007, p. 137 ; JingJing LIU, *Théorie sur les modèles du transfert de propriété et le choix du système chinois*, Édition de Science, 2008, p. 7.

³⁵⁵ V. *infra*. n° 484 et s.

³⁵⁶ Ils sont aussi invoqués par des manuels de droit des biens. V. par exemple : Fritz BAUR, Jürgen F. BAUR, Rolf STÜRNER, *Sachenrecht I* Verlag C. H. Beck, 17^e Auflage; Manfred WOLF, *Sachenrecht*, Verlag C. H. Beck, 23^e Auflage.

³⁵⁷ Voir le troisième alinéa de l'article 2 de la LDR.

toutes les dispositions relatives aux droits réels, y compris celles qui concernent le transfert de propriété, sont soumises aux quatre principes : le principe de protection égale entre les titulaires, le principe du « numerus clausus »³⁵⁸, le principe de la publicité, et celui de la foi publique des droits réels publiés. Ces trois derniers principes sont aussi présents dans le droit allemand et dans celui de nombreux pays d'Europe.

Le législateur chinois a isolé, dans le deuxième chapitre du premier titre de la LDR, les principes et les modalités applicables à tout changement des droits réels, en prévoyant des dispositions générales qui régissent la construction³⁵⁹, la modification³⁶⁰, la transmission et l'extinction des droits réels. Ces dispositions couvrent également les règles spéciales relatives au transfert de propriété, puisque, selon la doctrine chinoise, le transfert de propriété n'est que l'un des cas de changements des droits réels. Afin de connaître le mécanisme du transfert de propriété en droit chinois, il faut d'abord s'intéresser au mécanisme et aux principes relatifs à la modification et à la transmission des droits réels, avant de prendre en considération les règles spéciales du droit de propriété qui sont regroupées dans le deuxième titre de la LDR. Cette partie de la loi énonce les règles spéciales sans répéter les dispositions générales déjà exposées par cette loi dans son Titre premier.

135. Les mesures de protection des droits réels. L'opération portant sur le transfert de propriété peut être confrontée au problème de la protection des droits réels, en particulier la protection du droit de propriété. Afin de protéger les titulaires des droits réels, la LDR recourt aux prétentions réelles (en droit allemand, *Dingliche Ansprüche*) qui sont issues du système allemand. La prétention, concept commun à tous droits civils (tels que le droit des obligations, le droit des biens ou le droit de la famille), est définie par le § 194 du BGB, comme « le droit d'exiger d'un autre un fait ou une abstention ». Lorsque M. Claude Witz présente ce concept, il signale à juste titre qu'il faut mettre l'accent sur le double élément de la notion de prétention : « celle-ci désigne aussi bien la prérogative en soi que la possibilité pour une personne de réclamer en justice le respect de cette prétention, plus précisément, un fait ou une abstention d'une autre personne »³⁶¹. D'un côté, les prétentions sont des droits attribués au titulaire par le

³⁵⁸ Selon ce principe, les droits réels sont déterminés par la loi et il ne peut y avoir d'autres droits réels que ceux qui sont prévus par la loi.

³⁵⁹ La construction d'un droit réel signifie que par un acte juridique ou d'autres moyens et conformément aux règles de la loi, les parties peuvent construire un droit réel dont l'existence est prévue par la loi.

³⁶⁰ Au sens strict du terme, les modifications d'un droit réel ne concernent pas le changement de titulaire de ce droit, mais les modifications soit sur le contenu, soit quant à l'objet même du droit.

³⁶¹ Claude WITZ, *Droit privé allemand, I. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec 1992, n° 607, p. 476.

BGB ; de l'autre, elles revêtent un aspect procédural, c'est-à-dire que ces droits permettent au titulaire d'exercer certaines actions en justice. Du fait du caractère procédural de la notion de prétention, certains auteurs français traduisent le terme « *Dingliche Ansprüche* » directement comme des actions réelles³⁶². Les principales « prétentions réelles » sont énoncées au sein du troisième chapitre du titre premier de la LDR. Elles consistent soit à restituer la chose sur laquelle porte le droit réel du titulaire, ou bien à supprimer le trouble déjà causé, ou encore à anéantir tout risque de trouble potentiel ou enfin à faire cesser les atteintes aux droits réels du titulaire et à rétablir la situation dans son état initial.

- 136.** Faisant partie de la LDR, les dispositions relatives au transfert de propriété reflètent inévitablement une influence du droit allemand. Leur compréhension dépend de la prise en considération du modèle allemand. Cependant, il faut porter une grande attention à l'originalité du droit chinois qui contient une particularité au sujet du transfert de propriété : même s'il évolue de façon rapide et révolutionnaire, le droit chinois reste un compromis qui intègre un passé juridique complexe où la propriété publique continue de jouer un rôle prépondérant.

B. La nature juridique du mécanisme du transfert de propriété dans la loi chinoise relative aux droits réels

- 137. Modèle dualiste.** En droit chinois, le transfert de propriété nécessite d'abord un contrat de vente dépourvu de vice (qui peut être une inobservation des conditions de formation du contrat). Comparé au droit allemand, le modèle chinois de transfert de propriété n'exige pas la réitération du contrat par un deuxième accord dit « réel ». En effet, un seul rapport contractuel suffit à réaliser le transfert de propriété. En même temps, contrairement au principe du transfert de propriété *solo consensu* du droit français³⁶³, le contrat de vente en droit chinois ne suffit pas, à lui seul, à opérer cette transmission. En fait, le transfert de propriété s'opère en deux étapes. La conclusion du contrat, qui donne naissance à l'obligation de transférer la propriété à la charge du vendeur, constitue la première étape. Cette obligation fait l'objet de l'article 135 de la Loi chinoise relative aux contrats. Aux termes de cet article, « [l]e vendeur est tenu d'une obligation de livrer la chose vendue ou des documents valant titre d'obtention de

³⁶² *Introduction au droit allemand république fédérale, tome III Droit privé, dir. Michel FROMONT et Alfred RIEG, Éditions Cujas 1991, p. 147.*

³⁶³ Selon ce principe, le transfert de propriété s'opère dès l'échange de consentements et par le seul effet de l'accord de parties.

la marchandise à l'acheteur, ainsi qu'une obligation de transférer la propriété »³⁶⁴. Pour que la propriété soit transférée, le vendeur doit exécuter l'obligation mentionnée ci-dessus. C'est la deuxième étape vers le transfert de propriété.

138. Le transfert de propriété soumis à la publicité des droits réels. Il est important de noter que l'exécution de l'obligation de transférer la propriété est soumise à certaines conditions légales consistant à respecter le principe de publicité des droits réels posé par la LDR. Ces conditions varient en fonction de l'objet de la vente : la remise de la chose pour des meubles ou le registre foncier pour des immeubles. Consécutivement à l'accomplissement de ces mesures de publicité, l'obligation de transférer la propriété est exécutée et la propriété transmise à l'acquéreur. Dans le cas contraire, le transfert de propriété ne peut avoir lieu du fait de l'inexécution de cette obligation. De cette manière, le mécanisme chinois du transfert de propriété présente un caractère dualiste. Deux éléments constitutifs du transfert de propriété sont exigés : l'élément consensuel constitué par le contrat de vente et l'élément matériel que représente l'accomplissement d'une mesure de publicité prescrite par la loi.

139. Modèle causal. Certaines conséquences peuvent être tirées directement de ce mécanisme. Si le contrat de vente valablement conclu sert de condition nécessaire à la création de l'obligation de transférer la propriété, la publicité foncière, quant à elle, sert de condition à son exécution. Ces deux conditions doivent être cumulatives et interdépendantes. À défaut de la première condition, l'obligation de transférer la propriété ne peut être créée. Il en va de même de son exécution. En revanche, si c'est la deuxième condition qui fait défaut, le transfert de propriété ne peut s'opérer, bien que le contrat de vente reste toujours valable et que l'obligation de transférer la propriété demeure exigible. En outre, le contrat de vente est également considéré comme la cause de ce transfert. Autrement dit, il vient justifier sa légitimité. Dans l'hypothèse où le contrat de vente est frappé de nullité, et ce même après la réalisation de la publicité foncière, cette nullité entraîne par principe l'anéantissement rétroactif du transfert de propriété. De ce fait, le modèle chinois est alors causal.

Conclusion du Chapitre préliminaire

140. À l'issue de cette présentation historique, il apparaît que le modèle romain du transfert de propriété, réalisé par un *titulus* suivi d'un *modus* est à l'origine des modèles de transfert de propriété adoptés respectivement par les droits français,

³⁶⁴ Cette loi chinoise a été adoptée le 15 mars 1999 et est entrée en vigueur le 1^{er} octobre de la même année.

allemand et chinois. Le modèle français, dit « modèle moniste » est en réalité basé sur une fusion de ces deux étapes. Il n'est donc pas si énigmatique que l'on le pense. Il en est de même pour le modèle allemand. Ce dernier, résultant directement du système romain, ne fait que le raffiner et le théoriser de manière scientifique. Il n'est donc pas tout à fait insaisissable. À côté de ses deux sources d'inspiration, le droit chinois a pris une position intermédiaire. Un tel choix est censé pouvoir atténuer les inconvénients présentés dans les droits français et allemand en la matière.

TITRE I.

LA RECHERCHE DE LA SIMPLICITÉ DU DROIT CHINOIS

141. La simplicité du mécanisme du transfert de propriété chinois. Le mécanisme chinois du transfert de propriété peut permettre d'écarter certaines théories trop compliquées, voire controversées, existant dans les droits français et allemand. Précisément parce qu'un tel modèle, selon lequel le transfert de propriété résulte de l'exécution d'une obligation née du contrat de vente, n'a besoin de recourir ni au « contrat réel », relevant d'une théorie abstraite du droit allemand (Chapitre II), ni à « l'effet réel du contrat de vente », thèse controversée en droit français (Chapitre I). En cela, on peut dire que le modèle chinois a simplifié les mécanismes de transfert de propriété prévus par les droits français et allemand.

CHAPITRE I.

LA MISE À L'ÉCART DES CONTROVERSESES DU DROIT FRANÇAIS

- 142. Le principe du transfert de propriété *solo consensu*.** En droit français, par le recours à la *traditio* fictive, le Code civil a consacré le principe du transfert de propriété *solo consensu* à son article 1138³⁶⁵. Comme Carbonnier l'a considéré à juste titre : « la convention produit par elle-même transfert de propriété ; par le seul échange des consentements (*solo consensu*), par la seule signature du contrat, l'acquéreur devient propriétaire du bien, immeuble ou meuble, qui a été cédé »³⁶⁶. En cas de vente, ce principe semble être confirmé par 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 ». Ainsi, un seul accord conclu entre le vendeur et l'acheteur sur la chose et sur le prix devient suffisant au transfert de propriété. La doctrine a donc conclu qu'« à partir de 1804 en France, le transfert de propriété est une opération intellectuelle, coupée de toute extériorisation publique »³⁶⁷. Encore faut-il préciser par quel mécanisme la propriété peut être transférée.
- 143. La théorie de l'effet réel et translatif du contrat de vente.** Dans la vente en droit français, le transfert de propriété est purement intellectuel, ceci d'autant plus que ce transfert peut se réaliser sans aucune activité de la part du vendeur. C'est de cette manière que l'on parle même de transfert de propriété automatique³⁶⁸. L'automaticité du transfert de propriété pousse la doctrine française à remettre en cause l'idée que ce transfert s'opère par l'exécution d'une obligation née du contrat de vente car aucune prestation de la part du vendeur ne semble nécessaire. Dès lors, la disposition prévue à l'article 711 du Code civil (selon laquelle la propriété se transfère par l'effet des obligations) est vidée de son sens initial. Étant donné que le contrat de vente peut non seulement créer des obligations mais aussi réaliser le transfert de propriété, il produit à

³⁶⁵ Le même principe est également consacré par l'avant-projet d'Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, publié par la Chancellerie le 25 février 2015. En vertu de l'alinéa premier de son article 1197, « [d]ans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat ». V. http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

³⁶⁶ Jean CARBONNIER, *Droit civil, Tome 3, Les biens*, 19^e édition refondue, PUF 2000, n° 108, p. 186 et 187.

³⁶⁷ William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 29, p. 49.

³⁶⁸ V. par exemple, François COLLART- DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 187, p. 181.

la fois deux effets respectifs : l'un obligationnel³⁶⁹ ; l'autre translatif. Puisque cet effet translatif consiste en la transmission d'un droit réel, il est alors de nature réelle³⁷⁰. D'où la spécificité d'un contrat dit translatif par rapport aux autres contrats. C'est la théorie de l'effet translatif du contrat de vente, à laquelle beaucoup d'auteurs français (pour ne pas dire la majorité) sont favorables. De plus, cet effet translatif est considéré par la doctrine comme l'effet essentiel du contrat de vente³⁷¹. Selon certains auteurs, « [d]ès lors qu'il est admis que le principe mis en place par le Code Civil est bien celui du transfert de propriété *solo consensu*, il n'y a aucune raison de penser que le Code Civil ait pu maintenir "une obligation de transférer la propriété" »³⁷². Toutefois, la doctrine ne parle pas d'une voix unanime à ce sujet. Ces controverses rendent ainsi le mécanisme français du transfert de propriété difficile à appréhender. La position hésitante de la doctrine entre le transfert de propriété par l'effet d'obligations du contrat, et celui réalisé directement par l'effet translatif du contrat donne l'impression que ces deux mécanismes de transfert de propriété coexistent dans le système français³⁷³. Le modèle chinois, dit de « l'accord + la publicité », a justement été conçu dans le but d'éviter cette complication du droit français, qui réside à la fois dans cette controverse sur l'existence de l'obligation de transférer la propriété (Section I) et dans la complexité du mécanisme du transfert de propriété (Section II).

³⁶⁹ Pascal ANCEL, distingue l'effet obligationnel du contrat qui désigne son effet créateur d'obligations, de la force obligatoire du contrat. Selon cet auteur, les contrats ne se limitent pas à créer des obligations entre les parties contractantes. « Au lieu de créer des obligations, ou en plus, un accord de volontés peut produire trois types d'effets : il peut éteindre un droit, le transférer ou encore créer un droit ou une situation juridique nouvelle ». L'auteur V. Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* oct-déc 1999, p. 711. Voir aussi DEMOLOMBE *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, 1868, t. I, n° 384, p. 365. « La convention a pour effet de créer ou d'éteindre ces obligations ou des droits réels [...] ».

³⁷⁰ Boris STARCK, Henri ROLAND, Laurent BOYER, *Droit civil, Obligations*, t. 2, 6^e éd., Litec, 1998, n° 1150 et 1151; Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, t. III, Les obligations, Le contrat*, 7^e éd., Economica, 2014, n° 591, p. 655.

³⁷¹ Paul-Henri ANTONMATTEI et Jacques RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7^e éd., LexisNexis, 2013, n° 170, p. 156.

³⁷² Natacha PRYBYS GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse dactyl. Montpellier I, 1997, n° 493, p. 224. V aussi François LAURENT, *Principe de droit français*, tome 16, Paris-Bruxelles, 1875, n° 187, p. 248-250. *Contra.*, Pascale BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988, n° 10, p. 677. Cet auteur a pensé que l'affirmation du transfert de propriété *solo consensu* n'est pas en soi la négation de l'obligation de transférer la propriété.

³⁷³ Par exemple, v. François COLLART-DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 200, p. 189.

SECTION I.

L'ÉVICTION DE LA CONTROVERSE RELATIVE À L'OBLIGATION DE DONNER

- 144. L'obligation de donner, semez de troubles en droit français.** Si sous l'Ancien Régime, l'effet translatif du contrat de vente était attaché par Domat et Pothier à l'obligation de livrer la chose à la charge du vendeur, les rédacteurs du Code civil de 1804 semblaient bien l'associer à l'obligation de donner qui doit être traduite comme celle de transférer la propriété³⁷⁴. Une telle obligation de donner est consacrée expressément dans la Section II du Chapitre III du Titre III de ce Code (§ 1). Or, malgré la consécration légale de cette obligation dans le Code civil, son existence est condamnée par une partie de la doctrine (§ 2). Cependant, cette condamnation ne fait pas l'unanimité en droit français (§ 3).

§ 1. LA CONSÉCRATION DE L'OBLIGATION DE DONNER DANS LE CODE CIVIL

- 145. La consécration légale de l'obligation de donner.** Le Code civil français distingue l'obligation de donner de celles de faire ou de ne pas faire. Cette distinction constitue une *summa divisio*³⁷⁵. Rappelons que selon la définition du contrat énoncée à l'article 1101 du Code civil, le contrat est « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Cette distinction est également figurée dans l'article 1126 du même code concernant différents objets possibles des obligations : « [t]out 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 ». Par rapport aux obligations de faire ou ne pas faire, l'obligation de donner peut être d'une grande utilité. Pothier a professé en ces termes : « il y a cette différence entre les obligations de donner et les obligations de faire, que celui qui s'est obligé de donner une chose, peut, lorsqu'il l'a en sa possession, être précisément contraint à la donner ; le créancier peut, malgré lui, en être en possession par autorité de justice [...] »³⁷⁶. L'enseignement de Pothier a été transposé dans le Code civil. À la

³⁷⁴ V. *supra*. n° 69 et s.

³⁷⁵ Cependant, en droit romain, selon Riccardo CARDILLI, « [t]ant les *Institutiones* de Gaius (IV, 2) que celles de Paul (D. 44, 7, 3 pr.) décrivent l'objet de l'obligation romaine par les trois verbes : *dare, facere* et *praestare* [...] ». V. Riccardo CARDILLI, « L'obligation de *praestare* et la responsabilité contractuelle en droit romain », *R.I.D.A.*, n° 43, 1996, p. 82. Selon la définition proposée par professeur Geneviève PIGNARRE, les obligations de *praestare* sont celles « qui, à titre principal ou accessoire, ont pour objet de mettre un bien à la disposition d'autrui ». V. Geneviève PIGNARRE, « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*, Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD civ.* 2001, p. 50.

³⁷⁶ Jean-Joseph BUGNET, *Œuvres de POTHIER, Tome deuxième, Traité des obligations*, Paris, 1861, n° 178, p. 86.

lecture *a contrario* de l'article 1142³⁷⁷, seule l'exécution forcée en nature de l'obligation de donner semble être autorisée. Il en résulte que les parties à la vente peuvent faire du transfert de propriété l'objet direct de leur obligation. Lors que ce transfert promis fait défaut, le créancier peut recourir à la justice afin de demander l'exécution forcée de ladite obligation.

En outre, afin de dessiner son contour et de déterminer son régime, le Code civil a consacré à cette obligation de donner une section tout entière formée de six articles (de l'article 1136 à l'article 1145). Dès lors, certaines spécificités d'une telle obligation se dégagent.

146. La teneur de l'obligation de donner. Le terme « donner », compris comme transférer la propriété, semble bien abstrait pour saisir la manière dont le débiteur réalise une telle prestation. Il s'agit d'une question ayant trait à la teneur de l'obligation de donner. À ce sujet, l'article 1136 du Code civil énonce que « l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver [...] ». Le terme « emporter » est polysémique. Il peut signifier « entraîner » ou « comporter »³⁷⁸. Prenant la première signification du terme « emporter », l'article 1136 semble énoncer que l'obligation de transférer la propriété entraîne l'obligation de livrer la chose et celle de la conserver. Une vision historique permet de faciliter l'interprétation de cette disposition. Sous l'Ancien Régime, tout comme dans le droit romain, le transfert de propriété requérait l'accomplissement d'une *traditio*. Précisément, en cas de vente, lorsque l'aliénateur s'engage à rendre l'acquéreur propriétaire de la chose vendue, il s'oblige inévitablement à la remettre à ce dernier, sinon la propriété ne peut être transférée à l'acquéreur. Si on admet que pour accomplir son engagement de donner, l'aliénateur doit d'abord accomplir la *traditio*, il est tout à fait exact de penser que l'obligation de donner peut entraîner une *traditio*, à laquelle une obligation de livrer la chose vendue a été assimilée. Il en va de même pour l'obligation de conserver. L'aliénateur doit veiller à la conservation de cette chose jusqu'à la *traditio*, afin de garantir la réalisation du transfert de propriété. En particulier, il ne peut détruire la chose ou la vendre à une tierce personne dans le but d'empêcher que l'acquéreur devienne propriétaire. La propriété de cette chose ne peut être non plus grevée d'un droit personnel sans l'accord de l'acquéreur après la conclusion du contrat. En effet, grâce à l'obligation de livrer et à celle de la conserver, le contenu de l'obligation de donner est plus ou moins concrétisé.

³⁷⁷ Selon cet article, « [t]oute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

³⁷⁸ Par exemple v. *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2009*.

Suivant ces raisonnements, l'article 1136 du Code civil peut également être compris de la manière suivante : l'obligation de donner « comporte » ou « recouvre » l'obligation de livrer la chose et celle de la conserver. Ainsi, bien que la disposition de l'article 1136 n'ait pas donné la définition de l'obligation de donner³⁷⁹, elle a été rédigée dans l'objectif d'éclaircir son contenu³⁸⁰. Justement, ce point de vue explique la raison pour laquelle le Code civil français se borne, dans cette section relative à l'obligation de donner et après son article liminaire, à traiter successivement l'obligation de conserver la chose et celle de la livrer³⁸¹.

Toutefois, certains auteurs pensent que le terme « emporter » doit être compris comme : «entraîner en ayant pour conséquence »³⁸². De ce fait selon eux, l'article 1136 a été prévu dans le but d'indiquer les conséquences de l'obligation de donner³⁸³, ou de son exécution. Ce point de vue peut s'expliquer par le fait que le débiteur de cette obligation de donner est toujours tenu d'une obligation de livrer la chose, même après que la propriété a été transférée³⁸⁴. En revanche, l'obligation de conserver la chose à la charge de l'aliénateur a quant à elle pour finalité de réaliser le transfert de propriété. En principe, elle s'éteint aussitôt que la propriété est transférée. Au lieu de la considérer comme une des conséquences de l'obligation de donner, il est donc préférable de penser que cette dernière la recouvre.

En fait, l'obligation de livrer évoquée dans la section relative à l'obligation de donner a été regardée par les rédacteurs du Code comme une obligation dont l'exécution vaut *traditio*. Celle-ci et l'obligation de conserver ont en effet pour objet de concrétiser

³⁷⁹ Philippe SIMLER, « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *Jur.-Class. Civ*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10, 11, n° 8.

³⁸⁰ Cependant, pour Christian LARROUMET, l'article 1136 se borne à affirmer l'existence d'obligations accessoires à l'obligation de donner, elles sont l'obligation de livrer et celle de conserver. V. Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, Tome III, 7^e éd., Economica, 2014, n° 56, p. 44.

³⁸¹ Ces deux obligations peuvent être classées parmi des obligations de *praestare*. Ces dernières, définies comme une obligation de mise à disposition, se distinguent donc des obligations de faire au sens strict du terme. V. Geneviève PIGNARRE, « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*, Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD civ.* 2001, n° 11, p. 53-54.

³⁸² Natacha PRYBYS GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse dactylographiée, Montpellier I, 1997, n° 46 et 47, p. 26 et s. De même, pour Philippe SIMLER, l'article 1136 précise en revanche « seulement certaines conséquences (de l'obligation de donner) qui, au demeurant, ne sont pas propres à l'obligation de donner ». Philippe SIMLER, « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-Cl. Civ*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10, 11, n° 8.

³⁸³ Philippe SIMLER, « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *Jur.-Class. Civ*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10, 11, n° 9.

³⁸⁴ V. *infra*. n° 147.

en substance cette obligation de transférer la propriété. Après avoir esquissé les contours de l'obligation de donner, les rédacteurs du Code civil ont entrepris de répondre à la question de savoir comment elle s'exécute et quels sont ses effets.

147. L'exécution « intellectuelle » et instantanée de l'obligation de donner. Partant du fait que selon l'article 1136 l'obligation de donner est désignée comme un ensemble de prestations nécessaires pour rendre l'acquéreur propriétaire, elle ne peut être exécutée qu'au terme de l'accomplissement de l'obligation de conserver la chose et de celle de la livrer. Toutefois, il convient d'attacher une grande importance à la manière dont l'obligation de livrer la chose s'exécute. Aux termes du premier alinéa de l'article 1138 : l'obligation de livrer la chose « est parfaite par le seul consentement des parties contractantes ». Cela veut dire qu'une telle obligation est en principe réputée exécutée instantanément par le seul consentement des parties dès la conclusion du contrat. Cette disposition permet de penser d'emblée à une *traditio* feinte pratiquée fréquemment en matière de vente immobilière dans l'Ancien droit français³⁸⁵. En fait, il faut bien se rendre à l'évidence que cette « perfection » de l'obligation de livrer ainsi précisée n'exclut aucunement une remise réelle de la chose vendue qui est identique à la véritable exécution de cette obligation de livrer. En d'autres termes, bien que selon ladite disposition, l'obligation de livrer soit parfaite par le seul consentement des parties contractantes, l'aliénateur est toujours tenu de livrer matériellement la chose à son contractant. S'agit-il d'un paradoxe ? Ou bien les rédacteurs du Code se réfèrent-ils ici simplement à la distinction entre une *traditio* fictive et une *traditio* réelle ? En effet, l'ambiguïté concernant l'obligation de livrer que l'on doit révéler ici réside dans une confusion entre la *traditio*, qui est nécessaire au transfert de propriété, et l'obligation de livrer la chose dont l'effet est simplement de permettre à l'acquéreur de jouir en fait de la chose³⁸⁶. Par conséquent, il convient de retenir que l'obligation de livrer la chose traitée dans cette section du Code doit être regardée comme une obligation « emportée » par l'obligation de donner, c'est-à-dire une *traditio* romaine, et non une véritable obligation de livrer. En réalité, c'est cette *traditio* qui peut être parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Par le biais d'un recours à une *traditio* feinte, la perfection de l'obligation de donner se réalise également. Ainsi, « l'obligation de donner se caractérise alors par son exécution consensuelle, abstraite et automatique »³⁸⁷.

³⁸⁵ V. *supra*. n° 56 et s.

³⁸⁶ Christian LARROUMET a expliqué avec netteté que l'obligation de livrer n'est pas une « tradition ». V. Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, t. 3, Les obligations, Le contrat*, 7^e éd., Economica, 2014, n° 57, p. 46.

³⁸⁷ Pascale BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988, n° 10, p. 678.

Cependant l'exécution de l'obligation de donner laisse subsister l'obligation de livrer la chose, une autre obligation à la charge de l'aliénateur. Du fait de son exécution à la fois intellectuelle et instantanée, l'obligation de donner devient totalement imperceptible. Carbonnier enseigne en ce sens que cette obligation peut n'exister « qu'en théorie et le temps d'un éclair »³⁸⁸. Reste à connaître les effets de l'obligation de donner.

148. L'effet translatif de l'obligation de donner. L'exécution de l'obligation de donner entraîne le transfert de propriété ainsi que le transfert des risques. C'est justement pour cette raison que l'obligation de donner est en réalité l'obligation de *dare*, c'est-à-dire celle de transférer la propriété. C'est ainsi que l'on doit comprendre le deuxième alinéa de l'article 1138 du Code civil : la perfection de l'obligation de livrer la chose, qui est regardée comme étant « emportée » par l'obligation de donner et réalisée par une tradition feinte, rend l'acquéreur propriétaire³⁸⁹. Ce point de vue vient confirmer les dispositions de l'article 711 qui précisent que la propriété « s'acquiert et se transmet [...] par l'effet des obligations »³⁹⁰. Les dispositions du Code civil relatives à l'obligation de donner sont au diapason des doctrines de l'époque, en particulier celles de Pothier. Les écrits de ce grand maître méritent alors d'être présentés de plus près.

149. L'approche de Pothier concernant l'obligation de donner. Dans les écrits de Pothier, on ne peut appréhender la définition de l'obligation de donner qu'à travers des passages concernant son paiement : « [I]orsque l'obligation est de donner quelque chose, le paiement est la donation et translation de la propriété de cette chose »³⁹¹. Il en résulte que selon Pothier, l'obligation de donner est une obligation de transférer la propriété d'une chose³⁹². Quant aux conséquences de cette obligation, l'auteur a précisé que « [I]e droit que cette obligation donne au créancier de poursuivre le paiement de la chose que le débiteur s'est obligé de lui donner, n'est pas un droit qu'elle lui donne dans cette chose, *jus in re* ; ce n'est qu'un droit contre la personne du débiteur pour le faire

³⁸⁸ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, n° 925, p. 1927.

³⁸⁹ Certains auteurs contestent cette approche. V. par exemple François LAURENT, *Principe de droit français*, tome 16, Paris-Bruxelles, 1875, n° 187, p. 249-250. L'auteur avance l'idée qu'il faut borner l'application de l'article 1138 aux contrats qui transfèrent la propriété par le seul effet du consentement. V aussi Natacha PRYBYS GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse dactyl Montpellier I, 1997.

³⁹⁰ V. *supra*. n° 57.

³⁹¹ Jean-Joseph BUGNET, *Œuvres de POTHIER, Tome deuxième, Traité des obligations*, Paris, 1861, n° 494, p. 270.

³⁹² Cependant, pour qu'une telle obligation s'exécute, une condition doit être respectée : « pour que le paiement (de l'obligation de donner) soit valable, il faut qu'il ait été fait par une personne capable de transférer la propriété de la chose qu'elle a payée ». Jean-Joseph BUGNET, *Œuvres de POTHIER, Tome deuxième, Traité des obligations*, Paris, 1861, n° 495, p. 271.

condamner à donner cette chose ; *jus ad rem* »³⁹³. Ce dernier, invention probable des canonistes du XIII^e siècle³⁹⁴, est largement entendu comme une créance portant sur une chose par les post-Glossateurs³⁹⁵. À la différence d'un droit réel portant sur la chose, le *jus ad rem* est une créance assortie des caractères personnels. Le *jus ad rem* est utilisé « pour renforcer la situation du créancier de chose certaine, par exemple, de l'acheteur qui n'a pas encore reçu livraison de la chose vendue »³⁹⁶. Cela veut dire que le contrat, en donnant naissance à l'obligation de donner ne crée qu'une créance de donner au profit du créancier. Par conséquent, « [l]a chose que le débiteur s'est obligé à donner, continue donc de lui appartenir, et le créancier ne peut en devenir propriétaire que par la tradition réelle ou feinte que lui en fera le débiteur, en accomplissant son obligation »³⁹⁷. En effet, si le créancier a recours à la *traditio* feinte, un *jus ad rem* d'un créancier de donner peut être transformé en un *jus in re* dans l'immédiat. Corolairement, l'obligation de donner est censée être exécutée instantanément au moment de sa naissance, ce qui implique que cette obligation peut n'exister que le temps d'un éclair.

150. Cependant, du fait des spécificités de ladite obligation tantôt quant à son contenu abstrait, tantôt concernant la façon instantanée dont elle s'exécute, les auteurs sont poussés à renier l'utilité de cette obligation, voire son existence.

§ 2. LA CONDAMNATION DE L'OBLIGATION DE DONNER PAR LA DOCTRINE

151. En droit français, l'existence d'une obligation de transférer la propriété née du contrat de vente est condamnée par une partie de la doctrine. Il semble qu'elle est difficilement conciliable avec l'automaticité du transfert de propriété *solo consensu*, sans oublier que cette obligation ne se trouve nulle part parmi les dispositions consacrées à la vente dans le Code civil.
152. **La déduction de l'obligation de donner dans le contrat de vente.** Étant une des obligations du vendeur, l'obligation de donner n'est mentionnée nulle part dans le Code

³⁹³ Jean-Joseph BUGNET, *Œuvres de POTHIER, Tome deuxième, Traité des obligations*, Paris, 1861, n° 151, p. 70.

³⁹⁴ « La théorie inélégante du *jus ad rem* paraît avoir été créée par le pape Innocent IV ». À l'origine, la personne, après avoir été élu pour occuper un bénéfice ecclésiastique, a joui déjà d'un *jus ad rem*, si un clerc n'a pas encore pris la possession de ce bénéfice. V. Louis RIGAUD, *Le droit réel, Histoire et théorie, son origine institutionnelle*, thèse Toulouse, édition Nauze, 1912, p. 89.

³⁹⁵ Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 1^{re} éd., Dalloz, 2002, n° 210, p. 263.

³⁹⁶ Louis RIGAUD, *Le droit réel, Histoire et théorie, son origine institutionnelle*, thèse Toulouse, édition Nauze, 1912, p. 90.

³⁹⁷ Jean-Joseph BUGNET, *Œuvres de POTHIER, Tome deuxième, Traité des obligations*, Paris, 1861, n° 151, p. 70.

civil. Elle ne figure ni dans la définition de la vente, ni parmi les obligations principales du vendeur. Aux termes de l'article 1582 du Code civil, « la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. [...] ». De même, l'article 1603 précise que le vendeur a deux obligations principales : « celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend ». C'est la raison pour laquelle un auteur considère qu'il est « difficile d'affirmer que l'obligation de transférer la propriété est l'obligation essentielle de la vente »³⁹⁸. En fait, l'existence d'une telle obligation dans le contrat de vente n'est qu'une déduction. Eu égard à l'article 711 du même Code, la propriété est transférée par l'effet des obligations. S'impose alors une importante question : quelles obligations peuvent entraîner le transfert de propriété ? Le Code civil laisse plusieurs indices permettant de révéler le sens exact de l'article 711 : le transfert de propriété est réalisé par l'exécution de l'obligation de livrer qui est quant à elle assimilée à l'accomplissement de la *traditio* romaine³⁹⁹. Cependant lorsque cette dernière est totalement dématérialisée, le lien établi sous l'Ancien Régime entre elle et la délivrance devient parfaitement dissimulé. Afin d'interpréter l'article 711, les auteurs recourent donc directement à l'obligation de *dare*⁴⁰⁰. Étant conçu comme l'effet des obligations, l'acquisition de la propriété de la chose peut donc résulter de l'exécution d'une obligation de donner⁴⁰¹.

153. Les arguments défavorables à l'obligation de donner. Si l'on prend la définition de Pothier, l'obligation est un lien de droit qui nous astreint envers un autre à lui donner, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose⁴⁰². L'obligation ainsi définie peut avoir dans certains cas pour objet de « donner ». Mais, sous l'empire du principe de transfert de propriété *solo consensu*, l'existence de cette obligation rencontre des difficultés. D'abord, l'expression « le transfert de propriété » semble trop abstraite pour permettre de déterminer la ou les prestations concrètes à la charge du vendeur dans cet objectif. Ensuite, la concomitance de sa naissance et de son exécution donne l'impression que l'obligation de donner n'est pas susceptible d'exécution⁴⁰³. Enfin, étant

³⁹⁸ Denis TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix) », *D.* 1992, *chron.* n° 3, p. 68.

³⁹⁹ *V. supra.* n° 57, 59, 61.

⁴⁰⁰ *V. supra.* n° 71.

⁴⁰¹ V. Thierry REVET, « Fraude paulienne à la créance de donner », *RTD civ.* 2006, p. 344.

⁴⁰² Selon POTHIER, « [l']objet d'une obligation peut être ou une chose proprement dite (res), que le débiteur s'oblige de donner ; ou un fait (factum) que le débiteur s'oblige de faire ou de ne pas faire [...] ». V. Jean-Joseph BUGNET, *Œuvres de POTHIER, Tome deuxième, Traité des obligations*, Paris, 1861, n° 130, p. 61.

⁴⁰³ Pascal ANCEL, « Exécution des contrats et exécution des décisions de justice », rapport au colloque des IEJ « L'Exécution », Lyon 3, novembre 1999 Paris : L'Harmattan, 2001, p. 156.

regardée comme une obligation dont l'exécution est intellectuelle et instantanée, elle n'est pas non plus susceptible d'inexécution⁴⁰⁴. Selon ses particularités ainsi analysées, une telle obligation de transférer la propriété ne semble pas correspondre à la notion même d'obligation⁴⁰⁵.

154. La condamnation de l'obligation de donner due à sa teneur. Les critiques formulées par les détracteurs de l'obligation de donner concernent d'abord son contenu imprécis⁴⁰⁶. Pour eux, l'article 1136 du Code civil, selon lequel l'obligation de donner « emporte » celle de livrer la chose et de la conserver, ne permet pourtant pas de préciser en quoi consiste cette obligation.

Si on considère que la description de l'obligation de donner fournie par l'article 1136 est exhaustive, cette dernière est censée être conçue comme un ensemble composé de deux obligations : celles de livrer et de conserver. Certains vont même jusqu'à conclure que l'obligation de donner n'est rien d'autre qu'une obligation de livrer la chose⁴⁰⁷. Cependant, cette interprétation semble prendre le contre-pied des dispositions prévues à l'article 1138 du Code civil. Selon notre analyse, l'article 1138 a posé le principe selon lequel le transfert de propriété est disjoint de la remise matérielle de la chose, c'est-à-dire d'une réelle exécution de l'obligation de livrer. C'est eu égard à ce principe que certains auteurs ont constaté à juste titre qu'une obligation de donner s'éteint par principe à l'instant même où elle apparaît, tout en « ne laissant subsister à la charge du cédant que l'obligation de livrer la chose, obligation de faire »⁴⁰⁸. De cette manière, si

V. aussi Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., LGDJ & Lextenso, 2013, n° 1, p. 1.

⁴⁰⁴ Voir par exemple : William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 29-3, p. 52 ; Philippe SIMLER, « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *Jur.-Class. Civ.*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10, 11, n° 58.

⁴⁰⁵ William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 29-3, p. 52.

⁴⁰⁶ V. par exemple, Natacha PRYBYS GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse dactylographiée, Montpellier I, 1997, note n° 60 et s., p. 34 et s. Selon cet auteur, l'existence de cette obligation est mise en cause « parce que l'on ne parvient pas à trouver à quelle manifestation concrète elle pourrait correspondre ».

⁴⁰⁷ Par exemple, selon LAURENT, l'obligation de donner est celle qui a pour objet une chose qui doit être livrée au créancier, peu importe dans quel but, que ce soit pour lui en transférer la propriété ou pour lui en donner l'usage ou la possession. François LAURENT, *Principe de droit français*, tome 16, Paris-Bruxelles, 1875, n° 187, p. 250. Dans le même sens, Natacha PRYBYS GAVALDA propose une définition différente de l'obligation de donner qui est identique à l'obligation de livrer, elle-même étant une obligation de faire. V. Natacha PRYBYS GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse dactylographiée, Montpellier I, 1997. V. aussi Julien COULET, *L'exécution forcée en nature*, thèse dactylographiée, Paris II, 2007 ; William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 29-3, p. 51.

⁴⁰⁸ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 267, p. 302 ; Philippe SIMLER, « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *Jur.-Class. Civ.*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10, 11, n° 58.

l'obligation de donner existe, elle doit se distinguer complètement de celle de livrer la chose⁴⁰⁹. De même, l'exécution de l'obligation de donner ne dépend pas de l'exécution d'une obligation de livrer. De la lecture combinée des articles 1136 et 1138, une conclusion est alors tirée : une obligation de donner, à laquelle on a enlevé l'obligation de livrer, considérée comme étant son composant, devient complètement vide.

Pour d'autres auteurs, l'obligation de donner dépourvue de substance ne mérite même pas de réelle existence. Leur argument est fondé sur la définition même de l'obligation. Les auteurs contemporains reconnaissent que l'obligation est un lien de droit « unissant deux personnes, et en vertu duquel l'une (le créancier) est en droit d'exiger quelque chose de l'autre (le débiteur) »⁴¹⁰. Et ce « quelque chose » dans la définition de l'obligation est souvent interprété comme une prestation ou une abstention⁴¹¹. En d'autres termes, pour qu'une obligation existe, il faut que son débiteur puisse accomplir « quelque chose de matériel, de tangible »⁴¹². Puisque le transfert de propriété ne dépend d'aucune activité du débiteur⁴¹³, une obligation de transférer la propriété n'a strictement aucun objet⁴¹⁴. Et ceci d'autant plus qu'à la différence du droit romain et de l'Ancien droit français, le Code civil n'impose à l'aliénateur aucune formalité dans ce but. Il en ressort qu'« on ne pourrait en effet parler d'obligation de transférer la propriété alors que le vendeur n'a aucun rôle à jouer dans celui-ci »⁴¹⁵. Toute référence à une telle obligation de transférer la propriété est, par conséquent, inutile.

155. La condamnation due à l'exécution instantanée de l'obligation de donner. Selon le professeur Philippe Simler, pour qu'il y ait obligation il faut qu'un lien de droit existe entre deux personnes. Parallèlement, entre le moment où l'obligation est née et celui où elle est exécutée, une dette doit exister conférant alors au créancier un pouvoir de

⁴⁰⁹ Selon Geneviève PIGNARRE, l'obligation de livrer, bien qu'elle soit définie comme l'obligation de *praestare* doit également être distinguée de l'obligation de transférer la propriété. V. Geneviève PIGNARRE, « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*, Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD civ.* 2001, *spéc.* n° 11 et s, p. 53 et s.

⁴¹⁰ V. Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 2, p. 2.

⁴¹¹ V. par exemple, François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 2, p. 1.

⁴¹² Muriel FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* janv.-Mars 1996, *spéc.* n° 5, p. 89.

⁴¹³ Tel est le cas de la vente d'un corps certain où, en vertu de l'article 1583 du Code civil, le transfert de propriété s'opère sans qu'aucune activité du vendeur ne soit nécessaire.

⁴¹⁴ William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 29, p. 49.

⁴¹⁵ Muriel FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* Janv.-Mars 1996, p. 85.

contrainte sur le débiteur⁴¹⁶. Tel n'est pas le cas pour une obligation de donner lorsque le transfert de propriété est opéré au moment même de la naissance de cette obligation, c'est-à-dire au moment de la conclusion d'un contrat. Son exécution coïncide avec sa naissance. Dès lors, ni le devoir du débiteur, ni le pouvoir de contrainte de son créancier ne sont possibles. C'est pour cette raison qu'aucun des éléments constitutifs de la notion d'obligation ne vient à justifier son existence ; d'où l'impossibilité de parler de l'obligation de donner.

156. La condamnation due à l'impossible inexécution de l'obligation de donner. Pour le professeur Dross, la concomitance de la naissance et de l'extinction de l'obligation de donner ne suffit pas à en condamner l'existence. Si on s'en tient à une telle critique, on doit reconnaître l'existence de cette obligation lorsque le transfert de propriété est reporté et cette situation est assez fréquente⁴¹⁷. En fait, c'est plutôt l'impossibilité d'inexécution de l'obligation de donner qui conduit à son inexécution. Cet argument est tiré de la caractéristique essentielle de l'obligation qui, selon cet auteur, réside dans le fait que la promesse faite par le débiteur doit être susceptible d'inexécution par celui-ci⁴¹⁸. Or, dans l'obligation de donner, cette caractéristique semble faire défaut, que le transfert de propriété soit réalisé instantanément au moment de la conclusion du contrat, ou non. En vertu de l'article 1138 du Code civil, le transfert de propriété se réalise par le seul consentement des parties dès la conclusion du contrat. Une fois que le consentement du débiteur de transférer la propriété a été donné afin de conclure le contrat, le transfert de propriété échappera totalement à sa volonté. Dans ce cas, non seulement le débiteur n'est pas contraint d'accomplir quelque chose pour réaliser le transfert de propriété, mais il ne pourra pas non plus faire obstacle à la réalisation du transfert de propriété par sa propre volonté. C'est pourquoi le transfert de propriété ne peut constituer une obligation.

Cependant, toutes ces attaques contre l'existence de l'obligation de donner sont fondées sur l'interprétation selon laquelle la description de cette obligation énoncée à l'article 1136 du Code civil est exhaustive. Une compréhension différente de cette même disposition favoriserait l'existence de cette obligation. En outre, la jurisprudence

⁴¹⁶ Philippe SIMLER, « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *Jur.-Class. Civ.*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10, 11, n° 11. Cette notion fait aussi l'objet de critiques. V. Grégoire Forest, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse Tours, 2010, Dalloz, 2012. Selon cet auteur, l'obligation est définie comme le droit subjectif à l'exécution d'une norme de comportement.

⁴¹⁷ William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 29-3, p. 51-52.

⁴¹⁸ William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 29-3, p. 52.

fournit aussi des preuves de son existence. Cela explique pourquoi la doctrine hésite à la renier totalement.

§ 3. L'HÉSITATION CONCERNANT L'EXISTENCE DE L'OBLIGATION DE DONNER

157. Les débats doctrinaux autour de l'obligation de donner. Comme nous venons de le démontrer, consacrée par le Code civil, l'obligation de transférer la propriété se caractérise par son contenu abstrait et son exécution à la fois instantanée et inaperçue. En raison de ses caractéristiques en droit français, l'existence de cette obligation divise la doctrine. Certains auteurs l'admettent⁴¹⁹, certains la dénie totalement⁴²⁰ et d'autres l'aperçoivent uniquement lorsque le transfert de propriété est ajourné⁴²¹.

⁴¹⁹ Par exemple, Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations, Tome 1, Les sources*, 2^e éd., Sirey 1988, n° 2, p. 1 ; Pascale BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988, n° 10, p. 678 ; Frédéric ZENATI « Transfert de propriété par l'effet des obligations », *RTD civ.* 1994, p. 132 ; Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, p. 477 et s ; Jérôme HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ 2001, p. 425 et s, spéc. p. 429 ; Hélène BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, LGDJ 2005 ; Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF 2008, n° 187, p. 299.

⁴²⁰ Les détracteurs de l'obligation de transférer la propriété sont nombreux. Par exemple, Paul-Henri ANTONMATTEI, Jacques RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7^e éd., LexisNexis, 2013 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ & Lextenso, 2014 ; Alain BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., LGDJ & Lextenso, 2013 ; Jacques GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, *chron.* 1 et s, p. 1 et s ; Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, 1985, p. 733 et s. spéc. n° 25 ; Denis TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix) », *D.* 1992, *chron.* n° 4, p. 69 ; Natacha PRYBYS GAVALDA, *La notion d'obligation de donner*, thèse dactylographiée, Montpellier I, 1997 ; Philippe RÉMY, « L'effet translatif », in *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, dir. François TERRÉ, Dalloz, 2009, p. 249 et s. spéc. p. 250. Il ne faut pas pour autant oublier ceux qui la condamnent qui sont cités précisément par cette étude. V. *supra*. n° 153 et s.

⁴²¹ Par exemple, Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS a précisé que « le débiteur tenu d'une obligation de donner (*dare*) doit effectuer au profit du créancier une dation, c'est-à-dire [...] un transfert de droit réel. Cette obligation n'existe, d'ailleurs, pas à la charge du vendeur de corps certains, car la propriété des corps certains est transmise automatiquement à l'acquéreur par le seul fait de l'accord des volontés ». Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II, 1^{er} Volume, Obligations, Théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998, n° 19, p. 12 et 13. Selon Yves PICOD, « [c]e n'est que lorsque le transfert de propriété n'est pas immédiat, compte tenu de la nature de la chose (chose de genre, chose future) ou compte tenu de la volonté des parties (clause de réserve de propriété), que l'obligation de donner survivra à l'échange des consentements ». Yves PICOD, « Obligations », *Rép. civ. Dalloz*, 2000, n° 31. Dans le même sens, v. aussi Philippe SIMLER « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-Cl. Civil*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10 ; François COLLART-DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 200, p. 189 ; Christian LARROUMET, Sarah BROS, *Traité de droit civil, t. III, Les obligations, Le contrat*, 7^e éd., Economica, 2014, n° 56-61, p. 44 et s. Selon ces deux derniers auteurs, si, en principe, l'obligation de donner n'est pas utile pour réaliser le transfert de la

.../...

Les controverses au sujet de cette obligation sont réapparues dans différents travaux préparatoires relatifs au projet de réforme du droit des obligations. Par exemple, l'Avant-projet de réforme du droit des obligations, élaboré le 22 septembre 2005 par le groupe de travail dirigé par le professeur Pierre Catala⁴²², maintient l'obligation de donner. En son article 1145, l'obligation de donner est d'ailleurs définie comme l'obligation qui « a pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, comme dans la vente, la donation, la cession de créance ou la constitution d'usufruit ». À cette définition, l'article 1152 du même projet ajoute que « [l']obligation de donner s'exécute en principe par le seul échange des consentements. Toutefois son exécution peut être différée par la volonté des parties, une disposition de la loi ou la nature des choses. Elle s'exécute en nature quel que soit son objet, corporel ou incorporel. Son exécution rend le créancier titulaire du droit transmis et met à ses risques et périls la chose objet de ce droit, encore que la tradition n'en ait pas été faite ». Le maintien de ladite obligation a suscité l'étonnement de plusieurs auteurs qui pensent que l'on aurait sans doute gagné à la jeter aux oubliettes⁴²³. Pour leur part, les détracteurs de l'obligation de donner prennent leur revanche dans les « Propositions de réforme du droit des contrats », rédigées sous la direction de professeur François Terré : cette obligation controversée a été alors rayée complètement des propositions. Dans un de leurs commentaires concernant le mécanisme de transfert de propriété, M. Philippe Rémy a expliqué en ces termes : « l'effet translatif devient, clairement, un effet légal du contrat, non l'effet d'une obligation censée être "exécutée" dès la rencontre des consentements »⁴²⁴.

Ainsi, malgré la condamnation de l'obligation de donner, une partie de la doctrine a pu formuler des contre-arguments afin de la soutenir (A), surtout lorsque la jurisprudence l'a de temps en temps réveillée (B).

A. L'obligation de donner soutenue par une partie de la doctrine

- 158. Plan.** Afin de répondre trait pour trait aux attaques des détracteurs de l'obligation de transférer la propriété, les défenseurs présentent également leurs arguments sous trois

propriété d'un corps certain, le transfert de la propriété d'une chose de genre suppose en revanche l'exécution de cette obligation.

⁴²² http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.

⁴²³ V. par exemple Denis MAZEAUD, « Observations conclusive », in « La réforme du droit des contrats : projet et perspectives (Actes du colloque du 25 octobre 2005) », *RDC* 2006, p. 177.

⁴²⁴ V. Philippe RÉMY, « L'effet translatif », in *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, dir. François TERRÉ, Dalloz, 2009, p. 249 et s. spéc. p. 250.

angles : son contenu (1), son exécution-résultat (2) et la possibilité de son inexécution (3).

1. Le contenu substantiel de l'obligation de donner

159. L'interprétation non exhaustive de l'article 1136 du Code civil. Comme cela vient d'être mentionné, condamnée par son contenu vide de toute substance, l'obligation de transfert de propriété a subi des affronts. Néanmoins, si on admet que la description de l'obligation de donner faite à l'article 1136 du Code civil n'est pas exhaustive, une interprétation différente de cette obligation peut se dégager. Selon notre analyse effectuée précédemment, l'obligation de livrer à laquelle cet article fait allusion ne peut être regardée simplement comme une obligation de procurer la possession ou de mise à disposition⁴²⁵, mais comme une *traditio* romaine⁴²⁶. Celle-ci était traditionnellement considérée comme un procédé indispensable au transfert de propriété. C'est justement de cette manière que l'article 1136 doit se comprendre : il a simplement pour objet d'énumérer, mais de façon non exhaustive, des démarches à suivre pour que l'aliénateur s'acquitte de son obligation. Raisonnant en ce sens, cette dernière peut être conçue comme un ensemble d'obligations que le vendeur s'engage à accomplir pour atteindre un objectif promis par lui : rendre l'acquéreur propriétaire⁴²⁷. L'approche du professeur Thierry Revet est révélatrice. Selon cet auteur, le débiteur d'une obligation de donner s'engage en effet « à renoncer à sa propriété en faveur de telle personne déterminée, laquelle, lorsque la renonciation aura effectivement lieu, pourra immédiatement instaurer une relation d'exclusivité à l'égard de la chose libérée à son profit »⁴²⁸. Cependant, cette abdication ne signifie pas une simple abstention. Tout procédé, servant à exprimer qu'il renonce à son droit en faveur de son créancier, constitue les modalités d'exécution de l'obligation de donner, tels que « la remise de la chose, le prononcé de paroles, la signature d'un acte, l'inscription en compte ou l'accord donné au contrat

⁴²⁵ C'est-à-dire une obligation de *praestare*.

⁴²⁶ De plus, pour MM Jean-Pascal CHAZAL et Serge VICENTE, il faut entendre le terme livrer dans son sens étymologique de libérer, c'est-à-dire *liberare* en latin. Par conséquent, elle « est un acte abstrait et purement négatif consistant pour l'aliénateur à libérer la chose au bénéfice de l'acquéreur et à ne pas entraver la prise de possession. V. Jean-Pascal CHAZAL et Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, n° 31, p. 494.

⁴²⁷ Jérôme Huet a pensé à juste titre que « [s]i, donc, l'obligation constitue un lien de droit permettant d'exiger quelque chose, ou contraignant à quelque chose, il n'est pas discutable que transférer la propriété peut être l'objet d'une obligation ». Jérôme HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Mélanges Ghestin*, LGDJ 2001, n° 6, p. 431.

⁴²⁸ Thierry REVET, « Fraude paulienne à la créance de donner », *RTD civ.* 2006, p. 346.

translatif »⁴²⁹. De même, si l'on admet que l'obligation de donner doit être considérée comme un ensemble d'obligations, on comprendra mieux le fait qu'une telle obligation peut s'accompagner de plusieurs « obligations satellites », l'expression employée par le professeur Jérôme Huet. Selon ce dernier, ces obligations ont pour objet de conforter la propriété et par conséquent, peuvent consister à remettre au nouveau propriétaire tout ce qui peut être nécessaire pour bénéficier pleinement de cette qualité (titre de propriété, certificat attestant l'absence de sûretés réelles, documents administratifs, clés...) et, négativement à s'abstenir de tout acte susceptible de menacer la propriété transmise⁴³⁰. Ces obligations de diverses natures « sont l'exécution de l'obligation générale de donner »⁴³¹. Autrement dit, elles ne sont que les moyens permettant l'exécution de l'obligation principale de transférer la propriété.

Une telle interprétation de l'obligation de donner confère à cette catégorie d'obligations un contenu substantiel, bien que celui-ci reste toujours à préciser. Une telle compréhension de l'obligation de donner ne déroge pas à la notion même de l'obligation car, par l'obligation de donner, les acquéreurs peuvent contraindre leur aliénateur « à faire le nécessaire pour avoir le bénéfice du transfert (de propriété) »⁴³². Dès lors, l'obligation de donner devient une notion comprenant un sens juridique, bien que son existence soit « masquée »⁴³³ par l'instantanéité de son extinction.

La notion chinoise de l'obligation de transférer la propriété, empruntée au Code civil allemand, semble pouvoir fournir quelques arguments utiles à la défense de cette obligation. Toutefois, sa présentation ne peut se passer d'une analyse sommaire des dispositions prévues par le BGB, bien que les analyses spécifiques du droit allemand sur la question du transfert de propriété se trouvent essentiellement dans le prochain chapitre de cette étude.

⁴²⁹ « Les modalités d'exécution de l'obligation de donner consistent dans l'un ou l'autre des moyens, pour un aliénateur, d'exprimer qu'il renonce à son droit en faveur d'une personne déterminée-remise de la chose, prononcé de paroles, signature d'un acte, inscription en compte, accord donné au contrat translatif : l'abstraction de la manifestation de volonté et son objet essentiellement négatif en l'occurrence ont conduit à arrimer la renonciation de l'aliénateur aux étapes du contrat translatif qui semblent pouvoir présumer et exprimer cette abdication ». Thierry REVET, « Fraude paulienne à la créance de donner », *RTD civ.* 2006, p. 346.

⁴³⁰ V. Jérôme HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Mélanges Ghestin*, LGDJ 2001, n° 9, p. 434.

⁴³¹ V. note Lucien MOURGEON de l'arrêt rendu par Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 1970 : *JCP G* 1971, II, 16674.

⁴³² Jérôme HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Mélanges Ghestin*, LGDJ 2001, n° 6, p. 431.

⁴³³ Pascale BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* (4) oct.-déc. 1988, n° 10, p. 677.

160. Le contenu de l'obligation de donner en droit chinois. Contrairement au Code civil français, l'obligation de transférer la propriété est clairement consacrée par le droit chinois comme une des obligations essentielles du vendeur. Aux termes de l'article 135 de la Loi chinoise relative aux contrats, « le vendeur s'engage à remettre l'objet de la vente à l'acheteur ou à lui fournir tout document nécessaire pour que ce dernier puisse se faire livrer. Le vendeur s'engage également à lui en transférer la propriété ». La même obligation de transférer la propriété est également consacrée par le BGB au § 433 (1)⁴³⁴. On pose d'emblée la question de savoir quelle est la teneur exacte d'une telle obligation de procurer la propriété.

Selon la doctrine chinoise, pour que cette obligation soit exécutée, le vendeur doit de prime d'abord procéder à tous les actes nécessaires au transfert de propriété. Cette approche s'inspire sans doute du droit allemand⁴³⁵. Rappelons qu'en vertu des § 873 (1) et § 929 du BGB⁴³⁶, tant pour la vente d'un meuble que pour la vente immobilière, l'aliénateur doit signer avec son acquéreur un accord de transfert de propriété⁴³⁷, tout en respectant les conditions de forme imposées par la loi⁴³⁸. Cependant, en droit chinois, un tel contrat réel de transférer la propriété est bien absorbé dans le contrat de vente. Cela ne signifie pas pour autant qu'en Chine, l'obligation de transférer la propriété du vendeur est dépourvue de substance. Après l'entrée en vigueur de la Loi chinoise

⁴³⁴ Eu égard aux dispositions du § 433 (1) du BGB, « [p]ar le contrat de vente, le vendeur d'une chose est tenu d'en effectuer la délivrance à l'acheteur et de lui en procurer la propriété. Le vendeur doit procurer à l'acheteur une chose exempte de défauts matériels et de défauts juridiques V. *Code civil allemand, Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, par Gwendoline LARDEUX, Raymond LEGEAIS, Michel PÉDAMON, Claude WITZ, Dalloz, 2010.

⁴³⁵ V. Dieter MEDICUS, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 11^e Auflage, Verlag C.H.Beck, 2002, § 73, n° 21, p. 20.

⁴³⁶ Le § 873 (1) : « Pour transférer la propriété d'un immeuble, [...] il est nécessaire que le titulaire du droit et l'autre partie soient d'accord sur la modification juridique à réaliser et que cette modification soit inscrite au livre foncier, pour autant que la loi n'en dispose pas autrement ». § 929 : « Pour transférer la propriété d'une chose mobilière, il est nécessaire que le propriétaire procède à la remise matérielle de la chose à l'acquéreur et que tous les deux soient d'accord pour que la propriété passe de l'un à l'autre. Si l'acquéreur est déjà en possession de la chose, l'accord de volontés sur le transfert de propriété suffit ».

⁴³⁷ En allemand, c'est une « *dingliche Einigung* », i.e. un contrat de transfert de propriété. Et en matière immobilière, ce contrat est sous l'appellation de « *Auflassung* ».

⁴³⁸ Par exemple, en matière de vente immobilière, tout accord de volontés relatif au transfert de propriété doit être déclaré en la présence simultanée des deux parties devant une autorité compétente. Cette règle a été énoncée au § 925 du BGB, selon lequel « L'accord des volontés de l'aliénateur de l'acquéreur nécessaire selon le § 873 pour qu'il y ait transfert de propriété d'un immeuble (accord de transfert de propriété) doit être déclaré en la présence simultanée des deux parties devant une autorité compétente. Chaque notaire a compétence pour recevoir un tel accord, sans préjudice d'autres autorités compétentes. Un accord de transfert peut être déclaré dans une transaction judiciaire ou dans un plan d'insolvabilité ayant force de chose jugée ». Cette exigence est l'application du § 311(b), al. 1, phrase 1 du BGB : « [t]out contrat par lequel une partie s'engage à transférer ou à acquérir la propriété d'un immeuble requiert un acte notarié ».

relative aux droits réels (LDR) en 2007, le transfert de propriété dans la vente est soumis à l'accomplissement de certaines mesures de publicité⁴³⁹. Concrètement, pour exécuter son obligation, le vendeur d'un meuble doit effectuer la « *traditio* », c'est-à-dire remettre la chose vendue à l'acheteur⁴⁴⁰. Dans la vente d'un bien immobilier, le vendeur est tenu de coopérer avec l'acheteur pour effectuer la publicité foncière⁴⁴¹. Pour être précis, il devra par exemple fournir son titre de propriété ainsi que tous les documents nécessaires à l'inscription au registre foncier. Le refus du vendeur empêchera l'acquisition de son acheteur et constituera par conséquent l'inexécution de son obligation. Il en est même pour le droit allemand : en plus de l'accord de volontés sur le transfert de propriété, l'aliénateur est également tenu d'effectuer certaines formalités qui sont indispensables à ce transfert⁴⁴².

En outre, toujours sous l'influence du droit allemand, selon la doctrine chinoise⁴⁴³, pour exécuter son obligation, le vendeur est tenu de procurer à l'acheteur la propriété exempte de défauts juridiques⁴⁴⁴ et de charge⁴⁴⁵. Les défauts juridiques peuvent être représentés par des droits grevant la chose vendue, étant donné qu'un tiers peut éventuellement faire valoir ces droits contre l'acheteur. Cette règle est prévue à

⁴³⁹ V. l'article 6 de la LDR : « Conformément à la loi, la constitution, la modification, la transmission et l'extinction de droits réels portant sur des immeubles doivent être inscrites au registre foncier ; la constitution et la transmission de droits réels portant sur des meubles doivent faire l'objet de la remise de la chose [notre traduction] ».

⁴⁴⁰ Aux termes de l'article 23 de la LDR, « la constitution et la mutation de la propriété mobilière sont efficaces dès la tradition, sous réserve des dispositions contraires de la loi ».

⁴⁴¹ En pratique, cette obligation de coopération à la charge du vendeur est généralement reconnue par les juges chinois. V. JingMei SHEN, LiQing WANG, *Les contentieux concernant la vente immobilière*, Édition de Droit, 2006, p. 109-110.

⁴⁴² Par exemple, pour transférer la propriété d'un meuble, le § 929 a prévu qu'« il est nécessaire que le propriétaire procède à la remise matérielle de la chose à l'acquéreur ». Quant aux immeubles, le transfert de propriété immobilière doit être inscrit au Livre foncier. Cela suppose donc que l'aliénateur doive fournir tous les documents nécessaires (par exemple, son titre de propriété), ou effectuer son propre registre foncier consécutivement à l'opération avec son propre aliénateur. « *Der Eintragung entgegenstehende Hindernisse hat er, soweit das in seiner Macht steht, zu beseitigen, z.B., falls dazu zunächst seine eigene Eintragung erforderlich ist diese zu veranlassen* ». V. Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13^e Auflage, Verlag C.H.Beck, 1986, I § 40, p. 25.

⁴⁴³ V. ShiYuan HAN, « La garantie d'éviction et de vice du vendeur et la Loi chinoise relative aux contrats », *Rev. La Science juridique en Chine*, 2007, n° 3, p. 170. *Contra.*, v. JianYuan CUI, « La nature juridique de la garantie d'éviction et de vice », *Rev. La Science juridique en Chine*, 2006, p. 32.

⁴⁴⁴ V. Dieter MEDICUS, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 11^e Auflage, Verlag C.H.Beck, 2002, § 73, n° 22, p. 21; Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13^e Auflage, Verlag C.H.Beck, 1986, I § 40, p. 25.

⁴⁴⁵ « *Der Verkäufer hat dem Käufer unbelastetes Eigentum zu verschaffen* ». V. Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13^e Auflage, Verlag C.H.Beck, 1986, I § 40, p. 25.

l'article 150 de la Loi chinoise relative aux contrats⁴⁴⁶ et au § 435 du BGB⁴⁴⁷. Néanmoins, le droit chinois n'a fourni aucune précision relative aux démarches que le vendeur doit effectuer. Ce n'est pas le cas pour le droit allemand, notamment en matière immobilière. Eu égard au § 442 (2) du BGB, le vendeur doit éliminer les droits grevant un immeuble vendu et inscrit au Livre foncier, tels que des charges réelles (*Reallasten*), de gage (*Pfandrechte*) et des dettes foncières (*Grundschulden*)⁴⁴⁸, même si l'acheteur en a connaissance⁴⁴⁹. De même, si un droit grevant un immobilier vendu, en réalité inexistant, mais a été inscrit par erreur au Livre foncier au profit d'une tierce personne, le vendeur doit également procéder à ses propres frais à la rectification du cadastre⁴⁵⁰ car le défaut de rectification de cette erreur peut entraîner de graves conséquences⁴⁵¹. Il est souhaitable que ces mêmes dispositions soient également adoptées par le législateur chinois.

Il découle de ces analyses qu'en droit chinois, l'obligation de transférer la propriété n'est pas conçue comme une obligation de donner s'opposant catégoriquement à une obligation de faire. Elle est définie comme un ensemble de procédés ayant pour finalité d'atteindre un but précis : procurer la propriété de la chose vendue à l'acheteur. De plus,

⁴⁴⁶ Aux termes de l'article 150 de la Loi chinoise relative aux contrats, « le vendeur doit livrer la chose libre de tout droit ou prétention que les tiers peuvent faire valoir contre l'acheteur, sous réserve des dispositions contraires prévues par la loi ».

⁴⁴⁷ Le § 435 du BGB : « La chose est exempte de défauts juridiques si les tiers ne peuvent faire valoir contre l'acheteur, à propos de cette chose, aucun droit ou seulement des droits pris en charge dans le contrat. Est assimilé à un défaut juridique le fait d'inscrire dans le Livre foncier un droit qui n'existe pas ».

⁴⁴⁸ « *Hierhin gehören einmal dingliche Rechte Dritter, die das Eigentum beschränken, wie z.B. Reallasten, Dienstbarkeiten, Pfandrechte, Grundschulden* ». V. Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13e Auflage, Verlag C.H.Beck, 1986, I § 40, p. 25.

⁴⁴⁹ V. le § 442 (2) du BGB : « Le vendeur doit éliminer un droit inscrit dans le Livre foncier même si l'acheteur en a connaissance ».

⁴⁵⁰ « *Hat der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer zwar lastenfreies Eigentum verschafft, ist aber im Grundbuch fälschlich ein nicht oder nicht mehr bestehendes Recht für einen Dritten eingetragen, das im Falle seines Bestehens gegen den Käufer geltend gemacht werden könnte, so ist der Käufer gefährdet, weil der zu Unrecht Eingetragene durch eine Verfügung zugunsten eines Gutgläubigen das Recht zur Entstehung bringen könnte. Das Gesetz verpflichtet den Verkäufer deshalb, auf seine Kosten die Löschung des Rechts herbeizuführen, also für eine Berichtigung des Grundbuchs zu sorgen* ». V. Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13^e Auflage, Verlag C.H.Beck, 1986, I § 40, p. 26.

⁴⁵¹ D'une part, cette tierce personne pourra toujours se prévaloir de ce droit enregistré contre le nouvel acquéreur. Rappelons qu'en droit allemand, aux termes du § 891 (2) du BGB : « [L]orsqu'un droit est inscrit au Livre foncier en faveur d'une personne, il est présumé que ce droit lui appartient ». D'autre part, dans l'hypothèse où ce droit indument publié est transféré à une autre personne moyennant un acte juridique, il peut devenir incontestable au profit de son acquéreur de bonne foi. C'est en ce sens que le § 892 (1) énonce : « [L]e contenu du Livre foncier est réputé exact en faveur de celui qui acquiert par acte juridique un droit sur un immeuble ou un droit grevant un tel droit, à moins qu'un contredit à l'exactitude de ce Livre ne soit inscrit ou que l'inexactitude ne soit connue de l'acquéreur [...] ».

il est possible que son exécution soit automatique sans aucune prestation de la part du vendeur, tout comme en droit français.

161. L'exécution automatique de l'obligation de donner en droit chinois. Dans le droit chinois, bien qu'exceptionnellement, le transfert de propriété puisse aussi être réalisé sans aucune intervention du vendeur. L'exécution instantanée d'une telle obligation ne fait aucunement obstacle à son existence. À titre d'exemple, le recours à la *traditio brevi manu*⁴⁵² et au *constitut possessoire*⁴⁵³ permet de rendre l'acheteur propriétaire d'un meuble corporel sans avoir besoin d'une tradition matérielle. L'obligation de transférer la propriété à la charge du vendeur peut alors s'exécuter automatiquement dès la conclusion du contrat de vente. De même, lorsqu'une vente est conclue sous réserve de propriété⁴⁵⁴, la propriété de la chose vendue ne devrait être acquise à l'acheteur qu'une fois le prix intégralement payé. En l'occurrence, le vendeur qui a déjà transféré la possession d'une chose mobilière à son acheteur, demeure alors propriétaire jusqu'au paiement total du prix convenu. Dès que l'acquéreur s'acquittera du paiement du prix, le transfert de propriété aura lieu automatiquement, sans aucune activité supplémentaire du vendeur⁴⁵⁵. Il nous faut porter attention à une différence relative au champ d'application de la clause de réserve de propriété en droits français et chinois. En droit français, cette clause porte indifféremment sur un meuble ou un immeuble. Cependant, dans le système juridique chinois, sous l'influence du droit allemand⁴⁵⁶, la clause de réserve de propriété est interdite en matière de vente immobilière⁴⁵⁷.

⁴⁵² Selon l'article 25 de la LDR, « si l'acquéreur est déjà légalement en possession du meuble à acquérir, avant de conclure un contrat emportant transfert de propriété du même meuble, il en devient propriétaire dès la validité dudit contrat ». La même règle est également prévue au § 929 du BGB : « [s]i l'acquéreur est déjà en possession de la chose mobilière, l'accord de volontés sur le transfert de propriété suffit ».

⁴⁵³ Aux termes de l'article 27 de la LDR, « si au moment de l'acquisition de la propriété, l'acquéreur et l'aliénateur sont d'accord pour que ce dernier demeure en possession du meuble à acquérir, le transfert de propriété a lieu dès la validité de cet accord ». V. aussi le § 930 du BGB.

⁴⁵⁴ Selon l'article 134 de la Loi chinoise relative aux contrats, « les parties à la vente peut convenir que la chose vendue restera la propriété du vendeur jusqu'au paiement complet du prix par l'acheteur ».

⁴⁵⁵ En droit allemand, selon une des chambres de l'ancienne Cour suprême d'Empire, dès que l'acquéreur s'acquittera du paiement du prix, le transfert de propriété « se fera automatique et sans que le vendeur ait à intervenir une deuxième fois ». V. Joseph SERVOS, « La vente sous réserve de propriété en droit allemand », *Revue internationale de droit comparé*, 1965, p. 403. Cependant, l'auteur a ajouté qu'en Allemagne ce point de vue juridique ne fait pas l'unanimité : une autre chambre de la même juridiction avait jugé que la volonté des parties de transférer la propriété doit encore exister au moment où la condition suspensive est remplie, à savoir, au moment où l'acheteur paye le prix. Si cette volonté n'existe plus, la propriété définitive ne peut être acquise par l'acquéreur qui par conséquent, peut bénéficier uniquement d'une action en dommages-intérêts.

⁴⁵⁶ En droit allemand, la clause de réserve de propriété, prévue par le § 449 (1) du BGB (« [l]orsque le vendeur d'un meuble s'en est réservé la propriété jusqu'au paiement du prix de vente, il est alors présumé que la propriété est transférée sous la condition suspensive du complet paiement du prix de vente (réserve de propriété) »), est principalement considérée comme une condition suspensive. Or, le deuxième alinéa

.../...

162. Ainsi, dans les systèmes où l'obligation de transférer la propriété est consacrée comme une des obligations principales du vendeur, elle peut recouvrir tous les procédés indispensables au transfert de propriété. Il n'est alors pas étonnant que son exécution soit souvent subordonnée à l'exécution de certaines obligations de faire. Une fois que l'on a déterminé le contenu de l'obligation de transférer la propriété, il est difficile de dire qu'elle n'est pas susceptible d'exécution.

2. L'exécution-résultat de l'obligation de donner

163. **L'obligation de donner et le modèle de transfert de propriété.** Comme nous l'avons expliqué précédemment, pour certains auteurs, l'existence de l'obligation de transférer la propriété est impossible dans l'hypothèse où ce transfert est réalisé instantanément par le seul consentement des parties. À cause de la concomitance de sa naissance et de son extinction, aucune dette ni aucun pouvoir de contrainte ne peuvent exister⁴⁵⁸. Autrement dit, une telle obligation ne peut être pertinente que lorsque le transfert de propriété est différé, soit en raison de la nature de la chose, soit par le consentement des contractants⁴⁵⁹. Un intervalle de temps dans son exécution s'avère-t-il alors vraiment indispensable pour justifier l'existence d'une obligation ? L'analyse de la notion même de l'exécution démontre que la réponse à cette question peut être négative.

164. **La dualité de la notion d'exécution.** L'étude relative à la notion d'exécution menée par Mme Anne Etienney révèle une ambivalence dans la compréhension du terme « exécution ». Celle-ci est due à la double signification des termes « accomplissement » et « réalisation », utilisés afin de définir la notion d'exécution. Dans les dictionnaires de la langue française, « accomplissement » et « réalisation » désignent en général « tout à la fois l'action d'accomplir ou de réaliser, de rendre réel, effectif, et son résultat, i.e. ce qui est accompli, réalisé »⁴⁶⁰. Du fait de ces explications, l'obligation peut être

de § 925 du BGB a prévu qu'étant assorti d'une condition ou d'un terme, un accord de transfert de propriété immobilière est privé de tout effet. De ce fait, en droit allemand, cette clause de réserve de propriété est exclue du contrat de vente en matière immobilière.

⁴⁵⁷ En vertu de l'article 34 des « Explications concernant la question de l'application de la loi soulevée à l'occasion de litiges résultant du contrat de vente tranchés par la Cour suprême », votées et publiées le 31 mars 2012 par la Cour Suprême chinoise, l'article 134 de la Loi chinoise relative aux contrats ne s'applique pas en matière immobilière.

⁴⁵⁸ V. *supra*. n° 154-156.

⁴⁵⁹ Philippe SIMLER « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-Cl. Civil*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10 ; François COLLART-DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 200, p. 189.

⁴⁶⁰ Anne ETIENNEY, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, thèse Paris I, LGDJ 2008, spéc. n° 99, p. 65.

considérée comme exécutée ou réalisée soit lorsque le débiteur a procédé à l'action à laquelle il s'est engagé ; soit lorsque le résultat qu'il a promis est finalement produit. Il s'agit donc de la dualité de la notion d'exécution qui signifie à la fois une « exécution-processus » et une « exécution-résultat »⁴⁶¹. Partant de cette approche, une obligation de donner peut être tout à fait envisageable, même si elle s'exécute en un trait de temps.

165. L'obligation de donner susceptible d'une exécution-résultat. En ce qui concerne l'obligation de donner, « si son exécution est indépendante de tout comportement du débiteur, elle consiste néanmoins en un résultat bien réel : la propriété est transférée »⁴⁶². Cela veut dire qu'en entendant le terme « exécution » comme un résultat que le débiteur a promis envers son créancier, et non comme l'action à laquelle le débiteur s'est engagé, l'exécution instantanée de l'obligation de donner par une technique juridique n'a rien de surprenant. En effet, si on reprend la définition de l'obligation, (selon laquelle elle « constitue un lien de droit, unissant deux personnes, et en vertu duquel l'une est en droit d'exiger quelque chose de l'autre »⁴⁶³), l'existence d'une obligation de donner peut être défendue, lorsque le « quelque chose » que l'acquéreur peut exiger consiste en un résultat, le transfert de propriété⁴⁶⁴. Dès lors, par l'obligation de donner, le débiteur s'engage à procurer, en faveur de son créancier, un résultat dès la conclusion du contrat : rendre ce dernier propriétaire de la chose. L'obtention du résultat équivaut donc à l'exécution de cette obligation. Lorsque ce résultat se réalise immédiatement par une fiction juridique, il est alors possible que l'obligation de transférer la propriété soit exécutée instantanément, sans qu'aucun processus matériel ne soit exigé. En résumé, c'est son exécution-résultat qui caractérise l'obligation de donner et la distingue d'autres obligations.

166. L'obligation de donner, une obligation de résultat par nature. Si on reconnaît que l'obligation de donner est une obligation susceptible d'exécution-résultat, il n'y a rien d'étonnant à ce que, selon certains auteurs, l'obligation de donner constitue par

⁴⁶¹ Anne ETIENNEY, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, thèse Paris I, LGDJ 2008, spéc. n° 100, p. 66.

⁴⁶² *Idem.* (Anne ETIENNEY, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, thèse Paris I, LGDJ 2008, spéc. n° 100, p. 66).

⁴⁶³ V. Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 2, p. 2.

⁴⁶⁴ Anne ETIENNEY, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, thèse Paris I, LGDJ 2008, n° 100, p. 66.

nature une obligation de résultat. C'est cette nature qui permet de la distinguer des obligations de faire ou de ne pas faire⁴⁶⁵.

Dotée de cette nature, l'obligation de transférer la propriété est également susceptible d'inexécution. Le défaut de transfert de propriété, c'est-à-dire l'absence du résultat promis par le débiteur, peut logiquement constituer une inexécution de l'obligation de donner.

3. L'inexécution de l'obligation de donner

167. L'inexécution impossible de l'obligation de donner ? Les critiques adressées à l'obligation de donner prennent appui sur le principe du transfert de propriété *solo consensu* posé à l'article 1138 du Code civil et confirmé en matière de vente par son article 1583. Selon ces critiques, la réalisation immédiate du transfert de propriété exclut la possibilité de l'inexécution de cette obligation et par conséquent condamne son existence⁴⁶⁶. Cependant, les détracteurs de cette obligation hésitent lorsqu'ils sont face à une situation de transfert de propriété différé. Pour certains, c'est dans cette hypothèse que le transfert de propriété *solo consensu* peut être écarté⁴⁶⁷. Par conséquent, l'existence de l'obligation de donner ainsi que son inexécution sont alors possibles. Il convient donc de circonscrire les analyses de l'inexécution de l'obligation de donner aux cas du transfert de propriété immédiat et différé.

168. L'impossible inexécution de l'obligation de donner en cas du transfert de propriété « solo consensu » ? Une fois que le vendeur a donné son consentement à la vente, il « n'a aucune prise sur le transfert de propriété »⁴⁶⁸. Autrement dit, il ne peut rien faire pour l'empêcher. À l'origine, cette règle a été conçue en vue d'assurer la sécurité juridique dans la vente. Comme Portalis l'avait expliqué dans ses commentaires

⁴⁶⁵ Jérôme HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Mélanges GHESTIN*, LGDJ 2001, n° 11, p. 436 ; V. aussi Yves PICOD, « Obligations », *Rép. civ. Dalloz* 2000, n° 54. Selon ces auteurs, la distinction entre les obligations de moyens et de résultat n'intéresse que les obligations de faire. L'argument peut être fondé sur le fait que dans les obligations de donner et de ne pas faire, le créancier est toujours en droit d'attendre un résultat déterminé.

⁴⁶⁶ V. *supra*. n° 54-56.

⁴⁶⁷ Par exemple, Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II, 1^{er} Volume, Obligations, Théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998, n° 19, p. 12 et 13. Yves PICOD, « Obligations », *Rép. civ. Dalloz* 2000, n° 31 ; Philippe SIMLER « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-Cl. Civil*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10 ; François COLLART-DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 200, p. 189.

⁴⁶⁸ William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 29-3, p. 52.

relatifs à l'article 1583 du Code civil : « [l']engagement est consommé dès que la foi est donnée. Il serait absurde que l'on fût autorisé à éluder ses obligations en ne les exécutant pas »⁴⁶⁹. En effet, par ce mécanisme, la réalisation du transfert de propriété est garantie de manière efficace. Néanmoins, il reste toujours possible que cette règle soit éludée lorsque l'effet translatif *solo consensu* est tenu en échec par l'inobservation des conditions d'opposabilité tant pour les meubles que pour les immeubles, d'autant plus que cet échec du transfert de propriété peut incomber au débiteur de donner.

Aux termes de l'article 1583, le transfert de propriété qui se réalise *solo consensu* est efficient entre les parties à la vente. Quant à l'effet de ce transfert de propriété à l'égard des tiers, il faut alors se référer aux dispositions ayant pour objet de régler le conflit entre deux acquéreurs successifs auxquels un vendeur a vendu le même bien. Par exemple, selon l'article 1141, entre deux acquéreurs successifs d'un même meuble, celui qui est entré en possession le premier l'emporte, à condition qu'il soit de bonne foi. De même, si un immeuble a été successivement vendu par le même vendeur à deux acheteurs, le premier acheteur restera propriétaire à moins que le second acquéreur, dont son acquisition est de bonne foi, n'ait effectué la publicité foncière avant lui⁴⁷⁰. On se pose alors ici la question de savoir si l'éviction subie par le premier acheteur témoigne ou non du défaut de transfert de propriété dans la première vente. Si la réponse est affirmative, une inexécution de l'obligation de donner est envisageable.

Selon certains auteurs, bien que le premier acquéreur soit évincé et que le droit de propriété soit finalement reconnu au second, celui-ci est déjà réellement devenu propriétaire par l'effet du premier contrat. Autrement dit, le droit de propriété a déjà été transféré du vendeur au premier acquéreur. La deuxième vente devrait être frappée de nullité en vertu de l'article 1599 du Code civil : la vente de la chose d'autrui est nulle. Il est vrai que le premier acquéreur est finalement évincé. Or, cette solution « ne procède d'aucun des deux contrats, mais de la préférence donnée par la loi, en matière mobilière et en dehors de toute considération contractuelle, à la possession »; et à la publicité foncière, en matière immobilière. Ce point de vue est pourtant contestable car il n'a pas

⁴⁶⁹ Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XIV, Paris, Videcoq, 1836, p. 113.

⁴⁷⁰ L'article 30, 1, du décret du 4 janvier 1955 dispose, dans son alinéa premier : « Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1° de l'article 28 sont, s'il n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers, qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques. Ils sont également inopposables, s'ils ont été publiés, lorsque les actes, décisions privilégiés ou hypothèques, invoqués par ces tiers, ont été antérieurement publiés ».

pris en considération l'indélicatesse du vendeur, véritable fait générateur de cette éviction.

L'éviction subie par le premier acquéreur suppose nécessairement la volonté du vendeur indélicat dans le refus d'aliéner l'objet de la vente à son premier acquéreur. Autrement dit, finalement, il « n'a pas transféré la propriété promise »⁴⁷¹. En considérant ainsi la question, on peut penser que c'est bien à cause de sa malhonnêteté que le premier acquéreur ne peut être reconnu comme propriétaire. C'est la raison pour laquelle, en réalité, le transfert de propriété n'a pu finalement être réalisé dans la première vente. Plus précisément, l'aliénateur, ayant vendu le même bien à une seconde personne, a bien voulu se soustraire à son obligation de transférer la propriété envers son premier cocontractant. Par sa propre volonté, il a refusé de fournir en faveur de son acquéreur le résultat qu'il lui avait promis. Le défaut de transfert de propriété est donc le corollaire d'une inexécution de l'obligation de donner imputable au débiteur. Cette inexécution s'avère plus décelable encore lorsque le transfert de propriété est subordonné à l'activité de l'aliénateur.

169. L'inexécution de l'obligation de donner en cas de transfert de propriété différé.

En droit français, le principe du transfert de propriété *solo consensu* est supplétif de volonté. Dans la vente, la réalisation du transfert peut être ajournée. Dans ces cas de figure, il est possible que le transfert de propriété nécessite l'intervention du vendeur ou bien la coopération des deux parties. Ici, l'obligation de transférer la propriété incombant au vendeur devient alors possible. On ne peut donc exclure l'hypothèse où le vendeur fait échec volontairement à l'attente de son acquéreur en refusant d'agir comme il s'est engagé à le faire pour réaliser le transfert de propriété.

La première analyse concerne les ventes de choses de genre ou de choses futures⁴⁷². En raison de la nature de l'objet de la vente, le transfert de propriété n'est possible qu'au moment de l'individualisation du bien vendu ou de sa fabrication. En admettant que le vendeur s'engage à transférer la propriété, l'exécution de son obligation se trouve subordonnée à l'exécution préalable de l'obligation d'individualiser le bien vendu ou de

⁴⁷¹ Raymond LE GUIDE, Gérard CHABOT, *J.-Cl. civ.*, Articles 1625 et 1626, fasc. 240, « Vente. -Obligations du vendeur, -Garantie en cas d'éviction : étendue, conditions et exercice », n° 2, p. 2. Ces auteurs expliquent que : « [s]'il (le vendeur) est tenu à garantie en cas d'éviction ce n'est pas qu'il ait insuffisamment accompli son obligation de procurer la possession, ni qu'il ait manqué à une obligation de transférer la propriété puisque ce transfert dépendait uniquement de l'échange des consentements. Mais l'éviction de l'acheteur démontre que le vendeur n'a pas exécuté son obligation de bonne foi ou qu'il n'a pas transféré la propriété promise ».

⁴⁷² V. *infra*. n° 274.

celle de le fabriquer. Le non-respect de cette dernière obligation par son débiteur entraîne l'échec du transfert de propriété. L'inexécution d'une obligation de donner est alors caractérisée.

De même, le transfert de propriété peut être également subordonné à la livraison. À défaut, non seulement le vendeur ne respecte pas son obligation de livrer la chose vendue, mais il n'honore pas non plus son obligation de transférer la propriété. Cependant, aux termes du deuxième alinéa de l'article 1138 du Code civil, « dès l'instant où elle (la chose vendue) a dû être livrée », l'acquéreur devient propriétaire. C'est ce qui a conduit le Professeur Dross à en déduire de la façon suivante : bien que le vendeur s'abstienne de livrer, le transfert de propriété ne s'en produira pas moins. S'il est exact de dire qu'en principe, « l'inexécution de l'obligation de délivrance par le vendeur n'a aucun effet sur le transfert de propriété, qui s'opère malgré tout à la date prévue »⁴⁷³, cette règle n'est pas d'ordre public. Les parties à la vente peuvent subordonner conventionnellement le transfert de propriété à la remise réelle de la chose. Dans ce cas de figure, le refus de livrer matériellement la chose à son acquéreur empêche celui-ci de devenir propriétaire de la chose vendue.

En matière de vente immobilière, selon les stipulations du contrat, le transfert de propriété peut également être conditionné par la réitération de la vente en la forme authentique. Certes, cette réitération dépend de la coopération des deux parties contractantes à la vente. Mais si le vendeur ne respecte pas son obligation de signer l'acte authentique, son refus suffit à faire obstacle au transfert de propriété. De cette manière, le transfert de propriété dépend exactement de la volonté du vendeur. Ainsi, s'il est possible d'imputer le défaut de transfert de propriété au vendeur, pourquoi refuser de reconnaître qu'il s'engage par le contrat à rendre son acquéreur propriétaire de la chose vendue ?

Dans les hypothèses précédemment analysées, l'obligation de transférer la propriété peut se doubler même d'une obligation de faire : celle d'individualiser, de fabriquer et de signer l'acte authentique. On doit admettre qu'il est difficile, voire impossible de distinguer ces obligations de l'obligation de donner, d'autant plus que dès l'exécution des premières, cette dernière peut s'exécuter⁴⁷⁴. Occultée par celles-ci, l'existence de

⁴⁷³ Gauthier BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, LGDJ 1999, p. 413-414 ; Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF 2008, n° 187, p. 300. (Cité par William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 29-3, p. 53).

⁴⁷⁴ Philippe SIMLER, « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-Cl. Civ*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10, 11, n° 17.

l'obligation de donner ainsi que son utilité sont alors remises en cause. Néanmoins, si on admet que ces obligations de faire ne sont que des procédés permettant de transférer la propriété, l'obligation de transférer la propriété peut les recouvrir. Par conséquent, son inexécution se traduit par le défaut de cette transmission.

Ainsi, l'existence de l'obligation de transférer la propriété, sujet ô combien épineux et controversé, n'est pas totalement dénuée d'intérêt. C'est la raison pour laquelle de nombreux auteurs la soutiennent. Même la jurisprudence saisit les occasions, bien que très rares, de l'évoquer afin d'éclairer certaines solutions.

B. L'obligation de donner réveillée par la jurisprudence

170. L'intérêt pratique de l'obligation de donner. Étant dépourvue d'intérêt concret et d'enjeux pratiques, la controverse sur l'obligation de donner semble purement académique. Cela explique le fait que la jurisprudence française « n'a guère éprouvé le besoin de fonder ses solutions sur l'existence d'une hypothétique obligation de donner »⁴⁷⁵. Cependant, il était arrivé qu'« un certain regain d'intérêt pour l'obligation de donner [se soit] manifesté »⁴⁷⁶ et que par la suite les juges aient ressenti le besoin de la réveiller. Telle fut le cas de l'appréciation de la validité des conventions concernant la distribution commerciale (1). Il en fut de même pour l'application de l'action paulienne aux hypothèses dans lesquelles une créance de transférer la propriété avait été compromise par un acte frauduleux (2).

1. L'exigence d'un prix déterminé et l'obligation de donner

171. La vente et la nécessité de la détermination de prix. En droit français, le contrat de vente présente certaines particularités qui le distinguent d'autres contrats, telles que la nullité pour indétermination du prix⁴⁷⁷. En vertu de l'article 1591 du Code civil : « [l]e prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ». Dans la vente, le prix constitue l'objet de l'obligation de l'acheteur⁴⁷⁸ et doit dans le même temps être

⁴⁷⁵ Philippe SIMLER, « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *Jur.-Class. Civ.*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10, 11, n° 12.

⁴⁷⁶ Yves PICOD, « Obligations », *Rép. civ. Dalloz* 2000, n° 31.

⁴⁷⁷ Avant 2006, selon la jurisprudence, cette nullité était considérée comme absolue et pouvait être invoquée par tout intéressé. Cette solution a été critiquée par certains auteurs. Dans un arrêt en date du 29 mars 2006, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a décidé que l'absence de cause affectant une vente, n'est susceptible d'être sanctionnée que par la nullité relative de celle-ci. V. Cass. 3^e civ. 29 mars 2006, *Bull. civ.* III, n° 88, *JCP* 2006. IV.1953, p. 873.

⁴⁷⁸ Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Jean BRETHER DE LA GRESSAYE, *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, le louage des choses*, 2^e éd., Paris Rousseau &

considéré comme l'équivalent de la chose qui est l'objet de l'obligation du vendeur. Autrement dit, le prix de la vente est la cause ou la contrepartie de l'obligation du vendeur, faute de quoi l'obligation de l'acheteur n'aurait aucun objet. Corrélativement, l'obligation du vendeur se trouverait sans cause⁴⁷⁹. En outre, le fondement de l'article 1591 du Code civil réside également dans le fait que le prix est un élément de qualification de la vente⁴⁸⁰. Comme la chose, le prix constitue également un élément essentiel du contrat. Un désaccord sur le prix comme sur la chose ferait obstacle à la formation de la vente. C'est justement pour cette raison que l'alinéa premier de l'article 1589 du Code civil énonce : « [l]a promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ». En effet, la nécessité de la détermination de prix doit être attachée à la nature du contrat de vente.

172. L'extension de la nullité pour indétermination de prix à tout contrat de distribution exclusive. En droit français, la jurisprudence avait tendance à élargir l'exigence de la détermination de prix aux contrats de distribution exclusive de matériel. Pour ce genre de relation contractuelle il existe ce que l'on nomme des « contrats-cadres », généralement suivis par des contrats de vente conclus à l'occasion de chaque commande. Un obstacle devait alors être dissipé : le contrat-cadre n'est pas une vente, et l'article 1591 n'est donc pas applicable. Il était alors nécessaire de recourir à une règle du droit commun des contrats pour que les juges prononcent la nullité d'une convention de distribution exclusive pour indétermination des prix. Ce fut d'ailleurs dans ce but que l'article 1129 du même Code a été réinterprété, cette fois de manière inhabituelle⁴⁸¹, et utilisé en la matière. Ainsi, depuis 1978⁴⁸² (jusqu'en 1995), au visa de cet article classé dans un chapitre du Code civil consacré aux contrats en général, le prix

Cie, Éditeurs, 1938, n° 112, p. 83 ; Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil, t. III, 2^{ème} Volume, Principaux contrats*, 3^e éd., par Michel de JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 859, p. 106.

⁴⁷⁹ Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil, t. III, 2^{ème} Volume, Principaux contrats*, 3^e éd., Montchrestien, 1968, n° 862, p. 107.

⁴⁸⁰ François COLLART-DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 136, p. 139.

⁴⁸¹ Selon cet article, « [i]l faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ». Sachant qu'à l'origine, ledit article exige uniquement que le *quantum* d'une obligation future portant sur une chose de genre puisse être déterminé à partir de la convention. Et il n'est pas certain que la « chose » évoquée dans cette disposition puisse consister en un prix. V. Laurent AYNÈS, « La détermination du prix futur des marchandises ou des services dans les contrats de distribution exclusive », note de Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 1994, *D. Jurispr.*, 1995, p. 122 ; *JCP G.* 1979.II. 19034, note Yvon LOUSSOUARN.

⁴⁸² Cf. Com. 11 oct. 1978, trois arrêts, *D.* 1979, *Jurispr.*, p. 135, note Roger HOUIN ; *JCP G.* 1979.II. 19034, note Yvon LOUSSOUARN. La chambre commerciale de la Cour de cassation a annulé des contrats de bière qui abandonnaient la détermination du prix des fournitures futures, à la seule volonté ultérieure du brasseur. Cette annulation a été fondée sur l'application de l'article 1129 du Code civil.

devait être fixé au moment de la conclusion du contrat. À tout le moins, les parties doivent convenir d'un procédé de fixation du prix qui ne le fasse pas dépendre de la volonté de l'une d'elles. À défaut, le contrat serait frappé de nullité. De plus la déterminabilité du prix doit être objective. Par conséquent, la référence au tarif futur du créancier, ou à un prix de marché que celui-ci seul peut déclarer, rend également le prix indéterminable. Cependant, cette solution est critiquable : il semblait inopportun d'imposer une exigence, qui est à l'origine applicable à la vente, à tous les contrats, même ceux qui sont assez éloignés de la vente tel que le contrat de franchise⁴⁸³.

173. L'obligation de donner et la détermination de prix. À partir de l'arrêt *Sté Graphic Repro-Diffusion*⁴⁸⁴, la Haute juridiction a commencé, mais de façon inconstante, à limiter la nullité pour indétermination des prix aux seuls contrats faisant naître une obligation de donner, et cessant son application à ceux imposant des obligations de faire. Il a fallu attendre 1991 pour qu'un revirement de jurisprudence s'érige : pour prononcer la nullité d'une convention de distribution de matériel pour indétermination des prix, il convenait alors de « rechercher si les stipulations du contrat comportaient essentiellement des obligations de faire ou, au contraire, essentiellement des obligations de donner »⁴⁸⁵. Dès lors, « la Cour de cassation cantonna l'application de l'article 1129 du Code civil aux obligations de donner ; autrement dit, dans les contrats n'engendrant pas d'obligation de donner, l'accord préalable sur le prix n'était pas considéré comme un élément essentiel de la formation du contrat »⁴⁸⁶. Ainsi, « l'obligation de donner a une fonction de qualification en ce sens qu'elle fonde une distinction entre les contrats, distinction qui permet ensuite un cantonnement des articles 1129 et 1591 aux seuls contrats engendrant une obligation de donner »⁴⁸⁷.

En effet, au travers de cette obligation de donner, on voit bien que la Haute juridiction était obligée de revenir sur la logique à l'origine de cette exigence du prix :

⁴⁸³ Cf. Com. 12 janvier 1988, *Bull. civ.* IV, n° 31, p. 21.

⁴⁸⁴ Com. 9 novembre 1987, *Sté Graphic Repro-Diffusion*, *Bull. civ.* IV, n°237. *D.* 1989.35, note Philippe MALAURIE ; *JCP* 1989.II.21186, note. Georges VIRASSAMY ; *RTD civ.* 1988.527, note Jacques MESTRE ; *RTD com.*1988. 674, note Jean HÉMARD et Bernard BOULOC. Dans cette affaire, la chambre commerciale de la Cour de cassation a écarté l'application de l'article 1129 d'un contrat de distribution, tout en retenant que « la convention ne s'analysait pas comme une vente avec obligation de mentionner le prix mais comme une obligation de faire ».

⁴⁸⁵ Com. 2 juill. 1991 : *Bull. civ.* IV, n°250, p. 175. V. aussi Com. 22 janvier 1991 : *Bull. civ.* IV, n°36 ; Com. 29 janvier 1991, *D.* 1991.175, conclusion de Michel JÉOL ; note Philippe MALAURIE, *D.* 1991, p. 501 ; *RTD civ.* 1991. 323, obs. Jacques MESTRE.

⁴⁸⁶ Yves PICOD, « Obligations », *Rép. civ. Dalloz* 2000, n° 31.

⁴⁸⁷ Denis TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix) », *D.* 1992, *chron.* n° 4, p. 69.

la détermination du prix n'est indispensable que lorsque le prix fait office de cause à une obligation de transférer la propriété. En d'autres termes, cette exigence ne trouve sa raison d'être que dans les contrats ayant vocation à produire cette obligation, par exemple, dans le contrat de vente. L'étendre aux contrats non translatifs n'aboutit qu'à une impasse. C'est la raison pour laquelle, par quatre arrêts rendus le 1^{er} décembre 1995⁴⁸⁸, la Cour de cassation en Assemblée plénière a finalement affirmé que l'article 1129 du Code civil n'était plus applicable au prix. Dans un même temps elle a également posé le principe selon lequel la détermination du prix n'était plus une condition de validité, non seulement des contrats-cadres, mais de tous les contrats en général⁴⁸⁹.

2. L'action paulienne et la créance de donner

174. Le droit du transfert de propriété protégé par l'action paulienne. Comme nous venons de l'expliquer, la jurisprudence s'offrit peu d'occasions d'intervenir dans le débat théorique sur l'existence de l'obligation de transférer la propriété. Toutefois, au vu du revirement jurisprudentiel qui permet désormais d'étendre l'action paulienne à la protection de « droits spéciaux »⁴⁹⁰ du créancier, on se demande si le droit spécial du transfert de propriété protégé par ladite action implique l'existence de cette obligation controversée.

175. L'action paulienne. À l'origine, ayant pour finalité de faire application de l'adage *fraus omnia corrumpit*, l'action paulienne n'était regardée que comme une protection du droit de gage général des créanciers⁴⁹¹. Ce dernier est un droit reconnu aux créanciers sur l'ensemble des biens de leur débiteur leur permettant, si ce dernier ne paie pas ses

⁴⁸⁸ Ass. Plén., 4 arrêts du 1^{er} décembre 1995, *D.* 1996. 13, note Laurent AYNÈS ; *JCP* 1996. II. 22565, note Jacques GESTHIN, *RTD civ.* 1996. 153, note Jacques MESTRE.

⁴⁸⁹ La jurisprudence a étendu le principe à toute forme de prix : taux d'intérêt d'un compte courant (Com. 9 juillet 1996), indemnité financière (Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000), indemnité pour remboursement anticipé d'un prêt (Com. 17 juillet 2001) et pour un contrat de bail (Cass. 3^{ème} civ., 24 novembre 2004).

⁴⁹⁰ Dans l'arrêt du 10 décembre 1974, la fraude paulienne au « droit spécial dont disposait le créancier sur la chose aliénée » est admise par la première chambre civile. V. Cass. 1^{er} civ., 10 décembre 1974, n° 72-11.223 : *Bull. civ.* 1974, I, n° 336. Dans un arrêt du 15 octobre 1980, la même chambre a repris la même formule : « un créancier investi de droits particuliers sur certains biens de son débiteur à raison notamment de la constitution d'une hypothèque » peut agir contre la fraude paulienne, à cause de laquelle « le débiteur réduit la valeur de ces biens de façon à diminuer l'efficacité de l'exercice des droits dont le créancier s'était assuré l'avantage » ; V. Cass. 1^{er} civ., 15 oct. 1980, n° 79-12.489 : *Bull. civ.* 1980, I, n° 257.

⁴⁹¹ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 1154, p. 1201 ; Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, 8^e éd., Sirey 2013, n° 85, p. 79.

dettes, de faire procéder à la saisie d'une partie ou de la totalité de ses biens afin d'obtenir le paiement de ce qui lui est dû. La particularité de l'action paulienne réside dans le fait qu'elle « permettait de faire pièce aux actes d'appauvrissement des débiteurs, destinés à les rendre insolvable dans le seul but d'attenter par fraude aux légitimes attentes de leurs créanciers »⁴⁹². Plus précisément, elle « permet aux créanciers de faire juger que des actes, frauduleux à leur égard - actes à titre gratuit, ou aliénation à vil prix, notamment - leur sont inopposables de sorte qu'ils peuvent les ignorer : saisir le bien aliéné dans de telles conditions, comme si l'aliénation n'avait pas eu lieu »⁴⁹³. De ces considérations, des conditions auxquelles cette action est soumise peuvent se dégager. D'abord, l'action paulienne suppose toujours une fraude du débiteur. Ensuite, le créancier doit pouvoir justifier l'existence d'une créance qui est compromise par l'acte frauduleux. En plus, cette créance doit exister antérieurement à ce dernier. En outre, il faut que ce soit de cet acte frauduleux attaqué que résulte un appauvrissement du débiteur qui crée ou aggrave sa propre insolvabilité. Celui-ci, tout en s'appauvrissant, diminue alors son patrimoine dans le seul but de faire échec aux droits du créancier. Corollairement, un préjudice lui est donc causé par l'insolvabilité du débiteur. Ce préjudice constitue la quatrième condition d'ouverture de l'action paulienne.

176. L'extension jurisprudentielle de l'action paulienne à la protection des droits spéciaux du créancier. À plusieurs reprises, la condition d'insolvabilité a été ébranlée par la jurisprudence⁴⁹⁴. Par voie de conséquence, l'action paulienne passe de la protection du droit de gage général à la protection de certains droits particuliers⁴⁹⁵. Elle est alors recevable dès lors que l'acte frauduleux attaqué empêche l'exercice d'un droit particulier dont le créancier dispose sur certains biens du débiteur. Sans se concentrer sur les détails de cet élargissement du domaine de l'action paulienne et aux critiques qu'il a soulevées, on notera simplement qu'une créance de donner peut faire partie de ces droits protégés par ladite action. Si l'arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 6 octobre 2004 suscite des ambiguïtés à ce sujet, l'arrêt rendu le 10 avril

⁴⁹² Rémy LIBCHABER, « Action paulienne », *Deffrénois*, 15 avril 2005, n° 7, art. 38142, p. 612.

⁴⁹³ Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8^e éd., Sirey 2013, n° 85, p. 79.

⁴⁹⁴ Par exemple, Soc. 19 déc. 1941 ; Civ. 1^{re}, 10 déc. 1974, *Bull. civ. I*, n° 336 ; Civ. 1^{re}, 15 oct. 1980, *Bull. civ. I*, 1980, n° 257 ; Civ. 1^{re}, 18 juill. 1995, *Bull. civ. I*, n° 324 ; Civ. 3^e, 6 oct. 2004, *Bull. civ. III*, n° 163 ; Civ. 3^e, 12 oct. 2005, *Bull. civ. III*, n° 189 p. 173 ; Com. 10 janv. 2006, n° 04-18.395.

⁴⁹⁵ Dans le même sens, v. *Deffrénois*, 15 avril 2005 n° 7, P. 613, note Rémy LIBCHABER concernant l'arrêt du 6 octobre 2004, Cass. 3^e civ., 6 octobre 2004, n° 03-15.932, *Bull. civ. III*, n° 163.

2006 par la chambre commerciale de la Cour de cassation constitue une parfaite illustration.

177. L'analyse de l'arrêt 6 octobre 2004. L'arrêt du 6 octobre 2004⁴⁹⁶, rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, concerne la conclusion d'une promesse de vente d'un immeuble qui n'a jamais été réitérée par un acte authentique. Une donation a été faite presque douze ans après la conclusion de la promesse par le promettant au profit de son fils. Cette donation a par conséquent empêché l'acquisition de l'immeuble en question par le bénéficiaire de la promesse et était susceptible d'entraîner l'expulsion de ce dernier, même si ce bénéficiaire a été déjà entré en possession de l'immeuble en question. Celui-ci a alors agi en annulation et subsidiairement, en inopposabilité de la donation sur le fondement de la fraude paulienne. La recevabilité de cette demande a été justifiée par la Cour de cassation. Cette dernière a retenu en ces termes : « l'action paulienne est recevable, même si le débiteur n'est pas insolvable, dès lors que l'acte frauduleux a eu pour effet de rendre impossible l'exercice du droit spécial dont disposait le créancier sur la chose aliénée ». Une question s'impose d'emblée : de quel droit spécial s'agit-il en l'occurrence ? Puisque l'arrêt n'a pas pu révéler plus de détails relatifs aux circonstances exactes, la réponse à cette question peut varier en fonction du rôle de la réitération de cette promesse de vente.

Pour certains commentateurs, conformément au premier alinéa de l'article 1589 du Code civil⁴⁹⁷, la promesse de vente vaut vente. Et sa réitération, sauf stipulation contraire des parties contractantes, ne peut empêcher de la qualifier de vente définitive une fois que celles-ci ont convenu de l'objet et du prix. Puisqu'en vertu de l'article 1583 du même Code⁴⁹⁸, le transfert de propriété se réalise au moment même de la conclusion du contrat de vente, le bénéficiaire est devenu aussitôt propriétaire de l'immeuble vendu. Si l'on raisonne de cette façon, il est possible de déduire que la donation réalisée entre le promettant et son fils porte atteinte en réalité au droit de propriété du

⁴⁹⁶ Cass. 3^e civ., 6 octobre 2004, n° 03-15.932, *Bull. civ.* III, n° 163; Guillaume KESSLER, « Action paulienne et droits réels », *D.* 2004. *Jurispr.*, p. 3098; Anne-Gaëlle ROBERT, « Action paulienne et conflits de propriété. À propos de Cass. 3^e civ., 6 octobre 2004 », *JCP. G.* n° 49, 7 Décembre 2005, I 191 ; *Deffrénois*, 15 avril 2005 n° 7, P. 612, note Rémy LIBCHABER ; *Gaz. Pal.* 05 avril 2005, n° 95, p. 12, note Brigitte ROMAN ; *Deffrénois* 2005, n° 4, art. 38109, p. 323, note Yannick DAGORNE-LABBE.

⁴⁹⁷ Selon cette disposition, « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ».

⁴⁹⁸ L'article 1583 du Code civil dispose que « Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

bénéficiaire. C'est justement pour cette raison que la Cour d'appel avait refusé la recevabilité de l'action paulienne, au motif qu'« il (le bénéficiaire, propriétaire de l'immeuble en question) ne justifie d'aucune créance, le conflit ayant trait à la propriété du bien ». Le droit de propriété est-il ce « droit spécial dont disposait le créancier sur la chose aliénée » que la Haute Cour a voulu protéger par une action paulienne ? Sachant que l'action paulienne est traditionnellement entendue comme une action personnelle⁴⁹⁹, elle est fondée sur une créance, un simple droit personnel du créancier et conçue dans le but de le protéger. De ce fait, il est donc difficile d'assimiler ce droit spécial, évoqué par la Cour de cassation, au droit de propriété sans admettre que la troisième Chambre civile a détourné l'action de sa fonction et modifié sa nature, en reconnaissant l'existence d'une action paulienne réelle⁵⁰⁰. Par la suite, certains auteurs ont cherché d'autres pistes possibles afin d'interpréter cette décision de la Cour de cassation. Pour eux, bien que le bénéficiaire demandeur soit devenu propriétaire, il n'en reste pas moins le créancier d'une obligation de délivrance⁵⁰¹. Dès lors, fondé sur la protection d'une créance de délivrance, l'arrêt du 6 octobre 2004 n'a rien de révolutionnaire.

178. Un révélateur possible d'une créance de transférer la propriété. Une autre interprétation de la circonstance est aussi envisageable si l'on prend en considération le rôle usuel de la réitération de la promesse par acte notarié. Il paraît également légitime de se demander si les parties n'avaient pas voulu retarder le transfert de propriété au jour de cette réitération. Dans cette hypothèse, bien que la vente ait été conclue dès le jour de la promesse, le transfert de propriété a été suspendu pendant douze années. Il ressort de cette hypothèse que le demandeur à l'action paulienne est investi d'un droit spécial consistant à transférer la propriété⁵⁰². Ainsi, grâce à ce droit spécial au transfert

⁴⁹⁹ Anne-Gaëlle ROBERT, « Action paulienne et conflits de propriété. À propos de Cass. 3^e civ., 6 octobre 2004 », *JCP. G*, n° 49, 7 Décembre 2005, I 191 ; Guillaume KESSLER, « Action paulienne et droits réels », *D. 2004. Jurispr.*, p. 3098.

⁵⁰⁰ C'est l'opinion de nombreux commentateurs de cette décision de la troisième Chambre de la Cour de cassation. V. par exemple Anne-Gaëlle ROBERT, « Action paulienne et conflits de propriété. À propos de Cass. 3^e civ., 6 octobre 2004 », *JCP. G*, n° 49, 7 Décembre 2005, I, p. 191. Il faut en outre noter que cette nouvelle action paulienne de nature réelle, coexistant avec l'action paulienne traditionnelle, semble manquer d'intérêt. En l'occurrence, il est préférable pour l'acquéreur évincé d'intenter directement une action de revendication pour récupérer l'immeuble qu'il a acquis, car l'action paulienne « ne confère au demandeur aucun droit réel sur les biens dont l'aliénation lui est déclarée inopposable ; elle ne lui permet pas d'obtenir l'attribution du bien frauduleusement aliéné, mais seulement d'exercer sur ce bien un droit personnel ». V. aussi Guillaume KESSLER, « Action paulienne et droits réels », *D. 2004. Jurispr.*, p. 3098.

⁵⁰¹ Anne-Gaëlle ROBERT, « Action paulienne et conflits de propriété. À propos de Cass. 3^e civ., 6 octobre 2004 », *JCP. G*, n° 49, 7 Décembre 2005, I 191, note n° 25.

⁵⁰² V. *Gaz. Pal.* 05 avril 2005, n° 95, p. 12, note Brigitte Roman ; *Defrénois*, 15 avril 2005 n° 7, p. 612, note Rémy LIBCHABER ; Thierry REVET, « Fraude paulienne à la créance de donner », *RTD civ.* 2006, p. 343.

de propriété, la qualité de créancier des acquéreurs à l'action paulienne est bien établie. Ce point de vue suppose que la promesse de vente a créé une obligation de donner à la charge du promettant et au profit du bénéficiaire. Ce droit au transfert de propriété susceptible d'être protégé par l'action paulienne a été clairement formulé deux ans plus tard, dans l'arrêt du 10 avril 2006 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation.

179. Le droit au transfert de propriété clairement confirmé. L'arrêt du 10 avril 2006 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation s'inscrit dans le mouvement de l'extension de l'action paulienne à la protection des droits spéciaux des créanciers. De plus, il a confirmé que le droit au transfert de propriété pouvait faire partie de ces droits protégés spécifiquement par l'action paulienne.

En l'espèce, le propriétaire d'un terrain, une SNC (société en nom collectif), propriétaire-bailleur, avait contracté avec une SCI (société civile immobilière) un bail à construction en prévoyant qu'à l'expiration du bail, les constructions édifiées par la SCI, preneur-constructeur, demeurerait sa propre propriété, d'une part, et que le terrain serait finalement cédé par la SNC à la SCI, d'autre part. Afin de permettre cette cession, ce bail contenait une interdiction de vendre et d'hypothéquer le terrain à la charge du propriétaire-bailleur au profit du preneur-constructeur. Approximativement deux mois après la conclusion dudit bail, la SCI a vendu à un couple X, en l'état futur d'achèvement, trois lots devant dépendre de l'immeuble à construire. Afin de financer la construction, cette SCI a par la suite conclu un prêt avec une banque. Ce prêt a été garanti par l'hypothèque d'une quote-part du bail à construction et par l'hypothèque du terrain, avec le consentement de la SNC et en dépit de la prohibition prévue dans le bail. Au moment de l'ouverture des procédures de liquidation judiciaire de cette SCI et son contractant la SNC, les acquéreurs des lots, le couple X, ont intenté une action contre la banque-prêteuse en inopposabilité de la garantie et de l'inscription hypothécaires consenties par la SNC, sur le fondement de la fraude paulienne.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé la décision de la Cour d'appel de Pau du 4 mai 2004 qui a accueilli l'action paulienne des demandeurs. Selon la Haute juridiction, l'acte frauduleux attaqué consistait, en l'espèce, dans la renonciation à la clause de prohiber la sûreté réelle grevant ce terrain à céder. C'est en ce sens que la Cour de cassation a retenu que cette renonciation « avait pour effet de

V. aussi Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, thèse Bordeaux IV, LGDJ 2008, *spéc.* n° 296-311.

faire obstacle à la réalisation ultérieure des ventes en l'état futur d'achèvement » et par conséquent, « les acquéreurs de lots se trouvaient susceptibles de se voir opposer l'inscription hypothécaire sur leur quote-part de bien »⁵⁰³. Ainsi, l'exercice d'un droit spécial de ces acquéreurs avait été entamé.

Quant à la nature de ce droit, la Cour de cassation a précisé que « lors du prononcé de la liquidation judiciaire de la SNC, ceux qui avaient antérieurement des lots, notamment les époux X..., se trouvaient détenteurs envers elle d'un droit réel immobilier, tel que défini par l'article L. 251-3, alinéa 1^{er}, du Code de la construction et de l'habitation, ainsi que par la convention, emportant droit au transfert au terme du bail de la propriété d'une quote-part du terrain d'assiette de l'immeuble »⁵⁰⁴. En l'espèce, selon le bail à construction, la SNC était tenue, envers la SCI, de lui céder le terrain sur lequel les immeubles devaient être construits. Il s'agit en effet d'une obligation de transférer la propriété. Cependant, conformément à la stipulation du contrat, l'exécution de cette obligation était reportée à la date d'expiration du bail. Par la vente en l'état futur d'achèvement, les acquéreurs de lots sont placés dans la position juridique de la SCI, et par suite investis du même droit que la SCI vis-à-vis à la SNC. L'hypothèque d'une quote-part du bail à construction, souscrite postérieurement à la conclusion de la vente en l'état futur d'achèvement, portait atteinte à un seul droit du couple X : celui au transfert de la propriété au terme du bail à construction. Ce « droit au transfert » formulé par la Haute Cour, n'est autre que la « créance de donner dont est titulaire tout acquéreur d'un bien qui n'en a pas encore reçu la propriété »⁵⁰⁵. Cette créance implique une obligation de transférer la propriété. Dès lors, l'existence d'une telle obligation est dévoilée à travers cette décision de la Cour de cassation. On peut donc en déduire qu'« [i]l ne faudrait pas enterrer trop vite l'obligation de donner »⁵⁰⁶.

180. Ainsi, le débat théorique sur l'utilité de l'obligation de transférer la propriété est loin d'être clos en droit français. La position prise dans cette controverse permet de répondre à une autre question toute aussi importante, celle de savoir si le Code civil a rompu avec le droit romain et a établi définitivement un nouveau mécanisme de transfert de propriété. Malheureusement, alimenté par la première controverse, le débat doctrinal sur

⁵⁰³ Cass. com., 10 janvier 2006, n° 04-18.395, non publié au Bulletin.

⁵⁰⁴ Cass. com., 10 janvier 2006, n° 04-18.395, non publié au Bulletin.

⁵⁰⁵ Thierry REVET, « Fraude paulienne à la créance de donner », *RTD civ.* 2006, p. 343. Dans le même sens, V. aussi Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, thèse Bordeaux IV, LGDJ 2008, *spéc.* n° 296-311. (C'est sur le *jus ad rem* que cet auteur a fondé sa proposition).

⁵⁰⁶ Thierry REVET, « Fraude paulienne à la créance de donner », *RTD civ.* 2006, p. 348. Cependant, ce point de vue ne fait pas l'unanimité en droit français.

cette question reste pour le moment sans fin. Cette situation rend particulièrement complexe le mécanisme du transfert de propriété consacré par le droit français.

SECTION II.

L'ÉVICTION DE LA CONTROVERSE RELATIVE À L'EFFET TRANSLATIF DU CONTRAT DE VENTE

- 181. La théorie relative à l'effet translatif du contrat de vente.** Lorsque le transfert de propriété se réalise par la tradition sans aucune démarche concrète de la part du vendeur, ce transfert est intellectualisé. Cette démarche contribue à l'apparition d'un nouveau modèle de transfert de propriété. Il s'agit d'un modèle dit « moniste », car la propriété se transmet en une seule et unique étape, c'est-à-dire directement et automatiquement par un contrat portant cette transmission. Par conséquent, sont associés un effet obligatoire et un effet réel dans un même contrat de vente, le contrat translatif par excellence (§ 1). Néanmoins, il semble que ce nouveau modèle n'est pas tout à fait compatible avec l'ensemble du système consacré par le Code civil en matière de contrats. Des difficultés sont donc soulevées qui empêchent le législateur chinois de l'adopter en droit chinois (§ 2).

§ 1. L'ASSOCIATION DE L'EFFET RÉEL ET DE L'EFFET OBLIGATOIRE DANS LA VENTE EN DROIT FRANÇAIS

- 182. La notion de contrat *stricto sensu*.** Afin d'appréhender la notion de contrat en droit français, il convient d'analyser préalablement celle de convention car la convention est le genre et le contrat est l'espèce⁵⁰⁷. Duranton a enseigné en ces termes : « [p]ar convention, en droit, on entend les engagements qui se forment par le consentement de deux ou plusieurs personnes qui se font entre elles une loi d'exécuter ce qu'elles se promettent, ce dont elles conviennent, dans la vue de se lier, de s'obliger : *Conventio est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*, dit le jurisconsulte Ulpien dans la loi I, § 8, ff. *de pactis* »⁵⁰⁸. C'est en ce sens qu'à l'article 1101, le Code civil français définit le contrat : comme étant « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire

⁵⁰⁷ V. Joseph RÉMY, *Œuvres complètes de Jean DOMAT*, Tome premier, Paris, Alex-Gobelet, 1835, n° 1, p. 233 ; Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, D'après la méthode de Zachariae*, Tome IV, 4^e éd., Paris, 1871, § 340, p. 283.

⁵⁰⁸ Alexandre Duranton, *Traité des obligations conventionnelles en général, suivant le Code civil*, 3^e éd., Toussaint, 1846, n° 9 et s., p. 6 et s.

quelque chose ». Or, « le mot convention a une acception plus étendue que le mot contrat, en ce qu'il désigne l'accord de plusieurs personnes non seulement pour former un contrat proprement dit, mais encore pour le modifier ou le résoudre »⁵⁰⁹. Il en résulte que la convention « est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour y changer »⁵¹⁰. Du fait de cette définition du Code civil, étant considérés comme des conventions particulières, la vocation des contrats ne se borne qu'à faire naître les obligations. Autrement dit, le contrat est en effet seulement une convention génératrice d'obligations⁵¹¹. C'est pour cette raison que pour certains auteurs, ne sont pas des contrats la cession de créance ou encore la remise de dette car il s'agit là de conventions ayant pour objet non seulement de faire naître une obligation, mais aussi de la transmettre, de la modifier ou de l'étendre⁵¹². En outre, les contrats se distinguent également de l'acte juridique unilatéral⁵¹³, des conventions non obligatoires⁵¹⁴ et des actes juridiques collectifs⁵¹⁵.

Cette notion de contrat en tant que créateur d'obligations a été adoptée par l'Avant-projet de réforme du droit des obligations. En son article 1102, le contrat est défini comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à accomplir une prestation »⁵¹⁶. Cependant, au regard du principe du transfert de propriété *solo consensu*, une notion au sens plus large de contrat doit être établie.

⁵⁰⁹ *Encyclopédie moderne ou Bibliothèque universelle de toutes les connaissances humaines*, Tome huitième, 2^e éd., Chez P. Duménil, 1841, p. 261, v. Convention.

⁵¹⁰ V. Joseph RÉMY, *Œuvres complètes de Jean DOMAT*, Tome premier, Paris, Alex-Gobelet, 1835, n° 2, p. 233.

⁵¹¹ Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 79, p. 69.

⁵¹² Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 79, p. 69.

⁵¹³ Contrairement au contrat qui repose sur un accord de volontés, l'acte juridique unilatéral est l'œuvre d'une seule volonté. V. François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz 2013, n° 49, p. 66 ; Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey 2014, n° 79, p. 69.

⁵¹⁴ Ce sont des accords de volontés qui n'obligent pas juridiquement car les intéressés n'ont pas voulu établir entre eux un rapport juridique qui permette d'exiger l'exécution d'une obligation. Tel est le cas des actes de courtoisie ou de complaisance. V. François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz 2013, n° 55, p. 73-74.

⁵¹⁵ L'acte juridique collectif est un acte susceptible de s'imposer à des personnes qui n'y ont pas consenti. V. François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz 2013, n° 49, p. 66 ; Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey 2014, n° 79, p. 69.

⁵¹⁶ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

183. Le principe du transfert de propriété *solo contractu*⁵¹⁷ et la théorie du transfert de propriété du contrat. L'article 1138 du Code civil français érige en règle générale que la propriété est transférée *solo consensu*. Il est donc tout à fait exact de dire qu'il s'agit d'une solution résultant d'une démarche de pensée tout à fait différente par rapport au droit romain et à l'Ancien droit français⁵¹⁸. À première vue, par le jeu dudit principe, le transfert de propriété s'opère de manière abstraite⁵¹⁹, automatique et indépendamment de tout geste matériel, (du moins lorsqu'il s'agit d'un corps certain ou d'une vente en bloc). Précisément, il n'est pas soumis à la remise de la chose pour les meubles, ni à la publicité foncière, pour les immeubles. De telle manière, le transfert de propriété s'opère *ipso jure*. En outre, de cette automaticité de la transmission de propriété, une partie de la doctrine infère qu'en principe, le transfert de propriété se réalise *solo contractu* : cela veut dire que ce dernier s'attache directement à la convention⁵²⁰, et non à l'exécution d'une quelconque obligation née de cette convention. En effet, le transfert d'un droit quel qu'il soit, y compris la propriété, s'opère par le seul effet des conventions⁵²¹. Dès lors, « la mutation de propriété est devenue un effet aussi direct et aussi immédiat du contrat que la création des obligations »⁵²². Cette approche suppose qu'en fonction de la volonté des parties, certaines conventions ont vocation à produire un effet translatif d'un droit réel, par exemple, la propriété. Dès lors, en droit français, les mêmes conventions peuvent non seulement créer des rapports d'obligation

⁵¹⁷ V. Jean-Sébastien BORGHETTI, « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC*, 2013, p. 1684, *spéc.* p. 1685 et s.

⁵¹⁸ Gauthier BLANLUET, « Le moment du transfert de propriété », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, n° 8, p. 414.

⁵¹⁹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, LGDJ & Lextenso, 7^e éd., 2014, n° 251, p. 165.

⁵²⁰ Yvon Loussouarn, *Le transfert de propriété par l'effet des contrats*, Cour doctorat de droit civil, Paris, 1969-1970, p. 21.

⁵²¹ Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Tome XXIV, Auguste Durand & L. Hachette, 1877, n° 414 ; Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Gaston LAGARDE, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations* 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1936, n° 312 et s, p. 228 et s. V. aussi Muriel FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85 et s. ; Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* oct-dec 1999, p. 711, *spec.* n° 17 et s. ; Anne-Sophie LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, thèse Nantes, LGDJ 2005, *spec.*, n° 548 et s ; Philippe RÉMY, « L'effet translatif », in *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, dir. François TERRÉ, Dalloz, 2009, p. 249 et s. *spec.* p. 250. (Voir également l'article 93 des propositions du groupe de travail sous la direction de F. Terré. Ce même article a été repris par l'article 102 du Projet gouvernemental de réforme du droit des contrats dans sa version du mai 2009).

⁵²² Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, par Maurice PICARD, 2^e éd., LGDJ 1952, n° 618, p. 625. V. aussi Carbonnier, « la convention produit par elle-même transfert de propriété [...] C'est dire que l'obligation de donner n'a pas le temps d'exister ». Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens, Les obligations*, PUF. 2004, n° 770, p. 1699.

et transférer, et éteindre ou modifier des droits personnels préexistants, mais aussi créer, transférer ou même éteindre des droits réels⁵²³. Il ressort de cette approche que la vente, l'échange et la donation, sont des contrats translatifs parce qu'ils ont pour conséquence, à la fois de faire naître des obligations, et de transférer la propriété⁵²⁴. Au XX^e siècle, pour la plupart des auteurs, le principe du transfert de propriété *solo consensu* du Code civil signifiait que le transfert de propriété s'opérait directement par un effet translatif du contrat⁵²⁵. En raisonnant ainsi, la définition même du contrat, consacrée par le Code civil comme créateur d'obligations, n'était plus compatible avec ce système du transfert de propriété *solo contractu*. D'où apparut la nécessité d'établir une notion de contrat *lato sensu*.

184. La notion de contrat *lato sensu*. Si on rattache un effet translatif à certains contrats, le contrat ne doit plus être défini seulement comme une convention génératrice d'obligations. La doctrine est donc poussée à remettre en cause la notion de contrat tel qu'il figure dans le Code civil. Aubry et Rau ont alors soutenu une notion plus large de contrat. Selon eux, la convention « qui a pour objet la formation d'une obligation, ou la translation d'un droit, se nomme plus spécialement contrat »⁵²⁶. Le transfert d'un droit réel n'est d'ailleurs pas exclu de cette notion de contrat. Ces deux auteurs n'ont pas toujours été très clairs sur l'effet translatif du contrat. Ils ont pourtant constaté que d'après le Code Napoléon, c'était l'obligation de donner, lorsqu'elle portait sur un objet déterminé dans son individualité, qui emportait par elle-même la translation de la propriété de cet objet⁵²⁷. La condamnation d'une telle obligation de donner vient confirmer cette nouvelle notion de contrat : « [l]'abandon de l'obligation de donner conduit à reconnaître que les contrats ne se limitent pas à créer des obligations entre les parties »⁵²⁸. La doctrine prône alors l'idée selon laquelle les contrats peuvent avoir pour

⁵²³ Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Gaston LAGARDE, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations* 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1936, n° 294, p. 211. V aussi Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, *Traité de droit civil*, refondu par Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Tome II, Dalloz, 1957, n° 556, p307.

⁵²⁴ Yvon LOUSSOUARN, *Le transfert de propriété par l'effet des contrats*, Cours (doctorat) de droit civil, Paris, 1969-1970, p. 4. V aussi Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français, La vente, le louage des choses*, tome XI, 2^e éd., publiée par Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paris et Rousseau, n° 17, p. 12-14.

⁵²⁵ Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, n° 4, p. 479.

⁵²⁶ Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, D'après la méthode de Zachariae*, Tome IV, 4^e éd., Paris, 1871, § 340, p. 283.

⁵²⁷ Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, D'après la méthode de Zachariae*, Tome IV, 4^e éd., Paris, 1871, § 340, p. 283, la note n°3.

⁵²⁸ William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 29-4, p. 53.

effet le transfert de propriété, au moins pour certains d'entre eux. Ainsi, une proposition consistant à remodeler la notion de contrat est réapparue dans les travaux préparatoires de la réforme du Code civil. À titre d'exemple, l'article 7 du Projet de réforme du droit des contrats de l'Académie des sciences morales et politiques a suggéré une définition large du contrat aux termes duquel, « le contrat est un accord de volontés par lequel deux ou plusieurs personnes établissent, modifient ou suppriment entre elles un rapport de droit »⁵²⁹. Défini ainsi, l'effet translatif de propriété est donc englobé parmi des effets du contrat. Il en est de même pour l'article 1101 de l'avant-projet d'Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié par la Chancellerie le 25 février 2015 (l'avant-projet de la chancellerie). Selon cet article, le contrat est défini comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer des effets de droit »⁵³⁰.

185. La vente, du contrat purement obligatoire au contrat translatif de droit réel.

Comme nous l'avons précédemment analysé, en droit romain et dans l'Ancien droit français, bien que, par le contrat de vente, la propriété de la chose vendue eût pu être finalement transférée à l'acquéreur, l'effet translatif n'était pas né directement de ce contrat⁵³¹. Tout contrat avait pour objet de produire un seul effet obligatoire. Quant au transfert de propriété, il s'opérait, en revanche, par l'effet de l'exécution de ce contrat (la vente). « C'est-à-dire par l'emploi ultérieur d'un mode de transfert employé en exécution de la vente »⁵³², autrement dit par la *traditio*, un des modes de transfert de propriété. La transmission de la propriété devait être considérée comme l'effet de cette *traditio*. Avant la réalisation de ce procédé, en tant que créancier, l'acheteur ne pouvait donc recourir qu'à une action personnelle, l'*actio empti*, en demandant au vendeur d'effectuer un mode de transfert de propriété, mais jamais à une action en revendication. Si l'on admet que cette *traditio* romaine est définitivement rayée du système juridique français, le contrat de vente peut dès lors réaliser le transfert de propriété par un effet translatif né directement de la vente. Du fait de cet effet translatif, le contrat de vente transfère à l'acheteur la propriété de la chose vendue, et ce dès sa conclusion. Ce dernier

⁵²⁹ V. *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, dir. François TERRÉ, Dalloz, 2009, p. 12.

⁵³⁰ http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf. V aussi Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. 1, Le contrat-Le consentement*, 4^e éd., LGDJ 2013 : dans cet ouvrage, le contrat est défini comme « un accord de volontés en vue de produire des effets de droit ». V. *spéc.*, n° 38 et s, p. 29 et s.

⁵³¹ V. *supra*. n° 24, 25 ; n° 39 et s..

⁵³² Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français, La vente, le louage des choses*, tome XI, 2^e éd., publiée par Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paris et Rousseau, n° 17, p. 13.

devient donc à la fois le créancier du vendeur et le propriétaire du bien : il possède non seulement des créances envers son débiteur, des droits personnels, mais aussi le droit de propriété, le droit réel par excellence. En effet, c'est le principe du transfert de propriété *solo contractu*, c'est-à-dire uniquement par la conclusion du contrat.

En raison d'un tel mécanisme du transfert de propriété, le contrat de vente en droit français n'est plus une simple convention génératrice d'obligations. Il peut produire non seulement un effet dit « obligationnel », mais aussi un effet supplémentaire, l'effet réel et translatif de propriété. Ainsi, l'existence de l'effet réel et translatif contribue à « dénaturer le contrat de vente »⁵³³. Dès lors, l'*emptio venditio contracta*, le contrat de vente, s'identifie à l'*emptio venditio perfecta*, c'est-à-dire l'aliénation⁵³⁴. Autrement dit, le contrat de vente est identique, en effet, au mode d'acquisition de propriété. Par conséquent, le transfert de propriété doit être considéré comme une conséquence inéluctable de la vente. C'est justement en raison de son effet translatif que le transfert de propriété peut être analysé comme l'une des caractéristiques du contrat de vente⁵³⁵, voire une caractéristique essentielle de la vente⁵³⁶.

186. La thèse de l'effet translatif du contrat de vente. Dès lors, selon le droit positif français, le transfert *solo consensu* de propriété permet d'attacher le transfert de propriété au contrat lui-même. Plus précisément, dans la vente, le transfert est par conséquent devenu l'effet de l'échange des consentements. Le transfert de propriété « représente un effet de la vente, effet réel par opposition à son effet obligationnel »⁵³⁷ : « dès l'accord des parties, par la seule force de leurs volontés, cet effet de la vente en découle »⁵³⁸. En effet, il s'agit d'un effet légal qui résulte directement des dispositions prévues par l'article 1138 du Code civil, et en matière de vente, par l'article 1583 du même Code. L'invention de l'effet translatif de certains contrats est une innovation

⁵³³ Christian ATIAS-LETREMY, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse dactylographiée, Poitiers, 1974, n° 52, p. 77.

⁵³⁴ Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français, La vente, le louage des choses*, tome XI, 2^e éd., publiée par Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paris et Rousseau, n° 18, p. 13.

⁵³⁵ Le transfert de propriété permet de distinguer la vente du bail, du prêt et du mandat. V. Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ & Lextenso, 2014, p. 48.

⁵³⁶ Selon Beudant, la transmission de la propriété est essentielle à la vente. V. Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français, La vente, le louage des choses*, tome XI, 2^e éd., publiée par Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paris et Rousseau, n° 18, p. 13.

⁵³⁷ Hélène BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, LGDJ 2005, n° 316, p. 300.

⁵³⁸ Jérôme HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, sous dir. Jacques Ghestin, 2^e éd., LGDJ 2001, n° 11203, p. 179.

capitale du droit français qui a exercé une influence certaine sur ses voisins européens⁵³⁹, ainsi que sur le monde entier⁵⁴⁰. Cependant, cette thèse française n'a pas pu être adoptée par le droit chinois.

187. Le refus d'adoption de la notion large de contrat en droit chinois. En droit chinois, le contrat est défini consécutivement par l'article 85 des Principes généraux du droit civil et par l'article 2 de la Loi chinoise relative aux contrats. Selon le premier texte, le contrat « est un accord selon lequel les parties créent, modifient ou éteignent leur relation civile ». Il a fallu attendre la précision fournie par le second texte pour appréhender les sens exacts de l'expression « relation civile ». Aux termes du premier alinéa de l'article 2 de la Loi chinoise relative aux contrats : « le contrat est un accord conclu entre les parties juridiquement égales (y compris : les individus, les personnes morales ou les associations), par lequel elles créent, modifient, ou éteignent leur rapport de droits et d'obligations ». De la lecture littérale de ces textes, il est possible de déduire qu'en droit chinois, la notion de contrat doit se comprendre de manière plus large encore. Il est alors possible de constater non seulement que par le contrat, une nouvelle norme de conduite est engendrée entre les parties contractantes, mais également que le contrat permet d'organiser leurs « rapports juridiques »⁵⁴¹ issus du contrat. De ce fait, pour certains auteurs, les effets du contrat en droit chinois ne se limitent pas à faire naître des obligations : ils peuvent également s'étendre à la transmission, à la modification ou à l'extinction des droits, qu'il s'agisse de droits personnels ou réels⁵⁴². En dépit d'une telle interprétation possible de la notion de contrat, la doctrine chinoise a reconnu à l'unanimité que le contrat, y compris la vente, ne peut réaliser à lui seul le transfert de propriété⁵⁴³. En d'autres termes, les contrats servent seulement à engendrer

⁵³⁹ Par exemple, l'article 922 du Code civil italien prévoit précisément que la propriété s'acquiert « par l'effet des contrats [...] ».

⁵⁴⁰ Par exemple en Asie, le Code civil japonais s'inspire du mécanisme du transfert de propriété français. À l'article 176, le Minpô (le nouveau Code civil japonais de 1896) dispose que « [l]a constitution et la transmission des droits réels résultent valablement de la seule déclaration de volonté des parties ». V. *Code civil de l'Empire du Japon, Livres I, II et III*, promulgués le 28 avril 1896, Traduction par Ichiro MOTONO et Massa-akira TOMII, Réimprimé par le Shinsei-shuppan, Tokio, 1997, p. 45.

⁵⁴¹ En chinois, Fālù Guānxì. Cette expression est empruntée au droit allemand : *Rechtsverhältnis*.

⁵⁴² LiMing WANG, JianYuan CUI, *Nouveau traité des contrats, Théorie générale*, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine 2000, p. 2-4. (Cité par ShiYuan HAN, *Théorie générale des contrats*, 3^e éd., Édition de Droit, 2011, p. 4).

⁵⁴³ ShiYuan HAN, *Théorie générale des contrats*, 3^e éd., Édition de Droit, 2011, p. 4-5.

des obligations, les modifier et les éteindre⁵⁴⁴. L'effet translatif d'un droit réel, dont la propriété, est alors totalement étranger à tout contrat.

Une telle compréhension du contrat en droit chinois se distingue de la théorie reconnue majoritairement en droit français qui associe l'effet réel et l'effet obligatoire dans une même convention. L'existence d'un contrat étant à la fois contraignant et translatif de propriété résulte directement du mécanisme moniste du transfert de propriété. Le refus pour le droit chinois d'adopter le système français est dû aux difficultés inhérentes à cette association de l'effet réel et de l'effet obligatoire dans le contrat de vente.

§ 2. LES DIFFICULTÉS À ADOPTER L'EFFET TRANSLATIF DE LA VENTE EN DROIT CHINOIS

188. Les critiques adressées à l'effet translatif de la vente. Rappelons que la théorie de l'effet translatif de la vente a fait l'objet, même en droit français, de critiques et de controverses sévères. En vertu de certains textes du Code civil français, il est inopportun de penser que l'effet translatif est vraiment consacré par celui-ci. De plus, la théorie même de l'effet translatif du contrat « laisse transparaitre un certain nombre d'incohérences et de raisonnements biaisés »⁵⁴⁵ qui méritent une analyse minutieuse (A). Les doutes sur cette théorie s'accroissent en cas du transfert de propriété reporté (B).

A. Les difficultés soulevées en cas de transfert de propriété immédiat

189. Le silence du Code civil. Le Code civil n'a pas fourni suffisamment d'indications sur l'existence d'un effet translatif de propriété, produit directement par un contrat de vente. En revanche, de certaines dispositions du Code, des arguments peuvent être tirés contre cet effet translatif du contrat. L'absence de dispositions légales dans le Code civil rend l'effet translatif de la vente purement théorique (1). En outre, si l'on admet que la propriété se transfère par l'effet translatif du contrat de vente, tout comme l'effet obligatoire du contrat, cet effet translatif doit être considéré comme un effet légal prévu par la loi. Devant cet effet légal, la volonté des parties perd en réalité son rôle

⁵⁴⁴ V. HuiXing LIANG, « La notion de contrat dans le droit civil chinois », *Rev. Science juridique en Chine*, n° 2, 1992, p. 52 et s ; HuaiShi XIE, « Interpréter rigoureusement les Principes généraux de droit civil afin d'établir la science juridique en Chine », in *Œuvres choisies de HuaiShi XIE*, China legal publishing house 2002, p. 100.

⁵⁴⁵ Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, n° 8, p. 481.

significatif dans la réalisation du transfert de propriété. Cela contredit de ce fait le principe de transfert de propriété *solo consensu*, prôné par les auteurs dès la codification du Code civil français en 1804. Une antinomie entre ce principe et cet effet légal doit donc être révélée (2). Enfin, l'association, au sein d'une même opération, d'un effet obligatoire et d'un effet réel conduira sans doute à obscurcir la distinction entre les droits personnels et les droits réels (3).

1. L'absence de concordance avec les textes du Code civil

190. La consécration douteuse de l'effet translatif du contrat. Bien que soutenu par la doctrine majoritaire, il est douteux que les rédacteurs du Code civil de 1804 aient voulu consacrer l'effet translatif de propriété du contrat⁵⁴⁶. Du moins, ils ne l'ont pas consacré sans ambiguïté. En effet, la théorie de l'effet translatif de propriété, s'accordant mal avec certains textes du Code civil, ne fait que semer la discorde. Il n'est alors pas étonnant de constater que l'adoption d'un tel effet translatif du contrat rend parfois amphibologique, voire défectueuse une certaine terminologie employée par les rédacteurs du Code civil⁵⁴⁷. Sans avoir l'ambition de se livrer à une analyse fine et exhaustive, on se contentera d'étudier quelques exemples de discordance entre les textes du Code civil et la théorie de l'effet translatif du contrat.

191. La discordance avec l'article 711 du Code civil. Aux termes de l'article 711 du Code civil, « [l]a propriété des biens s'acquiert et se transmet [...] par l'effet des obligations ». L'expression « l'effet des obligations » ici mentionnée peut faire appel à l'obligation de livrer qui est « emportée » par celle de transférer la propriété. Cette dernière est d'ailleurs spécifiquement consacrée dans la Section II du Chapitre III du Titre III du Code civil⁵⁴⁸. En raisonnant ainsi, l'article 711 du Code civil est en parfaite cohérence avec la disposition de l'article 1138 du même Code⁵⁴⁹. Du fait de ces deux dispositions du Code civil, il est opportun d'en déduire que le transfert de propriété n'est pas un effet direct du contrat, mais bien un effet découlant de l'exécution d'obligations. Ainsi, on voit se dessiner une discordance entre la théorie de l'effet

⁵⁴⁶ Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, p. 477.

⁵⁴⁷ Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Gaston LAGARDE, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations* 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1936, n° 292, p. 209 ; Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, n° 9, p. 482.

⁵⁴⁸ V. *supra*. n° 57, n° 66.

⁵⁴⁹ V. *supra*. n° 65.

translatif et le Code civil. S'appuyant sur cette discordance, certains auteurs soutiennent alors que la *traditio* romaine (c'est-à-dire la remise de la chose) est en réalité maintenue dans le Code civil⁵⁵⁰. Suivant cette approche, au lieu de parler d'un modèle moniste, le transfert de propriété est alors réalisé en deux étapes. Tout d'abord, le vendeur et l'acheteur doivent conclure le contrat de vente qui produit leurs obligations réciproques, y compris l'obligation de transférer la propriété du vendeur. Ensuite, le vendeur doit l'exécuter, c'est-à-dire qu'il doit réaliser la *traditio*, pour opérer le transfert de propriété. Cette *traditio* est tout simplement devenue fictive et sous-entendue par les parties au moment de la conclusion du contrat. En un mot, la disposition de l'article 711 réprouve la thèse de l'effet translatif du contrat. L'admission de ladite thèse ne fait que rendre inintelligibles les articles 711 et 1138 susmentionnés. Malheureusement, il ne s'agit pas là de l'unique exemple.

192. La discordance avec la notion de délivrance dans le Code civil. À l'article 1604 du Code civil, la délivrance est définie comme « le transport de la chose vendue en la puissance et la possession de l'acheteur ». Comme on l'a mentionné précédemment, cette disposition n'est rien d'autre qu'une reprise de la définition de la tradition proposée par Domat et Pothier qui ont eux-mêmes assimilé cette délivrance à la *traditio* romaine⁵⁵¹. Plus précisément, si toutes les conditions d'une *traditio* translatrice étaient réunies, l'accomplissement de la délivrance réalise le transfert de propriété. Dans les cas contraires, en tant que simple remise de la chose, elle rend l'acheteur possesseur de la chose vendue. Les dispositions prévues aux articles 1605, 1606 et 1607 sont destinées à préciser les moyens d'effectuer cette tradition⁵⁵². Si l'on admet cependant que la propriété est transférée par l'effet réel et translatif du contrat de vente, la *traditio* romaine devrait être réputée comme complètement rayée du Code. Du fait de la suppression de cette institution romaine, les articles 1606 et 1607, qui pourtant l'invoquent, devraient être considérés comme mal-rédigés. En outre, le même raisonnement permet à certains auteurs de penser que « [l]es rédacteurs du Code civil ont donné de cette obligation (l'obligation de délivrance), dans l'article 1604, une définition inexacte »⁵⁵³. Pour eux, d'une part la délivrance ne transfère pas la propriété car « l'acheteur est en principe propriétaire immédiatement par l'effet de la loi (*i.e.*

⁵⁵⁰ V. *supra*. n° 58 et s.

⁵⁵¹ V. *supra*. n° 44-45.

⁵⁵² V. *supra*. n° 56 et s.

⁵⁵³ Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil, t. III, 2^e Volume, Principaux contrats*, 3^e éd., par Michel de JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 930, p. 177.

l'effet translatif de la vente) dès que la convention est conclue même s'il n'est pas encore entré en détention de la chose »⁵⁵⁴. D'autre part, la délivrance ne transfère pas non plus la possession car, dès le transfert de propriété réalisé par un effet translatif du contrat au moment de sa conclusion, « le vendeur, ayant perdu l'*animus domini*⁵⁵⁵, n'est plus que détenteur ; il détient la chose vendue pour le compte de l'acheteur dont il reconnaît le droit de propriété »⁵⁵⁶. En d'autres termes, la réalisation postérieure de la délivrance après le transfert de propriété ne peut en aucun cas opérer le transfert de possession.

193. Des discordances corrigibles. La liste des désordres cachés dans le Code civil faisant obstacle à l'effet translatif du contrat peut être longue, car ces désordres ne sont pas seulement présents dans les parties du Code concernant le mécanisme du transfert de propriété, à savoir les articles 711 et 1138, ou dans les sections relatives aux contrats susceptibles d'être translatifs de propriété, tels que la vente et la donation. Ils peuvent également se situer dans les autres parties du Code civil. Par exemple, on peut penser à une modification de la notion *stricto sensu* du contrat, consacrée par l'article 1101 du Code civil⁵⁵⁷. Il en va de même pour l'obligation de donner, consacrée spécifiquement par le Code civil mais vivement condamnée par les partisans de la théorie de l'effet translatif du contrat⁵⁵⁸. Si on admet que la propriété se transfère par un effet légal dès la conclusion de certains contrats translatifs de propriété, aucune place n'est possible pour une telle obligation dont l'exécution est destinée au même objectif. En outre, il ne faut pas oublier les dispositions de l'article 1303 du Code civil qui s'avèrent très gênantes, en énonçant en ces termes : « [L]orsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier ». Cet article se heurte directement à la thèse du transfert de propriété par l'effet du contrat⁵⁵⁹. Si dans la vente, la propriété doit être transmise du vendeur à l'acheteur par l'effet translatif du contrat

⁵⁵⁴ Marc MIGNOT, « Vente. - Obligations du vendeur. - Obligation de délivrance : généralités. Étendue », *J.-Cl. Civil*, art. 1603 à 1623, Fasc. 10, n° 1.

⁵⁵⁵ La possession doit être constituée d'un élément matériel, le *corpus* (l'élément matériel de la possession, la maîtrise réelle ou le pouvoir de fait exercé sur la chose) et d'un élément psychologique, l'*animus domini* (l'élément intentionnel de la possession, elle se caractérise par l'état d'esprit d'une personne qui se comporte comme titulaire d'un droit sur une chose).

⁵⁵⁶ Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil, t. III, 2^e Volume, Principaux contrats*, 3^e éd., par Michel de JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 930, p. 177.

⁵⁵⁷ V. *supra*. n° 182.

⁵⁵⁸ V. *supra*. n° 153 et s.

⁵⁵⁹ Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, n° 12, p. 483-484.

dès sa conclusion, alors tout droit ou action en indemnité par rapport à la chose vendue doivent être également transférés avec le droit de propriété. Pourquoi donc rédiger un tel article ?

En effet, l'adoption définitive de l'effet translatif du contrat suppose l'effacement ou du moins un remaniement de ces articles « maladroitement rédigés » du Code civil. C'est ce que certains réformateurs font à l'occasion de divers travaux préparatoires relatifs au projet de réforme du droit des obligations⁵⁶⁰. Néanmoins, il convient de signaler que, dans le Code civil, il existe d'autres dispositions défavorables à la justification de « l'effet translatif de propriété de la rencontre des consentements »⁵⁶¹. Celles-ci ne doivent pourtant pas être touchées car elles sont destinées à assurer la sécurité juridique qui est justement menacée par cet effet translatif du contrat.

194. Les difficultés irrémédiables. Les partisans de l'effet translatif du contrat se sont heurtés à certaines apories qui semblent très difficiles à aplanir. Tout d'abord, il ne faut pas oublier les dispositions mystérieuses de l'article 2332-4⁵⁶², en vertu desquelles un vendeur impayé et qui n'a pas accordé de terme pour le paiement, peut être protégé par un privilège spécial. Celui-ci lui permet « de vendre le bien et de se faire payer sur le prix par préférence aux créanciers chirographaires et hypothécaires de l'acheteur et aux créanciers privilégiés dont la sûreté passe après celle du vendeur »⁵⁶³. Sous forme d'un privilège, le vendeur est en réalité autorisé à recourir contre son cocontractant à une action en revendication. Ici, un paralogisme doit être révélé : le bénéfice d'une telle action est considéré comme l'apanage du propriétaire de la chose vendue qui, suivant le principe du transfert de propriété *solo contractu*, est en l'occurrence l'acheteur. Il est donc légitime de se demander comment le vendeur impayé, ayant transféré son droit de propriété à l'acheteur, peut encore conserver la possibilité d'intenter une action en

⁵⁶⁰ V. Le Projet de réforme du droit des contrats de l'Académie des sciences morales et politiques. *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, dir. François TERRÉ, Dalloz, 2009 ; Le Projet gouvernemental de réforme du droit des contrats (version du mai 2009), consulté sur le site http://droit.wester.ouisse.free.fr/textes/TD_contrats/projet_contrats_mai_2009.pdf.

⁵⁶¹ Expression employée par Christian ATIAS-LETREMY. V. Christian ATIAS-LETREMY, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse dactylographiée, Poitiers, 1974.

⁵⁶² Aux termes de l'article 2332-4°, « [l]e prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu'il ait acheté à terme ou sans terme ; Si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer ces effets tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur, et en empêcher la revente, pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison et que les effets se trouvent dans le même état dans lequel cette livraison a été faite ; [...] ».

⁵⁶³ Paul BOSSERT, *Des droits du vendeur d'effets mobiliers non payés*, thèse Paris 1899, p. 97.

revendication contre l'acheteur, lui-même véritable propriétaire du bien vendu⁵⁶⁴ ? Bien que gênante pour justifier le principe du transfert de propriété *solo contractu*, la protection accordée par l'article 2332-4° s'avère d'une grande utilité et d'une réelle importance pour le vendeur impayé lors d'une vente sans terme. Par le transfert de propriété immédiat, c'est-à-dire, dès la conclusion du contrat de vente, un grand déséquilibre est créé entre le vendeur non payé qui a augmenté à ses dépens le patrimoine de l'acheteur, par suite le gage des créanciers de ce dernier⁵⁶⁵, et l'acheteur ainsi que ses créanciers protégés par ce gage. Ces derniers sont bénéficiaires d'un enrichissement injuste. Autoriser ledit vendeur à se payer par préférence sur la valeur du bien vendu répond en effet au besoin d'équité.

195. Les conditions d'opposabilité du transfert de propriété. Ensuite, il faut également penser aux articles 1141 et 2276 du Code civil. Ces deux articles ne permettent pas non plus de justifier le principe du transfert de propriété *solo contractu*⁵⁶⁶. Aux termes du premier article, dans le conflit entre acquéreurs successifs d'un bien mobilier vendu par le même vendeur, la préférence est donnée à celui qui a été mis en possession le premier, même si son titre est postérieur en date, pourvu que sa possession soit de bonne foi. Il s'agit là d'une application du premier alinéa du second article : « en fait de meubles, la possession vaut titre ». Il convient ici de rappeler qu'au XIX^e siècle, de nombreux auteurs français, tels que MERLIN, DELVINCOURT, Toullier, Zachariae et Troplong, « voyaient dans les dispositions de cet article l'énonciation du principe selon lequel, à l'égard des tiers et en matière mobilière, la tradition réelle reste le seul mode de transmission de la propriété »⁵⁶⁷. Cette approche est considérée comme erronée par le droit positif français selon lequel l'entrée en possession prévue par ces deux articles du Code civil en matière mobilière ainsi que la réalisation de l'inscription au registre foncier prévue par le décret-loi n° 55-22 du 4 janvier 1955, sont des conditions d'opposabilité du transfert de propriété à l'égard des tiers. En effet, le maintien de ces dispositions ainsi mentionnées dans le Code civil a pour finalité de répondre au besoin de sécurité dans la circulation des biens. Mais cette sécurité ne peut être assurée par le mécanisme de transfert de propriété réputé « *inter partes* », donc occulte à l'égard des

⁵⁶⁴ V. Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, n° 14, p. 484-485.

⁵⁶⁵ Paul BOSSERT, *Des droits du vendeur d'effets mobiliers non payé*, thèse Paris 1899, p. 98.

⁵⁶⁶ Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, n° 11, p. 482.

⁵⁶⁷ V. Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, n° 11, p. 482-483.

tiers⁵⁶⁸. De ce fait, le fondement des articles 1141 et 2276 tient au fait qu'un choix entre l'aspect dynamique de la propriété et son aspect statique, doit être fait en faveur du second⁵⁶⁹. Ainsi, « [l]a forme l'emporte alors sur le fond ; plus exactement la forme transforme le fond »⁵⁷⁰.

C'est ainsi que le constat, selon lequel l'absence de concordance avec certains textes énoncés par le Code civil ne constitue que la façade apparente de difficultés suscitées par la théorie de l'effet translatif du contrat, révèle la possibilité d'une antinomie entre le principe de transfert de propriété *solo consensu* et cet effet translatif du contrat.

2. L'antinomie entre le transfert de propriété *solo consensu* et l'effet translatif du contrat

196. L'autonomie de la volonté dans le contrat. En adhérant, bien que partiellement⁵⁷¹, au postulat de l'autonomie de la volonté, le Code civil a posé le principe selon lequel « les conventions également formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». De l'analyse autonomiste de cette disposition, il ressort que « la volonté est à la fois la source et la mesure des droits créés, comme des charges assumées, par ceux qui l'ont exprimée »⁵⁷². D'où la théorie de l'acte juridique qui veut que celui-ci soit considéré comme l'acte de volonté destiné à produire des conséquences juridiques⁵⁷³. Dans tout contrat en tant qu'acte juridique, les volontés des parties contractantes peuvent déterminer elles-mêmes l'objet⁵⁷⁴ et le contenu du contrat. Leurs droits et leurs

⁵⁶⁸ Les critiques étaient formulées dès le lendemain de l'entrée en vigueur du Code civil. V. Jean Baptiste Auguste HUREAUX, « De la transmission de la propriété par actes entre-vifs et des privilèges sur les immeubles, Première étude, De la transmission et de l'acquisition de la propriété par actes entre-vifs », *Revue pratique de droit français, jurisprudence, doctrine, législation*, t. XXXII, Paris : A. MARESCQ AINÉ 1871, n° 53, p. 69 et s ; Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, n° 11, p. 482-483 ; William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 29-2, p. 50-51.

⁵⁶⁹ On traitera plus précisément de cette question de la sécurité de la circulation des biens dans le premier titre de la deuxième partie de cette étude.

⁵⁷⁰ Daniel MAINGUY, « Propriété et contrat », *Rev. Droit & Patrimoine*, n° 91-mars 2001, p. 77.

⁵⁷¹ V. Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 106 et s, p. 92 et s ; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz 2013, spéc n° 28, p. 35.

⁵⁷² Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 96, p. 86-87.

⁵⁷³ V. *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard CORNU, 10^e éd., PUF 2014, p.23. V. aussi la définition de l'acte juridique de Jacques FLOUR, Éric SAVAUX. Jacques FLOUR, Éric SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., Sirey 2014, n° 211, p. 239-240.

⁵⁷⁴ V. par exemple Anne-Sophie LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, thèse Nantes, LGDJ 2005. L'auteur a défini l'objet du contrat comme « l'opération juridique concrète voulue par les parties ».

obligations résultent en effet de leur propre volonté. En outre, la volonté des parties peut également prévoir les modalités de l'obligation : un terme ou une condition peut être stipulé en affectant soit l'exigibilité, soit l'existence d'une obligation. Enfin, il ne faut pas pour autant oublier que l'exécution d'une obligation dépend aussi de la volonté du débiteur. À l'appui d'un tel point de vue, pourquoi écarter le principe de l'autonomie de la volonté dans le transfert de propriété ? Justement, en droit français, le principe du transfert de propriété *solo consensu* marque un point de repère important parmi les triomphes du volontarisme : le transfert de propriété devient *solo consensu*. Dès lors, l'entendement peut réaliser par lui-même un résultat, le transfert de propriété qui auparavant devait s'effectuer par un geste physique, une mise en possession. Ceci est d'autant plus opportun que l'on recourt aux actes juridiques. Le syllogisme est le suivant : dans tous les actes juridiques, les effets sont subordonnés à la volonté de leurs auteurs. Or, l'effet translatif est la conséquence directe de la puissance de volonté. Donc cet effet translatif est logiquement un des effets d'un contrat considéré comme étant le prototype des actes juridiques. Voici l'origine de la théorie de l'effet translatif du contrat⁵⁷⁵. Cependant, si l'on examine les choses de plus près, il est possible que l'on se trouve devant une antinomie entre cet effet translatif et le principe *solo consensu* du transfert de propriété. Encore faut-il découvrir la cause de cette antinomie.

197. L'antinomie entre l'effet translatif et l'autonomie de la volonté. Par rapport à l'effet obligatoire des contrats, cet effet translatif « laisse, à la volonté individuelle, un rôle bien moindre »⁵⁷⁶, à cause de ses trois particularités. Premièrement, il se produit de manière abstraite, sans l'intervention d'aucun acte ou fait matériel ; deuxièmement, il survient automatiquement, même en dépit des volontés contraires des parties ; troisièmement, le transfert de propriété se réalise immédiatement et instantanément. Se caractérisant ainsi, il semble bien que, contrairement à ce que le principe du transfert de propriété *solo consensu* prône, l'effet translatif du contrat est un effet légal qui ne relève même pas de la maîtrise de la volonté des parties.

198. Le transfert de propriété abstrait ne dépend pas de la volonté des parties. Carbonnier a constaté à juste titre que le transfert de propriété accompli par le seul échange des volontés est en réalité « un fait palpable »⁵⁷⁷. Plus précisément, dans la vente, par un effet translatif du contrat, l'acheteur devient propriétaire lorsque la chose

⁵⁷⁵ V. *supra*, n° 183.

⁵⁷⁶ Christian ATIAS-LETREMY, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse dactylographiée, Poitiers, 1974, n° 47, p. 67.

⁵⁷⁷ V. Jean CARBONNIER, *Droit civil, t.3, Les biens*, PUF, 19^e éd., 2000, n° 110, p. 188.

demeure encore entre les mains du vendeur, qui est tenu ensuite de la délivrer. Plus encore, il n'est pas nécessaire pour les deux parties d'accomplir une activité, un fait matériel, ou une formalité. Par rapport à l'effet obligatoire des contrats, la volonté individuelle ne s'engage pas dans la réalisation de cette transmission qui se réalise indépendamment de la volonté du débiteur. Caractérisé par pure abstraction, l'effet translatif ne dépend d'aucune volonté, ni de la part de l'aliénateur, ni de la part de l'acquéreur.

199. Le transfert de propriété de plein droit écarte la volonté individuelle. En outre, le transfert de propriété se réalise automatiquement par l'effet translatif du contrat. L'automaticité se manifeste d'une double manière. D'une part, « [l]'effet translatif ne suppose aucune norme conventionnelle, aucune conduite imposée par une volonté déterminante, à une volonté qui reste libre de choisir entre le respect, ou la violation sanctionnée, du contrat »⁵⁷⁸. Il s'ensuit que l'effet translatif se produit de plein droit dès la conclusion du contrat. D'autre part, l'effet translatif se produit malgré la volonté contraire des parties contractantes. En fait, dans le contrat de vente, la volonté des parties ne peut empêcher la production de cet effet translatif. Sinon, une telle convention ne pourrait plus être qualifiée de vente⁵⁷⁹, ou serait annulable⁵⁸⁰. De ce fait, le transfert de propriété est seulement une situation découlant des dispositions prévues par la loi. Ainsi, la volonté individuelle n'est pas en mesure de maîtriser sa survenance ni son extinction.

200. Le transfert de propriété résulte instantanément d'une technique juridique. Enfin, la propriété est transférée instantanément, sans aucun écart de temps séparant la conclusion du contrat de l'effet translatif⁵⁸¹. L'instantanéité du transfert de propriété est due au caractère exclusivement abstrait de l'effet translatif du contrat. À l'appui de ce constat, l'instantanéité de la transmission de la propriété s'inscrit dans une perspective abstraite où le rôle de la volonté individuelle doit être écarté. Le transfert de propriété

⁵⁷⁸ Christian ATIAS-LETREMY, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse dactylographiée, Poitiers, 1974, n° 47, p. 68.

⁵⁷⁹ Comme AUBRY et RAU l'estiment, « une convention passée, sous forme de vente, par des parties qui n'avaient pas l'intention réelle et sérieuse, l'une de se dépouiller de la propriété, l'autre de l'acquérir, pourrait être efficace sous d'autres rapports, mais ne constituerait point une vente ». V. Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, D'après la méthode de ZACHARIAE*, Tome V, 4^e éd., Paris, 1871, § 349, p. 332. V aussi Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Jean BRETHER DE LA GRESSAYE, *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, le louage des choses*, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n° 16, p. 12.

⁵⁸⁰ Joseph SERVOS, « La vente sous réserve de propriété en droit allemand », *R.I.D.C.*, 1956, p. 396.

⁵⁸¹ Au sens philosophique du terme, l'instant est « une position privée d'épaisseur, ou si l'on préfère, de durée ». V. *Dictionnaire de philosophie occidentale*, la signification de l'instant.

est en réalité attaché par la loi à l'échange des consentements et sa réalisation est donc de plein droit et automatique. En un mot, l'effet translatif du contrat ne favorise pas le volontarisme. Il n'est que le produit d'une technique juridique. C'est par cette technique juridique qu'un contrat et une tradition civile s'associent pour que le contrat devienne apte à produire directement cet effet translatif⁵⁸². Selon l'explication de M. Christian Atias-Letremy, il s'agit en effet d'un autre cas où « la loi appréhende le contrat d'une façon qui le rapproche des faits juridiques »⁵⁸³. Pour être plus concret, dans la vente, les consentements concordant sur la chose et le prix sont plutôt constatés comme des faits, une condition de l'effet juridique. Lorsque toutes les conditions sont réunies, le droit objectif en tire alors des conséquences, automatiquement et instantanément⁵⁸⁴.

Dès lors, à cause de ses caractéristiques ainsi précisées, la volonté des parties n'est pas maîtresse du transfert de propriété⁵⁸⁵. C'est la raison pour laquelle les auteurs entendent par « l'effet translatif du contrat », l'effet légal de la rencontre des consentements⁵⁸⁶. Toutefois, « si le transfert contractuel devait avoir pour cause directe une décision de la loi, décrétant l'acquisition de la propriété par l'acquéreur sur la seule base de l'existence d'un contrat translatif, [de l'échéance d'un terme ou de la réalisation d'une condition], un tel transfert ne constituerait plus « l'effet d'une obligation » et il n'y aurait donc plus d'acquisition dérivée »⁵⁸⁷. Une telle nature juridique de l'effet translatif ne semble pas très gênante, car « [q]uel effet du contrat ne repose pas *formellement* sur le droit objectif [...] ? Au point de vue du strict contenu, la remarque serait plus pertinente : il est des effets que le législateur ajoute, quelle que soit la volonté des parties »⁵⁸⁸.

582 V. *supra*. n° 76.

583 Christian ATIAS-LETREMY, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse dactylographiée, Poitiers, 1974, n° 49, p. 70.

584 Christian ATIAS-LETREMY, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse dactylographiée, Poitiers, 1974, n° 49, p. 69.

585 Christian ATIAS-LETREMY, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse dactylographiée, Poitiers, 1974, n° 48, p. 69.

586 Par exemple, v. Christian ATIAS-LETREMY, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse dactylographiée, Poitiers, 1974, n° 47 et s, p. 67 et s ; Muriel FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, n° 5, p. 89 ; Philippe SIMLER, « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-Cl. Civil*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10, n° 135 ; Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF 2008, n° 187, p. 300.

587 Thierry REVET, « Fraude paulienne à la créance de donner », *RTD civ.* 2006, p. 346.

588 Jean-Marc TRIGEAUD, « Réserve de propriété et transfert de propriété », *JCP.*, éd. C.I., 1982. II 13744, n° 8, p. 158.

201. L'origine de l'antinomie entre l'effet translatif et l'autonomie de la volonté.

Malgré les particularités de l'effet translatif, l'idée selon laquelle l'effet translatif est un effet légal mais non conventionnel ne semble pas suffisamment convaincante⁵⁸⁹. Pourquoi l'effet translatif ne peut-il pas être conventionnel, comme c'était le cas en droit romain et dans l'Ancien droit français ? Rappelons qu'en droit romain, une simple remise de la chose ne pouvait par elle-même réaliser le transfert de propriété. La nécessité d'une *justa causa* résidant dans la volonté réciproque des parties d'aliéner et d'acquérir venait justifier le rôle de la volonté des parties dans le transfert de propriété. De même, dans l'Ancien régime, la propriété se transférait moyennant une tradition civile qui manifestait explicitement l'intention des parties sur l'abdication et sur l'acquisition de la chose aliénée. Ce faisant, l'effet translatif de propriété résultait en toute logique du consentement des parties. Cette impression de l'antinomie entre l'effet translatif du contrat et le principe de l'autonomie de volonté peut apparaître uniquement lorsque l'on associe l'effet translatif et l'effet obligatoire dans une même opération. Une telle association provoque une confusion de deux accords de volontés : l'un pour créer une norme de conduite encadrant les droits et les obligations des contractants ; l'autre pour réaliser le transfert de propriété. Le second est donc dissimulé par le premier. En un mot, c'est à cause de cette association si artificielle que l'on a l'impression, à tort, que l'effet translatif résulte directement de la technique juridique, laquelle, caractérisée par une pure abstraction ou une fiction, a pour finalité de réaliser cette association.

Sur le plan théorique, cette association « artificielle » de deux effets distincts au sein d'un même contrat de vente bouleverse deux domaines du droit civil : le domaine du droit des obligations et celui des droits réels.

3. L'obscurcissement de la distinction entre les droits personnels et les droits réels

202. La distinction classique entre les droits personnel et réel. Sur une réminiscence venue de la distinction romaine entre les actions réelles et personnelles⁵⁹⁰, on distingue traditionnellement le droit réel du droit personnel dans les pays de droit continental⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ V. William DROSS, *Droit civil, Des choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 29-4, p. 53.

⁵⁹⁰ En droit romain, l'opposition entre l'action réelle et personnelle s'avère importante. Par exemple, l'*intentio* de l'action *in rem* ne mentionne pas le nom du défendeur, dont la capacité ou la qualité importent peu. Au contraire, dans l'*intentio* de l'action *in personam*, le nom du défendeur doit être soigneusement indiqué. V. Louis RIGAUD, *Le droit réel, Histoire et théories, Son origine institutionnelle*, Toulouse, Nauze, 1912, p. 65.

⁵⁹¹ Cependant, DEMOGUE pense que les Romains se contentèrent de distinguer deux actions et ce fut une erreur des juristes modernes de tirer de là la théorie des droits réel et personnel. V.

.../...

Cette tradition a également été conservée en droit français⁵⁹². De manière très concise⁵⁹³, une double différence peut venir justifier la distinction faite entre ces deux catégories de droits subjectifs. La première tient à leur notion. Selon la doctrine classique, le droit réel est conçu comme un rapport direct et immédiat de son titulaire en relation avec une chose sans l'intervention d'une autre personne. En revanche, le droit personnel existe contre une personne déterminée et l'oblige à accomplir une prestation qui peut consister à donner, à faire, ou à ne pas faire, tandis que dans l'ordre ordinaire des choses, personne ne doit à personne⁵⁹⁴. En outre, quant à leur nature juridique, la différence tient au fait que le droit réel, doté d'un caractère absolu, est opposable à tous, tandis que le droit personnel, relevant d'un lien entre deux personnes déterminées (le créancier et le débiteur), est alors relatif. Une telle approche peut influencer sur le mécanisme du transfert de propriété.

203. La distinction confortée par le mécanisme dualiste du transfert de propriété.

Partant de l'opposition des droits réel et personnel, il semblerait difficile d'imaginer comment la propriété, un droit réel opposable à tous, peut se transférer par un acte juridique qui par principe, limite ses effets aux seules parties liées par celui-ci. En fait, le contrat par lequel les parties se trouvent liées, est de nature à créer des obligations entre ces dernières. De cette manière, un constat pourrait être relevé : dans les manuels de droit français, « un rapprochement entre propriété et contrat est, en doctrine, assez rare »⁵⁹⁵. En conséquence, le modèle dualiste de transfert de propriété a fait de nombreux adeptes ; selon eux, le contrat est alors inapte à réaliser par lui-même le transfert de propriété. Or, si l'on a admis que le transfert de propriété s'opère par l'effet

René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Édition La Mémoire du droit, 2001, p. 405 et s ; spéc. p. 407. *Contra.*, par exemple : Louis RIGAUD, *Le droit réel, Histoire et théories, Son origine institutionnelle*, Toulouse, Nauze, 1912.

⁵⁹² Les partisans de la distinction du droit réel et du droit personnel sont nombreux. V. par exemple : Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Tome IX, Traité de la distinction des biens; De la propriété; De l'usufruit de l'usage et de l'habitation*, 3^e éd., Auguste Durand et L. Hachette et C^{ie}, 1866, n^o 473, p. 353 et 354 ; Henri CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 2^e éd., Paris, A. PEDONE, 1904, p. 77-78 ; Louis RIGAUD, *Le droit réel, Histoire et théories, Son origine institutionnelle*, Toulouse, Nauze, 1912.

⁵⁹³ En ce qui concerne les différences entre le droit réel et le droit personnel, Louis RIGAUD les a précisément énumérées sur dix différents points. Selon cet auteur, « [l]es différences principales qui séparent ces deux figures juridiques de nature distincte peuvent se grouper par leur comparaison aux points de vue suivants : de leurs éléments constitutifs ; de leur avantages ; de leur sanction ; de leur extinction ; de leur acquisition et de leurs sources ; de la possession ; de leur transmissibilité ; de l'indivision ; de leurs caractères généraux ; et au point de vue de leur fonction sociale ». Louis RIGAUD, *Le droit réel, Histoire et théories, Son origine institutionnelle*, Toulouse, Nauze, 1912, *spéc.*, p. 117-130.

⁵⁹⁴ Cette définition est extraite de la thèse de Louis RIGAUD. Louis RIGAUD, *Le droit réel, Histoire et théories, Son origine institutionnelle*, Toulouse, Nauze, 1912, p. 116.

⁵⁹⁵ Daniel MAINGUY, « Propriété et contrat », *Rev. Droit & Patrimoine*, n^o 91-mars 2001, p. 73.

du contrat, un rapprochement non seulement entre le contrat et la propriété, mais aussi entre le droit personnel et le droit réel, doit être établi en droit français. Voilà une raison de plus pour remettre en cause la distinction classique du droit réel et du droit personnel. Encore faut-il faire la lumière sur la cohérence de ce rapprochement.

204. La théorie relative au principe d'opposabilité du contrat. Comment concilier l'effet relatif d'un acte juridique et le caractère absolu de la propriété ? La doctrine française tente de les concilier par un modèle moniste du transfert de propriété. Le raisonnement est le suivant : le contrat, tout en produisant les engagements entre les parties, crée également une situation juridique dont les tiers ne peuvent méconnaître l'existence, même s'ils ne sont pas personnellement liés par elle. Il s'agit du principe d'opposabilité du contrat à l'égard des tiers. Selon ce principe, bien que les tiers n'aient pas à exécuter la ou les prestations promises dans le contrat, ils sont quand même tenus de s'abstenir de tout comportement compromettant l'exécution de ces obligations⁵⁹⁶. En ce qui concerne le contrat de vente, les tiers sont alors soumis à l'obligation de respecter la situation née du contrat, telle que le transfert de propriété. Cette opposabilité aux tiers de la situation née du contrat est en effet en parfaite concordance avec une autre doctrine, selon laquelle les droits personnels produits par le contrat n'en sont pas moins opposables à tous.

205. La doctrine relative à l'opposabilité des droits personnels. L'opposition classique des droits réel et personnel a fait l'objet de vives critiques doctrinales en droit français depuis le XIX^e siècle. Les attaques ont visé directement les deux principales différences invoquées par les partisans de cette distinction et que nous venons d'analyser : leur nature ainsi que leur notion. Du côté du droit personnel, selon certains auteurs, bien qu'il soit relatif, il est aussi opposable à tous. C'est ce qu'a expliqué Demogue. Pour cet auteur, « si le droit personnel est relatif de sa nature, en ce que le débiteur seul peut être tenu d'exécuter l'obligation, il est absolu en ce sens que les actes qui créent ou qui constatent le droit d'obligation existent à l'égard des tiers. Si le créancier n'est créancier que du débiteur, le fait qu'il est créancier existe *erga omnes* ; de même le débiteur, bien que ne devant qu'à son créancier, doit être tenu par quiconque comme étant débiteur »⁵⁹⁷. De ce point de vue, étant tous les deux opposables *erga omnes*, il n'y a en

⁵⁹⁶ Une telle opposabilité du contrat se déduit du principe même de la force obligatoire du contrat. V. Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, *Les effets du contrat*, n° 724, p. 766, 3^e éd., LGDJ 2001. Cette proposition est admise par beaucoup d'auteurs français.

⁵⁹⁷ René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Édition La Mémoire du droit, 2001, p. 405 et s ; spéc. p. 420-421.

effet aucune différence de nature entre le droit réel et le droit personnel⁵⁹⁸. Certains auteurs sont même allés plus loin, jusqu'à assimiler le premier au deuxième.

206. L'assimilation du droit réel au droit personnel. Contrairement au droit personnel, le droit réel a vu sa notion remise en cause. Selon certains auteurs, un rapport purement juridique entre une chose et une personne ne peut exister car un droit n'existe qu'entre des personnes⁵⁹⁹. C'est pour cette raison que le droit réel doit être compris comme un rapport juridique entre le titulaire et tous les autres. En raison d'un tel rapport juridique, le titulaire du droit réel est à même d'exiger d'autrui un devoir de s'abstenir d'effectuer un acte de nature à troubler l'exercice de son droit. De ce fait, Demogue a établi une certaine parenté entre les droits réels et les droits personnels, en concluant finalement que « les uns comme les autres s'analysent en des obligations »⁶⁰⁰. Dans le même sens, les partisans de la théorie dite « personnaliste » ont préconisé que les droits réels soient considérés comme une variété de droit personnel⁶⁰¹. Plus précisément, ils ne seraient qu'une obligation passive universelle⁶⁰². Cette assimilation du droit réel au droit personnel a été vivement critiquée⁶⁰³, à tel point qu'elle semble être bien abandonnée par la doctrine d'aujourd'hui.

Ainsi, nonobstant l'abandon de la doctrine personnaliste, il semble tout à fait opportun de constater que le modèle moniste du transfert de propriété, selon lequel la propriété peut se transférer par l'effet réel d'un contrat translatif, permet de rapprocher

⁵⁹⁸ C'est en ce sens que M. DROSS a expliqué : « l'opposabilité s'impose alors comme un concept général qui s'étend à l'ensemble des droits subjectifs, quelle que soit leur nature et participe ainsi de la notion même du droit subjectif ». V. William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 138 et s, p. 266 et s.

⁵⁹⁹ V. Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 6^e éd., LGDJ 1911, n° 2159, p. 658. V aussi René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Édition La Mémoire du droit, 2001, p. 405 et s ;

⁶⁰⁰ René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Édition La Mémoire du droit, 2001, p. 424.

⁶⁰¹ En droit français, en contre-pied des analyses personnalistes, SALEILLES a essayé de ramener le droit personnel au droit réel. Selon une telle doctrine, puisque les droits personnels se réalisent sur le seul patrimoine du débiteur, ils sont des droits sur la valeur de la prestation due par une personne à une autre. V. Raymond SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand, rééd.* de 1914, La Mémoire du Droit, 2001.

⁶⁰² V. par exemple, Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 6^e éd., LGDJ 1911, n° 2160-2163, p. 658-660 ; Ernest RIGAUD, *La règle de droit*, Lausanne, Rouge, 1899, p. 256 et s ; Henri MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, thèse Paris, 1900.

⁶⁰³ Parmi ses adversaires, SAVIGNY, qui se refuse à appeler obligation la nécessité imposée aux tiers de ne pas violer le droit d'autrui, la traite d'erronée et blâmable. Cet auteur a exercé une influence considérable sur les rédacteurs du Code civil allemand. V. Friedrich Carl von SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Réédition de l'ouvrage imprimé en 1873, Tome I, LGDJ 2012, p. 23.

le droit de propriété du contrat. La notion d'opposabilité du contrat obscurcit, du moins en partie, la distinction classique du droit réel et du droit personnel.

En plus des difficultés soulevées en cas du transfert de propriété immédiat, les difficultés et les divergences doctrinales s'étendent au transfert différé de propriété.

B. Les difficultés soulevées en cas de transfert de propriété différé

207. L'effet translatif de la vente et le transfert de propriété différé. Comme l'on vient de le démontrer, le principe *solo consensu* du transfert de propriété, principe consacré par le Code civil, résulte d'une assertion selon laquelle le transfert de propriété est un effet légal produit automatiquement dès l'échange des consentements. C'est ainsi que les effets obligatoire et translatif de propriété sont associés dans un même acte juridique. Par conséquent, le contrat de vente devient un acte juridique à la fois obligatoire et translatif de propriété. Cependant, il faut aussi signaler que les dispositions prévues par l'article 1138 et 1583 du Code civil ne sont que d'ordre supplétif. Il est alors possible pour les parties à la vente de retarder le transfert de propriété⁶⁰⁴ en prenant en considération des obstacles matériels notamment pour la vente de choses de genre ou futures (1) ou encore la volonté des contractants (2).

Dans la vente, lorsque le transfert de propriété est différé, l'effet translatif et l'effet créateur d'obligations du même contrat peuvent se disjoindre par le facteur temps. Par la suite, différents problèmes peuvent être soulevés. Ils portent tantôt sur la façon de reporter le transfert de propriété, tantôt sur les modalités de ce retard. Dissocier l'effet personnel de la vente de son effet translatif peut même aller jusqu'à dénaturer le contrat de vente en modifiant sensiblement ses caractères essentiels⁶⁰⁵. De cette manière, la valeur de la théorie de l'effet translatif du contrat diminue.

1. Les difficultés soulevées dans la vente de choses de genre ou futures

208. La subordination du transfert de propriété à l'accomplissement d'un fait matériel. En droit français, aucune règle issue du droit des obligations n'interdit au vendeur de vendre des choses futures⁶⁰⁶ ou fongibles⁶⁰⁷. Néanmoins, il est acquis que le

⁶⁰⁴ V. *infra*. n° 277 et s.

⁶⁰⁵ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, 1985, n° 9, p. 737.

⁶⁰⁶ Aux termes du premier alinéa de l'article 1130 du Code civil, « [l]es choses futures peuvent être l'objet d'une obligation ».

⁶⁰⁷ V. les dispositions du le premier aliéna de l'article 1129 du Code civil : « [i]l faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce ».

droit de propriété doit être fixé sur une chose existante et déterminée. En raison de cette exigence du droit des biens, dans la vente de choses de genre ou futures⁶⁰⁸, bien que la vente soit valablement conclue, le transfert de propriété ne peut s'opérer instantanément dès l'échange des consentements. Il doit être subordonné à l'exécution de l'obligation du vendeur, consistant soit à individualiser la chose vendue, soit à la fabriquer. Dans ces cas de figure, il est indéniable que le transfert de propriété découle de l'accomplissement d'un fait matériel du vendeur et dépend donc de la volonté de celui-ci. Par conséquent, il semble que la transmission de la propriété n'est plus abstraite, automatique, ni immédiate. D'emblée, une question s'impose : l'effet translatif du contrat doit-il être écarté pour que l'obligation de transférer la propriété prenne le relais ? Les partisans de la théorie de l'effet translatif répondent à cette question par la négative. Pour expliquer comment l'effet translatif du contrat se produit dans la vente de choses de genre, Mme Fabre-Magnan considère que « le transfert de propriété dépend de l'accomplissement, par le vendeur, de l'une de ses obligations - individualiser la marchandise - mais ce transfert n'en devient pas pour autant l'objet d'une obligation du vendeur puisqu'il s'accomplit de plein droit par cette individualisation »⁶⁰⁹. Il en va de même pour la vente de choses futures, l'effet translatif se produira automatiquement dès l'avènement des choses. On peut déduire de ce point de vue que l'effet translatif du contrat de vente est toujours un effet légal. Au lieu d'être lié à l'échange des consentements, cet effet est attaché à l'exécution d'une obligation de faire incombant au vendeur : celle d'individualiser ou de fabriquer.

Il est vrai que cette approche permet de comprendre la manière dont l'effet translatif est déclenché, mais en même temps, elle ne manque pas de susciter quelques interrogations, notamment sur le fondement légal de cet effet translatif et sur les conséquences de l'inexécution de l'obligation d'individualiser ou de fabriquer dudit vendeur.

⁶⁰⁸ Il faut distinguer la vente de choses futures du contrat d'entreprise. Cependant, la distinction est souvent difficile. Généralement, pour opérer le choix entre ces deux qualifications, la jurisprudence se fonde sur la valeur respective des matériaux fournis et du travail à accomplir. V. Cass. 1^{re} civ. 27 avr. 1976, *Bull. civ.* 1976, I, n° 143. - CA Metz, aud. sol., 29 oct. 1980, sur renvoi de Cass. com., 20 nov. 1979, *JCP G* 1981, II, 19615, 2^e esp., note Jacques GHESTIN. Un autre critère est aussi possible. La jurisprudence oppose le travail spécifique réalisé pour les besoins particuliers d'un client et la fabrication de produits standardisés adaptés aux besoins de tous. V. Cass. 3^{ème} civ. 5 février 1985, *D.* 1986, p. 499, note Jérôme HUET ; *RTD civ.* 1985, p. 737, obs. Philippe RÉMY.

⁶⁰⁹ Muriel FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* janv.-Mars 1996, spéc. n° 8, p. 51. Dans le même sens, v aussi William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 29-3, p. 51-53.

209. L'incertitude tenant au fondement légal de l'effet translatif dans la vente de choses de genre et de choses futures. Comme l'on l'a démontré précédemment, dans la vente d'un corps certain, l'effet translatif se produit de plein droit dès l'échange des consentements des parties. Si cet effet est considéré comme un effet légal, c'est parce qu'il est basé sur les dispositions de l'article 1583 du Code civil qui, en réalité, ont pour finalité de faire appliquer l'article 1138 du même Code dans la vente. Ces deux articles constituent alors les fondements juridiques de l'effet translatif de propriété lors de la vente d'un corps certain. Pourtant, une fois que l'on admet que dans la vente de choses fongibles ou futures, le même effet translatif est lié soit à l'individualisation, soit à l'avènement de la chose vendue, on est à même de se demander quel est le fondement légal dont un tel effet peut résulter ? Et comme on peut le constater, Mme Fabre-Magnan « ne précise pas expressément quelle règle juridique permet le transfert de plein droit de la propriété par cette individualisation »⁶¹⁰. Or, à ce sujet, il est toujours possible d'invoquer, comme le fait la jurisprudence⁶¹¹, les dispositions de l'article 1585 du Code civil prévoyant que le mesurage opère le transfert des risques⁶¹² dans la mesure où s'applique l'adage : *res perit domino* (la charge des risques est liée à la propriété). Par conséquent, c'est en se fondant sur cet article que, dans la vente de choses de genre, l'effet translatif est déclenché automatiquement dès l'individualisation de la chose.

Il en va tout autrement en revanche pour la vente de choses futures. On a du mal à déterminer le fondement légal de l'effet translatif de propriété qui peut être déclenché de plein droit dès la fabrication de la chose. Malheureusement, l'absence de fondement juridique ne constitue pas la seule incertitude, surtout lorsque l'on se demande quelles sont les conséquences en cas de transgression par le vendeur des engagements auxquels le transfert de propriété est subordonné.

⁶¹⁰ Anne-sylvie COURDIER-CUISINIER, « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner, Essai sur les causes d'une controverse doctrinale », *RTD. civ.* juill/sept. 2005, n° 28, p. 530. Dans le même sens, Professeur Claude WITZ a constaté que « les rédacteurs du Code civil ont laissé dans l'ombre la manière précise dont s'opère le transfert de propriété des choses mobilières de genre ». V. Claude WITZ, « Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière du droit allemand », in *Festschrift für Günther Jahr, zum siebzigsten Geburtstag*, Vestigia Iuris, Herausgegeben von Michael MARTINEK, Jürgen SCHMIDT, Elmar WADLE, J. C. B. Mohr Tübingen, 1993, spéc. p. 538-539.

⁶¹¹ Cass. civ., 24 mars 1860 : *DP* 1860, 1, p. 199 ; *S.* 1861, 1, p. 778 ; Cass. civ., 30 juin 1925 : *DP* 1927, 1, p. 29 ; Cass. com., 31 octobre 1955, *Bull. civ.* III, n° 302.

⁶¹² Aux termes de cet article, « [l]orsque des marchandises ne sont pas vendues 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 ».

210. Les incertitudes associées à l'inexécution de l'obligation du vendeur à laquelle l'effet translatif est subordonné. Dans la vente d'un corps certain, puisque le transfert de propriété est réalisé immédiatement et automatiquement dès la conclusion du contrat, il va de soi que l'effet translatif de propriété est considéré comme l'effet légal du contrat de vente. Lorsque le transfert de propriété se conjugue avec une obligation du vendeur, dans les ventes de choses de genre ou futures, l'inexécution de cette obligation ne peut être totalement exclue. Corollairement, l'effet translatif du contrat risque d'être tenu en échec par cette inexécution. Ceci d'autant plus que les obligations d'individualiser la chose ou de la fabriquer constituent une obligation de faire. Cette dernière qui, eu égard aux dispositions de l'article 1142⁶¹³ du Code civil, ne se prête pas à l'exécution forcée en nature, se résout en principe uniquement en dommages-intérêts.

C'est pour ces raisons que certains auteurs pensent qu'il est préférable de recourir directement à l'obligation de donner consacrée par plusieurs dispositions du Code civil⁶¹⁴, dont l'inexécution est susceptible d'exécution forcée en nature. C'est même le point de vue de certains détracteurs de cette obligation. Pour eux, dans la vente de choses fongibles ou futures, l'effet légal du contrat est écarté.

211. Le recours à l'obligation de donner écartant l'effet translatif du contrat. Dans la vente de choses de genre ou futures, le transfert de propriété doit dépendre de l'accomplissement d'un fait matériel du vendeur. En raison de ce fait matériel, certains auteurs pensent qu'il n'existe plus de difficultés pour envisager l'existence d'une obligation de transférer la propriété⁶¹⁵, surtout lorsque l'individualisation et la fabrication ne sont que les procédés nécessaires à son exécution⁶¹⁶. On revient dès lors sur les dispositions de l'article 711 du Code civil en vertu duquel « la propriété s'acquiert et se transmet [...] par l'effet des obligations ». Lorsque l'on se pose la question de savoir comment le transfert de propriété peut être retardé, ces auteurs recourent alors aux modalités de l'obligation prévues par le Code civil. Cela suppose que l'individualisation et la fabrication peuvent être érigées en modalités de l'obligation de transférer la propriété, par exemple, tel un terme⁶¹⁷. En tant que l'une des modalités de l'obligation, le terme est un événement futur et certain dont dépend l'exigibilité ou

⁶¹³ Selon cet article, « [t]oute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

⁶¹⁴ V. *supra*. n° 144 et s.

⁶¹⁵ V. *supra*. n° 153 et s.

⁶¹⁶ V. *supra*. n° 158 et s.

⁶¹⁷ Par exemple, c'est le point de vue de Professeur Bloch. V. Pascale BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988, n° 48, p. 693.

l'extinction d'une obligation⁶¹⁸. Il s'agit précisément d'un terme suspensif du fait duquel l'obligation de donner n'est exigible qu'au jour de l'individualisation des choses de genre ou au jour de leur avènement. En raisonnant ainsi, quand celles-ci sont accomplies le jour prévu, l'obligation de transférer la propriété est exécutée. Par la suite, la propriété sera transférée, mais cette fois-ci par l'effet de l'exécution de cette obligation de donner.

Néanmoins, l'idée qu'une obligation d'individualiser ou de fabriquer la chose vendue (mais non la date d'exécution de cette obligation) constitue un terme n'est pas incontestable, étant donné qu'un risque d'inexécution d'une telle obligation ne peut être tout à fait exclu⁶¹⁹. Or, la jurisprudence traditionnelle y paraissait favorable⁶²⁰. Le droit positif n'exigeait alors aucune certitude objective à condition toutefois que les parties se soient engagées sérieusement à exécuter leurs obligations⁶²¹. Cependant, la jurisprudence la plus récente s'est engagée « dans la voie d'un retour à l'orthodoxie »⁶²² en statuant qu'un événement qui est incertain non seulement dans sa date, mais aussi quant à sa réalisation, ne pouvait être qualifié de terme⁶²³. Toutefois, il reste toujours douteux que l'exécution d'une obligation née du contrat de vente puisse être érigée en condition car cette dernière est définie comme un événement extérieur à la volonté des parties.

⁶¹⁸ V. François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 1199, p. 1247.

⁶¹⁹ Certains auteurs contestent l'idée qu'une exécution puisse constituer un terme. V. Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD, Philippe JESTAZ, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 2^e éd., Sirey, 1987, n° 549, p. 349 ; Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, 1985, spéc., n° 23, p. 746. *Contra.*, Marine NOSSEREAU, « Le terme, modalité de l'obligation », *Rev. Droit & Patrimoine*, n° 78-janvier 2000, spéc., p. 53 ; Céline BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, thèse Paris II, 2001, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 2003, n° 271, p. 239.

⁶²⁰ La jurisprudence avait accepté ainsi de qualifier de terme la clause obligeant au remboursement d'un prêt lors de la vente d'un fonds. V. Cass. 1^{re} civ., 21 juill. 1965, *Bull. civ. I*, n° 496. Ici la jurisprudence prenait donc en compte la volonté des parties pour infléchir la qualification.

⁶²¹ Céline BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, thèse Paris II, 2001, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 2003, n° 271, p. 239. V. aussi Pascale BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988, n° 49, p. 693 ; Marine NOSSEREAU, « Le terme, modalité de l'obligation », *Rev. Droit & Patrimoine*, n° 78-janvier 2000, spéc., p. 53.

⁶²² Voir Mathias LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, thèse Paris II, 2007, LGDJ 2009, n° 403, p. 301.

⁶²³ V. Cass. 1^{re} civ. 13 avr. 1999, *Bull. civ. I*, n° 131 ; *D.* 1999, *IR.*, p. 130 ; *JCP* 2000. II. 10309, note Anne-Sophie BARTHEZ ; Defrénois, 1999, art. 37041, p. 1001, obs. Denis MAZEAUD. Dans le même sens, Cass. 1^{re} civ. 13 juill. 2004, *Bull. civ. I*, n° 204 ; *D.* 2005, p. 1009, note Anouk BORIES, *JCP G* 2004, II, 10155, concl. Jerry SAINTE-ROSE, *RTD civ.* 2004, p. 734, obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES ; Cass. com., 20 mars 2007, *Bull. civ. IV*, n° 93, *D.* 2007, Act. p. 1013, obs. Xavier DELPECH.

Comme nous venons de l'expliquer, le recours à l'obligation de donner peut permettre, d'une certaine manière, d'éclairer le fondement et la manière dont le transfert de propriété se réalise dans la vente de choses de genre ou future. Cependant, cette solution ne permet pas d'éviter toutes les difficultés devant la transgression du vendeur qui peut empêcher la réalisation du transfert de propriété.

212. Des difficultés en cas d'inexécution de l'obligation de donner. Théoriquement, si le transfert de propriété fait défaut à cause de la transgression de l'obligation de donner incombant au vendeur, une exécution forcée en nature est possible. L'exécution forcée de l'obligation de donner entraîne par conséquent la réalisation forcée du transfert de propriété. Cependant, en pratique, ce principe est souvent entravé par la portée de l'adage *nemo cogi potest praecise ad factum* : personne ne peut être contraint à faire une chose. Dans la vente de choses de genre ou futures, l'exécution de l'obligation de transférer la propriété se trouve subordonnée à l'exécution préalable de l'obligation de faire qu'implique l'individualisation ou la fabrication. En droit français, en appliquant l'article 1142 du Code civil fondé sur l'adage précédemment mentionné, l'obligation de faire n'est pas susceptible d'exécution forcée en nature. De plus, la doctrine majoritaire insiste : « malgré leur coïncidence de fait, les obligations de donner et de faire ne se confondent pas en droit »⁶²⁴. L'impossibilité d'exécution forcée de l'obligation de faire rejait donc sur l'exécution de l'obligation de donner et conduit finalement à l'échec de la réalisation forcée du transfert de propriété. Par conséquent, le droit de l'acquéreur d'exiger le transfert de propriété risque d'être bafoué. C'est justement dans l'objectif de renforcer le droit de créance de l'acquéreur, qu'en droit français « il est désormais établi que l'article 1142 du Code civil ne traduit que l'interdiction d'exercer une coercition physique à l'encontre du débiteur pour obtenir l'exécution directe d'une obligation de faire. Il n'est pas un obstacle irrémédiable à l'utilisation éventuelle d'autres moyens de contrainte pour le respect des obligations contractuelles »⁶²⁵. À titre d'exemple, sont autorisés certains procédés indirects d'exécution forcée d'une obligation de faire permettant au créancier d'obtenir la prestation qu'il attendait, soit du débiteur lui-même, soit d'une tierce personne, soit du juge dans certaines situations particulières⁶²⁶.

⁶²⁴ Pascale BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988, n° 74, p. 702 ; Philippe SIMLER, « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-Cl. Civil*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10, *spéc.*, n° 17 et 20.

⁶²⁵ Pascale BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988, n° 75, p. 702 ; Philippe SIMLER, « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-Cl. Civil*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10, *spéc.*, 101.

⁶²⁶ Il s'agit de l'injonction de faire, de l'astreinte, de la constatation judiciaire de la vente immobilière pour les besoins de la publicité foncière, ou encore de la faculté de remplacement prévue à l'article 1144 du

.../...

213. Ainsi, en raison des obstacles matériels au transfert de propriété dès la conclusion du contrat de vente, l'admission de l'effet translatif de propriété en tant qu'effet légal du contrat subit des affronts. D'où le fait qu'une réintroduction de l'obligation de transfert de propriété devienne envisageable. Toutefois, cet effet translatif rencontre davantage de difficultés lorsque le retard dans la transmission de la propriété résulte de la volonté des parties à la vente.

2. Les difficultés soulevées en cas de transfert de propriété différé volontairement par les parties à la vente

214. L'effet translatif de la vente et la volonté des parties. Le principe posé par le Code civil selon lequel le transfert de propriété est réalisé dès l'échange des consentements, n'est pas d'ordre public. Il est donc loisible aux parties à la vente de subordonner le transfert de propriété à la survenance de certains événements. Tels sont les cas dans lesquels le transfert de propriété est reporté à l'arrivée d'une date fixe, au paiement intégral du prix, si une clause de réserve de propriété est stipulée dans la vente, au jour de la livraison en matière mobilière, ou au jour de la réitération de la vente par acte authentique en matière immobilière⁶²⁷. Dans ces hypothèses, le contrat de vente est valablement conclu selon l'article 1108 du Code civil⁶²⁸. La conclusion de la vente donne donc bien naissance à un effet obligatoire, mais la production de son effet translatif est alors reportée. De cette manière, l'ajournement du transfert de propriété n'empêche ni la conclusion du contrat, ni la création d'un lien obligationnel. Une fois que les obstacles au transfert de propriété sont levés, la propriété est transmise de plein droit. C'est dans ces circonstances que l'aménagement d'une période d'attente soulève de nombreuses interrogations. D'abord, on se demande s'il est possible d'assortir l'effet translatif du contrat d'une des modalités de l'obligation, comme le terme ou la condition, consacrés par le Code civil. Ensuite, si la réponse à cette question est positive, s'en suit une autre interrogation, à savoir si la volonté des parties peut subordonner l'effet translatif du contrat de vente à un événement dont l'arrivée reste incertaine. C'est en répondant à cette dernière question que l'on se trouve devant une situation délicate relative à la clause de réserve de propriété. On verra que tous ces

Code civil. Aux termes de cet article, « [l]e créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution ».

⁶²⁷ V. *infra*. n° 263, 267.

⁶²⁸ Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, et une cause licite dans l'obligation.

questionnements auxquels la théorie de l'effet translatif doit faire face, mettent en lumière le fait que le mécanisme du transfert de propriété par l'effet translatif du contrat n'est pas si simple que l'on croit.

215. L'absence dans le Code civil de la modalité de l'effet translatif du contrat. En droit français, la condition et le terme sont définis respectivement par les articles 1168 et 1185 du Code civil comme des modalités de l'obligation. Aux termes du premier article, « [l']obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas ». En ce qui concerne le terme, en vertu du deuxième article, « [l]e terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution ». En effet, il résulte de ces dispositions du Code civil que c'est toujours l'obligation « qui fait l'objet d'un aménagement particulier quant à son exigibilité, sa durée ou même son existence »⁶²⁹, et non un des effets du contrat. De cette manière, la notion même de modalité de l'obligation empêche d'assortir l'effet translatif de propriété, considéré alors comme un effet légal du contrat de vente, d'un terme suspensif ou d'une condition suspensive. C'est ainsi qu'il a été affirmé par plusieurs auteurs que ni le terme suspensif, ni la condition suspensive ne sont aptes à affecter un objet autre qu'une obligation : ériger soit en terme soit en condition les événements auxquels le transfert de propriété est subordonné suppose de reconnaître l'existence d'une obligation de transférer la propriété⁶³⁰. Le Code civil n'a malheureusement pas prévu de « modalité du transfert de propriété »⁶³¹ qui permettrait de suspendre uniquement l'effet translatif de propriété tout en gardant intact la validité du contrat et son effet obligatoire⁶³². De fait, il faudrait donc

⁶²⁹ Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8^e éd., Sirey 2013, n° 268, p. 265 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd, n° 1198, p. 1245 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., LGDJ & Lextenso 2013, n° 1299, p. 681.

⁶³⁰ V. Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF 2008, n° 137, p. 168. Voir aussi la même position dans les analyses relatives à la clause de réserve de propriété : Charles GOYET, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, thèse Strasbourg 3, 1981, LGDJ 1983, n° 376 ; Pierre CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse Paris II, 1992, LGDJ 1995, n° 139, p. 115.

⁶³¹ Cass. 3^e civ., 11 juin 1982, *D.* 1981, *IR*, p. 12, *Gaz. Pal.* 1980, 2, *pan.*, p. 579, obs. Alain PIEDELIÈVRE. Dans cet arrêt, la troisième chambre de la Cour de cassation a qualifié de « modalité du transfert de propriété » une clause de réitération d'un compromis de vente par acte authentique.

⁶³² À noter que si l'on ne trouve pas dans le Code civil une telle modalité du transfert de propriété, c'est peut-être justement parce que les rédacteurs du Code civil n'ont jamais voulu consacrer une association de ces deux effets dans un même acte juridique.

« torturer le mécanisme des modalités »⁶³³ consacré par le Code civil pour créer une « modalité du transfert de propriété » qui a pour objet de dissocier l'effet obligatoire de l'effet réel de la vente⁶³⁴.

216. Les nouvelles propositions des notions de terme et de condition. Afin d'introduire cette modalité du transfert de propriété au sein du droit français, les auteurs ont commencé à remettre en cause la notion classique de « modalité de l'obligation », en menant des réflexions sur « le terme dans le contrat »⁶³⁵ et « la condition en droit des contrats »⁶³⁶. Les nouvelles définitions de terme et de condition sont alors proposées par la doctrine. Par exemple, selon une proposition doctrinale, le terme « consiste à prévoir, par des dates futures, la période à laquelle le contrat prendra effet puis s'éteindra »⁶³⁷. Et en ce qui concerne la condition, dans l'étude menée par M. Mathias LATINA, l'auteur a d'abord critiqué l'assertion selon laquelle « l'obligation contractuelle est l'unique objet de la condition ». Pour lui, il s'agit d'une prémisse inexacte. Ensuite, le même auteur a expliqué que « [c]e sont en réalité les normes contractuelles qui sont affectées par la condition, cette dernière réalisant une dissociation entre la création du lien contractuel et la production de ses effets »⁶³⁸. En se plaçant d'un tel point de vue, la condition du contrat est alors définie comme « une relation de dépendance, établie par la loi ou la volonté des parties, entre l'efficacité d'une convention et un événement qui porte l'espoir de la satisfaction ou de la permanence d'un motif relatif à l'environnement contractuel en l'absence duquel le contrat, ou un de ses effets, n'aurait pas ou plus

⁶³³ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », *in Mélanges Pierre RAYNAUD*, 1985, n° 24, p. 746.

⁶³⁴ Pierre CROCQ, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Situation du vendeur de meubles. – Clause de réserve de propriété », *J.-Cl. Commercial, Procédures collectives*, Fasc. 2545, spéc., n° 40 ; Céline BLOUD -REY, *Le terme dans le contrat*, thèse Paris II, 2001, P U Aix Marseille, 2003, n° 275, p. 244.

⁶³⁵ V. Céline BLOUD -REY, *Le terme dans le contrat*, P U Aix Marseille, 2003.

⁶³⁶ V. Mathias LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, thèse Paris II, 2007, LGDJ 2009.

⁶³⁷ Alain BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., LGDJ&Lextenso, 2014, n° 300, p. 241. En même sens, v. aussi Céline BLOUD -REY, *Le terme dans le contrat*, thèse Paris II, 2001, P U Aix Marseille, 2003 ; Marine NOSSEREAU, « Le terme, modalité de l'obligation », *Rev. Droit & Patrimoine*, n° 78-janvier 2000, spéc., p. 54-55 ; Philippe MALIVAUD, Dominique FENOUILLET, *Droit des obligations*, 13^e éd., LexisNexis, 2014, n° 435, p. 330. Certains auteurs n'ont pas proposé de nouvelle définition pour « terme ». Mais après en avoir présenté la définition classique, ils ont précisé que « le terme peut aussi être stipulé afin de retarder le transfert de propriété ». François COLLART-DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 192, p. 184.

⁶³⁸ Mathias LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, thèse Paris II, 2007, LGDJ 2009, n° 94, p. 63.

d'intérêt pour les parties ou, au moins, pour l'une d'entre elles »⁶³⁹. Ces nouvelles propositions relatives aux définitions de terme et de condition permettent dès lors à la volonté des parties de subordonner l'effet translatif de la vente à l'arrivée d'un terme suspensif ou à la réalisation d'une condition suspensive. Encore faut-il savoir si le pouvoir de la volonté des parties peut écarter définitivement l'effet translatif du contrat de vente sans pour autant le dénaturer.

217. La dénaturation du contrat de vente et la modalité du transfert de propriété. Si l'on admet que l'effet translatif est constitutif d'un effet légal du contrat de vente, la vente devient, par nature, translative de propriété. Par cette nature, l'effet translatif de propriété devient à son tour un effet essentiel et caractéristique de la vente. Donc, il n'existe pas de vente sans transfert de propriété. La question s'impose d'emblée de savoir si le pouvoir de la volonté des parties peut subordonner l'effet translatif à un événement dont la réalisation est incertaine. Sachant que cette incertitude dans la survenance de cet événement peut également rejaillir sur la réalisation du transfert de propriété, alors ne peut être exclue l'hypothèse selon laquelle cet événement prévu ne survient pas. En l'occurrence, le transfert de propriété fait donc défaut ; le manque de son élément essentiel, l'effet translatif de propriété, entraînant corollairement la dénaturation du contrat de vente. C'est pour cette raison que certains auteurs concluent qu'une vente « éventuellement » translative n'est pas une vente⁶⁴⁰. De ce fait, la condition suspensive ne peut jamais être susceptible de constituer la modalité du transfert de propriété. Encore faut-il savoir si le terme peut en constituer une.

218. Le transfert de propriété assorti d'un terme suspensif. S'il semble impossible de faire dépendre l'effet translatif du contrat de vente d'un événement de réalisation incertaine sans dénaturer la nature de la vente, rien n'empêche de le reporter à une date

⁶³⁹ Mathias LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, thèse Paris II, 2007, LGDJ 2009, n° 410, p. 309 ; V. aussi François COLLART-DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 193, p. 184. Selon ces derniers auteurs, la condition suspensive est définie comme étant une modalité constituée par un événement futur et de réalisation incertaine qui bloque les effets de la vente.

⁶⁴⁰ Par exemple, Pierre CROCQ, selon cet auteur, l'effet translatif est un effet essentiel de la vente, son existence ne peut donc être affectée d'une modalité. V. Pierre CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse Paris II, 1992, LGDJ 1995, n° 137 et s, p. 112 et s. De même, pour Céline BLOUD-REY, afin d'éviter la dénaturation du contrat de vente, le transfert de propriété ne peut être assorti d'une condition. Mais « il n'y a aucun obstacle à ce que le terme [...] atteigne le seul transfert de propriété ». V. Céline BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, thèse Paris II, 2001, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 2003, n° 270, p. 238. V. aussi Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD, Philippe JESTAZ, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 2^e éd., Sirey, 1987, n° 550, p. 350 ; Jacques GHESTIN, « Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, *chron.* n° 13, p. 4.

précise⁶⁴¹, à savoir deux mois après la conclusion du contrat par exemple. Ainsi, le transfert de propriété serait assorti d'un terme suspensif. Reste à savoir comment qualifier les événements dont la survenance demeure incertaine.

219. Une modalité sui generis du transfert de propriété⁶⁴². Il arrive d'ailleurs fréquemment que, dans la vente immobilière et en vertu des stipulations des parties, le transfert de propriété soit différé au jour de la réitération du contrat de vente par acte authentique. Les parties à la vente peuvent tout aussi bien y insérer une clause de réserve de propriété par laquelle le transfert de propriété est reporté au paiement intégral du prix. Dans ces cas de figure, le transfert de propriété dépendra alors d'un événement dont la réalisation n'est pas tout à fait certaine. Dans la première hypothèse, il peut arriver que la passation de l'acte authentique soit refusée par le vendeur ou par l'acquéreur. En ce sens, on peut dire qu'elle est « objectivement incertaine »⁶⁴³. Néanmoins, les parties peuvent la tenir pour certaine, et ce notamment parce qu'en droit français, le juge peut, comme l'une partie le demande, ordonner à l'autre de passer l'acte authentique. C'est pour cette raison qu'une partie de la doctrine avait tendance à qualifier la réitération par acte authentique de terme suspensif. Néanmoins, il semble que cette qualification ne soit plus possible. Par un arrêt du 13 avril 1999, la première Chambre civile de la Cour de cassation a en effet cassé une décision de Cour d'appel ayant qualifié de terme une clause subordonnant une obligation à un événement dont la réalisation est incertaine, mais considéré comme certain par les parties. La Haute juridiction a affirmé en effet, sous le visa de l'article 1185 du Code civil que « l'événement étant incertain non seulement dans sa date, mais aussi quant à sa réalisation, il s'agissait d'une condition et non d'un terme »⁶⁴⁴. Cette solution a été successivement réaffirmée par la même chambre de la Cour de cassation dans un arrêt du 13 juillet 2004⁶⁴⁵ puis par la Chambre commerciale en 2007⁶⁴⁶.

⁶⁴¹ Céline BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, thèse Paris II, 2001, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 2003, n° 270, p. 238.

⁶⁴² L'expression a été employée par Pierre CROCQ. V. « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Situation du vendeur de meubles. – Clause de réserve de propriété », *J.-Cl. Commercial, Procédures collectives*, Fasc. 2545, *spéc.*, n° 40.

⁶⁴³ V. Mathias LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, thèse Paris II, 2007, LGDJ 2009, n° 211, p. 152.

⁶⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 avril. 1999, *Bull.civ.* I, n° 131; *D.* 1999, *IR.*, p. 130; *JCP* 2000. II. 10309, note Anne-Sophie BARTHEZ ; Defrénois, 1999, art. 37041, p. 1001, obs. Denis MAZEAUD.

⁶⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 13 juill. 2004, *Bull. civ.* I, n° 204; *D.* 2005, p. 1009, note Anouk BORIES, *JCP G* 2004, II, 10155, concl. Jerry SAINTE-ROSE ; *RTD civ.* 2004, p. 734, obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES.

⁶⁴⁶ Cass. com., 20 mars 2007, *Bull.civ.* IV, n° 93, *D.* 2007, Act. p. 1013, obs. Xavier DELPECH.

La qualification de la clause de réserve de propriété n'est pas non plus dépourvue de difficultés. C'est pour cette raison que se sont élevées de vives controverses dont on ne cherche pas ici à reproduire le détail. Pour aller à l'essentiel, il convient d'abord d'écarter certaines analyses fondées sur la condition suspensive, bien que la jurisprudence y ait largement donné écho⁶⁴⁷. Surtout que, comme l'on vient de le démontrer, ériger le paiement intégral du prix de la vente, un évènement incertain, en condition suspensive affectant le transfert de propriété, risque de dénaturer le contrat de vente. En même temps, bien que la qualification de terme semble avoir le soutien d'une partie de la doctrine⁶⁴⁸, le paiement intégral du prix ne peut être considéré comme un évènement certain⁶⁴⁹, étant donné que cette qualification contredit l'objectif même de cette clause. En fait, l'insertion d'une clause de réserve de propriété dans le contrat de vente permet au vendeur de se ménager une sûreté qui a pour finalité de le prémunir contre le risque de non-paiement du prix. Ainsi, l'existence même d'une telle clause de réserve de propriété prouve que les parties n'ont pas pu tenir la réalisation du paiement intégral pour certain.

Devant ce dilemme, certains auteurs ont eu recours à l'obligation de transférer la propriété. Pour eux, il n'est alors pas nécessaire d'invoquer un terme ou une condition afin de subordonner la réalisation du transfert de propriété au complet paiement du prix, celle-ci résultant suffisamment de la connexité des prestations réciproques existant dans un contrat synallagmatique⁶⁵⁰. Cette explication est applicable non seulement à la clause

⁶⁴⁷ V. Cass. com., 20 nov. 1979, *JCP G* 1981, II, 19615, obs Jacques GHESTIN ; *D.* 1980, *som. com.*, p. 571, obs. B.A. et sur renvoi : Metz, 29 oct. 1980, *D.* 1981, *Jurisp.*, p. 138, not Yves GUYON ; Cass. com., 12 juill. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 268 ; *D.* 1996, *som. com.*, p. 212, obs. Françoise PÉROCHON ; Cass. 3° civ., 23 juin 2004, *Bull. civ.* III, n° 132, *CCC* 2004, comm. n° 154, obs Laurent LEVENEUR ; *D.* 2005, *Jurisp.*, p. 1532, note Hugues KENFACK.

⁶⁴⁸ Par exemple, Jacques GHESTIN, « Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981. I, n° 14.

⁶⁴⁹ Selon le professeur Ghestin, cette incertitude n'est qu'« objective » et pourvu que les parties aient tenu la réalisation du paiement intégral pour certain, cet évènement devient une certitude, mais non une simple éventualité. Jacques GHESTIN, « Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981. *chron.*, n° 14, p. 4-5.

⁶⁵⁰ V. Charles GOYET, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, thèse Strasbourg 3, 1981, LGDJ 1983, spéc., n° 379, p. 205 ; Françoise PÉROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, Litec, 1988, spéc., n° 49, p. 52, note n° 64 ; Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD, Philippe JESTAZ, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 2° éd., Sirey, 1987, n° 549-550, p. 349-350 ; Jean-Marc TRIGEAUD, « Réserve de propriété et transfert de propriété », *JCP. éd. C.I.*, 1982. II. 13744, p. 157. *Comp.* Mathias LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, thèse Paris II, 2007, LGDJ 2009, n° 405, p. 302. Selon cet auteur, « la clause de réserve de propriété n'est en réalité qu'une virtualité comprise dans la liberté contractuelle qui permet aux parties d'établir un ordre dans la réalisation des prestations. La subordination qui apparaît entre ces dernières résulte alors suffisamment de la connexité des prestations réciproques, connexité qui permet déjà à une

.../...

de réserve de propriété, mais aussi à celle de réitération du contrat de vente par acte notarié. Mais cette approche a fait l'objet de nombreuses critiques des partisans de la théorie de l'effet translatif du contrat. Pour ces derniers, dans le premier cas, la clause de réserve de propriété n'est pas génératrice d'une obligation de donner. La réalisation du transfert de propriété n'est pas le résultat de l'exécution d'une telle obligation car elle ne dépend pas de la volonté du vendeur. Elle résulte, en revanche, de l'exécution de l'obligation de payer intégralement le prix qui incombe à l'acquéreur. Il en va de même pour la deuxième hypothèse, où le transfert de propriété découle d'un concours de deux parties contractantes. Non seulement l'aliénateur, mais aussi l'acquéreur, sont tenus d'être présents devant le notaire pour la rédaction de l'acte authentique. Ainsi, la clause de réserve de propriété ou la clause de réitération du contrat de vente par acte authentique ne sont ni un terme, ni une condition, ni encore une obligation de donner liée à l'exécution d'une obligation de payer : c'est « une modalité conventionnelle affectant le moment d'exécution d'un effet légal du contrat de vente »⁶⁵¹. En d'autres termes, c'est en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, très puissant dans le domaine de la vente, que les parties peuvent écarter l'automaticité de l'effet translatif de propriété⁶⁵². En effet, c'est la volonté des parties à la vente qui constitue une modalité *sui generis* de l'effet translatif de propriété, l'effet légal du contrat de vente.

Conclusion du Chapitre I

- 220.** Nos analyses montrent bien qu'en droit français, le mécanisme moniste du transfert de propriété selon lequel la propriété est transférée automatiquement par un effet réel et translatif du contrat de vente dès l'échange des consentements, rencontre de nombreux obstacles. Ces derniers sont parfois même inhérents à la théorie de l'effet translatif du contrat qui associe l'effet obligatoire et l'effet translatif de propriété dans un même acte juridique. Consécutivement à cette association, le contrat de vente devient à la fois l'acte juridique créateur d'obligations et l'acte translatif de propriété. L'imbroglio s'accroît lorsque le transfert de propriété est reporté afin de répondre aux besoins de la vie pratique. Cela résulte du fait que le retard du transfert de propriété a justement pour

partie, lorsque ces dernières doivent être exécutées concomitamment, de ne pas fournir l'avantage qu'elle a promis tant que son cocontractant retient le sien ».

⁶⁵¹ Pierre CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse Paris II, 1992, LGDJ 1995, n° 139, p. 115.

⁶⁵² Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », *in* Mélanges Pierre RAYNAUD, 1985, n° 26, p. 747.

but de réaliser la distinction entre l'effet obligatoire et l'effet réel⁶⁵³. Il en ressort que les hypothèses du transfert de propriété différé ne peuvent que perturber le mécanisme moniste du transfert de propriété, voire le contrat de vente dans son ensemble.

D'où toute la complexité du système français du transfert de propriété. C'est pour cette raison que le législateur chinois hésite encore aujourd'hui à l'intégrer au sein du système chinois.

⁶⁵³ Pierre CROCQ, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Situation du vendeur de meubles. – Clause de réserve de propriété », *J.-Cl. Commercial, Procédures collectives*, Fasc. 2545, *spéc.*, n° 40 ; Claude WITZ, « Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière du droit allemand », in *Festschrift für Günther Jahr, zum siebzigsten Geburtstag*, Vestigia Iuris, Herausgegeben von Michael MARTINEK, Jürgen SCHMIDT, Elmar WADLE, J. C. B. Mohr Tübingen, 1993, p. 545.

CHAPITRE II.

L'INFLUENCE PARTIELLE DU DROIT ALLEMAND

221. La simplicité du droit chinois par rapport au BGB. Comparé au droit français, le modèle de transfert de propriété allemand exerce une influence plus significative sur le système chinois. Comme nous l'avons précédemment précisé, le Code civil allemand constitue une des sources d'inspirations les plus importantes au sein de la doctrine et de la législation du droit civil chinois. Dans le Code civil allemand, est consacré un mécanisme du transfert de propriété caractérisé par ses natures dualiste et abstraite⁶⁵⁴. Un tel modèle de transfert de propriété est soumis à deux importants principes régissant la partie relative au droit des biens du BGB : l'un est le principe de séparation (*Trennungsprinzip*), l'autre, le principe d'abstraction (*Abstraktionsprinzip*). Toutefois, sur ce point, l'influence du BGB n'est que partielle, en ce que la Loi chinoise relative aux droits réels (LDR) n'a pas repris trait pour trait le modèle allemand. En effet, elle l'a simplifié en concevant le modèle dit de « l'accord + la publicité ». Cependant, s'il est certain que le modèle chinois a abandonné le principe d'abstraction du droit allemand (Section II), l'abandon du principe de séparation demeure incertain (Section I).

SECTION I.

L'ADOPTION DOUTEUSE DE L'ACTE RÉEL DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ EN DROIT CHINOIS

222. Le principe de séparation. En droit allemand, la cession d'un droit moyennant un acte juridique nécessite un accord de volontés du cédant et du cessionnaire⁶⁵⁵. Ce principe a été posé au § 413 du BGB⁶⁵⁶. À la différence du droit français, le droit allemand distingue strictement les actes juridiques relevant du droit des obligations de

⁶⁵⁴ V. *supra*. n° 95 et s.

⁶⁵⁵ « *Eine Begründung oder Änderung der Rechtszuständigkeit (unmittelbare Begründung, Übertragung, Inhaltsänderung oder Aufhebung eines dingli. Rechts) setzt einen rechtsgeschäftlichen Willensakt des Beteiligten voraus* ». V. Jürgen F. BAUR et Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, I, Verlag C.H.Beck, 18^e Auflage, 2009, § 5, n° 1, p. 42.

⁶⁵⁶ Aux termes du § 413 du BGB, les dispositions prévues au § 398 concernant la cession de créance sont applicables par analogie au transfert d'autres droits que la créance, y compris le droit de propriété. Et eu égard au § 398 du même Code, « [u]ne créance peut être transférée par le créancier à une autre personne par contrat conclu avec celle-ci [...] ».

ceux relevant du droit des biens. Les premiers actes, nommés « actes créateurs d'obligations », sont distincts des seconds, dits « actes de disposition ». Selon ce principe de séparation⁶⁵⁷, la modification de la situation juridique d'un bien ne peut être réalisée que par un acte de disposition qui a été spécialement conçu pour cet objectif. Avant de préciser l'application de ce principe dans la vente, il convient de présenter, de manière très brève, le fondement dudit principe.

En ce qui concerne le fondement du principe de séparation, d'après un auteur chinois, comparatiste sino-germanique, « la théorie allemande relative aux droits subjectifs est à l'origine non seulement de la distinction entre le droit de créance (« *die Forderungen* ») et le droit réel (« *Dingliches Recht* »), mais aussi de la distinction entre l'acte créateur d'obligations et l'acte de disposition»⁶⁵⁸. En fait, cette théorie est celle de Windscheid⁶⁵⁹. Ce dernier, un des civilistes les plus éminents du 19^e siècle, était membre de la première commission chargée de préparer le Code civil allemand. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que la notion de droit subjectif de Windscheid ait eu un fort impact sur le système du droit civil allemand, notamment sur le Code civil allemand. Selon cet auteur, le droit subjectif se définit comme un pouvoir de volonté (*Willensmacht*)⁶⁶⁰. Ce dernier peut soit viser une autre personne (déterminée ou indéterminée) afin d'obtenir une prestation ou une abstention, soit accorder au sujet de droit un pouvoir souverain (*Willensherrschaft*)⁶⁶¹ de disposer d'une chose, qui doit être respecté par tous. Dans cette définition, deux aspects des droits subjectifs sont alors mis en avant. Elle permet en effet de distinguer le droit à une prestation du droit souverain de disposer d'une chose (matérielle ou immatérielle), tout en séparant le rapport qui lie une personne aux autres par une prestation du rapport direct entre le titulaire du droit et l'objet de ce droit, la chose. Dès lors, en raison de leurs contenus distincts, il semble inopportun d'assimiler ces deux rapports à un unique rapport des Hommes. La notion de droits subjectifs de Windscheid a fait florès en droit allemand. Elle a été mise en valeur par les auteurs germaniques pour finalement créer, de manière plus scientifique, un système juridique où les fonctions de l'acte juridique correspondent aux natures juridiques de droits subjectifs nés. Ainsi, par un tel système, les classifications des actes

⁶⁵⁷ V. *supra*. n° 100.

⁶⁵⁸ KeKe JIN, « Les éléments constitutifs de la théorie relative à la distinction entre le droit de créance et le droit réel », *Rev. Recherche sur la théorie juridique*, 2005, volume 27, n° 1, p. 20-31.

⁶⁵⁹ Bernhard WINDSCHEID (1817-1892), il était membre de la première commission chargée de préparer le Code civil allemand de 1880 à 1883.

⁶⁶⁰ Traduction de Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz 1952, p. 59.

⁶⁶¹ Traduction de Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz 1952, p. 59

juridiques sont fondées sur les classifications des droits subjectifs. Par conséquent, l'acte juridique destiné à créer le droit d'exiger d'une autre personne un comportement, se détache d'une autre sorte d'actes juridiques qui crée un droit souverain de disposer d'une chose. Une fois cette division appliquée au contrat de vente, le principe de séparation se voit alors établi.

223. L'application du principe de séparation dans le contrat de vente. En cas de vente, le seul contrat de vente (*Verkauf*), qualifiable d'acte créateur d'obligations, ne permet pas de transférer la propriété du bien vendu. Il faut y ajouter un acte de disposition, un contrat réel de transfert de propriété. Ce dernier est indispensable tant pour les immeubles (§ 873 du BGB) que pour les meubles (§ 929 du BGB). Selon le droit allemand, ledit contrat réel est qualifié d'acte d'exécution⁶⁶² car il constitue une étape dans l'exécution de l'obligation de transférer la propriété née du contrat de vente. Il s'ensuit que par rapport au système français, le droit allemand sépare strictement l'étape de la conclusion du contrat de vente de celle de son exécution. En même temps, il faut également préciser un point : pour que ce contrat réel soit efficace, le seul accord de volontés sur le transfert de propriété demeure insuffisant. Certaines mesures de publicité sont aussi exigées par la loi. De plus, en matière de vente immobilière, le contrat réel est soumis à des conditions de forme très strictes. La nécessité d'un acte authentique est d'ailleurs énoncée à l'alinéa premier du § 925 du Code civil allemand⁶⁶³.

Dans les systèmes qui ne reconnaissent pas cette division allemande des droits subjectifs⁶⁶⁴, tels que le droit français par exemple, les actes juridiques ne peuvent avoir

⁶⁶² *Introduction au droit allemand république fédérale, tome III, Droit privé, dir. Michel FROMONT et Alfred RIEG, Éditions Cujas 1991, p. 138.*

⁶⁶³ Cet alinéa énonce que « [l']accord des volontés de l'aliénateur et de l'acquéreur nécessaire selon le § 873 pour qu'il y ait transfert de propriété d'un immeuble (accord de transfert de propriété) doit être déclaré en la présence simultanée des deux parties devant une autorité compétente. Chaque notaire a compétence pour recevoir un tel accord, sans préjudice d'autres autorités compétentes. Un accord de transfert peut être déclaré dans une transaction judiciaire ou dans un plan d'insolvabilité ayant force de chose jugée ».

⁶⁶⁴ Par exemple, en France, Jean DABIN a proposé une définition différente du droit subjectif. Selon cet auteur français, « le droit subjectif est la prérogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître (dans les limites d'étendue ou de finalité fixée par lui) d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien soit comme dû ». V. Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz 1952, p. 105. Cette définition a mis en avant un lien d'« appartenance-maîtrise » entre le sujet de droit et l'objet de droit. Dans le même sens, voir Paul ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », in *Archives de philosophie du droit*, 1960, p. 65-131 ; Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 20^e éd., PUF 1991, n° 161, p. 291 et s. ; Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX avec le concours de Muriel Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ 1994, n° 172 et s., p. 127 et s. ; Christian LARROUMET, *Droit civil, Tome I, Introduction à l'étude du droit privé*, 5^e éd., Economica 2006, n° 394 et 395, p. 264 et 265.

les mêmes fonctions que les actes juridiques définis en droit allemand. Ce qui explique que les actes juridiques chargés de transférer la propriété ne soient pas les mêmes dans ces deux systèmes juridiques. Ce faisant, leurs mécanismes de transfert de propriété sont également différents. Par rapport au système français, l'adjonction d'un contrat réel de transférer la propriété dans l'opération de la vente ajoute parfois des complexités (§ 1) qui dissuadent alors le législateur chinois d'adopter le contrat réel de transfert de propriété (§ 2).

§ 1. LA COMPLEXITÉ DUE À L'EXISTENCE DU CONTRAT RÉEL DE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

224. De multiples conditions d'efficacité du contrat réel de transfert de propriété en matière de vente. Conformément au principe de séparation ainsi mentionné, dans le contrat de vente, les parties doivent accomplir deux actes juridiques. En tant qu'acte autonome et distinct de la vente, le contrat réel de transfert de propriété doit être soumis lui aussi aux diverses conditions requises afin qu'il soit valable. Premièrement, comme cela vient d'être précisé, le contrat réel de transfert de propriété est sous l'empire du principe de publicité, qui est un des principes généraux du droit des biens en droit allemand⁶⁶⁵. Ce faisant, en sus du consentement des parties sur le transfert de propriété, sont également exigées certaines mesures de publicité permettant d'extérioriser la volonté des parties et d'informer les tiers du changement de propriétaire⁶⁶⁶ : elles sont la *traditio* pour les meubles et le registre foncier pour les immeubles. Il convient de préciser qu'à la différence du système français, ces mesures de publicité ne sont pas conçues dans le droit des biens allemand comme une simple formalité, mais plutôt comme une des conditions d'efficacité d'un contrat réel de transfert de propriété. En outre, comme tout autre acte juridique, l'efficacité du contrat réel de transfert de propriété doit aussi être soumise aux conditions prévues dans la partie générale du BGB portant sur la validité de la déclaration de volonté. Parmi elles nous pouvons citer celles qui consistent en la capacité ou le pouvoir de contracter (§ 104 et s) ; l'absence de discordance consciente entre volonté interne et déclaration externe de volonté (§ 116 et s) ; la conformité du contrat aux dispositions légales impératives et aux bonnes mœurs (§ 134 et § 138) ; les exigences légales de forme (§ 125). En un mot, sauf dispositions

⁶⁶⁵ V. *supra*. n° 96 et s.

⁶⁶⁶ « *Dazu muss ein äusserlich sichtbarer Vorgang treten, die Eintragung im Grundbuch bzw. die Übergabe der Sache* ». V. Jürgen F. BAUR et Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, I, Verlag C.H.Beck, 18^e Auflage, 2009, § 5, n° 3, p. 43.

contraires expressément prévues par la loi⁶⁶⁷, une grande partie des règles concernant le contrat de vente est applicable au contrat réel.

Contrairement au droit français, du fait de l'ajout du contrat réel dans la vente, les démarches des parties cocontractantes sont multipliées. Non seulement elles doivent respecter les conditions requises pour que leur contrat de vente soit valablement conclu, mais aussi elles doivent redoubler de vigilance lorsqu'elles signent leur accord de transfert de propriété. Ainsi, l'adjonction du contrat réel fait de la vente, et ce de manière très artificielle, une opération très complexe, voire inutilement laborieuse alors qu'elle est à l'origine une opération usuelle et simple. La complexité du système allemand réside non seulement dans les rapports entre l'accord des consentements sur le transfert de propriété et l'accomplissement d'une des mesures de publicité (A), mais aussi dans les rapports entre l'efficacité du contrat de vente et l'efficacité du contrat réel (B).

A. La complexité inhérente aux rapports entre l'accord de volontés sur le transfert de propriété et la mesure de publicité

225. Les rapports complexes entre deux actes nécessaires au transfert de propriété.

Comme nous venons de l'expliquer, selon le Code civil allemand, pour que l'accord de volontés des parties sur l'aliénation du bien vendu puisse réaliser le transfert de propriété, il convient de respecter certaines conditions. L'accord de volontés et la mesure de publicité appropriée constituent alors les deux principales conditions d'efficacité d'un contrat réel⁶⁶⁸. Ces dispositions *sont* prévues au § 873 du BGB pour les immeubles et au § 929 pour les meubles. En ce qui concerne les rapports entre ces deux conditions, on se pose d'emblée une série de questions : est-ce que les parties contractantes doivent respecter un ordre entre elles ? Est-ce qu'une partie peut encore renoncer au transfert de propriété après avoir donné son accord sur l'aliénation du bien vendu ? En cas de décès d'une des parties, si le contrat réel est déjà consenti, mais sans que la publicité ne soit réalisée, quel est le sort de celui-ci ? Le Code civil allemand fait preuve de diligence en fournissant soigneusement les réponses à toutes ces questions.

226. La question concernant l'ordre entre la conclusion d'un contrat réel et l'accomplissement des mesures de publicité. Il semble que la réponse à la première

⁶⁶⁷ Par exemple, aux termes du deuxième alinéa du § 925, « [u]n accord de transfert de propriété (immobilière) qui est assorti d'une condition ou d'un terme est privé de tout effet ».

⁶⁶⁸ Lorsque l'objet de l'aliénation est un bien immobilier, sont soumis à l'exigence d'un acte authentique non seulement le contrat de vente mais aussi le contrat réel de transfert de propriété.

question est négative. La preuve en est que, selon le deuxième aliéna du § 879 du BGB en matière de vente d'un bien immeuble, « [l]'inscription (du transfert de propriété au registre foncier) est également déterminante pour le rang, si l'accord de volontés nécessaire à l'acquisition du droit selon le § 873 ne s'est réalisé qu'après l'inscription ». En effet, le consentement sur l'aliénation ou sur l'acquisition peut être délivré même après l'accomplissement de la publicité. Cette règle peut sans doute être applicable par analogie à la vente d'un bien mobilier. Cependant, le contenu de l'accord de volontés doit correspondre au contenu de la publicité. Sinon, la propriété ne pourra être transférée. Citons par exemple le cas d'un vendeur, propriétaire d'un terrain, et d'un acheteur qui s'étaient mis d'accord pour réaliser une vente portant sur ce même terrain. Après la réitération de cet accord par un acte authentique, en raison d'une erreur de la part du bureau du Livre foncier chargé d'effectuer la publicité, l'acquéreur n'a pas été inscrit au livre foncier comme le propriétaire du terrain cédé. Or, faute de publicité foncière correcte, le transfert de propriété faisait défaut et le vendeur est donc resté le propriétaire légal du terrain, et ce même à l'égard de l'acheteur.

227. La question relative à la possibilité de rétractation suite à un contrat réel. En pratique, il peut arriver qu'un intervalle de temps, parfois même assez considérable, intervienne entre l'accord de volontés et l'accomplissement de la mesure de publicité appropriée. Une fois que l'aliénateur a donné son consentement sur le transfert de propriété, est-il contraint d'accomplir la mesure de publicité pour réaliser par la suite le transfert de propriété ? En matière immobilière, eu égard aux dispositions édictées par le deuxième alinéa du § 873 du BGB⁶⁶⁹, les parties ne sont liées par l'accord de volontés du transfert de propriété qu'une fois effectuée la réitération par acte notarié. Cette réitération exclut en effet toute possibilité de rétractation des parties au contrat réel. De la lecture *a contrario* de ces dispositions, il ressort qu'avant la réitération du contrat réel, les parties peuvent se rétracter. Mais cette rétractation peut être contestée par le cocontractant car, dans tous les cas, si le vendeur renonce à son consentement sur le transfert de propriété, il ne respecte pas son obligation de transférer la propriété née du contrat de vente. Dans cette hypothèse, en vertu du § 894 du Code de procédure civile allemand, l'acheteur est alors dans la possibilité de recourir à la justice pour obtenir une

⁶⁶⁹ Dans son deuxième alinéa, le § 873 du BGB dispose que « [a]vant l'inscription, les parties ne sont liées par leur accord que si leurs déclarations sont reçues par notaire ou bien émises ou présentées devant le bureau du Livre foncier ou si le titulaire du droit a remis en mains propres à l'autre partie une autorisation d'inscrire conforme aux dispositions de la loi relative à la tenue du Livre foncier ».

exécution forcée⁶⁷⁰. Si ce problème est résolu en matière immobilière, la doctrine allemande est pourtant divisée lorsqu'il s'agit de la vente d'un bien mobilier. Pour certains auteurs, les parties à un contrat réel de transfert de propriété d'un bien mobilier peuvent se rétracter avant l'accomplissement de la tradition⁶⁷¹. Selon la jurisprudence, la rétractation prend alors effet dès que son cocontractant en a connaissance⁶⁷².

228. Le sort du contrat réel après le décès du vendeur. Si après avoir donné son accord sur la transmission de la propriété, et avant que la mesure de publicité ne soit accomplie, le vendeur décède, on se demande quel est alors le sort réservé au contrat réel. La réponse à cette question se trouve dans des dispositions contenues dans la partie générale du BGB concernant la déclaration de volonté, en particulier dans celles du deuxième alinéa du § 130, « [s]i le déclarant meurt ou devient incapable d'exercer ses droits, ces faits n'influent pas sur l'efficacité de la déclaration de volonté »⁶⁷³. En effet, le sort du contrat réel dépend de sa force contraignante. Plus précisément, s'il est doté d'une telle force, il est donc aussi valable pour les successeurs de la partie décédée. Ces derniers doivent par conséquent le respecter et procéder par la suite au transfert de propriété. Dans l'hypothèse inverse, ils sont en droit de le rétracter. À titre d'exemple, en matière immobilière, si le décès du vendeur a lieu après la réitération du contrat réel par acte notarié, ses successeurs sont également liés par ce contrat réel⁶⁷⁴.

Ainsi, on voit bien que la présence du contrat réel de transfert de propriété dans l'opération de la vente s'accompagne de certaines complexités et incertitudes. Celles-ci n'existent d'ailleurs pas dans les systèmes qui ne reconnaissent pas ce deuxième contrat dit « réel ». La complexification du système allemand est d'autant plus indéniable

⁶⁷⁰ En vertu du § 894 du Code de procédure civile allemand, un jugement constatant l'existence d'un accord de volontés sur le transfert de propriété peut tenir lieu du contrat réel : « *Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Vorschriften der §§ 726, 730 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist* ». V. Jürgen F. BAUR et Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, I, Verlag C.H.Beck, 18^e Auflage, 2009, § 5, n° 34, p. 53 : « *wobei dann das rechtskräftige Urteil die Abgabe der dinglichen Einigungserklärung fingiert* ».

⁶⁷¹ V. Jürgen F. BAUR et Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, I, Verlag C.H.Beck, 18^e Auflage, 2009, § 5, n°36, p. 53.

⁶⁷² V. Jürgen F. BAUR et Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, I, Verlag C.H.Beck, 18^e Auflage, 2009, § 5, n°37, p. 53-54.

⁶⁷³ On peut également appliquer par analogie le § 153 du BGB concernant la solution en cas du décès ou d'incapacité d'exercice du pollicitant et selon lequel « [l]a formation du contrat n'est pas empêchée par le fait que le pollicitant meurt ou devient incapable d'exercer ses droits avant l'acceptation, à moins qu'il y ait lieu d'admettre une autre volonté de sa part ». V. la traduction de ces dispositions proposées par Michel PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ 2004, p. 215.

⁶⁷⁴ Jürgen F. BAUR et Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, I, Verlag C.H.Beck, 18^e Auflage, 2009, § 5, n°39, p. 54.

lorsque s'y ajoutent aussi les rapports entre le contrat de vente et ce contrat réel de transfert de propriété.

B. La complexité inhérente aux rapports entre l'efficacité de la vente et l'efficacité du contrat réel

229. Les conditions d'efficacité des actes juridiques en droit allemand. À la différence du Code civil français⁶⁷⁵, le BGB ne contient aucune disposition générale prévoyant les conditions de validité ou d'efficacité des actes juridiques⁶⁷⁶. Le Code civil allemand se contente par contre de préciser les circonstances dans lesquelles une déclaration de volonté ou un acte juridique est sanctionnée par la nullité (*Nichtigkeit*), c'est-à-dire l'inefficacité totale ou absolue, par une inefficacité en suspens (*schwebende Unwirksamkeit*)⁶⁷⁷, ou par l'annulabilité (*Anfechtbarkeit*)⁶⁷⁸. La même structure a été reprise par le législateur chinois dans la Loi chinoise relative aux contrats. Il convient d'ailleurs de signaler ici que l'objectif de la présente partie ne consiste pas à préciser toutes ces conditions susmentionnées. On se contentera de démontrer la complexité du système allemand provenant de l'existence d'un contrat réel de transfert de propriété, notamment à travers des rapports entre celui-ci et le contrat de vente lorsque l'on examine leur efficacité.

230. En cas de nullité. En droit chinois comme en droit allemand, dans plusieurs hypothèses, un contrat est nul *ab initio*. Par exemple, lorsqu'une partie est incapable d'accomplir valablement des actes juridiques pour son propre compte⁶⁷⁹, le contrat est

⁶⁷⁵ En vertu des dispositions prévues à l'article 1108 du Code civil français, le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité à contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement ainsi qu'une cause licite dans l'obligation constituent les quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention.

⁶⁷⁶ V. Claude WITZ, *Droit privé allemand, I Actes juridiques, droits subjectifs, BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires*, LITEC 1992, n° 211, p. 195 ; Michel PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ 2004, n° 91, p. 67.

⁶⁷⁷ V. L'expression est traduite en français par Michel PÉDAMON. Michel PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ 2004, n° 92, p. 68. Cependant, le professeur Claude WITZ l'a traduite comme « inefficacité temporaire ». V. Claude WITZ, *Droit privé allemand, I Actes juridiques, droits subjectifs, BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires*, LITEC 1992, n° 214, p. 197.

⁶⁷⁸ Le professeur WITZ a fait le choix de traduire cette expression allemande par « contestabilité ». V. Claude WITZ, *Droit privé allemand, I Actes juridiques, droits subjectifs, BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires*, LITEC 1992, n° 318, p. 264, spéc. note n° 228.

⁶⁷⁹ Selon le § 104 du BGB, « est incapable d'exercer des droits : 1. quiconque n'a pas accompli sa septième année ; 2. quiconque se trouve dans un état de trouble mental pathologique excluant le libre exercice de la volonté, pour autant qu'il ne s'agit pas d'un état passager par nature ».

nul⁶⁸⁰. De même, « est nul tout acte juridique auquel fait défaut la forme prescrite par la loi [...] »⁶⁸¹. Il en va aussi pour les actes juridiques qui contreviennent aux dispositions légales impératives⁶⁸² ou qui portent atteinte aux bonnes mœurs⁶⁸³. Si l'on respecte le principe de séparation, ces dispositions du BGB sont applicables tant au contrat de vente qu'au contrat réel de transfert de propriété. Il se peut même que ces derniers se trouvent entachés tous les deux de nullité. Tel est le cas lorsque, du fait de l'incapacité d'une des parties, non seulement le contrat de vente, mais aussi le contrat réel de transfert de propriété sont nuls. Pareillement pour la vente de stupéfiants : la loi interdisant à la fois la vente et l'acquisition de stupéfiants, ni la vente ni le contrat réel ne sont donc valables. S'agissant des exigences de forme prévues par la loi, en matière de vente immobilière, le contrat de vente ainsi que le contrat réel de transfert de propriété sont soumis à l'exigence d'une forme notariée. Pourtant, selon le BGB, la validité du contrat réel peut venir « sauver » le contrat de vente qui contrevient à l'exigence de la forme légale : aux termes du premier alinéa du § 311b du BGB, « tout contrat par lequel une partie s'engage à transférer ou à acquérir la propriété d'un immeuble requiert un acte notarié. Un contrat conclu sans l'observation de cette forme devient valable dans toute sa teneur lorsque l'accord pour le transfert de propriété et l'inscription au Livre foncier ont lieu par la suite ».

Il convient de noter ici que la situation serait plus difficile à encadrer en ce qui concerne les dispositions relatives à la conformité du contrat aux bonnes mœurs. Pour certains auteurs allemands, la nullité due à l'atteinte aux bonnes mœurs prévue au premier alinéa du § 138 n'est pas en mesure de s'appliquer au contrat réel, car il est « moralement neutre »⁶⁸⁴. En conséquence, pour cause de non-conformité aux bonnes mœurs, le contrat de vente peut être frappé de nullité, alors que le contrat réel de transfert de propriété reste toujours valable. Cette situation est d'autant plus fréquente lorsque l'efficacité du contrat de vente et du contrat réel demeure incertaine, autrement dit, en suspens.

⁶⁸⁰ En vertu du premier alinéa du § 105 du BGB, « [l]a déclaration de volonté d'une personne incapable d'exercer ses droits est nulle ».

⁶⁸¹ C'est la disposition prévue au § 125 du BGB.

⁶⁸² Aux termes du § 134 du BGB, « [t]out acte juridique qui contrevient à une interdiction légale est nul lorsque la loi n'en dispose pas autrement ».

⁶⁸³ Selon la disposition édictée au premier alinéa du § 138 du BGB, « [e]st nul tout acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs ».

⁶⁸⁴ « *sittlich neutral* ». V. Jürgen F. BAUR et Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, I, Verlag C.H.Beck, 18^e Auflage, 2009, § 5, n° 51, p. 59-60.

231. En cas d'inefficacité incertaine. Le BGB a prévu plusieurs hypothèses dans lesquelles l'efficacité d'un acte juridique reste incertaine. Il s'agit par exemple des déclarations de volonté faites par les personnes dont la capacité d'exercice des droits est restreinte, tel qu'un mineur entre 7 et 18 ans (§ 106 du BGB) ou un majeur protégé (§ 1896 (1) du BGB). Il en va de même pour un contrat réel de transfert de propriété consenti par des personnes n'ayant pas le pouvoir de disposer (§ 185 du BGB). Dans les premières hypothèses, l'efficacité des déclarations de volonté peut dépendre de l'autorisation du représentant légal de ce mineur (§ 107 du BGB) ou de ce majeur protégé (§ 1903 (1) du BGB) ; dans la seconde, de la ratification du véritable titulaire du pouvoir. Dans l'opération de vente, il faut appliquer ces dispositions afin d'examiner la validité du contrat de vente et du contrat réel de transférer la propriété. Très souvent, l'un des deux est valable mais l'autre ne l'est pas.

Prenons un exemple : un mineur de 16 ans fait l'achat d'une moto, malgré l'opposition de ses parents. La question se pose alors de savoir s'il peut devenir propriétaire de cette moto dès sa réception et le paiement du prix. Pour répondre à cette question, il faut déterminer si le contrat de vente ainsi que le contrat réel de transfert de propriété sont tous les deux valables. En vertu des dispositions prévues aux §§ 106 et 107 du BGB, les mineurs entre 7 et 18 ans ne peuvent « émettre une déclaration de volonté par laquelle [ils n'acquièrent] pas uniquement un avantage juridique » sans l'autorisation de leur représentant légal. Il est évident que le contrat de vente ne leur procure pas seulement des avantages, puisqu'ils seront tenus de payer le prix. En l'occurrence, puisqu'aucune autorisation de la part de son représentant légal n'a été fournie, le contrat de vente sera frappé d'inefficacité pour cause d'incapacité de l'acheteur. Toutefois, ce n'est pas le cas pour le contrat réel consistant à transférer la propriété de la moto vendue puisqu'il ne procure que des avantages à ce mineur. En effet, il ressort de la lecture *a contrario* du § 107 du BGB que la validité dudit contrat réel ne dépend pas de l'autorisation du représentant légal. Par conséquent, bien que le contrat de vente de cette moto ne soit pas valable, le contrat réel de transfert de propriété est valablement conclu. On peut imaginer une hypothèse contraire où une personne ferait une donation au profit d'un mineur et ayant pour objet un terrain grevé d'une charge, à savoir une servitude ou une taxe foncière. Même sans autorisation du représentant légal, le contrat de donation conclu entre ces deux contractants resterait valable, tandis que le contrat réel de transfert de propriété serait privé de tout effet⁶⁸⁵.

⁶⁸⁵ Dieter MEDICUS, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 11^e Auflage, Verlag C.H.Beck, 2002, p. 213-214.

Dans la vente, la question se pose souvent de savoir si le pouvoir de disposer d'un bien à aliéner est nécessaire pour que le contrat de vente et le contrat de transfert de propriété soient valables. Contrairement au droit français, le Code civil allemand n'a pas prévu les mêmes dispositions que celles énoncées à l'article 1599 du Code civil français relatives à la nullité de la vente de la chose. En revanche, en vertu du § 158 du BGB⁶⁸⁶, la validité d'un contrat réel de transfert de propriété convenu par une personne dépourvue du droit de disposer de la chose vendue demeure « en suspens ». En faisant application de ces dispositions du BGB, on peut raisonner de la manière suivante : si le pouvoir de disposer d'un bien à aliéner est indispensable à l'efficacité d'un contrat réel de transfert de propriété, il ne constitue pas pour autant une condition de validité du contrat de vente. C'est justement du fait du principe de séparation que le droit allemand évite toutes les difficultés suscitées en droit français par la vente de la chose d'autrui⁶⁸⁷. Les situations seront encore plus complexes lorsqu'un contrat de vente ou un acte réel de transfert de propriété sera « annulable » à cause de vices qui entacheraient l'un de ces actes juridiques voire les deux.

232. En cas d'annulabilité. En droit allemand comme en droit français, le dol, l'erreur et la menace illicite (c'est-à-dire la violence) constituent les trois vices du consentement. Par contre, selon les § 119 à 124 du BGB, leurs sanctions semblent moins sévères. En vertu de ces dispositions du Code civil allemand, l'auteur de la déclaration de volonté viciée peut annuler celle-ci. Cette annulation, dont le délai peut être court⁶⁸⁸, est soumise à la réception d'une telle décision par son cocontractant. La complexité du droit allemand réside dans le fait que, dans la vente, si une des parties annule le contrat de vente en raison d'un vice du consentement, le contrat réel de transfert de propriété n'est pas automatiquement annulé pour la même cause. Prenons en premier lieu l'exemple du dol. Par une manœuvre visant à provoquer chez son cocontractant une erreur sur sa véritable valeur, un propriétaire est parvenu à vendre son bien. Aux termes

⁶⁸⁶ Le § 185 du BGB édicte que « [e]st efficace un acte de disposition qu'une personne dépourvue de droit de le faire accomplit relativement à un objet lorsqu'il a lieu avec l'autorisation de la personne titulaire de ce droit. L'acte de disposition devient efficace lorsque le titulaire du droit le ratifie ou que le disposant acquiert l'objet ou lorsque celui-ci hérite du titulaire et répond de manière illimitée des dettes de la succession [...] ».

⁶⁸⁷ On traitera plus précisément de cette question lors du deuxième titre de cette partie.

⁶⁸⁸ Aux termes du § 124 du BGB, l'annulation d'une déclaration de volonté pour cause de tromperie ou de menace ne peut avoir lieu que dans un délai d'un an. Si la déclaration de volonté est entachée d'une erreur et que son auteur veut l'annuler, il faut alors qu'il agisse immédiatement sans retard fautif dès qu'il a connaissance de cette erreur. En outre, l'annulation pour cause d'erreur est exclue lorsque dix ans se sont écoulés depuis l'émission de la déclaration de volonté. V. les dispositions prévues au § 121 du BGB.

du premier alinéa du § 123 du BGB⁶⁸⁹, le contrat de vente ainsi que le contrat réel peuvent être annulés tous les deux par la victime du dol. Pour ce faire, cette dernière doit faire preuve de diligence en annulant successivement les deux contrats et transmettre à son cocontractant les décisions sur ces deux annulations. S'il a annulé seulement l'un des deux contrats, l'autre demeure valable. Par conséquent, l'acquéreur peut devenir propriétaire du bien vendu en dépit de l'annulation du contrat de vente.

Ainsi, du fait de ces dispositions ingénieusement édictées par le Code civil allemand, déterminer l'appartenance ultime du bien aliéné devient alors un travail de longue haleine. Bien que l'adoption d'un contrat réel de transfert de propriété présente sans nul doute des avantages, elle suppose aussi d'accepter en même temps toute la complexité qui en découle ; d'où l'hésitation du législateur chinois.

§ 2. L'HÉSITATION DE LA DOCTRINE ET DU LÉGISLATEUR SUR LE CONTRAT RÉEL DE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

233. L'intégration du principe de séparation dans le système juridique chinois par les fondateurs du droit civil chinois. Au début du XX^e siècle, lorsque les fondateurs du droit chinois⁶⁹⁰ se sont attelés à l'instauration du système du droit civil, ont été introduits de nombreuses notions de base, de même que les principes fondamentaux du droit civil allemand. Les notions d'acte créateur d'obligations⁶⁹¹ et d'acte de disposition⁶⁹² ainsi que leurs distinctions ont également été mentionnées par ces auteurs dans leurs Traités de droit civil⁶⁹³ et se retrouvent facilement de nos jours, pour les étudiants en droit chinois, dans les principaux manuels de droit civil⁶⁹⁴. Ainsi, il est

⁶⁸⁹ Selon cet alinéa du § 123 du BGB, « [p]eut annuler sa déclaration quiconque a été déterminé, par tromperie dolosive ou de manière illégitime par voie menace à faire une déclaration de volonté ».

⁶⁹⁰ Par exemple, ShangKuan SHI (1898-1970), ChangQing HU (1900-1988), YuBo ZHENG (1916-1993). Parmi eux, il faut signaler M. ShangKuan SHI, qui est un des fondateurs du droit chinois, particulièrement dans le domaine du droit civil. Il commença ses études au Japon et obtint son diplôme universitaire en droit. En 1922, il fit des recherches en droit à l'Université de Berlin et deux ans plus tard à Paris. En 1927, il revint en Chine. Il a participé aux premières codifications du Code constitutionnel et Code civil chinois.

⁶⁹¹ FùDān XíngWeí, en système phonétique chinois.

⁶⁹² ChǔFèn XíngWeí, en système phonétique chinois.

⁶⁹³ Par exemple : ShangKuan SHI, *Traité du droit civil*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000, p. 287 ; YuBo ZHENG, *Les principes généraux du droit civil*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2003, p. 70 et s ; ChangQing Hu, *Traité du droit civil chinois*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 1998, p. 189. Il faut signaler ici que ce dernier auteur oppose directement l'acte du droit des obligations à l'acte qui relève du droit des biens.

⁶⁹⁴ Par exemple, *Le droit civil chinois, dir.* Rou TONG, Édition de Droit, 1990 ; JunJu MA, YanMan YU, *Théories originales du droit civil*, t. I, Édition de Droit, 1998 ; *Le droit civil, dir.* Ping JIANG, Édition de

.../...

difficile de nier l'intégration du principe de séparation dans le système juridique chinois.

234. Les définitions d'acte créateur d'obligation et d'acte de disposition en droit chinois. Pour ce qui est de l'acte créateur d'obligations, les auteurs chinois le définissent comme « l'acte [qui] consiste à produire un effet obligatoire et en vertu duquel une des parties, devenant débiteur, doit répondre de sa dette, et réciproquement, l'autre, créancier, est en droit de réclamer contre son débiteur la totalité de sa créance »⁶⁹⁵. En d'autres termes, c'est un acte juridique qui « a pour finalité d'engendrer des créances et des obligations »⁶⁹⁶. En matière de vente, l'acte créateur d'obligations se traduit par un accord de volontés en vertu duquel le vendeur s'engage à transférer la propriété de la chose vendue, l'acheteur, à payer le prix⁶⁹⁷. En ce qui concerne l'acte de disposition, d'après les définitions présentées dans les manuels de droit, il s'agit d'un acte juridique qui « est destiné à directement grever, modifier, transférer ou éteindre certains droits, souvent réels, mais parfois personnels »⁶⁹⁸. Autrement dit, il s'agit d'un acte juridique qui « a pour effet de diminuer l'actif dans le patrimoine du disposant »⁶⁹⁹. Le législateur fonde parfois certaines solutions sur le concept de l'acte de disposition. Par exemple, selon l'article 51 de la Loi chinoise relative aux contrats, un acte de disposition de la chose d'autrui n'est valable que lorsqu'il est ratifié par la personne qui est en droit d'en disposer (le propriétaire de la chose, par exemple) ou lorsque l'auteur de l'acte devient postérieurement le titulaire du droit de disposer⁷⁰⁰.

l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000 ; *Le droit civil*, dir. LiMing WANG, Édition de l'Université du Peuple de Chine, 2000 ; *Le droit civil*, dir. ZhenYing WEI, Édition de l'Université de Pékin et Édition de l'Éducation Supérieure, 1^e éd 2000 ; HuiXing LIANG *Théories générales du droit civil*, Édition de Droit, 2007 ; Li HUANG, *Théories générales du droit civil*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2002.

⁶⁹⁵ V. *Le droit civil*, dir. Ping JIANG, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000, p. 188.

⁶⁹⁶ Xiao CHENG, LiMing WANG, Yi WANG, et LiXin YANG, *Le droit civil*, Édition de Droit, 2^e éd., 2008, p. 100.

⁶⁹⁷ La définition du contrat de vente a été proposée à l'article 130 de la Loi chinoise relative aux contrats, selon lequel « la vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à transférer la propriété de la chose, l'objet de la vente, et l'acheteur, à payer le prix ».

⁶⁹⁸ ShangKuan SHI, *Traité des droits réels*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000, p. 18 ; YuBo ZHENG, *Les droits réels en droit civil*, éd. 12, Édition Taibei, 1988, p. 35 ; XianZhong SUN, *Les droits réels en droit allemand contemporain*, Édition de Droit, 1997, p. 57. YongShan ZHAO, « Étude sur le contrat réel », *Rev. Théories du droit contemporaines*, n° 4, 1998, p. 24.

⁶⁹⁹ ChangQing HU, *Les principes généraux du droit civil*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 1997, p. 189 ;

⁷⁰⁰ V. *infra*. n° 317 et s.

Si l'on respecte strictement cette division des actes juridiques, l'effet de l'acte créateur d'obligations ne peut s'étendre dans le domaine des droits réels. Autrement dit, la vente qualifiable d'acte créateur d'obligations n'a aucune vocation, en elle-même, à réaliser le transfert de la propriété. Ceci est justement la fonction d'un autre acte juridique, l'acte de disposition. La nature de la vente, regardée comme étant un acte créateur d'obligations, est reconnue à l'unanimité par la doctrine chinoise⁷⁰¹. De ce fait, il est légitime de poser la question suivante : le droit chinois reconnaît-il l'existence d'un contrat réel de transfert de propriété à l'image du droit allemand ? À cette question, la réponse devient hésitante.

235. Le contrat réel de transfert de propriété mal connu en Chine continentale avant la rédaction de la LDR. En réalité, jusqu'à la veille de l'adoption de la LDR, les conceptions d'acte créateur d'obligations et d'acte de disposition – en particulier cette dernière - n'étaient pas très bien comprises par les juristes de la Chine continentale, et cela pour deux raisons. D'une part, après la naissance de la République populaire de Chine en 1949, une rupture politique et juridique avec l'ancien régime⁷⁰² a été imposée. Le Code civil de 1930⁷⁰³, avec le système du droit civil ainsi que ses notions de base, ont été entièrement abrogés par le nouveau régime politique. Les définitions de l'acte créateur d'obligation et de l'acte de disposition, enseignées par les fondateurs du système juridique chinois dans leurs grands Traités sont par la suite tombées en désuétude. Il a fallu attendre la fin des années soixante-dix, pendant la relance de la construction du système juridique chinois, pour que ces notions intéressent à nouveau les auteurs nationaux. D'autre part, jusqu'à la réouverture de la Chine après la Révolution culturelle⁷⁰⁴, les juristes de la Chine continentale ne disposaient que de moyens très limités pour communiquer avec des juristes étrangers venant des pays de droit civil. Les auteurs chinois étaient rarement en mesure d'appréhender la véritable signification de ces conceptions d'origine allemande ⁷⁰⁵. En conséquence, des

⁷⁰¹ V. *supra*. n° 118.

⁷⁰² V. *supra*. n° 110.

⁷⁰³ Ce Code civil chinois de 1930 est toujours en vigueur à Taïwan.

⁷⁰⁴ Elle commence en 1966 et finit après le décès de ZeDong MAO en 1976.

⁷⁰⁵ La situation prit une tournure différente au début du XXI^e siècle, en particulier au moment de la rédaction de la Loi chinoise relatives aux droits réels (LDR). Par exemple, le 30 juin 2000, un accord officiel a été signé entre le bureau législatif de Conseil des affaires de l'État de Chine et le ministère fédéral de la Justice d'Allemagne. Sous le nom de « Le dialogue sino-germanique sur les questions d'État de droit (*Der Deutsch-Chinesische Rechtsstaatsdialog*) », cet accord officiel a pour objectif de renforcer le dialogue entre les juristes de ces deux pays. De nombreux ouvrages et articles allemands sont alors traduits en chinois et mis à disposition des auteurs de la Chine continentale. Ils apportent plus de clarté à

.../...

incertitudes voire des confusions, règnent encore aujourd'hui en doctrine, en particulier sur la notion d'acte de disposition. À titre d'exemple, certains auteurs se contentent d'illustrer, sans aucune précision, que la *traditio* réelle⁷⁰⁶ (la remise de la chose), ainsi que les actes ayant pour objet de réaliser le registre foncier, peuvent être qualifiés d'acte de disposition⁷⁰⁷. Mais ces deux exemples sont habituellement considérés par les auteurs chinois comme de simples faits et non comme des actes juridiques.

Il en est de même pour le contrat réel de transfert de propriété⁷⁰⁸. Rappelons que le Code civil chinois de 1930 suivit de manière très fidèle l'exemple du BGB. C'est ainsi que le transfert de propriété nécessitât alors un accord réel de disposition⁷⁰⁹. Après l'abrogation du Code civil par le gouvernement de la République populaire de la Chine, ce contrat réel perdit toute son utilité pour les auteurs de la Chine continentale, et finit par tomber dans l'oubli. Il n'a commencé à retenir l'attention de la doctrine chinoise que lors de la préparation de la nouvelle Loi chinoise relative aux droits réels (LDR)⁷¹⁰. S'est dès lors engagé à cette époque un vif débat doctrinal quant au choix entre l'adoption ou l'abandon dudit contrat réel.

236. Les controverses concernant l'adoption du contrat réel de transfert de propriété dans la LDR. Selon certains auteurs chinois, un tel contrat réel a déjà été consacré par la loi chinoise, surtout en vertu de l'article 72 des Principes généraux de droit civil (PGDC) de 1986⁷¹¹. Cet article dispose que « la propriété d'un bien peut s'acquérir par

ces concepts et permettent aux auteurs chinois d'effectuer leurs recherches en droit comparé soit en chinois soit en allemand.

⁷⁰⁶ JiāoFù, en système phonétique chinois.

⁷⁰⁷ *Le droit civil, dir.* Ping JIANG, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000, p. 188.

⁷⁰⁸ WùQuán XíngWeí : en système phonétique chinois.

⁷⁰⁹ Cette solution a été maintenue par le législateur ainsi que la jurisprudence de Taïwan. Par exemple, ce contrat réel de transférer la propriété a été régulièrement invoqué, comme un acte distinct de l'acte créateur d'obligations, dans les arrêts n° 1310 en 1999 et n° 961 en 2000 de la Cour supérieure de Taïpei. V. HaiYong YU, « La perplexité suscitée par le contrat réel de transférer la propriété », in *Le registre foncier*, Édition de Droit, 2006.

⁷¹⁰ V. par exemple ShiYong TIAN, *La recherche sur l'acte réel de disposition, étude comparée sur le transfert de propriété entre les droits allemand et chinois*, (son intitulé allemand est suivant : *Das Dingliche Rechtsgeschäfte, Insbesondere im Vergleich zwischen dem Eigentumserwerb im Chinesischen und Deutschen Recht*) Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 2002 ; YiTao ZHAO, *La distinction entre l'acte créateur d'obligations et l'acte de disposition en droit allemand*, Édition de Droit 2006, p. 3 ; YunSong GE, « La recherche sur l'acte réel de disposition », *Rev. Droits chinois et étrangers*, 2004, n° 6 ; HuaiShi XIE, Xiao CHENG, « L'analyse sur l'acte réel de transférer la propriété », *Rev. La science juridique en Chine*, 2002, n° 4. Selon ces deux derniers auteurs, entre 1994 et 2001, le contrat réel de transférer la propriété a été le sujet d'une soixantaine d'articles publiés dans des revues juridiques.

⁷¹¹ JunHao ZHANG, XinWen LIU, XinHua YAO, *Théories générales du droit civil*, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 3^e éd., 2000, p 350, YongJun LI, « L'acte réel de transférer la propriété

.../...

le contrat ou par d'autres moyens légaux. Dans tous ces cas de figure, la propriété est transférée dès la réalisation de la tradition, sous réserve de dispositions légales ou conventionnelles contraires ». Pour ces auteurs, « le contrat » invoqué par l'article mentionné se réfère en effet à l'accord de transférer la propriété, c'est-à-dire au contrat réel de transfert de propriété qui se distingue de l'acte créateur d'obligations. D'emblée cette opinion s'est attirée de vives critiques. Pour le professeur HuiXing Liang, ce même « contrat » de l'article 72 des PGDC renvoie en réalité à l'acte créateur d'obligations, tel que la vente, le contrat d'échange ou la donation. En se plaçant de ce point de vue, cet article a posé le principe selon lequel le transfert de propriété résulte soit directement d'un acte créateur d'obligations tel que la vente, soit des dispositions légales⁷¹². Par conséquent, lors d'une opération de vente, aucun accord autre que le contrat de vente n'est exigé pour réaliser le transfert de propriété. Dans le même sens, lorsqu'il préparait son projet de loi sur les droits réels, M. LiMing Wang⁷¹³ a contesté l'introduction de l'acte réel de transfert de propriété au sein du système de droit chinois sur plusieurs fondements. D'abord, pour cet auteur, le contrat réel de transfert de propriété est une notion trop inintelligible, d'autant plus qu'il n'est qu'une fiction éloignée de la réalité. Son existence dans la vente conduit même à dénaturer une telle opération usuelle et banale de la vie quotidienne. Ensuite, l'auteur explique que le consentement des parties sur le transfert de propriété peut être inclus dans le seul accord de volontés qui donne naissance aux droits et aux obligations des contractants. Un deuxième accord dit « réel », étant en effet seulement la répétition du premier accord⁷¹⁴, devient alors tout à fait superflu. Enfin, conformément à la coutume chinoise, le registre foncier, nécessaire au transfert de propriété de biens immeubles, a toujours pour objet la gestion administrative des biens immobiliers exercée par l'État chinois. De ce fait, il est difficile de la considérer comme étant un élément essentiel à tout accord de volontés⁷¹⁵. En réalité, selon ce même auteur, ce qui existe, ce n'est pas un nouveau

n'existe-il pas en réalité en droit chinois ? », *Rev. La Science juridique*, 1998, n° 4, p. 64 ; GE YunSong, « L'acte réel de disposition, oiseau immortel dans la légende », *Rev. de l'Institut des Sciences politiques et juridiques de l'Est de Chine*, 2007, vol.6, p. 102.

⁷¹² HuiXing LIANG, « Est-ce que le droit chinois a adopté l'acte réel de transférer la propriété ? », in *Théories du droit civil et Études législatives* du même auteur, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 1993, p. 127.

⁷¹³ LiMing WANG, *La présentation et des explications du projet de la loi chinoise sur les droits réels*, Édition de Droit, 2001, p. 188.

⁷¹⁴ V. aussi AnSheng DONG, *L'acte juridique en droit civil*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 1994, p. 166.

⁷¹⁵ V. LiMing WANG, « Des discussions sur les questions concernant l'acte réel de transférer la propriété », *Rev. Science juridique en Chine*, 1997, n° 3, p. 61 et 62.

contrat réel de transfert de propriété, mais seulement l'exécution d'un contrat translatif valablement conclu⁷¹⁶. Ces critiques formulées par M. LiMing Wang sont fréquemment reprises par des détracteurs de l'acte réel de transfert de propriété. Cependant, les affronts ainsi mentionnés contre cette institution allemande n'ont pas dissuadé ses partisans. Selon eux⁷¹⁷, l'acte réel de transfert de propriété doit être introduit dans le système de droit civil chinois avec d'autres notions de bases d'origine allemande, à savoir l'acte de disposition, l'acte créateur d'obligations, l'acte juridique, etc. Abandonner uniquement ce contrat réel sans modifier le système conceptuel sur lequel le droit civil chinois est basé risque de bouleverser la cohérence du système du droit civil. Surtout, derrière son apparence complexe voire énigmatique, il ne faut pas oublier les avantages que présente ce contrat réel : basée sur une claire distinction entre les droits personnels et les droits réels, l'existence d'un tel acte réel permet d'assurer l'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété et par conséquent de garantir la sécurité dans la circulation des biens.

Les controverses étaient si vives que le législateur hésitait à les trancher dans l'immédiat.

237. Le silence du législateur chinois sur l'adoption du contrat réel et les conséquences. Finalement, à la différence du BGB, la Loi chinoise relative aux droits réels de 2007 (LDR) exige uniquement l'accomplissement des mesures de publicité appropriées pour que la propriété soit transférée. Elle passe pourtant sous silence la question de l'adoption d'un acte autonome de transfert de propriété. Selon la doctrine majoritaire, le silence du législateur prouve que le droit chinois a officiellement refusé la théorie du contrat réel du droit allemand.

En raisonnant ainsi, le mécanisme chinois de transfert de propriété devient un véritable modèle dualiste et très simple. En manière de vente, seulement deux éléments constitutifs, le contrat de vente et la publicité, sont nécessaires pour que la propriété soit transférée. Une fois que le contrat est valablement conclu, il donne naissance à une

⁷¹⁶ ZheSheng XIE, « La révision de l'autonomie d'un acte réel de transférer la propriété », *Rev. Forum juridique de l'Université nationale de politique (Taïwan)*, n° 52, décembre 1994, p. 345.

⁷¹⁷ Par exemple, XianZhong SUN, « L'origine et l'importance de la théorie relative à l'acte réel de transférer la propriété », *Rev. La science juridique en Chine*, 1996, n° 3, p. 89-90. HuaiShi XIE, Xiao CHENG, « L'analyse sur l'acte réel de transférer la propriété », *Rev. La science juridique en Chine*, 2002, n° 4, p. 89-95 ; YunSong Ge, « La fonction de l'acte réel de transférer la propriété », *Rev. Science juridique en Chine et à l'étranger*, 2004, n° 6, p. 702-741 ; ShiYong TIAN, *La recherche sur l'acte réel de disposition, étude comparée sur le transfert de propriété entre les droits allemand et chinois*, (son intitulé allemand est suivant : *Das Dingliche Rechtsgeschäfte, Insbesondere im Vergleich zwischen dem Eigentumswerb im Chinesischen und Deutschen Recht*) Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 2002.

obligation de transférer la propriété incombant au vendeur. En même temps, il ne faut pas oublier qu'en droit chinois, le contrat de vente ne peut en aucun cas produire à la fois l'effet obligationnel et l'effet réel du transfert de propriété. En effet, le transfert de propriété se réalise à travers l'exécution du contrat de vente. Autrement dit, la propriété se transfère par l'effet de l'exécution de l'obligation de transférer la propriété incombant au vendeur. Or, contrairement au système allemand, en droit chinois, l'étape de l'exécution de l'obligation de transférer la propriété n'est pas conçue comme un acte juridique autonome. Dès lors, la solution consacrée par la LDR permet de simplifier le modèle dualiste et abstrait de transfert de propriété consacré par le BGB : l'absence de contrat réel de transfert de propriété épargne par conséquent toutes les complexités inhérentes au principe de séparation que l'on vient d'analyser. Un rapprochement entre ce modèle chinois et la disposition énoncée à l'article 711 du Code civil français peut alors être facilement esquissé, sauf qu'en principe, contrairement au droit français, une telle obligation ne peut pas être exécutée en droit chinois par une fiction, la tradition civile⁷¹⁸.

Cependant, le débat sur l'accord réel n'est toujours pas clos, malgré l'entrée en vigueur de LDR. Dès le lendemain de l'entrée en vigueur de cette loi chinoise, les auteurs, tel que le professeur YunSong GE⁷¹⁹, appelaient déjà au retour du contrat réel dans le système du droit chinois. Pour eux, le silence du législateur chinois montre l'hésitation du législateur face aux oppositions doctrinales entre les détracteurs et les partisans dudit contrat réel. Cette solution prise par la LDR est en revanche très souhaitable, puisque le silence du législateur donne la possibilité et le temps à la doctrine chinoise d'approfondir la réflexion sur cette institution d'origine allemande ainsi que sur le mécanisme chinois du transfert de propriété⁷²⁰. Mais s'il demeure toujours hésitant sur la question de savoir si le droit chinois a adopté le contrat réel de transfert de propriété en matière de vente, la position de la doctrine et du législateur sur le refus du principe d'abstraction est certaine. Ce refus est dû également à la complexité de ce principe.

⁷¹⁸ Mais des exceptions ont été prévues par la Loi chinoise relative aux droits réels : la *traditio brevi manu* à l'article 25 et le *constitut possessoire* à l'article 27, deux *traditio* fictives du droit romain. V. *supra*. n° 27.

⁷¹⁹ YunSong GE, « L'acte réel de disposition, oiseau immortel dans la légende », *Rev. de l'Institut des Sciences politiques et juridiques de l'Est de Chine*, 2007, vol.6, p. 102.

⁷²⁰ ShiYong TIAN, *La recherche sur l'acte réel de disposition, étude comparée sur le transfert de propriété entre les droits allemand et chinois*, (son intitulé allemand est suivant : *Das Dingliche Rechtsgeschäfte, Insbesondere im Vergleich zwischen dem Eigentumserwerb im Chinesischen und Deutschen Recht*) Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 2002, p. 445.

SECTION II.

LE REFUS CERTAIN DU PRINCIPE D'ABSTRACTION EN DROIT CHINOIS

238. Si le législateur chinois hésite à adopter le principe de séparation, il a rejeté totalement le principe d'abstraction. Avant plus de précisions, il convient d'expliquer au préalable ce principe.
239. **L'exposé du principe d'abstraction.** Selon le droit allemand, les actes créateurs d'obligations se distinguent des actes de disposition. Cette distinction ne résulte pas uniquement du fait que les premiers relèvent du droit des obligations tandis que les seconds, du droit des biens. En fait, contrairement aux actes créateurs d'obligations⁷²¹, les actes de disposition en droit allemand, dénommés également les actes juridiques réels⁷²², se démarquent de par leur caractère abstrait. Ils sont abstraits en ce que l'accord des parties (ou une déclaration unilatérale de volonté d'une personne) est suffisant pour constituer ou modifier un droit réel, à condition que certaines mesures de publicité des droits réels soient respectées. L'accord sur le motif juridique de cette constitution ou de cette modification, n'est pas une condition pour qu'un acte de disposition puisse être valable et ensuite produire effet. En un mot, ce dernier peut être détaché de la cause⁷²³. Dans l'opération de vente, par exemple, le contrat de vente peut être considéré comme étant la cause du contrat réel de transfert de propriété, dans la mesure où il le fonde et le justifie. Et ce contrat réel ne constitue qu'une étape de son exécution. Néanmoins, du fait du caractère abstrait de ce contrat réel de transfert de propriété, la propriété se transfère par une volonté commune des parties sur cette transmission, manifestée à travers cet acte réel de disposition, indépendamment donc de l'existence ou de la validité de la vente. C'est pourquoi le fait que la vente fasse défaut, échoue ou soit frappée de nullité postérieurement à cette transmission, ne rejaillit pas sur cette dernière⁷²⁴.

⁷²¹ En droit allemand, en principe, les actes créateurs sont les actes « causés » (*kausal*), ou « causals » (selon Frédérique FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz 1997, n° 197, p. 227), sous réserve de quelques exceptions, par exemple, la promesse de dette (*Schuldversprechen*, le § 780 du BGB), la reconnaissance de dette (*Schuldanerkenntnis*, le § 781 du BGB), le billet au porteur (*Schuldverschreibung auf den Inhaber*, le § 793 du BGB) et la lettre de change (*Wechsel*). V. Michel PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ 2004, p. 7.

⁷²² V. *Introduction au droit allemand république fédérale, tome III Droit privé*, dir. Michel FROMONT et Alfred RIEG, Éditions Cujas 1991, p. 138.

⁷²³ Michel PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ 2004, p. 7.

⁷²⁴ Toutefois, cette règle peut être exceptionnellement écartée lorsque le contrat de vente et le contrat réel de transfert de propriété se trouvent tous les deux affectés d'une même cause de nullité (*Fehleridentität*), par exemple l'incapacité de l'une des parties ou l'illicéité de l'objet. V. *supra*. n° 230. Dans le même sens, v.

.../...

Voici, en quoi consiste le principe d'abstraction (*Abstraktionsprinzip*). Dans son manuel de droit des obligations, Savigny l'a expliqué en ces termes : « [q]uand la propriété est transférée volontairement, par un mode valable en lui-même (comme la mancipation, la tradition, etc.), mais que le précédent propriétaire n'a consenti à ce transport que pour des motifs défectueux, spécialement par erreur, le transport, en lui-même efficace et valable [...] »⁷²⁵. Bien que ce principe ne soit pas consacré *expressis verbis* par le BGB⁷²⁶, il est reconnu par la doctrine allemande comme l'un des principes généraux du droit des biens. Au demeurant, le principe d'abstraction est considéré comme « une caractéristique, et même une figure de pensée typique du droit allemand »⁷²⁷.

240. Le fondement juridique du principe d'abstraction. Dans un premier temps, le principe d'abstraction peut s'expliquer théoriquement par le principe de séparation qui lui sert de fondement juridique⁷²⁸. La doctrine relative au principe de séparation a été achevée par Savigny et Windscheid, à partir d'une interprétation de la *traditio* romaine⁷²⁹. Il convient de souligner que, selon le droit romain, pour pouvoir réaliser le transfert de propriété, la *traditio* doit être justifiée par l'*animus transferendi dominii*, c'est-à-dire l'accord de volonté des parties sur l'abdication et sur l'acquisition d'un bien, à défaut de duquel une *nuda traditio* ne réalisera que la transmission de la possession d'une chose corporelle⁷³⁰. Tout en interprétant cette règle romaine, les auteurs allemands ont d'abord scindé la *traditio* translatrice de propriété du droit romain en deux éléments : la remise de la chose et l'accord de volontés des parties sur l'abdication et sur l'acquisition d'un bien. Tandis que l'un est devenu la forme de la *traditio* translatrice, l'autre en est sa substance. Lorsqu'ils les ont ensuite soudés ces

Claude WITZ, *Droit privé allemand, I Actes juridiques, droits subjectifs, BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires*, LITEC 1992, n° 137 et s, p. 128 et s.

⁷²⁵ Friedrich Carl von SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Réédition de l'ouvrage imprimé en 1873, Tome II, LGDJ 2012, p. 363.

⁷²⁶ Par contre, ce principe a été clairement consacré par le premier projet du BGB. V. *Motive III*, « *Sachenrechte* », au sujet du § 829 du projet, p. 187. Claude WITZ, *Droit privé allemand, I Actes juridiques, droits subjectifs, BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires*, LITEC 1992, n° 132, p. 124. En droit chinois, v. par exemple, FuPing GAO, *Théorie générale du droit des biens*, China Legal Publishing House, 2001, p. 612-613.

⁷²⁷ Didier LUZEAUX, *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemande*, thèse dactyl, Paris II, 1994, n° 96, p. 65.

⁷²⁸ Didier LUZEAUX, *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemande*, thèse dactyl, Paris II, 1994, n° 98, p. 65

⁷²⁹ V. *supra*. n° 83 et s.

⁷³⁰ V. *supra*. n° 28 et s.

deux éléments, la *traditio* a alors été érigée en acte juridique de transfert de propriété⁷³¹. Dès lors, la *traditio* n'étant plus le simple fait de remettre la chose, elle est devenue « l'expression (*Ausdruck*) de l'*animus transferendi dominii* »⁷³². La création de l'acte de transfert de propriété constitue par conséquent une prémisse du principe d'abstraction.

En vertu du principe de séparation, les actes créateurs d'obligations se distinguent des actes de disposition. Plus précisément, en matière de vente, le contrat de vente et le contrat de transfert de propriété se disjoignent. C'est pourquoi, l'*animus transferendi dominii*, isolé dans ce dernier acte juridique, se détache également de la vente. C'est par cette séparation que l'*animus transferendi dominii* est devenu la stricte volonté d'aliéner et d'acquérir, abstraction faite de tout contenu économique, à savoir l'intention de vendre et d'acheter. Lorsque l'on attache l'effet translatif au contrat réel de transfert de propriété et non au contrat de vente, la propriété est transférée par cet acte réel, en toute indépendance de l'opération économique que représente la vente. Par ailleurs, la nullité de cette vente n'a aucune répercussion sur l'efficacité du transfert de propriété. C'est ainsi que le principe d'abstraction est justifié. En fait, l'apparition du principe d'abstraction n'est que la dernière étape du raisonnement logique. M. Luzeaux a constaté à juste titre que le principe d'abstraction découlait de la logique du principe de séparation, et que le second principe ne pouvait acquérir sa véritable portée qu'au travers du premier principe⁷³³.

241. Le rôle sécurisant du principe d'abstraction. Dans le mécanisme causal du transfert de propriété, la nullité du contrat translatif entraîne automatiquement l'anéantissement rétroactif du transfert de propriété ; la situation juridique de l'acquéreur n'est pas tout à fait stable car elle risque d'être remise en cause à tout moment. Or, une telle instabilité nuit à la sécurité juridique. Ses inconvénients pourraient être d'autant plus importants dans le commerce, notamment à l'égard des

⁷³¹ Yan Thomas a expliqué la création de l'acte de transfert de propriété abstrait de la manière suivante : « [c]'est par une alchimie qui scinde l'unité de la forme et de la substance que cette forme (la *traditio*, en tant que la formalité non solennelle du transfert de propriété), érigée en acte et dotée d'une autonomie qu'elle n'a pas, s'interprète comme la manifestation d'une pure volonté de donner et de recevoir un droit sur la chose, qui trouve son expression dans le fait même de donner et recevoir le corps de cette chose ». Yan THOMAS, « Une invention de la romanistique allemande : L'acte de transfert abstrait », in *Droits (Revue française de théorie juridique)*, n° 7/ 1988, p. 39.

⁷³² Yan THOMAS, « Une invention de la romanistique allemande : L'acte de transfert abstrait », in *Droits (Revue française de théorie juridique)*, n° 7/ 1988, p. 40.

⁷³³ Didier LUZEAUX, *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemande*, thèse dactyl, Paris II, 1994, n° 98 et 100, p. 66. Dans le même sens, v. en droit chinois, Jian MI, « La recherche sur l'origine juridique du principe d'abstraction et la réflexion sur sa pratique dans la réalité », in *Rev. Journal of Comparative Law*, n° 2, p. 44-52.

tiers acquéreurs de bonne foi. En effet, ces derniers sont en permanence exposés au risque d'être évincés en raison de l'anéantissement rétroactif d'un contrat qui lui serait entièrement étranger et dont ils ne pourraient pas, par conséquent, connaître les vices. C'est pour remédier à ces inconvénients et protéger « les relations juridiques »⁷³⁴, que le système juridique allemand a consacré le principe d'abstraction. En fait, ce principe favorise la stabilité des situations juridiques créées par certains actes consistant notamment en des modifications de droits réels, dont les tiers pourraient déjà avoir été informés par les mesures légales de publicité⁷³⁵. Plus précisément, par application dudit principe, le tiers acquéreur peut se fier à la publicité des droits réels, réalisée généralement à l'issue d'une acquisition qui n'est pas susceptible d'être mise en cause par une nullité ou une résolution du contrat de vente. Dès lors, la sécurité du commerce est préservée⁷³⁶. Tous les systèmes juridiques de toutes les époques éprouvent le même besoin de sécurité. Cela explique pourquoi le modèle abstrait du transfert de propriété existait déjà en droit romain⁷³⁷. Toutefois, malgré les avantages que le principe d'abstraction pourrait apporter à la sécurité juridique, il fait l'objet de réprobations de la part du législateur chinois.

242. Le rejet du principe d'abstraction en droit chinois. Le mécanisme allemand du transfert de propriété ainsi présenté, il apparaît clairement que la LDR n'a pas adopté le principe d'abstraction du droit allemand. En effet, comme nous venons de le voir, selon le modèle chinois du transfert de propriété, la nullité du contrat de vente entraîne l'anéantissement rétroactif du transfert. Autrement dit, le modèle chinois n'est pas abstrait. Ce rejet est sans doute dû à une série de griefs formulés par la doctrine à son encontre.

243. Les critiques formulés à l'encontre du principe d'abstraction. Même en Allemagne, le principe d'abstraction n'est pas à l'abri des attaques dirigées contre lui par une partie de la doctrine⁷³⁸. Les critiques que les auteurs allemands adressent à

⁷³⁴ *Introduction au droit allemand république fédérale, tome III Droit privé, dir. Michel FROMONT et Alfred RIEG, Éditions Cujas 1991, p. 139.*

⁷³⁵ *V. La sécurité du commerce et le droit civil et commercial en Chine, dir. Fan JIANG et Peng SUN, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 1997, p. 1 et s.*

⁷³⁶ De même, le principe d'abstraction protège également les créanciers d'un propriétaire, dans la mesure où ils pourront efficacement saisir un bien dont le titre d'acquisition fait l'objet d'une annulation (ou d'une résolution).

⁷³⁷ *V. supra.* n° 34, 35.

⁷³⁸ *Introduction au droit allemand république fédérale, tome III Droit privé, dir. Michel FROMONT et Alfred RIEG, Éditions Cujas 1991, p. 139 ; Claude WITZ, Droit privé allemand, 1 Actes juridiques, droits subjectifs, BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires, LITEC 1992, n° 135, p. 126.*

l'encontre de ce principe et qui sont souvent reprises par leurs homologues chinois, peuvent être classées en trois perspectives. Elles sont souvent reprises par les auteurs chinois, détracteurs dudit principe.

244. Les critiques d'ordre théorique. Les critiques adressées au principe d'abstraction visent d'abord son inintelligibilité : en droit allemand, le principe d'abstraction a tendance à être extrême. Pour certains auteurs chinois, l'idée de séparer artificiellement le contrat créateur d'obligations de l'acte translatif de propriété distord déjà la réalité dans l'opération de vente ; admettre de plus l'efficacité du transfert de propriété, alors même que le contrat de vente est frappé de nullité, nous conduit à une théorie sibylline, même pour les juristes, et donc totalement insaisissable pour les néophytes. De plus, ils soutiennent que l'*animus transferendi dominii* ne peut en aucun cas être dépourvu de son contenu économique, c'est-à-dire d'un contrat dont l'objectif est suffisamment concret. Ce dernier, ainsi que l'acte réel de transfert de propriété en tant qu'étape de son exécution, doivent être regardés comme un tout, une unité. Sont alors reprises ici les critiques qu'encourt le principe de séparation⁷³⁹. Tous ces arguments ont permis à cette partie de la doctrine d'avancer l'idée selon laquelle le droit chinois devrait écarter la conception allemande qui est théoriquement trop complexe⁷⁴⁰. Le législateur chinois a alors fait sienne cette approche, notamment au vu des conséquences néfastes dudit principe à l'encontre de l'aliénateur.

245. Les critiques concernant la faible protection de l'aliénateur. Les opposants allemands au principe d'abstraction le critiquent également en ce qu'il pourrait compromettre les intérêts de l'aliénateur⁷⁴¹. Dans les systèmes juridiques qui n'ont pas adopté ce principe, l'annulation ou la résolution d'un contrat translatif, qui sert de cause au transfert de propriété, entraîne l'anéantissement rétroactif de cette transmission. De ce fait, l'aliénateur devient alors à nouveau propriétaire du bien cédé et peut dès lors se le faire restituer grâce à une action en revendication.

Il n'en va pas de même si le transfert de propriété est indépendant de sa cause. En matière de vente, lorsque le contrat de vente fait l'objet d'une annulation ou d'une résolution, par application du principe d'abstraction, le contrat réel de transfert de propriété demeure efficace. Cela veut dire que l'acheteur est maintenu dans son acquisition tout en restant propriétaire du bien vendu, bien qu'en réalité, il l'ait acquis

⁷³⁹ V. *supra*. n° 236.

⁷⁴⁰ HuiXing LIANG, *Traité du droit civil*, 1^e éd., Édition de Droit, 1996, p. 157-158.

⁷⁴¹ Claude WITZ, *Droit privé allemand, 1 Actes juridiques, droits subjectifs, BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires*, LITEC 1992, n° 135, p. 127.

sans aucune cause juridique. Cette protection en faveur de l'acquéreur ainsi que de ses sous-acquéreurs peut parfois porter préjudice à l'aliénateur. Pour être plus concret, selon le droit allemand, consécutivement à la nullité de l'acte créateur d'obligations, l'aliénateur ne peut redevenir automatiquement propriétaire du bien qu'il a cédé par un contrat annihilé. Intenter une action en revendication dans le but de le récupérer n'est donc pas possible. Cet aliénateur se trouverait alors dans une situation économiquement très déséquilibrée ; ayant perdu son droit de propriété, il est appauvri et, réciproquement, son acquéreur enrichi par l'appauvrissement de cet aliénateur mais sans aucun fondement juridique.

Afin de demander à l'acquéreur de lui restituer « son bien », le seul recours possible pour l'aliénateur est d'intenter une action en enrichissement sans cause. Une telle action a été prévue au premier alinéa du § 812 du BGB, en vertu duquel « [c]elui qui, sans justification juridique, a reçu quelque chose d'une personne par prestation ou d'une autre manière aux dépens de celle-ci est tenu de lui en faire la restitution. Cette obligation existe également lorsque le fondement juridique disparaît ou que la prestation n'a pas produit l'effet qu'avait pour but le contenu de l'acte juridique ». En effet, dans le système juridique allemand, l'institution de l'enrichissement sans cause est conçue comme « un correctif indispensable au principe d'abstraction »⁷⁴² dans la mesure où elle peut permettre de faire disparaître le déséquilibre susmentionné ci-dessus⁷⁴³. C'est ainsi que « [l]es plaies ouvertes par le principe d'abstraction [ont été] cicatrisées par le BGB grâce à l'action en enrichissement sans cause »⁷⁴⁴.

Or, comparée à l'action en revendication, la protection de l'aliénateur basée sur l'enrichissement sans cause s'avère faible. Les faiblesses de cette protection se manifestent à travers ses conditions d'application et ses effets juridiques. D'une part, l'action en enrichissement sans cause requiert une série de conditions strictes, à savoir l'absence de cause et l'existence de l'appauvrissement du demandeur et de l'enrichissement du défendeur. C'est au demandeur à cette action de supporter le risque de la disparition de l'enrichissement du défendeur. En outre, en vertu du BGB⁷⁴⁵, si le

⁷⁴² Didier LUZEAUX, *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemande*, thèse dactyl, Paris II, 1994, n° 117, p. 72.

⁷⁴³ Cela explique pourquoi, comparé au système juridique français, l'institution de l'enrichissement sans cause revêt une importance plus considérable en droit allemand.

⁷⁴⁴ Rolf SERICK, *Les sûretés réelles mobilières en droit allemand : Vue d'ensemble et principes généraux*, LGDJ 1990, p. 28.

⁷⁴⁵ Aux termes du § 815 du BGB, « [l]a réclamation est exclue lorsque l'effet recherché n'a pas été obtenu, alors que dès l'origine l'obtention d'un tel effet était impossible et que celui qui fournissait la prestation avait connaissance de cette impossibilité ou que contrairement à la bonne foi et à la confiance réciproque

.../...

vendeur, avant d'avoir opéré le transfert de propriété, a déjà eu connaissance de l'existence du vice affectant le contrat de vente, sa demande de restitution fondée sur l'enrichissement sans cause sera refusée. En l'occurrence, il ne sera pas protégé par la loi car il aura contribué volontairement à l'enrichissement de son cocontractant. *A contrario*, toutes ces exigences ne sont pas requises pour intenter une action en revendication. D'autre part, contrairement à l'action en revendication, l'action en enrichissement sans cause est une action personnelle. Du fait de cette nature, elle n'a pas d'effet rétroactif et n'octroie aucun droit de préférence au bénéficiaire du demandeur. Par conséquent, l'aliénateur se voit réduit à la position de créancier de son acquéreur. Son droit à restitution sur le fondement du § 812 du BGB n'est d'ailleurs pas privilégié en cas de faillite de son débiteur et ne peut être opposé aux créanciers de ce dernier lorsque ceux-ci procèdent à des mesures d'exécution sur le bien litigieux⁷⁴⁶.

Après avoir examiné les lourdes conséquences que le principe d'abstraction pourrait faire subir à l'aliénateur, selon certains auteurs chinois le rejet dudit principe est préférable et ce, même si le droit chinois adopte *de lege ferenda* le principe de séparation⁷⁴⁷. Cette opinion est en outre fondée sur l'expérience d'autres systèmes juridiques, tels que les droits suisse et autrichien, qui connaissent ce dernier principe sans pour autant le compléter par le principe d'abstraction. Cependant, il semble que le rôle sécurisant du principe d'abstraction ne soit pas irremplaçable.

246. Le possible remplaçant du rôle sécurisant du principe d'abstraction. Quant au rôle sécurisant du principe d'abstraction, pour les détracteurs chinois⁷⁴⁸, la protection des tiers acquéreurs de bonne foi pourrait être assurée de manière suffisante par l'acquisition de bonne foi *a non domino*, mécanisme de protection du commerce fondé sur le principe de publicité des droits réels⁷⁴⁹. Eu égard aux règles relatives à l'acquisition de bonne foi *a non domino*, un tiers acquéreur, lorsqu'il acquiert un bien sur la foi du droit de son auteur publié comme propriétaire, sera reconnu propriétaire du bien par la loi. De ce fait, il est dispensé d'enquêter au préalable sur l'efficacité du

il a fait obstacle à la réalisation de cet effet ». Ainsi, le droit de restitution d'un vendeur à l'action en enrichissement sans cause sera exclu en raison de sa connaissance du vice affectant le contrat de vente.

⁷⁴⁶ *Introduction au droit allemand république fédérale, tome III Droit privé*, dir. Michel FROMONT et Alfred RIEG, Éditions Cujas 1991, p. 139. Dans le même sens, v. Yi WANG, *L'étude sur la mutation des droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, 2001, p. 322-323.

⁷⁴⁷ V. par exemple, YongJun LI, « N'existe-t-il pas vraiment l'acte de disposition dans le système juridique chinois » ? *Rev. Science juridique*, 1998, n° 4, p. 64.

⁷⁴⁸ V. par exemple, Yi WANG, *L'étude sur la mutation des droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, 2001, p. 321 et s.

⁷⁴⁹ V. *infra*. n° 515 et s.

contrat qui aura servi de cause à l'acquisition de son propre auteur. En cas de nullité ou de la résolution dudit contrat, son acquisition ne sera pas affectée par la disparition de sa cause. De cette manière, sans préjudicier aux intérêts de l'aliénateur, la sécurité de la circulation des biens peut - être tout aussi efficacement assurée. En un mot, le principe d'abstraction n'est qu'une protection superflue⁷⁵⁰.

247. Les controverses doctrinales en droit chinois. En Chine, en dépit du rejet officiel du principe d'abstraction de la part du législateur, ses partisans ne sont pourtant pas rares. Pour eux, il semble absurde de refuser un principe juridique uniquement parce qu'il est difficile à appréhender. En fait, bien qu'extrêmement abstrait, le principe d'abstraction n'est que la dernière étape d'un raisonnement logique appliqué par les fondateurs du BGB dans le but de constituer une science juridique⁷⁵¹. Sa remise en cause peut aller jusqu'à ébranler un système juridique soigneusement élaboré. C'est justement pour cette raison que, malgré de vives critiques, ce principe est toujours maintenu en droit allemand parmi les principes fondamentaux.

Cependant, personne ne peut dénier la faible protection de l'aliénateur due à l'application dudit principe. Mais on ne peut non plus oublier la protection d'autant moins avantageuse de l'acquéreur entraînée par un mécanisme causal du transfert de propriété. En matière de vente, si le contrat est frappé de nullité, l'acheteur peut être doublement désavantagé : il perd de ce fait la propriété du bien, alors même qu'il en avait déjà payé le prix.

Enfin, pour protéger efficacement les tiers acquéreurs de bonne foi, l'acquisition de bonne foi *a non domino* revêt, même en droit chinois, une importance particulière. Toutefois, il convient de signaler qu'une telle solution n'est rien d'autre que l'application du principe d'abstraction. Elle y puise en effet son fondement. Or, il ne semble pas très scientifique de garder l'application d'une règle tout en remettant en cause son fondement. La démarche inverse serait plus logique ; c'est pourquoi au lieu

⁷⁵⁰ Le droit allemand a consacré un tel principe pour des raisons de sécurité juridique : « grâce à ce principe, en cas d'acquisition dérivée, le dernier acquéreur en date n'est pas obligé de s'enquérir de l'efficacité de l'acte créateur d'obligations qui a servi de cause à l'acquisition de son cocontractant ; si cet acte est nul ou contesté, l'acte de disposition auquel ce dernier a été partie demeure efficace. Ainsi, le sous-acquéreur doit se préoccuper uniquement de l'acte de disposition qui a permis à son auteur d'être propriétaire ». V. Claude WITZ, *Droit privé allemand, 1 Actes juridiques, droits subjectifs, BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires*, LITEC 1992, n° 132, p. 125. V. aussi, Dieter MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10^e Auflage, C.F. Müller Großes Lehrbuch, Rdn., 226.

⁷⁵¹ YuXi YANG, « Le formalisme et le réalisme : la critique sur une approche dans la théorie relative à l'acte de disposition », in *Rev. Recherche sur la loi et le commerce*, 1997, n° 5, p. 21.

d'instaurer cette acquisition *a non domino* de bonne foi, certains auteurs chinois ont proposé de la remplacer par le principe d'abstraction⁷⁵².

Conclusion du Chapitre II

248. L'intérêt suscité en Chine par le Code civil allemand s'explique par l'importante influence qu'il exerçait sur la doctrine chinoise ainsi que sur le législateur chinois. Cependant le contexte historique ayant changé, le droit allemand n'est plus la seule source d'inspiration pour le droit chinois. Bien qu'en Chine, la recherche en droit civil soit toujours fondée sur des conceptions allemandes, tels que l'acte créateur d'obligations ou l'acte de disposition, la Chine tente progressivement de créer son propre système juridique, un système indépendant correspondant à la fois à son développement économique et à sa tradition. Dans cette perspective, le législateur chinois a alors adopté un modèle de transfert de propriété différent de celui consacré par le BGB. Dès lors, le procédé du transfert de propriété en devient doublement simplifié. D'une part, par le biais du rejet du contrat autonome de transférer la propriété, les tâches des parties à la vente ont pu être allégées, d'autre part, la réprobation du principe d'abstraction rend le système chinois accessible non seulement aux juristes chinois, mais aussi aux non-juristes.

CONCLUSION DU TITRE I

249. Il a été démontré tout au long de ce titre que le législateur chinois a essayé d'adopter un mécanisme simple et efficace du transfert de propriété. En 2007, un modèle dualiste et causal a finalement été instauré par la Loi chinoise relative aux droits réels (LDR). En vertu de ce modèle, la propriété se transfère par l'exécution de l'obligation de transférer la propriété, née elle-même du contrat de vente.

En fait, on peut rapprocher à ce modèle chinois des dispositions prévues à l'article 711 du Code civil français. La seule différence qui existe est qu'en droit français, le contrat de vente peut être exécuté de manière intellectualisée par une tradition civile, prenant la forme d'une clause de dessaisine-saisine insérée à la vente, tandis qu'en droit chinois cette intellectualisation de l'exécution de l'obligation de transférer la propriété demeure impossible. Cette conception offre plusieurs avantages. La mise à l'écart de cette tradition civile permet ainsi d'éviter une confusion entre le consentement des parties consistant à s'engager l'une envers l'autre et la tradition civile,

⁷⁵² Par exemple, v. XianZhong SUN, *Les droits réels*, 2^e éd., Édition Social Sciences Academic Press (China), 2011, *spéc.*, p. 55.

consentie de façon sous-entendue afin d'exécuter un contrat « translatif », tel que la vente. Cette confusion est couronnée par une fusion entre l'étape de conclusion du contrat et l'étape de son exécution. Du fait de cette fusion, le seul accord de volontés peut dès lors avoir une double fonction : la fonction de créer les obligations et celle d'exécuter une obligation de *dare* afin d'opérer le transfert de propriété⁷⁵³. Basé sur cette double fonction de l'accord de volontés, un mécanisme dualiste du transfert de propriété s'établit. Contrairement au droit français, le modèle chinois exige que l'exécution de l'obligation de transférer la propriété soit soumise à la remise matérielle de la chose ou à la publicité foncière. C'est par cette exigence que la conclusion du contrat se dissocie du transfert de propriété.

Contrairement au système juridique allemand, dans sa recherche de simplicité, le législateur chinois a pris soin de rejeter le principe d'abstraction ainsi que d'autres théories du droit allemand qu'il considère comme trop abstraites voire inintelligibles.

⁷⁵³ Claude WITZ, « Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière du droit allemand », in *Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag*, édité par Michael MARTINEK, Günther JAHR, Elmar WADLE, J.C.B.Mohr Tübingen, p. 536.

TITRE II.

LES CONSÉQUENCES DE LA SIMPLICITÉ DU DROIT CHINOIS

250. Ayant simplifié les systèmes français et allemand, le législateur chinois a adopté un modèle dualiste et causal de transfert de propriété. Le processus de transmission de la propriété est alors devenu facile à appréhender. En effet, le transfert de propriété en droit chinois nécessite deux facteurs, un contrat translatif qui témoigne de la volonté commune des parties de réaliser un tel transfert et la publicité, ayant pour finalité d'en informer les tiers. Le premier facteur constitue le fondement juridique du second.

Toutefois, un bon mécanisme du transfert de propriété devrait être également facile à pratiquer. Les analyses sur les conséquences pratiques du modèle chinois révèlent qu'il dispose de certains atouts (Chapitre I) mais présente aussi quelques faiblesses (Chapitre II).

CHAPITRE I.

LES ATOUTS DE LA SIMPLICITÉ

251. Dans la pratique, les atouts dont le modèle chinois dispose peuvent résider dans la détermination du moment du transfert de propriété (Section I). Un tel modèle apporte en outre des éclaircissements sur l'objet ainsi que sur le fondement de la garantie d'éviction de l'aliénateur au bénéfice de son acquéreur (Section II).

SECTION I.

LA DÉTERMINATION CERTAINE DU MOMENT DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

252. **L'intérêt pratique.** Dans l'opération de vente, la pratique s'intéresse plus au moment du transfert de propriété et beaucoup moins au mécanisme par lequel la propriété est transmise. C'est le cas tant en droit français qu'en droit chinois. Cependant, le mécanisme du transfert de propriété ne peut être totalement négligé, car le choix du modèle de transfert de propriété trouve toujours un écho dans la détermination du moment de ce transfert.

253. **Le principe du transfert de propriété *solo consensu* : fait générateur de l'incertitude sur la détermination du moment exact du transfert de propriété.** Comme on vient de l'indiquer, le Code civil français a consacré le principe du transfert de propriété *solo consensu*. Ce principe indique également le moment du transfert de propriété. En effet, conformément aux termes employés par l'article 1583 du Code civil, « dès lors qu'on est convenu de la chose et du le prix », l'acheteur devient immédiatement propriétaire. Cependant, cette règle n'est que supplétive. Le transfert de propriété peut être dissocié de la conclusion de la vente, soit à cause de la nature des choses, soit en fonction des aménagements conventionnels des parties. Ainsi, en droit français, le moment du transfert de propriété peut être très varié. Consécutivement à cette variation, sont soulevées des difficultés et notamment celle de déterminer l'instant où la propriété de la chose vendue est transférée à l'acquéreur.

254. **La détermination certaine du moment du transfert de propriété en droit chinois.** Aux fins d'éviter ces difficultés, depuis la LDR, le législateur chinois a adopté un mécanisme du transfert de propriété caractérisé par la nécessité d'accomplir une mesure de publicité. Par voie de conséquence, en droit chinois, la tradition pour les meubles, et la publicité pour les immeubles sont devenues les éléments constitutifs du transfert de propriété. Ils constituent dès lors le seul point de repère permettant une

détermination certaine du moment du transfert de propriété dans l'opération de vente. Il s'agit d'une réglementation de nature impérative et les parties à la vente ne peuvent donc y déroger. En effet, le choix d'une telle solution exclut toute possibilité pour les parties de choisir à leur gré un autre moment pour opérer le transfert de propriété. D'où la simplicité du droit chinois à l'égard du droit français.

C'est en examinant les difficultés de détermination du moment de transfert de propriété suscitées en droit français que seront mis en relief les avantages pratiques que présente le modèle chinois. Ces difficultés, que le système français affronte, sont dues soit à la détermination du moment de la conclusion du contrat de vente (§ 1), soit à la détermination du moment du transfert de propriété, si ce dernier est différé par la volonté des parties à la vente (§ 2). Elles constituent alors des entraves qui ont dissuadé le législateur chinois d'adopter le principe du transfert de propriété *solo consensu*.

§ 1. LES DIFFICULTÉS DE DÉTERMINER LE MOMENT DE LA FORMATION DU CONTRAT DE VENTE EN DROIT FRANÇAIS

255. Le transfert de propriété réalisé au moment de la conclusion du contrat. Eu égard à l'article 1583 du Code civil français, au moment où les parties s'accordent sur la chose et le prix, la propriété est transmise à l'acheteur. De cette disposition ainsi interprétée, la doctrine française déduit que les rédacteurs du Code civil ont fait coïncider le moment du transfert de propriété avec celui de l'échange des consentements⁷⁵⁴. Dès lors, le transfert de propriété est en principe « simultané de la rencontre des volontés ; il lui est synchrone, concomitant : l'effet translatif se réalise au même moment, dans le même trait de temps que s'échangent les volontés, à l'instant précis où topent les parties »⁷⁵⁵. Si l'on admet que dans la vente, le transfert de propriété s'opère sitôt après l'échange de consentements des parties, le transfert se réalise au

⁷⁵⁴ En droit français, en matière contractuelle, le terme « consentement » peut désigner la manifestation de volonté de chacun des parties. Dans l'expression « l'échange des consentements », le mot « consentement » est employé dans ce sens. (Cependant, pour certains auteurs, le terme « consentement » revêt une double acception : la manifestation de volonté de chacune des parties ou l'accord, le concours de deux volontés. V. François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd, Dalloz 2013, n° 91, p. 119-120). Quant à l'expression entière « l'échange des consentements », elle signifie l'accord des parties. Selon la doctrine classique basée sur la théorie de l'autonomie de la volonté, le contrat naît de la rencontre des volontés. Il en ressort que « [...] en substance, le contrat serait fondé exclusivement sur la volonté des parties ». Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 95, p. 85.

⁷⁵⁵ Paul-Henri ANTONMATTEI, Jacques RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7^e éd., 2013, n° 156, p. 144.

même moment que la formation du contrat de vente⁷⁵⁶ qui découle en fait d'un accord sur la chose et le prix⁷⁵⁷. Par conséquent, on peut se référer au moment de la formation d'une vente afin de déterminer celui du transfert de propriété. Néanmoins, les processus de formation de la vente en droit français sont très variés. Si, en principe, la rencontre de l'offre et de l'acceptation fait naître le contrat de vente (A), la conclusion de la vente peut également être précédée de contrats préparatoires, tels qu'une promesse de vente ou d'achat, unilatérale (B) ou synallagmatique (C)⁷⁵⁸. Les pratiques de ces avant-contrats sont particulièrement fréquentes dans la vente immobilière. Ces processus de formation de la vente méritent d'être mis en relief, du fait qu'elles servent d'indicateur permettant de fixer le moment du transfert de propriété⁷⁵⁹.

A. Le transfert de propriété dès l'acceptation de l'offre

256. L'application du principe de transfert de propriété en cas d'offre et d'acceptation. Dans différents systèmes juridiques, la rencontre de volontés des parties à la vente peut naître de la rencontre de l'offre et de son acceptation. En droit français comme en droit chinois, on entend par l'offre une manifestation de volonté, expresse ou tacite, par laquelle une personne propose à une ou plusieurs autres, déterminées ou indéterminées⁷⁶⁰, la conclusion d'un contrat à certaines conditions⁷⁶¹. Ici, en vertu de

⁷⁵⁶ V. par exemple Véronique WESTER-OUISSÉ, « Le transfert de propriété *solo consensu* : principe ou exception ? », *RTD civ.* avril/juin 2013, p. 300.

⁷⁵⁷ « C'est le nœud des volontés, le courant de confiance qui passe entre les parties qui forme le contrat ». V. François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd, Dalloz 2013, n° 91, p. 120. V. aussi Anne-Sylvie COURDIÉ-CUISINIER, « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner--Essai sur les causes d'une controverse doctrinale », *RTD civ.* 2005, n° 12, p. 525.

⁷⁵⁸ Dans la pratique du droit français, il arrive également qu'un autre avant-contrat, le pacte de préférence, concourt à la conclusion d'une vente d'un immeuble définitive. Ce dernier est défini par la doctrine comme une convention par laquelle le promettant s'engage à offrir la conclusion d'un contrat (une vente définitive) au bénéficiaire s'il décide de le conclure. Après la conclusion de cet avant-contrat, si le promettant décide de vendre le bien, l'objet du pacte, il devra adresser une offre à son bénéficiaire de préférence à toute autre personne. Cependant, il demeure libre de ne pas conclure la vente projeté dont ni le principe, ni le contenu n'a été déterminé. En conséquence, à la différence des promesses de vente, aucune partie au pacte de préférence ne s'engage à vendre ou à acheter. La conclusion du contrat de vente reste encore incertaine. C'est pour cette raison que le pacte de préférence est exclu de la partie présente de cette étude.

⁷⁵⁹ Le pacte de préférence peut faire partie des avant-contrats de vente. Mais à cause d'une éventualité des engagements de vendre et d'acheter dans le pacte de préférence, il est difficile de prévoir le moment de la formation de la vente. Par conséquent, il ne peut pas non plus révéler de manière certaine le moment du transfert de propriété.

⁷⁶⁰ L'offre au public est reconnue comme une véritable offre à la fois en droit français et en droit chinois. V. ShiYuan HAN, *Théorie générale des contrats*, 3^e éd., Édition de Droit, 2011, p. 81. Il en va différemment pour la doctrine allemande ainsi que la jurisprudence en droit allemand, selon ces dernières, ne sont pas des offres les déclarations faites au public. V. Claude WITZ, *Droit privé allemand, 1 Actes juridiques*,

l'objectif de notre étude, ni l'offre, ni l'acceptation ne feront l'objet d'une analyse précise. Seul un point mérite alors d'être mentionné : tant en droit français qu'en droit chinois, l'acceptation d'une offre assez précise et ferme témoigne de la rencontre de volontés de l'offrant et de l'acceptant, entraînant dans l'immédiat la conclusion du contrat projeté. Si l'on admet que cette rencontre des volontés des parties peut servir, dans le contrat de vente, de fondement au transfert de propriété, il en résulte que dès l'acceptation de l'offre, la propriété se transmet du vendeur à l'acheteur. C'est ainsi que l'expliquent du moins les partisans du principe du transfert de propriété *solo consensu*. Cette solution est également constamment affirmée par la jurisprudence française.

257. La confirmation dudit principe par la jurisprudence en droit français. Dans un arrêt rendu le 1^{er} juillet 1998, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a considéré dans un premier temps que la vente était parfaitement conclue après l'acceptation d'une offre de vente d'une parcelle notifiée à l'offrant ; ensuite, sous le visa de l'article 1583 du Code civil, la Haute juridiction a retenu que « 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 »⁷⁶². Il en résulte que dès l'acceptation de l'offre, l'acquéreur est devenu propriétaire de la chose vendue, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. La même solution a été reprise par la même chambre de la Cour de cassation dans un arrêt du 22 septembre 2004⁷⁶³. Dans cet arrêt, la Cour a réaffirmé que l'acceptation de l'offre de vente formulée en exécution d'un pacte de préférence a valu vente et que par conséquent, dès cette acceptation, la propriété a été donc transférée à l'acquéreur.

Dès lors, on est en présence d'un principe simple : il suffit de se référer au moment de l'acceptation de l'offre d'une vente ou d'un achat afin de déterminer le moment du transfert de propriété. Cependant, cette simplicité est en fait trompeuse, en ce qu'en droit français, le principe de la libre révocabilité de l'offre, surtout après sa réception

droits subjectifs, BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires, LITEC 1992, n° 144, p. 134 ; Michel PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ 2004, n° 32, p. 24.

⁷⁶¹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 6^e édition. En droit français, cette notion de l'offre a été donnée à l'article 1105-1 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations (le projet CATALA en 2005) et à l'article 15 dans les Proposition de réforme du droit des contrats sous la direction de François Terré. En droit chinois, la définition de l'offre est identique. Par exemple, v. V. ShiYuan HAN, *Théorie générale des contrats*, 3^e éd., Édition de Droit, 2011, p. 77 et s.

⁷⁶² Cass. 3^e civ., 1^{er} juillet 1998, *Bull. civ.* 1998, III, n° 153.

⁷⁶³ Cass. 3^e civ., 22 septembre 2004, *Bull. civ.* 2004, III, n° 157, Defrénois 2004, art. 38073, p. 1725, obs. Rémy LIBCHABER. En l'espèce, en exécutant un pacte de préférence, le propriétaire notifia son offre de vente à ses bénéficiaires. Parmi eux, deux bénéficiaires décidèrent d'exercer leur droit de préférence. Cependant, ces derniers saisirent ensuite le juge des référés pour obtenir une expertise afin d'évaluer les biens vendus.

mais avant son acceptation⁷⁶⁴, peut semer le trouble en la matière. L'acceptation postérieure à la rétractation de l'offre ne semble alors pas véritablement efficace et la conclusion du contrat de vente ainsi que le transfert de propriété font alors défaut.

258. Les difficultés d'application dudit principe en raison de la libre révocabilité de l'offre. Dans la tradition juridique française, une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée⁷⁶⁵. Si la volonté de contracter de l'offrant change, l'offre n'a plus lieu d'être⁷⁶⁶. C'est l'opinion adoptée tant par la doctrine classique que par l'ancienne jurisprudence. Pothier a enseigné en ce sens : « la pollicitation, aux termes du pur droit naturel, ne produit aucune obligation proprement dite ; et celui qui fait cette promesse peut s'en dédire, tant que cette promesse n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite : car il ne peut y avoir d'obligation sans un droit qu'acquiert la personne envers qui elle est contractée, contre la personne obligée [...] »⁷⁶⁷. De même, selon un arrêt datant de 1919, la Cour de cassation a retenu qu'« une offre étant insuffisante pour lier par elle-même celui qui l'a faite, elle peut, en général, être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée valablement »⁷⁶⁸. Ainsi, il est bien connu en droit français que « l'offre est révocable quand bien même elle serait parvenue à son destinataire »⁷⁶⁹. La révocation d'une offre exclut alors la rencontre des volontés des parties sur la conclusion du contrat projeté. À défaut, le transfert de

⁷⁶⁴ En droit français, selon la doctrine, tant que l'offre n'a pas été reçue par son destinataire, elle peut être librement rétractée, « puisque jusqu'à ce moment, l'offre n'a créé aucun pouvoir d'acceptation ». V. Joanna SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.* 1974, n° 15, p. 55-56 ; Solange MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, thèse Toulouse 1, LGDJ 1998, p. 94 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz 2013, n° 118, p. 139-140. C'est dans ce sens qu'on doit comprendre l'article 1105-2 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations. Le droit chinois a consacré la même solution. Aux termes de l'article 17 de la Loi chinoise sur les contrats, « l'offrant peut retirer son offre à condition que la rétractation parvienne avant ou en même temps que l'arrivée de cette même offre à son destinataire ».

⁷⁶⁵ « Le droit français n'admettant pas, en principe, d'engagement unilatéral de volonté, on ne peut fonder sur cette base une obligation pour l'offrant de maintenir son offre ». V. Joanna SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.* 1974, n° 15, p. 56. V en ce sens H.J et L. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t.II, 4^e éd., par M. de Juglart, 1969, n° 365, p. 300 ; Jacques MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Sirey, 1951, n° 315, p. 291.

⁷⁶⁶ V. par exemple, François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz 2013, n° 117, p. 138 ; Philippe MALINVAUD, Dominique FENOUILLET, *Droit des obligations*, 13^e éd., LexisNexis 2014, n° 127, p. 98 ; Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Yvonne FLOUR, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I.L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 139, p. 128. V aussi Joanna SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.* 1974, p. 46.

⁷⁶⁷ POTHIER, *Traité des obligations*, Tome I, Paris, p. 3.

⁷⁶⁸ Cass. civ., 3 février 1919, *DP*, 1923.I.126.

⁷⁶⁹ Catherine DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique, Réflexion comparative », in *Le processus de formation du contrat, contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, sous la direction de Marcel FONTAINE, BRUYLANT et LGDJ 2002, n° 1, p. 149.

propriété ne peut en aucun cas se réaliser, bien que l'acceptant l'ait acceptée postérieurement à la révocation.

259. Les tempéraments. La révocabilité totale de l'offre est jugée par certains auteurs français « contraire à la sécurité des transactions »⁷⁷⁰. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence française cherche à restreindre la liberté de l'offrant dans son pouvoir de révoquer son offre. Ce faisant, une même décision a été prononcée à plusieurs reprises : lorsque l'offre adressée à la personne déterminée est assortie d'un délai, l'offrant est tenu d'une obligation de ne pas retirer son offre avant ce délai dont l'acceptant peut disposer⁷⁷¹. Cette orientation jurisprudentielle fait écho à la doctrine. La même solution a été reprise au sein de différents projets de réforme. Par exemple, aux termes de l'alinéa premier de l'article 18 des propositions de réforme du droit des contrats sous la direction du professeur François Terré : « [l']auteur de l'offre s'oblige à la maintenir pendant le délai expressément prévu, ou, à défaut, pendant un délai raisonnable »⁷⁷². Une telle obligation de maintien a été également consacrée dans la dernière version (la version 2015) du projet de réforme du droit des contrats, publié par la Chancellerie⁷⁷³ ainsi que dans l'avant-projet Catala en 2005⁷⁷⁴. Cette nouvelle tendance jurisprudentielle et doctrinale du droit français permet de rapprocher d'une certaine manière la pratique française de celle du droit allemand selon lequel l'offre est en principe irrévocable⁷⁷⁵. Cependant, même si l'on admet l'obligation de l'offrant de

⁷⁷⁰ Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Yvonne FLOUR, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I.L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 139, p. 128 ; Philippe MALINVAUD, Dominique FENOUILLET, *Droit des obligations*, 13^e éd., LexisNexis 2014, n° 127, p. 98.

⁷⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1958, *D.* 1959, jurispr. p. 33 note. Georges MORANGE ; Cass. 3^e civ., 10 déc. 1997, *Bull. civ.* III, n° 223, *Defrénois*, 1998, art. 36753, p. 336, obs. Denis MAZEAUD. Cette solution a été confirmée par un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 7 mai 2008. Cass. 3^e civ., 7 mai 2008, *Bull. civ.* III, n° 79, *D.* 2008, *act. Jurispr.* p. 1480, obs. Grégoire FOREST ; *D.* 2008, pan. p. 2969, obs. Soraya AMRANI MEKKI ; *RTD civ.* 2008, p. 474, obs. Bertrand FAGES ; *RDC* 2008, p. 1109, obs. Thomas GENICON et p. 1239, obs. François COLLART DUTILLEUL ; *JCP* 2008. I. 179, p. 69, obs. Yves-Marie SÉRINET. V. aussi Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, « L'irrévocabilité de l'offre de contrat : réflexion à propos de l'arrêt de la 3^e chambre civile du 7 mai 2008 », *D.* 2009, *Chron.* 440.

⁷⁷² V. *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, dir. François TERRÉ, Dalloz 2009, p. 13.

⁷⁷³ En vertu de l'article 1116 de ce projet de réforme, « [e]lle (l'offre) ne peut être révoquée avant l'expiration du délai expressément prévu, ou, à défaut, avant l'expiration d'un délai raisonnable ». V. http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

⁷⁷⁴ À l'article 1105-4, l'avant-projet de réforme du droit des obligations a prévu que « lorsque l'offre adressée à une personne déterminée comporte l'engagement de la maintenir pendant un délai précis, ni sa révocation prématurée ni l'incapacité de l'offrant ni son décès ne peut empêcher la formation du contrat ».

⁷⁷⁵ Aux termes du disposé par §145 du BGB, « celui qui propose à autrui la conclusion d'un contrat est lié par son offre à moins qu'il n'ait exclu cette sujétion ». V. Claude Witz, *Droit privé allemand, I. Actes*

.../...

maintenir l'offre à certaines conditions, la controverse s'est nouée en droit français autour de la nature de la sanction d'une révocation irrégulière.

260. L'incertitude sur la sanction de l'offre irrégulièrement révoquée. La question de savoir si l'acceptation postérieure à la révocation fautive reste toujours efficace pour conduire à la conclusion du contrat définitif divise les auteurs. Pour certains, soutenus par quelques décisions de la Cour de cassation⁷⁷⁶, une acceptation dans le délai vaut formation du contrat en dépit de la rétractation intervenue. C'est ainsi que s'énonce le deuxième alinéa de l'article 18 des propositions de réforme du droit des contrats sous la direction du professeur François Terré : « la révocation de l'offre faite à personne déterminée, en violation de cette obligation de maintien, n'empêche pas la formation du contrat ». L'article 1105-4 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations (l'avant-projet Catala) a été prévu dans le même sens. Néanmoins, pour les autres, le juge n'a pas la faculté de décider que la sanction de la rétractation irrégulière est la conclusion du contrat proposé car la rétraction faite par l'offrant, bien qu'irrégulière, exclut la rencontre des consentements sur lesquels le contrat projeté doit se baser⁷⁷⁷. Ce faisant, il suffit de recourir à la responsabilité civile pour sanctionner l'offrant lorsque cette révocation fautive a causé un préjudice à l'acceptant. C'est ainsi qu'à l'article 1117, le projet de réforme du droit des contrats, élaboré par la Chancellerie, a proposé que « [l]a rétractation de l'offre, en violation de l'obligation de maintien prévue à l'article 1116, n'engage que la responsabilité extracontractuelle de son auteur, sans l'obliger à compenser la perte des bénéfices attendus du contrat »⁷⁷⁸.

261. Le même embarras en droit chinois. Ce débat n'est pas étranger aux auteurs chinois. Le droit chinois, s'inspirant de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)⁷⁷⁹, distingue la rétractation⁷⁸⁰ de la

juridiques, droits subjectifs, BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires, Litec 1992, n° 145, p. 135.

⁷⁷⁶ V. Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1958, *D.* 1959.33 ; Cass. 3^e civ., 25 mai 2005 ; *Bull. civ.* 2005, III, n° 117 ; *JCP* 2005.I.172, p. 1747, obs. Paul GROSSER ; *RDC* 2006, p. 311, obs. Denis MAZEAUD ; *RTD civ.* 2005, p. 772, obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES.

⁷⁷⁷ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., LGDJ & Lextenso 2013, n° 470, p. 230.

⁷⁷⁸ V. http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

⁷⁷⁹ La rétractation et la révocation de l'offre sont disposées respectivement par la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises aux articles 15 et 16. Cette différence est mentionnée par Eddy LAMAZEROLLES. V. Eddy LAMAZEROLLES, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, thèse Poitiers, LGDJ 2003, n° 119 et s, p. 113 et s.

⁷⁸⁰ En chinois : *chè huí*.

révocation⁷⁸¹ d'une offre. Selon la Loi chinoise relative aux contrats, l'offre est en principe rétractable avant qu'elle ne soit parvenue à son destinataire⁷⁸². Par contre, elle ne peut être librement révoquée. L'article 18 de la Loi chinoise relative aux contrats a alors énoncé que « jusqu'à ce qu'un contrat ait été conclu, une offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié une acceptation ». Cependant, en vertu des dispositions prévues à l'article 19 de la même loi chinoise, il existe deux circonstances prévues par la loi dans lesquelles l'offre ne peut être révoquée : si elle indique, en fixant un délai déterminé pour l'acceptation, ou autrement, ou bien s'il était raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et s'il a agi en conséquence. Il convient de mentionner ici que ces dispositions trouvent également leur inspiration dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980, précisément en son article 16⁷⁸³. Quant à la sanction d'une telle révocation effectuée en violation d'une obligation du maintien de l'offre, les dispositions proposées au sein de la Convention de Vienne (CVIM) donnent lieu à diverses interprétations⁷⁸⁴. L'article 19 de la Loi chinoise relative aux contrats, qui a repris littéralement les dispositions de la Convention de Vienne (CVIM), suscite évidemment des difficultés d'interprétation pour les auteurs chinois. Pour la doctrine majoritaire, la révocation, bien que fautive, écarte définitivement la rencontre de volontés de parties⁷⁸⁵.

Ainsi, à cause de la révocabilité de l'offre et de l'incertitude dans la sanction de sa révocation irrégulière, il devient plus difficile de déterminer le moment de la formation du contrat. Pour être plus précis, l'acceptation d'une offre ne peut en effet être considérée comme un repère ou un indice de la conclusion du contrat de vente, ni du

⁷⁸¹ En chinois : *chè xiāo*.

⁷⁸² Cette règle a été disposée à l'article 17 du Droit chinois relative aux contrats.

⁷⁸³ V. les textes de cette Convention sur le site : <http://www.cisg.fr/convention.html?lang=fr>.

⁷⁸⁴ V. GuangXin ZHU, « Le fondement et les conséquences de l'irrévocabilité de l'offre ». *Rev. Global law Bulletin*, édition chinoise 2012, n° 5. L'auteur explique que pour certains interprètes, en vertu du deuxième alinéa de l'article 16 de la Convention, l'irrévocabilité de l'offre énoncée par cet article signifie que la révocation irrégulière de l'offre n'empêche pas la conclusion du contrat projeté. (V. Ingeborg SCHWENZER, *Commentary on The UN Convention on The International Sale of Good (CISG)*, Oxford, 2010, p. 310 et 311.). Cependant, les autres l'interprètent différemment. Selon eux, les pays qui ont ratifié ladite Convention peuvent recourir aux droits internes afin d'appliquer les dispositions de cet article susmentionné. (V. John O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4^e éd., Wolters Kluwer, n° 149 et s, p. 149et s).

⁷⁸⁵ V. par exemple HaoPeng SU, *Cours de droit des contrats*, 2^e éd., Édition de l'Université du Peuple de Chine, 2011, p. 54 ; ShiYuan Han, *L'étude sur le droit des contrats*, Presse de l'Enseignement supérieur, 2010, p. 50 et 51 ; GuangXin ZHU, *Le principes généraux du droit des contrats*, Édition de l'Université du Peuple de Chine, 2008, p. 57 ; LiMing WANG, *Recherches du droit des contrats*, Édition de l'Université du Peuple de Chine, 2002, p. 230.

transfert de propriété. Toutefois, les mêmes difficultés ne sont pas écartées si les parties recourent, en particulier dans la vente immobilière, aux avant-contrats afin de conclure le contrat de vente.

B. Le transfert de propriété dès la levée de l'option

262. L'application du principe du transfert de propriété *solo consensu* en cas de vente conclue moyennant une promesse unilatérale. La promesse peut être unilatérale lorsque seul le promettant s'oblige à vendre ou à acheter. Quant au bénéficiaire de la promesse, il peut en revanche librement lever l'option, c'est-à-dire accepter ou renoncer à la vente. Lorsque le bénéficiaire lève l'option et que les consentements des parties se rencontrent, la promesse se transforme aussitôt en vente. En vertu du principe du transfert de propriété *solo consensu*, la propriété est alors instantanément transférée au bénéficiaire. Dans un arrêt rendu le 21 décembre 1970, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer ces considérations. Selon elle, « la promesse unilatérale de vente se transforme en vente parfaite dès que le bénéficiaire de cette promesse a, dans le délai imparti, manifesté en la portant à la connaissance du promettant, sa volonté d'acquérir la chose aux conditions proposées »⁷⁸⁶. De cette décision, il ressort d'abord que le contrat de vente est formé dès la levée de l'option par le bénéficiaire. En même temps, dès la levée de l'option, la vente est considérée comme « parfaite »⁷⁸⁷. Il est à noter qu'ici, le terme « parfait » employé par la Cour de cassation renvoie à l'article 1583 du Code civil selon lequel 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 [...] ». En somme, la propriété est acquise par l'acheteur dès que le bénéficiaire lève l'option, car ceci permet la rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir.

263. Des conditions d'efficacité de levée d'option. Toutefois, pour que la vente soit dite parfaite, la levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente doit être efficace. En principe, ayant déjà donné son consentement à la vente, le promettant doit tenir sa promesse jusqu'à la renonciation du bénéficiaire à la vente ou jusqu'à l'expiration du délai prévu pour lever l'option⁷⁸⁸. Néanmoins, la troisième chambre

⁷⁸⁶ Cass. 2^e civ., 21 décembre 1970, *Bull. civ.* 1970, II, n° 353.

⁷⁸⁷ Rappelons que « parfait » est la traduction en français du latin « *perfecta* » qui signifie « fait définitivement », « accompli » ou « achevé ».

⁷⁸⁸ La doctrine majoritaire est favorable à ce point de vue. Pourtant, il ne fait d'ailleurs pas totalement l'unanimité. V. Daniel MAINGUY, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD civ.* 2004, p. 1.

civile de la Cour de cassation en a décidé autrement. Selon elle, la rétractation de la promesse par le promettant avant la levée de l'option fait obstacle à la conclusion du contrat définitif, parce qu'elle exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer⁷⁸⁹. En conséquence, par une lecture *a contrario* de cette décision, lorsque la levée de l'option est antérieure à la rétractation du promettant, cette dernière ne peut empêcher la conclusion de la vente et sa perfection. Il semble que l'arrêt rendu par la troisième chambre de la Cour de cassation, le 26 juin 1996, allait dans ce sens. Après avoir retenu que le bénéficiaire avait levé efficacement l'option avant l'expiration du délai, la Cour de cassation a énoncé que la vente était parfaite, bien que le promettant ait refusé de signer l'acte de vente⁷⁹⁰. Il est alors possible d'en conclure que la levée de l'option, par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, est le moment décisif de la formation du contrat de vente définitif, à condition qu'elle soit antérieure à la rétractation du promettant. La formation du contrat de vente et le transfert de propriété se réalisent ainsi, en principe, de concert. Il résulte de ces considérations qu'après la levée de l'option, la réalisation forcée de la vente semble devenir possible. En effet, dès la levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse de vente, l'acquéreur peut

⁷⁸⁹ Cass. 3^e civ., 11 mai 2011 : n° 10-12.875 ; Félix ROME, « La doctrine aboie, la Cour de cassation passe... », *D.* 2011. Édito. 1273. Voir aussi Cass. 3^e civ., 15 déc. 1993. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait retenu que dans une promesse de vente, l'obligation du promettant constitue une obligation de faire, tant que les bénéficiaires n'ont pas déclaré acquiescer et la levée d'option, postérieure à la rétractation du promettant, exclut toute rencontre des volontés. *D.* 1994. Jurispr. p. 507, note Françoise BENAC-SCHMIDT ; *Somm.* 230, obs. Olivier TOURNAFOND ; *D.* 1995. *Somm.* 88, obs. Laurent AYNÈS ; *JCP G* 1995. II. 22366, note Denis MAZEAUD ; *Deffrénois*, 1994, art. 35845, p. 795, note Philippe DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1994.588, obs. Jacques MESTRE. Une telle position de la troisième de la Cour de cassation a été vivement critiquée, à tel point que la position contraire a été prise par des différents travaux préparatoires relatifs à un projet de réforme du droit des obligations. Par exemple, l'article 1106 de l'avant-projet CATALA, l'alinéa 2 de l'article 1124 du projet de réforme de la Chancellerie (25 février 2015) et l'article 29 du projet présenté par François TERRÉ. Le 8 septembre 2010, la troisième Chambre de la Cour de cassation semblait être sur le point d'opérer un revirement de la jurisprudence, tout en considérant que le promettant (décédé) a « définitivement consenti à vendre ». V. Cass. 3^e civ., 8 septembre 2010, *Bull. civ.* III, n° 153, *D.* 2010. *Act.*, p. 2061, *Deffrénois*, 2010, art. 39170, p. 2123, note Laurent AYNÈS ; *JCP G* 2010. 1051, p. 1990, note Gilles PILLET, « Retour sur l'engagement du promettant dans la promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation souffle le chaud et le froid ». Néanmoins un revirement de jurisprudence sur cette question n'est qu'une illusion. Dans l'arrêt du 11 mai 2011, la troisième Chambre de la Cour de cassation a décidé que « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée [...] ».

⁷⁹⁰ Cass. 3^e civ., 26 juin 1996, *Bull. civ.* III, n° 165 ; *JCP G* 1996. IV., p. 247 ; *JCP éd.*, N, 1996, n° 49, p. 1730 ; *JCP éd.*, N. 1997, n° 26, p. 909, note Duncan STAPYLTON-SMITH ; Les Pettes affiches 1997, n° 65, p. 25, note Bénédicte BÉVIÈRE.

devenir propriétaire du bien vendu⁷⁹¹ ; il peut, par la suite, contraindre le vendeur à s'exécuter⁷⁹².

À cette exigence relative à l'efficacité de la levée de l'option, il convient d'ajouter celle de la formalité fiscale qui ressort de l'article 1589-2 du Code civil. Cet article, qui a repris l'ancien article 1840-A du Code général des impôts, dispose que, « est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier [...], si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seings privés enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire [...] »⁷⁹³. Il en résulte qu'à cause du défaut d'enregistrement auprès de la recette des impôts, la promesse unilatérale de vente immobilière peut être entachée de nullité absolue. Par conséquent, le contrat ne peut être conclu consécutivement à la levée de l'option et le transfert de propriété ne peut en aucun cas avoir lieu.

C. Le transfert de propriété dès la conclusion de la promesse synallagmatique

264. Contrairement à la promesse unilatérale, la promesse synallagmatique ne confère d'option ni à l'acheteur ni au vendeur. Elle suppose des engagements réciproques et définitifs de vendre et d'acheter un bien. La promesse synallagmatique de vente peut, par conséquent, s'assimiler à la vente. En principe, la propriété est transférée dès la signature de cette promesse (1). La jurisprudence réserve néanmoins la faculté aux parties de déroger à ce principe (2).

1. Le principe

265. L'exposé du principe. En tenant compte de l'article 1134 du Code civil, pour que les contrats tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, il faut que ces contrats soient

⁷⁹¹ À moins que le transfert de propriété ne soit pas retardé par la volonté des parties, ou par suite de la nature du bien vendu (tel est le cas d'une promesse ayant pour objet des choses de genre).

⁷⁹² Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ & Lextenso 2014, n° 120, p. 76.

⁷⁹³ S'agissant de formalités prévues en matière de promesses de vente pour exercer la faculté de lever l'option, (par exemple, les parties peuvent prévoir que la levée de l'option doit être notifiée au promettant par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou par acte extrajudiciaire. À défaut, la promesse serait considérée comme inexistante), la Cour de cassation avait reconnu, dans un arrêt rendu le 18 février 1976, l'interprétation souveraine des juges du fond sous la seule réserve du contrôle de la dénaturation. En raison de l'ambiguïté de la promesse, des formalités stipulées peuvent être uniquement *ad probationem*. V. Cass. 1^{re} civ., 18 février 1976, *Bull. civ.* 1976, I, n° 78 ; V. aussi Cass. 3^e civ., 7 janvier 1987, *Bull. civ.* 1987, III, n° 7.

légalement formés⁷⁹⁴. En fait, la formation du contrat est soumise aux conditions requises prévues par l'article 1108 du Code civil. Celles-ci sont au nombre de quatre : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, et une cause licite à l'obligation. En matière de vente, à ces quatre conditions précitées, il convient d'ajouter deux éléments supplémentaires : la chose et le prix. Ces deux derniers sont exigés par l'article 1589 du Code civil, en vertu duquel la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. Tous ces éléments susmentionnés sont des éléments constitutifs du consentement des parties contractantes. Si un de ces éléments fait défaut, la conclusion du contrat de vente ne peut être possible. En pratique, une promesse synallagmatique contient déjà ces éléments constitutifs du consentement indispensable à la formation de la vente. C'est justement pour cette raison que l'article 1589 « paraît condamner toute distinction »⁷⁹⁵ entre la promesse synallagmatique de vente et la vente définitive. De ce point de vue, et en vertu du principe du transfert de propriété *solo consensu*, la conclusion d'une telle promesse, qui contient un accord sur la chose et le prix, entraîne instantanément le transfert de propriété du vendeur à l'acheteur. De nombreux arrêts appliquent ce principe aux promesses synallagmatiques de vente. Un arrêt de censure en date du 15 décembre 2004, rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation⁷⁹⁶, fut particulièrement significatif. La Cour d'appel de Basse-Terre, dans une décision du 18 septembre 2002, avait en fait constaté la caducité d'une promesse synallagmatique de vente d'un immeuble, au motif qu'à cause de l'emploi du conditionnel dans cette promesse, les parties n'avaient pas entendu s'engager de manière ferme. La troisième Chambre civile, sous le visa des articles 1583 et 1589 du Code civil, a reproché à la Cour d'appel de n'avoir pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et d'avoir violé les textes susvisés. En effet, selon la Cour de cassation, le consentement mutuel des parties sur la chose et le prix et leurs obligations réciproques de vendre et d'acquiescer étaient clairement exprimés dans l'acte. De plus, les parties n'avaient subordonné la vente à aucune condition suspensive. Il est ressorti de ces constatations que, conformément aux articles 1583 et 1589 du Code civil, cette promesse en question valait vente parfaite. Cela signifie alors que, dès la conclusion de cette promesse, la propriété avait été aussitôt transférée du vendeur-promettant à son acquiesceur.

⁷⁹⁴ L'alinéa premier de l'article 1134 du Code civil dispose que « [l]es conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

⁷⁹⁵ Jacques GHESTIN, Bernard DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ 1990, n° 159, p. 179.

⁷⁹⁶ Cass. 3^e civ., 15 décembre 2004 : pourvoi n° 03-10.460.

266. L'exécution forcée en nature de la promesse valant vente. En droit français, conformément au principe posé au second alinéa de l'article 1184 du Code civil⁷⁹⁷, la promesse synallagmatique valant vente est susceptible d'exécution forcée en nature. La troisième Chambre civile de la Cour de cassation a fait référence à cette règle dans un arrêt du 25 mars 2009⁷⁹⁸. En l'espèce, après avoir signé une promesse synallagmatique de vente d'un bien immobilier, un vendeur avait refusé de réitérer la vente par acte authentique à la date prévue. Le refus du vendeur constituait alors une inexécution du contrat de sa part. La Cour de cassation a donc eu l'occasion de décider que la victime contractante d'une telle inexécution pouvait contraindre le vendeur à exécuter son obligation manquée. Ce faisant, la partie qui refuse de signer l'acte notarié peut être contrainte de le faire sous astreinte. En effet, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans sa décision du 3 juin 1994⁷⁹⁹, avait déjà confirmé la réalisation forcée de la vente tout en retenant qu'un vendeur qui a manqué à son obligation de réitérer la vente peut être condamné à la régulariser par acte authentique dans un délai de 2 mois, à défaut de quoi l'arrêt vaudrait vente.

Cependant, en vertu de la liberté contractuelle, il est loisible aux parties contractantes d'écarter l'application de l'article 1589 du Code civil. Celles-ci sont en effet libres de subordonner la formation d'une vente définitive à la survenance de certains événements dont le transfert de propriété est corollairement tributaire.

2. La dérogation au principe

267. Dans la pratique des ventes immobilières, la nécessité d'obtenir une autorisation administrative ou un prêt, celle de régulariser la vente par acte authentique et l'existence du droit de préemption constituent un ensemble d'événements dissuadant les parties de s'engager immédiatement dans un contrat de vente définitive. Dans ces cas de figure, la question se pose de savoir s'il est possible aux parties de soumettre la conclusion de la vente définitive à la survenance de l'un de ces événements ainsi présentés. Une réponse affirmative à cette question a été confirmée graduellement par la jurisprudence.

D'abord, l'attention des auteurs s'est portée sur un arrêt de la troisième Chambre de la Cour de cassation du 20 décembre 1994. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a

⁷⁹⁷ Selon le principe énoncé au second alinéa de l'article 1184 du Code civil, si l'une des deux parties ne satisfait pas à son engagement, la partie victime « a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ».

⁷⁹⁸ Cass. 3^e civ., 25 mars 2009, *Bull. civ.* 2009, III, n^o 67 ; *D.*2009, AJ. 1020.

⁷⁹⁹ Cass. Ass. plén., 3 juin 1994, *Bull. ass. Plén.* 1994, n^o 4, p. 7.

censuré une décision ayant rejeté une demande en réalisation forcée de la vente d'un immeuble, au motif que la Cour d'appel n'avait pas relevé « d'autres circonstances de nature à démontrer que les parties avaient fait de la réitération par acte notarié un élément constitutif de leur consentement »⁸⁰⁰. Il découle de cet arrêt, par une lecture *a contrario*, que la Haute juridiction semblait admettre la possibilité pour les parties de faire de la réitération par acte notarié l'élément constitutif de leur consentement, à défaut duquel la conclusion du contrat de vente définitive ne peut avoir lieu⁸⁰¹. Se plaçant d'un tel point de vue, il est permis en effet aux parties d'étendre conventionnellement la liste des éléments essentiels à la formation du contrat⁸⁰². De ce fait est alors accordée aux parties la faculté de s'imposer, en dehors de toute exigence légale, un élément constitutif supplémentaire⁸⁰³. Il convient de noter que cette solution jurisprudentielle a alimenté la controverse doctrinale consistant à qualifier la signature de l'acte authentique dans la promesse synallagmatique de vente. Diverses possibilités ont donc été envisagées.

En premier lieu, les parties peuvent décider, dans une promesse synallagmatique de vente, de subordonner la conclusion de la vente définitive à la signature de l'acte notarié dont le délai aura été précisément fixé. Dans cette hypothèse, en raison du délai imparti par les parties, la passation de l'acte authentique est considérée par certains auteurs comme non seulement extérieure à la volonté ultérieure des parties, mais aussi d'ores et déjà certaine⁸⁰⁴. Il s'agirait ici d'une vente à terme suspensif. Néanmoins, qualifier la signature de l'acte authentique de terme suspensif n'est pas tout à fait incontestable. La raison en est simple : en vertu de l'article 1185 du Code civil, un terme suspensif retarde seulement l'exécution d'une obligation. Son existence suppose alors que tous les éléments constitutifs du consentement des parties, et nécessaires à la conclusion du contrat de vente, sont déjà réunis. Cela contredit l'arrêt du 20 décembre 1994 précité qui a autorisé les parties à faire de la réitération par acte notarié un élément constitutif de leur consentement.

⁸⁰⁰ Cass. 3^e civ., 20 décembre 1994 : pourvoi n° 92-20878, *Bull. civ.* 1994, III, n° 229, *D.* 1996, *somm.*, p. 9, obs. Olivier TOURNAFOND. La même formule a été reprise dans l'arrêt du 28 mai 1997 dans des circonstances similaires. V. Cass. 3^e civ., 28 mai 1994, *Bull. civ.* 1997, III, n° 123.

⁸⁰¹ V. Olivier TOURNAFOND, l'observation de l'arrêt rendu par Cass. 3^e civ., 20 décembre 1994 : *D.* 1996, *somm.*, p. 9.

⁸⁰² François COLLART-DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2011, n° 80, p. 89.

⁸⁰³ François COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey 1988, n° 126, p. 68.

⁸⁰⁴ Par exemple, Olivier TOURNAFOND, obs. sous Cass. 3^e civ., 20 décembre 1994, *D.* 1996, *somm.*, p. 9.

En second lieu, les parties peuvent prévoir que la vente doit être conclue dès la signature de l'acte authentique, mais sans préciser la date de sa réalisation. Cette fois-ci, il s'avère que la passation de l'acte authentique ne reste qu'incertaine. La qualifier de condition devient donc envisageable. Cependant, puisque « la signature de l'acte authentique ne dépend en fait que du bon vouloir de chaque contractant »⁸⁰⁵, il s'agit par conséquent d'une condition potestative. Cette dernière est sanctionnée par l'article 1174 du Code civil⁸⁰⁶. On se trouve alors face à une promesse qui est dépourvue de la force obligatoire⁸⁰⁷ par laquelle les parties ne sont pas vraiment engagées.

Enfin, une troisième hypothèse est aussi possible, même si elle ne constitue pas vraiment une exception au transfert de propriété concomitant à la vente. Subordonner la conclusion de la vente à la signature de l'acte authentique, qui est considérée par les parties comme étant l'élément constitutif de leur consentement, implique alors l'existence d'un avant-contrat synallagmatique de vente. Autrement dit, ce que les parties ont signé n'est qu'un véritable contrat préparatoire ne valant pas vente définitive et ce, même si toutes les conditions requises sont pourtant réunies. Un tel contrat consiste en effet à préparer la vente définitive, et non à vendre ou acheter. Dès lors, d'un commun accord des parties, la vente projetée est devenue un contrat formel qui ne sera valablement conclu qu'à la signature de l'acte notarié⁸⁰⁸. Consécutivement à la conclusion d'un avant-contrat de vente, en l'absence de vente définitive, aucun transfert de propriété ne pourra être opéré entre les cocontractants.

268. Ainsi, en raison des différentes étapes à suivre pour conclure le contrat de vente, le principe du transfert de propriété concomitant à sa conclusion ne permet pas de déterminer avec certitude le moment de la réalisation de ce transfert. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue qu'en droit français, ledit principe n'est pas d'ordre public. Dans de nombreuses circonstances, le transfert de propriété peut être dissocié de la conclusion du contrat. La tâche consistant à déterminer le moment du transfert de propriété s'avère de ce fait encore plus compliquée.

⁸⁰⁵ *Idem.*

⁸⁰⁶ Aux termes de cet article « [t]oute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ».

⁸⁰⁷ *Idem.*

⁸⁰⁸ Une telle opinion semble être confirmée par un arrêt de la troisième Chambre de la Cour de cassation rendu le 10 mai 2005. Cass. 3^e civ., 10 mai 2005, n^o de pourvoi : 03-19238, note Hugues KENFACK, « À la recherche des critères d'une promesse de vente qui ne vaut pas vente », *Revue Lamy Droit civil* 2006, n^o 23, p. 5. Cet arrêt n'est pas publié au Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation.

§ 2. LES INCERTITUDES DUES À LA VARIATION DU MOMENT DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ DISSOCIÉ DE LA FORMATION DU CONTRAT

269. Selon le principe posé à l'article 1583 du Code civil, le transfert de propriété est concomitant à la conclusion du contrat, bien que, dans la pratique, les dispositions de l'article 1583 du Code ne sont pas d'ordre public. D'une part, certaines dispositions du Code civil viennent tempérer ce principe en raison de la nature de la chose vendue. D'autre part, les parties contractantes peuvent également y déroger librement. Plus précisément, les parties peuvent retarder le transfert de propriété « en choisissant un événement autre que l'expression du consentement contractuel pour véhiculer des décisions d'abdication et d'acquisition »⁸⁰⁹. Il convient de noter que la disjonction entre le moment de la conclusion de la vente et celui du transfert de propriété n'empêche pas la vente de produire des obligations pour les parties⁸¹⁰. Il est alors tout à fait possible que la vente soit déjà obligatoire mais ne transfère pas encore la propriété⁸¹¹.

C'est pourquoi il est si difficile de déterminer le moment du transfert de propriété lorsque ce dernier est retardé, puisqu'il faut analyser tantôt la nature de la chose (A) tantôt la volonté des parties (B).

A. Le transfert de propriété dissocié de la formation du contrat en vertu de la nature de la chose

270. Le transfert de propriété doit supposer une chose existante et déterminée⁸¹². Si en matière de vente, l'objet du contrat n'est pas individualisé (1) ou n'existe pas encore (2), la propriété ne peut être transférée avant son individualisation ou son achèvement. Toutefois, même dans ces deux circonstances, le droit français a admis la possibilité du transfert de propriété anticipé.

⁸⁰⁹ Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF 2008, n° 180, p. 285.

⁸¹⁰ Cass. civ., 30 juin 1925, *DP.* 1927. 1. 29 ; Cass. com., 4 décembre 1957, *Bull. civ.* 1957, IV, n° 335 ; Cass. com., 25 novembre 1986, *Bull. civ.* 1986, IV, n° 222 ; Cass. com., 27 mai 1986, *Bull. civ.* 1986, IV, n° 107.

⁸¹¹ Cette possibilité est constatée par AUBRY et RAU, qui estiment que le transfert immédiat de propriété est de la nature de la vente et non de son essence. V. Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, D'après la méthode de Zachariae*, t. IV, 4^e éd., Paris, 1871, § 349, p. 340-343.

⁸¹² Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. III, Les biens*, par Maurice PICARD, 2^e éd., LGDJ 1952 n° 622, p. 630.

1. La vente de choses de genre

271. Le transfert de propriété différé dans la vente de choses de genre. Tout de suite après avoir posé le principe du transfert de propriété *solo consensu* à l'article 1583 du Code civil, des tempéraments du principe sont prévus par le même Code à l'article 1585 : « 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 ». En vertu du principe « *res perit domino* », selon lequel la charge des risques est liée à la propriété, dans la vente au poids, au compte ou à la mesure, le transfert de propriété est aussi retardé jusqu'au moment de la pesée, du comptage et du mesurage⁸¹³. Aujourd'hui, le retard du transfert de propriété dans la vente de choses de genre semble ne prêter à aucune discussion en droit français⁸¹⁴. En principe, cette règle s'applique à la fois aux biens meubles⁸¹⁵ et immeubles⁸¹⁶.

Cette divergence de dispositions entre ces deux articles trouve son origine dans l'opposition entre les choses de genre (choses fongibles) et les corps certains (choses non-fongibles)⁸¹⁷. Les choses sont fongibles du fait que, « n'étant déterminées que par leur nombre, leur poids ou leur mesure, [elles] peuvent être employées indifféremment l'une pour l'autre dans un paiement »⁸¹⁸. Pour cette catégorie de choses, leur individualisation fait défaut au moment de la conclusion du contrat de vente. Et puisque le droit de propriété ne peut s'exercer que sur un objet individualisé, dans la vente de

⁸¹³ Le Code civil oppose la vente en bloc à la vente au poids, au compte ou à la mesure. En vertu l'article 1586 du Code, « si les marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées ». Ainsi, dans la vente en bloc, la propriété de la chose vendue peut être transférée dès qu'on est convenu de la chose et du prix. Selon la doctrine, la vente en bloc « porte sur la totalité d'une marchandise existant dans un lieu désigné et délimité, moyennant un prix fixé à tant de francs pour une unité de mesure ». V. Jacques GHESTIN, Bernard DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ 1990, n° 545, p. 607.

⁸¹⁴ Néanmoins, à cause des ambiguïtés dans la rédaction de l'article 1585 du Code civil, au début du XIX^e siècle, la Cour de cassation en conclut que le pesage, le comptage ou le mesurage ne furent nécessaires que pour transférer les risques, mais pas pour le transfert de propriété. Jusqu'en 1860, dans un arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, un revirement de jurisprudence se profila. V. François GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D. chron* 1954, p. 176.

⁸¹⁵ Par exemple, Cass. com., 4 décembre 1957, *Bull. civ.* III, n° 335, *RTD. civ.* 1958, p. 266, obs. Jean CARBONNIER, *RTD. com.* 1958, p. 364, obs. Jean HÉMARD.

⁸¹⁶ Par exemple, Cass. req., 24 avril 1929, *DH.* 1929, 283 ; Jérôme HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, sous dir. Jacques GHESTIN, 2^e éd., LGDJ 2001, n° 11209, p. 183.

⁸¹⁷ Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français, La vente, le louage des choses*, tome XI, 2^e éd., publiée par Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paris et Rousseau, n° 159, p. 115, spéc. note n° 2.

⁸¹⁸ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*. V. Les choses fongibles.

choses de genre, le transfert de propriété est subordonné naturellement à l'individualisation⁸¹⁹.

272. Les moyens d'individualisation. La vente de choses de genre se rencontre souvent en matière commerciale. En pratique, afin de connaître le moment précis du transfert de propriété, il est important de déterminer en quoi consiste l'individualisation. Généralement l'individualisation doit consister en une identification physique des choses fongibles, réalisée soit par le vendeur seul, soit par les deux parties. En d'autres termes, il faut que les choses vendues soient séparées des autres choses qui sont semblables. Par exemple, pour une meilleure identification, il faut que ces choses soient isolées et marquées d'une façon définitive et irrévocable. En appliquant l'article 1585 du Code civil, l'individualisation peut être réalisée par mesurage. En effet, il peut s'agir d'une vente à la mesure lorsqu'elle a pour objet une certaine quantité de marchandises à prendre dans un lieu déterminé qui en renferme une quantité plus grande⁸²⁰. Le transfert de propriété s'opère lorsqu'elles sont pesées, comptées ou mesurées. En même temps, il faut prendre soin de signaler que l'individualisation par mesurage suppose parfois que les quantités de marchandises mesurées doivent être livrées immédiatement à l'acheteur ou doivent être séparées du reste du lot appartenant au vendeur⁸²¹.

273. Le transfert de propriété anticipé. Toutefois, le comptage ou le mesurage n'est pas le seul précédé d'individualisation dans le cas de marchandises vendues au poids, au compte ou à la mesure. La jurisprudence admet que les parties peuvent déroger à l'article 1585 du Code civil à condition qu'elles prévoient d'autres procédés d'individualisation dans le contrat. Par exemple, en vertu de la volonté des parties et ce, avant le mesurage, si la marchandise est déjà déposée isolément dans un lieu, ou revêtue d'une marque distinctive, l'individualisation peut être considérée comme effectuée. À titre d'exemple, selon un arrêt rendu par la chambre des requêtes de la Cour de

⁸¹⁹ Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français, La vente, le louage des choses*, tome XI, 2^e éd., publiée par Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paris et Rousseau, n° 159, p. 115, spéc. note n° 2 ; François GORÉ, « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D. chron* 1954.175 ; Alain BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., LGDJ & Lextenso, 2013, n° 206, p. 98.

⁸²⁰ Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français, La vente, le louage des choses*, tome XI, 2^e éd., publiée par Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paris et Rousseau, n° 161, p. 117.

⁸²¹ Dans un ancien arrêt en date du 31 décembre 1894, la Cour de cassation a considéré : pour que l'individualisation d'une marchandise, restée aux mains de la personne qui l'a vendue, opère le transfert de propriété, il faut une livraison effective. En d'autres termes, dans les ventes de choses fongibles, la propriété n'est transférée à l'acheteur que lorsque la marchandise est sortie des magasins du vendeur et a été remise au voiturier. V. Cass. civ., 31 décembre 1894, *DP*.1895.1.409, note Edmond THALLER. L'arrêt cité par François GORÉ, « Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer », *RTD. civ.* 1947, p. 168.

cassation, il appartient aux tribunaux d'apprécier si les parties n'ont pas entendu déroger à l'article 1585 du Code civil⁸²². En effet, la Cour de cassation a reconnu que la vente avait été parfaite par la réception des marchandises à une gare d'expédition. Dès l'instant où le procédé d'individualisation prévu par les parties a été réalisé, l'acheteur en est devenu propriétaire.

Ainsi, en matière de vente de choses de genre, afin de préciser le moment du transfert de propriété, le principe est que la propriété de la chose vendue est transférée au moment de l'individualisation, sans oublier toutefois la volonté des parties qui peuvent prévoir conventionnellement leur procédé d'individualisation.

2. La vente des choses futures

274. Par application de l'article 1130 du Code civil énonçant que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation, la vente peut avoir pour objet une chose future. Néanmoins, il paraît absurde de transférer la propriété d'une chose qui n'existe pas encore. Bien que la vente d'une chose future soit formée dès l'accord sur la chose et sur le prix, le transfert de propriété doit alors être retardé jusqu'à ce que cette chose soit existante. Il convient de noter ici qu'en droit français, le moment du transfert de propriété varie selon que l'objet de la vente des choses futures est un meuble à fabriquer ou un immeuble à construire.

275. Dans la vente de meubles à fabriquer. Dans une vente de meubles à fabriquer, en principe, la propriété est transférée à l'acquéreur au moment où la fabrication est terminée⁸²³ et par le seul fait que la chose soit parvenue en état d'être livrée⁸²⁴. Cette solution se réfère à l'article 1138 du Code civil, selon lequel la propriété est transférée « dès l'instant où la chose a dû être livrée, encore que la tradition n'en ai point été faite [...] ». Suivant cette logique, dans la vente des choses futures, le transfert de propriété ne peut pas être retardé au moment de la livraison, mais uniquement au moment où la chose « a dû être livrée ». Cette solution différencie la vente des choses futures du contrat d'entreprise. Dans ce dernier contrat, le transfert de propriété ne s'opère qu'au

⁸²² Cass. req., 7 avril 1908, *DP.* 1908, 1.397.

⁸²³ CP, Paris, 24 mai 1944, *JCP* 1945. II. 2742. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Paris a fixé le moment du transfert de propriété dès avant la livraison et au moment où la fabrication a pris fin. Selon les juges, la livraison de la chose n'est qu'un « simple fait qui n'intéresse que la possession de celle-ci ».

⁸²⁴ Cass. 1^{re} civ., 1^{er}, août 1950, *Bull. civ.* I, n° 184, *S.* 1951, 1, p. 100.

moment de la livraison effective⁸²⁵. En même temps, il ne faut pas perdre de vue les contraintes qui découlent de l'article 1585 du Code civil. Si une vente de meubles à fabriquer peut être qualifiée d'une vente de choses de genre, tel est le cas des fabrications en série, le transfert de propriété n'intervient pas lors de l'achèvement de choses à fabriquer, mais lors de l'individualisation.

276. En cas de vente d'immeuble à construire. Par contre, dans une vente d'immeuble à construire, le transfert de propriété relève de règles bien spécifiques. Le moment du transfert peut non seulement être reporté, mais aussi être avancé selon qu'une telle vente est conclue « à terme » ou « en l'état futur d'achèvement ». La propriété d'un immeuble à construire peut être transférée tardivement lorsque la vente est une vente à terme. Aux termes de l'article 1601-2 du Code civil, dans cette circonstance, le transfert de propriété « s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente ». Dans le cas contraire, le transfert de propriété est avancé⁸²⁶. Selon le premier alinéa de l'article 1601-3 du Code civil, dans la vente en l'état futur d'achèvement, « le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution [...] ». Cela signifie alors que l'acquéreur peut devenir propriétaire des constructions au fur et à mesure de l'édification avant l'achèvement total des travaux.

Ainsi, la nature des choses vendue peut imposer une dissociation entre l'accord de volontés et la transmission de la propriété. De même, après la conclusion du contrat de vente, les contractants peuvent également aménager conventionnellement le moment du transfert de propriété en le soumettant à la réalisation de certains événements.

B. Le transfert de propriété aménagé par la volonté des parties

277. Le principe selon lequel le transfert de propriété s'opère dès l'échange des consentements des parties n'est pas d'ordre public. Il est en effet permis aux parties de

⁸²⁵ Jérôme HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, sous dir. Jacques GHESTIN, 2^e éd., LGDJ 2001, n° 11210, p. 185. Dans le sens contraire, V. Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. III, Les biens*, par Maurice PICARD, 2^e éd., LGDJ 1952, n° 622, p. 631.

⁸²⁶ Alain BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd. 2013, LGDJ & Lextenso, n° 207, p. 99.

l'écarter librement⁸²⁷. Autrement dit, il leur est loisible d'aménager dans le contrat de vente le moment du transfert de propriété, en le subordonnant à la réalisation de certains événements. La propriété peut donc être transférée après la conclusion de la vente. Par exemple, en fonction de la volonté des parties, le transfert de propriété peut s'opérer au moment de la signature de l'acte authentique, de l'entrée de l'acheteur en possession de la chose vendue, du paiement intégral du prix de la vente, de l'obtention d'un prêt ou la délivrance d'une autorisation administrative, ou encore à une date précise convenue entre elles. En pratique, ces tempéraments au principe du transfert de propriété instantané se sont considérablement développés, à tel point que les auteurs commencent à envisager la remise en cause du principe⁸²⁸. Cependant, il convient de signaler que cette tendance à retarder volontairement le transfert de propriété se développe « sur des bases théoriques mal contrôlées »⁸²⁹, ce qui a fait naître une importante difficulté. En effet, il est difficile de préciser le moment exact du transfert de propriété ou même de savoir si le transfert peut s'effectuer, tout dépendant alors de la volonté des parties. La recherche dans l'intention commune des parties n'est d'ailleurs pas toujours facile, d'autant plus que toutes les stipulations de la vente sont en général équivoques et de surcroît peu précises. Devant cette difficulté, la qualification de ces événements devient alors primordiale car elle peut permettre à l'acquéreur de connaître le moment précis du transfert de propriété.

278. Ainsi, afin de déterminer le moment exact du transfert de propriété, il est nécessaire d'examiner les divers événements auxquels le transfert de propriété est soumis. Ils peuvent être soit extrinsèques aux volontés des parties (1), soit intrinsèques⁸³⁰ (2).

1. Le transfert de propriété lié à des événements extrinsèques aux volontés des parties

279. **Les analyses des événements extrinsèques auxquels le transfert de propriété est soumis.** Le transfert de propriété peut être subordonné à la réalisation d'un événement

⁸²⁷ Cass. 1^{re} civ., 24 janvier 1984, *Bull. civ.* 1984, I, n° 31. La Cour de cassation a clairement énoncé que les dispositions relatives au moment du transfert de propriété de la chose vendue prévues par l'article 1583 du Code civil ne sont pas d'ordre public, et que les parties peuvent y déroger librement.

⁸²⁸ Par exemple, V. Philippe Malaurie, Rapport de synthèse du colloque « Faut-il retarder le transfert de propriété ? », *Cah. dr. entreprise JCP* 1995, éd. E, supplément n° 5, p. 51 ; Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, « Réflexion sur le transfert différé de la propriété immobilière », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz, 1985, p. 733 et s.

⁸²⁹ François COLLART-DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 191, p. 184.

⁸³⁰ V. Olivier TOURNAFOND, observation sous Cass. 3^e civ., 20 décembre 1994 : pourvoi n° 92-20878, *Bull. civ.* 1994, III, n° 229, *D.* 1996, somm., p. 9.

futur mais extérieur à la volonté des parties. Cet événement peut être certain ou hypothétique, mais sa survenance est indépendante du pouvoir du vendeur et de l'acheteur. Par exemple, les parties peuvent convenir de reporter le transfert de propriété jusqu'à l'arrivée de telle date, à l'obtention d'un prêt, à la délivrance d'un permis de construire ou d'une autorisation administrative, ou encore à l'absence d'exercice du droit de préemption par son titulaire. Dans l'hypothèse où les parties ont fixé une date ultérieure pour le transfert de propriété, l'arrivée de la date prévue ne dépend de la volonté de personne. De cette manière, il est certain qu'à cette date précise l'acheteur devient propriétaire.

Par ailleurs, il peut arriver que les parties se soient mises d'accord afin de soumettre le transfert de propriété à la survenance d'événements tels que la délivrance d'une autorisation administrative ou l'exercice par son titulaire du droit de préemption. Dans ces cas de figure, comme ces événements ne dépendent pas de la volonté des parties contractantes, leur survenance est donc incertaine. Autrement dit, ces événements auxquels le transfert de propriété est subordonné peuvent ne jamais se réaliser. Corollairement, la réalisation du transfert de propriété, lié à la survenance de ces événements susvisés et incertains, devient par conséquent également incertaine. En fait, ce n'est que lorsque l'acheteur obtient une autorisation administrative ou une offre de prêt, ou lorsque le titulaire d'un droit de préemption renonce à exercer son droit, que la propriété peut être transférée du vendeur à l'acheteur. Dans les cas contraires, le transfert de propriété ne pourra avoir lieu.

280. Les qualifications de ces événements. En principe, le pouvoir des parties doit être exclu du domaine de la condition et du terme⁸³¹. Il en résulte que seuls les événements extrinsèques à la volonté des parties sont susceptibles d'être qualifiés de terme ou de condition. C'est la certitude de la survenance de ces événements qui permet de différencier le terme de la condition. Certains événements peuvent être érigés en terme suspensif dans la mesure où leur survenance est certaine et inéluctable. Une vente dont le transfert de propriété est reporté jusqu'à l'arrivée d'une date fixée est une vente à terme suspensif. En revanche, si la survenance d'un événement dont dépend le transfert de propriété est hypothétique, il peut être qualifié de condition suspensive. À cet égard, l'obtention d'un prêt, la délivrance d'une autorisation administrative et l'exercice par son titulaire du droit de préemption sont relégués au rang de condition suspensive.

⁸³¹ Anouk BORIES, « Condition, terme et potestativité, À propos d'une promesse unilatérale d'achat », note sous Cass. 1^{re} civ., 13 juillet 2004 : *Juris-Data* n° 2004-024667 ; *Bull. civ.* 2004, I, n° 204, *D.*2005. *jurispr.*, p. 1009.

281. Déterminer le moment du transfert de propriété. Une fois que les parties subordonnent le transfert de propriété à l'échéance d'un terme suspensif ou à la réalisation d'une condition suspensive, une analyse sur les effets de ces deux techniques juridiques permet de connaître le moment précis du transfert. Dans une vente assortie d'un terme suspensif, le vendeur reste propriétaire jusqu'à l'échéance du terme. Il faut noter que le terme n'a aucun effet rétroactif. L'acquéreur ne peut devenir propriétaire qu'après l'échéance du terme, mais jamais auparavant. En ce qui concerne la condition suspensive, le moment du transfert de propriété peut être différent en fonction de l'effet spécifique de la condition. La présence d'une condition suspensive dans un contrat de vente suspend l'effet translatif. Autrement dit, le transfert de propriété s'effectue dès lors que cette condition se réalise. D'ailleurs, tant que la condition est pendante, le vendeur demeure propriétaire. Si la condition ne se réalise pas, par exemple en cas de refus de délivrance d'une autorisation administrative, le transfert de propriété n'aura pas lieu. Quand la condition survient, puisque la condition accomplie a un effet rétroactif, le transfert de propriété est censé avoir eu lieu « au jour auquel l'engagement a été contracté »⁸³². Ainsi, lorsque la condition suspensive est réalisée, l'acquéreur est réputé rétroactivement propriétaire depuis le jour où le contrat de vente a été conclu et non à la date de réalisation de la condition. Cependant, la jurisprudence réserve la faculté aux parties de renoncer à la rétroactivité découlant de la réalisation de la condition suspensive⁸³³.

282. Toutes ces analyses montrent que les parties peuvent librement aménager le moment du transfert de propriété et le subordonner à la survenance d'événements extérieurs à leur volonté. Puisque ces derniers peuvent être érigés soit en terme, soit en condition suspensive, le moment du transfert de propriété peut également être prévu. Mais cela n'est malheureusement plus le cas si le transfert de propriété est soumis à la réalisation d'événements intrinsèques à la volonté des parties à la vente.

2. Le transfert de propriété lié à des événements intrinsèques aux volontés des parties

283. Le transfert de propriété soumis à l'exécution de certaines obligations des contractants. Les parties peuvent aussi entendre subordonner le transfert de propriété à la survenance d'événements dépendants de la volonté ultérieure des parties. La jurisprudence admet la subordination du transfert de propriété à l'exécution d'une

⁸³² L'article 1179 du Code civil.

⁸³³ Cass. 1^{re} civ., 30 avril 1970, JCP 1971.II. 16674, note Lucien MOURGEON.

obligation consécutive à la vente⁸³⁴. Par exemple, en vertu d'une stipulation intégrée au contrat de vente, le vendeur peut conserver la propriété jusqu'au paiement complet du prix par l'acheteur. Il s'agit d'une clause de réserve de propriété qui a pour but de protéger le vendeur contre le défaut de paiement du prix⁸³⁵. Selon l'article 1650 du Code civil, payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente est la principale obligation de l'acheteur. On peut donc considérer que le transfert de propriété est en réalité lié à l'exécution de la principale obligation à la charge de l'acheteur, c'est-à-dire à la bonne volonté de celui-ci⁸³⁶. Si l'acheteur ne s'acquitte pas de son obligation de payer le prix, le vendeur peut reprendre la chose qui lui appartient toujours. Il en est de même, dans la vente d'un bien immobilier : les parties peuvent prévoir que le transfert de propriété ne se réalise que par la réitération des consentements dans un acte authentique. Par ce contrat de vente, les deux contractants sont tenus de l'obligation de signer l'acte authentique. En l'occurrence, le transfert de propriété n'est donc pas indépendant de la volonté de chacune des parties à cette obligation. En pratique, cette situation est très fréquente. En outre, la jurisprudence a également admis que les parties pouvaient convenir de soumettre le transfert de propriété à la livraison⁸³⁷. Étant considérée par certains auteurs comme une des obligations essentielles du vendeur⁸³⁸, la livraison nécessite aussi la volonté d'une partie contractante. Dans toutes ces situations ainsi analysées, les événements, auxquels le transfert de propriété est subordonné, constituent en effet l'exécution d'une obligation susceptible d'inexécution. Il se peut que le transfert de propriété coïncide avec l'exécution de certaines obligations. Mais il est aussi possible que le transfert ne s'effectuera jamais. Tel est le cas de l'absence du transfert de propriété pour cause de défaut de paiement complet, situation prévue par la

⁸³⁴ V. aussi. Cass. 3^e civ., 30 novembre 1988, *Bull. civ.* 1988, III, n° 173. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a censuré la décision de la Cour d'appel de Paris en date du 28 avril 1987, tout en considérant que « la subordination du transfert de propriété à l'exécution d'une obligation consécutive à la vente ne peut affecter l'existence de celle-ci ».

⁸³⁵ Les articles 2367 à 2372 du Code civil définissent la clause de réserve de propriété et en fixent le régime.

⁸³⁶ Selon Monsieur GHESTIN, le paiement dans la clause de réserve de propriété « ne désigne pas un événement de réalisation incertaine et extérieur à la volonté des parties ». V. Jacques GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981.chron., n° 14, p. 5.

⁸³⁷ Cass. civ., 8 juin 1904, *D.P.*1904.1.455. Cet arrêt a admis que les parties pouvaient, par une convention particulière, laisser les risques à la charge du vendeur jusqu'à la livraison. En appliquant la maxime *res perit domino*, en droit français, le transfert des risques est associé traditionnellement au transfert de propriété ; Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1995, *Bull.civ.* 1995, I, n° 305, *D.* 1995, IR 200. Dans cette affaire, le vendeur et l'acheteur d'un navire ont entendu différer le transfert de propriété à la date fixée pour la livraison.

⁸³⁸ Par exemple, Hugues KENFACK, note sous Cass. 3^e civ., 10 mai 2005, « À la recherche des critères d'une promesse de vente qui ne vaut pas vente », *Revue Lamy Droit civil* 2006, n° 23, p. 5.

clause de réserve de propriété. Cependant, la question relative à la qualification adéquate de ces événements provoque des incertitudes et des hésitations.

284. Les qualifications proposées. Pour certains auteurs, l'exécution d'une obligation ne peut être qualifiée de condition suspensive. La condition est un événement futur et incertain. Si les parties considèrent l'exécution d'une obligation comme élément incertain, cela signifie que dès la conclusion du contrat de vente, les contractants ont déjà envisagé une inexécution éventuelle de telle obligation⁸³⁹. C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine préconise qu'« on ne peut qualifier de conditionnelle l'exécution d'une obligation, sans contredire son caractère obligatoire »⁸⁴⁰. Néanmoins, la jurisprudence n'hésite pas à considérer la clause de réalisation d'une vente par acte authentique comme une modalité du transfert de propriété⁸⁴¹. En outre, de nombreux arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation autorisent à qualifier la vente assortie d'une clause de réserve de propriété de vente sous condition suspensive de paiement du prix⁸⁴². Selon cette qualification, l'exécution de l'obligation de payer le prix à laquelle le transfert de propriété est subordonné témoigne de la réalisation de cette condition suspensive. Grâce à l'effet rétroactif de la condition suspensive accomplie, la propriété peut être réputée transférée dès la conclusion du contrat de vente, sous réserve de toute stipulation contraire. Afin d'éviter un tel embarras, certains auteurs soutiennent une autre approche : puisque le transfert de propriété est reporté par la volonté réciproque des parties à la vente, c'est cette volonté qui doit être qualifiée de modalité *sui generis* de l'effet translatif du contrat de vente⁸⁴³. Cependant, une certaine incertitude entoure cette qualification lorsqu'il s'agit de préciser le moment du transfert de propriété. En fait, puisque l'on ne sait pas si cette modalité *sui generis* comporte oui ou non un effet rétroactif, elle n'apporte guère plus d'éclaircissements pour déterminer quand la propriété peut être réputée transférée à l'acquéreur. Une proposition concernant la vente à terme est alors envisagée par la doctrine.

⁸³⁹ Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Yvonne FLOUR, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8^e éd., Sirey, 2013, n° 293, p. 284.

⁸⁴⁰ Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, « Le rôle de l'acte authentique dans la vente immobilière », *Rev. Droit immob.*, 1989, p. 150.

⁸⁴¹ Cass. 3^e civ., 2 mai 1968 : *Bull. civ.* 1968, III, n° 182 ; Cass. 3^e civ., 11 juin 1980, *D* 1981, IR. 12.

⁸⁴² Par exemple, Cass. com., 20 novembre 1979, *Bull. civ.* 1979, IV, n° 300, *D* 1980, IR. 571, obs., Bernard AUDIT ; *JCP.* 1981.II 19615, note Jacques GHESTIN ; Cass. com., 1^{er} octobre 1985, *Bull. civ.* 1985, IV, n° 222, *D* 1986, IR. 169 et s., obs., Fernand DERRIDA, *D* 1986 . *jurispr.*, p. 246, note Michel CABRILLAC ; Versailles, 13^e ch., 20 mai 1987, *D* 1988, *somm.*, 8, obs. Fernand DERRIDA.

⁸⁴³ V. *supra*. n° 219.

285. La vente à terme. En pratique, lorsque le transfert de propriété est subordonné à l'exécution d'une obligation, les parties assortissent souvent cette obligation d'un terme suspensif. Défini comme un événement futur et certain dont dépend l'exigibilité de l'obligation⁸⁴⁴, l'obligation en question peut comporter un terme suspensif. La vente est en effet une vente à terme. En fait, dans cette hypothèse, ce n'est pas le transfert de propriété qui est affecté d'un terme, mais c'est cette obligation à laquelle le transfert est subordonné qui est assortie d'un terme suspensif. À l'échéance de ce terme, l'obligation est exigible, son exécution entraînant automatiquement le transfert de propriété sans effet rétroactif. Si le débiteur n'exécute pas son obligation à terme, le créancier est autorisé à en demander l'exécution forcée⁸⁴⁵ afin de réaliser le transfert de propriété. Ce point de vue est soutenu par de nombreux auteurs⁸⁴⁶.

286. Ainsi, l'application du principe du transfert de propriété *solo consensu*, principe apparemment simple, peut s'avérer complexe lorsqu'il s'agit de déterminer le moment du transfert de propriété. Cette complexité réside dans le fait que le processus vers la rencontre des consentements se complique, en particulier dans la vente immobilière. Ceci est d'autant plus vrai que le droit français autorise les parties à la vente à aménager à leur gré le moment du transfert de propriété. De surcroît, en fonction de la qualification des événements auxquels le transfert de propriété est soumis, le moment de la transmission de propriété varie également. Mais contrairement au système français, la détermination du moment du transfert de propriété en droit chinois est beaucoup plus certaine. En effet, le transfert de propriété en droit chinois s'opère sitôt après sa publicité et l'influence de la volonté des parties sont complètement exclue.

En sus de cette certitude quant à la détermination du moment du transfert de propriété, le mécanisme chinois du transfert de propriété permet également d'éclaircir le mécanisme de la garantie d'éviction.

⁸⁴⁴ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz 2013, n° 1199, p. 1247.

⁸⁴⁵ En ce qui concerne l'exécution forcée de l'obligation de livraison, V. Cass. req., 7 février 1922, *Gaz. Pal.*, 1922. I. 214 ; Grenoble, 12 octobre 1920, DP.1920.2.43 ; Trib. civ. Seine, 20 mai 1958, JCP., 1958.II.10826, note. André JOLY. Quant à l'exécution forcée d'une réitération de la vente en la forme authentique, V. Cass. 3^e civ., 5 janvier 1983, *D.* 1983 . *jurispr.*, p. 617, Patrice JOURDAIN.

⁸⁴⁶ Alain BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., LGDJ & Lextenso, 2013, n° 209, p. 100 ; François COLLART-DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 200, p. 189 ; Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, « Le rôle de l'acte authentique dans la vente immobilière », *Rev. Droit immob.*, 1989, p. 147 ; Céline BLOUD -REY, *Le terme dans le contrat*, P U Aix Marseille, 2003.

SECTION II.

L'ÉCLAIRCISSEMENT DU MÉCANISME DE LA GARANTIE D'ÉVICTION

287. L'analyse des avantages apportés au système de la garantie d'éviction par le mécanisme chinois du transfert de propriété, implique un aperçu au moins sommaire de cette garantie consacrée respectivement par les droits français et chinois.
288. **La garantie d'éviction, règle de bon sens en matière de vente.** En pratique, il arrive parfois, voire fréquemment, que l'acheteur soit privé de sa jouissance paisible sur la chose vendue en subissant un trouble dont l'existence est antérieure à la vente. Dans ce cas de figure, une action en garantie d'éviction contre le vendeur peut alors être ouverte. L'acheteur évincé peut par conséquent demander la restitution du prix, et même l'octroi de dommages et intérêts. En fait, la garantie d'éviction dérive du caractère onéreux de la vente⁸⁴⁷. L'acheteur a payé le prix afin de devenir propriétaire de la chose vendue et de pouvoir en jouir paisiblement. En contrepartie, non seulement le vendeur doit fournir une prestation équivalente (c'est en vertu de la nature synallagmatique du contrat de vente), mais aussi éviter toute atteinte éventuelle à l'équité entre sa prestation et celle de l'acheteur. La garantie d'éviction est une vieille institution et remonte au droit romain.

Dans la conception romaine du contrat de vente, la vente n'avait pas vocation à réaliser directement le transfert de propriété et le vendeur n'était pas tenu à l'obligation de transférer la propriété⁸⁴⁸. L'obligation principale de celui-ci consistait alors à procurer la possession paisible et utile de la chose vendue (c'est-à-dire la *vacua possessio*) à l'acheteur. En même temps, le vendeur était tenu de prévoir une possibilité d'éviction et de répondre aux conséquences dans le cas où l'éviction surviendrait. C'était donc dans la garantie d'éviction du vendeur que résidait la protection de l'acquéreur contre les troubles de jouissance sur la chose vendue, et sa défense contre les tiers qui étaient susceptibles de l'attaquer. Dès lors, il apparaît qu'à l'origine, la garantie d'éviction avait pour corollaire les engagements du vendeur envers l'acheteur. Ainsi, cette garantie en droit romain trouvait son fondement dans l'obligation du vendeur : celle de procurer la possession paisible de la chose vendue. Quant à son objet, il correspondait alors à la *vacua possessio*, l'objet même de ladite obligation. On

⁸⁴⁷ Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Jean BRETHER DE LA GRESSAYE, *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, le louage des choses*, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n°185, p. 138.

⁸⁴⁸ V. *supra*. n° 23-24.

comprend donc que c'est l'origine romaine de la garantie d'éviction qui a inspiré les systèmes des pays de droit continental, notamment le droit français.

289. La garantie d'éviction consacrée par le Code civil français. En droit français, aux termes de l'article 1603 du Code civil, « le vendeur a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend ». En ce qui concerne cette deuxième obligation principale du vendeur, l'article 1625 du même Code énonce que « [l]a garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires ». Évidemment, le premier de ces deux objets mentionnés est réservé à la garantie d'éviction⁸⁴⁹. En droit français où il est soumis à un régime spécifique distinct du droit commun des contrats, le système de la garantie d'éviction revêt un caractère autonome.

290. L'autonomie du système de garantie d'éviction. En droit français, par la garantie d'éviction, on entend d'abord une interdiction et ensuite une protection. D'une part, la règle selon laquelle « qui doit garantir ne peut évincer » impose au vendeur l'obligation de n'accomplir aucun acte qui troublerait l'acquéreur dans l'exercice du droit qu'il a acquis. Il s'agit là de la garantie du fait personnel du vendeur qui lui interdit à la fois les troubles de fait et les troubles de droit à l'encontre de l'acquéreur. D'autre part, le vendeur est également tenu de protéger l'acheteur contre les troubles émanant des tiers. Contrairement à l'interdiction, le premier aspect de cette garantie, cette protection porte uniquement sur les troubles de droit et les charges prétendues sur le bien vendu, et non déclarées lors de la vente⁸⁵⁰. Lorsque l'acquéreur est évincé, la garantie du vendeur est engagée et donc les diverses sanctions spécifiquement prévues par les articles 1630 à 1637 sont applicables. Ce faisant, des sanctions de l'inexécution du contrat fondées sur le droit commun des contrats sont par principe écartées, mais elles ne le sont pas

⁸⁴⁹ Les rédacteurs du Code civil ont régleménté la garantie d'éviction dans les articles 1626 à 1640.

⁸⁵⁰ V. l'article 1626 du Code civil qui dispose que « [q]uoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente ».

toutes⁸⁵¹ : il est toujours possible pour l'acquéreur évincé d'agir sur le fondement du droit commun et de recourir aux différents remèdes à l'inexécution du contrat⁸⁵².

291. La garantie d'éviction en droit chinois. Par rapport au système français, le droit chinois a consacré un système différent de la garantie d'éviction. La particularité du système chinois se manifeste essentiellement sur deux points. Plus précisément, la garantie d'éviction en droit chinois est soumise au régime qui participe du droit commun des contrats. En outre, elle est fondée sur une obligation unique de conformité. L'analyse du système chinois commencera de ce fait par celle des obligations essentielles du vendeur.

292. Les obligations essentielles incombant au vendeur en droit chinois. En vertu de l'article 135 de la Loi chinoise relative aux contrats, « le vendeur s'engage à livrer la chose vendue ou à fournir à l'acheteur tous les documents requis afin d'en prendre livraison et à lui procurer la propriété ». De la règle ainsi posée, il ressort que le vendeur a deux obligations essentielles : l'une concerne la livraison et l'autre le transfert de propriété. Il faut signaler ici qu'en droit chinois, malgré le silence du législateur chinois, la livraison revêt une dimension purement matérielle : il s'agit d'un acte matériel permettant à l'acheteur d'entrer en possession de la chose vendue. À signaler ici que ces deux obligations du vendeur doivent être interprétées de deux manières. D'abord d'une manière positive, en ce que le vendeur est tenu d'accomplir tout acte nécessaire pour permettre à l'acheteur d'entrer en possession de la chose et d'en devenir le propriétaire. De manière négative ensuite, dans le sens où, pour que le vendeur s'acquitte de ses engagements ainsi présentés, il doit aussi s'abstenir d'actes de nature à apporter directement ou indirectement un trouble à la possession paisible de l'acquéreur et à la propriété portant sur la chose vendue. En même temps, le vendeur est tenu de préserver l'acheteur contre tout défaut affectant la chose. Il s'agit là d'une autre obligation du vendeur.

⁸⁵¹ Par exemple, en vertu de l'article 1630 du Code civil, « [l]es autres questions auxquelles peuvent donner lieu les dommages et intérêts résultant pour l'acquéreur de l'inexécution de la vente doivent être décidées suivant les règles générales établies au titre "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général" ». De plus, si on admet que l'éviction subie par l'acquéreur est traduite par l'inobservation d'une des obligations principales du vendeur, au sens de l'article 1603 du Code civil, la garantie doit obéir aux règles en droit commun des contrats.

⁸⁵² Par exemple, il peut invoquer l'exception d'inexécution ou tenter une action résolutoire ainsi qu'une action en nullité pour erreur ou pour dol. V. Catherine HOCHART, *La garantie d'éviction dans la vente*, thèse Paris, LGDJ 1993. L'auteur a consacré la deuxième partie de cette thèse à la corrélation entre la garantie d'éviction et le droit commun des contrats.

293. L'obligation unique de garantie contre les défauts de la chose vendue (dite aussi obligation de conformité). S'inspirant des dispositions du BGB⁸⁵³, la doctrine chinoise estime que la chose procurée par le vendeur à l'acheteur doit être exempte de tout défaut, faute de quoi, « l'objectif de l'acheteur initialement prévu lors de la conclusion de la vente ne peut être atteint »⁸⁵⁴. Le vendeur doit par suite garantir l'acheteur à cet égard. Les défauts peuvent être tant matériels⁸⁵⁵ que juridiques⁸⁵⁶. Cette obligation du vendeur a été également consacrée par la Convention de Vienne du 11 avril 1980 (CVIM) sous la forme d'une obligation de conformité par laquelle le vendeur est tenu de garantir la conformité matérielle et l'intégrité juridique de la chose vendue⁸⁵⁷. Dès lors, à la différence du droit français qui distingue l'obligation de garantie contre les vices cachés, de celle de garantie contre l'éviction et l'obligation de conformité⁸⁵⁸, le système chinois pour sa part les regroupe au sein d'une obligation unique de conformité incombant au vendeur. Quant aux définitions de ces défauts, le législateur chinois n'a malheureusement pas donné de précisions relatives au défaut matériel⁸⁵⁹. Mais tel n'est

⁸⁵³ Aux termes du § 433 (1) du BGB, « Le vendeur doit procurer à l'acheteur une chose exempte de défauts matériels et de défauts juridiques ». Ces deux catégories de défauts sont définies par des dispositions énoncées respectivement aux § 434 et § 435 du même Code. Cependant, avant la loi allemande du 26 novembre 2001 ayant pour l'objet de réformer le droit commun des obligations et les règles sur la prescription en Allemagne, la garantie du vendeur, en particulier, la garantie contre des défauts matériels de la chose vendue est distincte de l'inexécution du contrat de la part du vendeur et constitue donc une institution autonome. Ainsi, professeur Larenz a estimé que « [...] *Nichterfüllung der Leistungspflicht und Gewährleistung für Sachmängel sind zweierlei* ». V. Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband I, Besonderer Teil*, 13^e Auflage, Verlag C. H. Beck, 1986, § 41 II, p. 68.

⁸⁵⁴ V. JianYuan CUI, *Théories générales concernant la nouvelle loi relative aux contrats et Analyses de certains arrêts*, Édition de l'université de Jilin, éd., 1999, tome II, p. 937 et s.

⁸⁵⁵ En chinois, Wù de xiáocǐ.

⁸⁵⁶ En chinois, Quánlì de xiáocǐ.

⁸⁵⁷ V. Eddy LAMAZEROLLES, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, thèse Poitiers, LGDJ 2003, n° 218 et s, p. 208 et s.

⁸⁵⁸ Par l'ordonnance du 17 février 2005, la Directive 1999/44 du 25 mai 1999 est transposée en France dans le Code de la consommation. Depuis, une garantie légale de conformité dans la vente au consommateur est réglementée par l'article L. 211-1 et s. du même Code. En outre, une obligation de délivrance conforme relevant du droit commun des contrats est dégagée par la jurisprudence française. V. par exemple, Cass. 3^e civ., 19 déc. 1978, *D.* 1979, *I.R.*, p. 22, obs. Philippe LANGLOIS ; *Rev. dr. immob.* 1980, p. 177, obs. Jean-Claude GROSLIÈRE et Philippe JESTAZ ; Cass. 3^e civ., 4 janv. 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 1, *Somm.* 214 ; Cass. 3^e civ., 12 juin 1979, *Bull. civ.* III, n° 127, p. 96 ; Cass. 3^e civ., 20 fév. 1979, *D.* 1979, *I.R.*, p. 521 ; *Rev. dr. immob.* 1979, p. 479 ; Cass. com., 14 octobre 2008, *Bull. civ.* IV, n° 172, *D.* 2009, p. 412, note Claire OGIER ; Cass. 1^{er} civ., 7 mai 2008, *Bull. civ.* 2008, I, n° 128, *RDC* 2008, p. 1172, note Geneviève VINEY.

⁸⁵⁹ Cependant, au sens de la Loi chinoise relative aux contrats, les défauts matériels sont ceux affectant la qualité de la chose. Selon cette Loi, la qualité de la chose à vendre doit correspondre soit à la stipulation prévue dans le contrat ; soit à certaine norme légale ou à l'usage habituel sur lequel l'acheteur peut compter. Par exemple, aux termes de l'article 153 de cette Loi, « le vendeur s'engage à livrer la chose dont la qualité doit être conforme aux critères convenus au contrat [...] ». Si la qualité de la chose vendue

.../...

pas le cas pour les défauts juridiques. Puisque la garantie du vendeur contre les défauts matériels ne relève pas de la présente étude, nous nous concentrerons alors uniquement sur la garantie contre les défauts juridiques.

294. La garantie contre les défauts juridiques du vendeur consacré par la Loi chinoise relative aux contrats. Aux termes de l'article 150 de la Loi chinoise relative aux contrats, « le vendeur doit livrer la chose libre de tout droit ou prétention que les tiers peuvent faire valoir contre l'acheteur, sous réserve des dispositions contraires prévues par la loi ». De cette disposition, une définition de défauts juridiques se dégage : le défaut juridique désigne en effet les droits et prétentions des tiers au contrat de vente sur la chose aliénée à l'acquéreur, y compris les charges non déclarées au moment de la conclusion de la vente⁸⁶⁰. En fait, cet article de la Loi chinoise relative aux contrats ainsi mentionné ne fait que reprendre le § 435 du BGB⁸⁶¹ et l'article 41 de la Convention de Vienne (CVIM)⁸⁶². En effectuant une comparaison avec le système français, on peut constater qu'en dépit de leur finalité commune, l'obligation du vendeur de préserver l'acheteur contre les défauts juridiques en droit chinois se distingue de la garantie d'éviction au sens du Code civil français sous différents aspects.

295. Des divergences entre les droits français et chinois. Les principales différences existant entre le système de la garantie d'éviction du droit français et celui du droit chinois consistent en leurs étendues et en leurs régimes. En premier lieu, le défaut juridique défini par le droit chinois désigne seulement les droits ou prétentions des tiers au contrat, en d'autres termes, les troubles émanant des tiers. De ce fait, contrairement au droit français, le système de la garantie d'éviction en droit chinois ne couvre pas la garantie du fait personnel du vendeur. Néanmoins, cela n'implique pas que l'acheteur soit dépourvu de toute protection contre les troubles causés par le vendeur lui-même. En effet, en droit chinois, l'obligation du vendeur de s'interdire tout fait ou toute action en justice susceptibles de troubler la plénitude des droits de l'acheteur sur la chose vendue

n'a pas été pas précisée par les parties, en vertu des dispositions énoncées aux articles 154 et 62 (1) de la même Loi, « la chose doit être conforme aux normes légales ou à l'usage habituel ».

⁸⁶⁰ Selon la doctrine chinoise, les droits ou les prétentions des tiers peuvent aussi être fondés sur la propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle.

⁸⁶¹ Aux termes du § 435 du BGB, « [l]a chose est exempte de défauts juridique si les tiers ne peuvent faire valoir contre l'acheteur, à propos de cette chose, aucun droit ou seulement des droits pris en charge dans le contrat [...] ».

⁸⁶² L'article 41 de ladite Convention énonce que « [l]e vendeur doit livrer les marchandises libres de tout droit ou prétention d'un tiers, à moins que l'acheteur n'accepte de prendre les marchandises dans ces conditions [...] ». V. les textes de cette Convention sur le site : <http://www.cisg.fr/convention.html?lang=fr>.

participe à la fois de l'obligation de livrer et par là-même de transférer la propriété⁸⁶³, et du principe de bonne foi⁸⁶⁴. En conséquence, intégrer la garantie du fait personnel du vendeur au sein de cette garantie contre les défauts juridiques s'avère complètement superflu. En second lieu, le droit chinois n'a pas réservé à la garantie d'éviction un régime spécifique, comme l'a fait le droit français⁸⁶⁵. Selon le droit chinois, la présence de défauts quelconques sur la chose vendue établit un manquement par le vendeur à son obligation de conformité dont les sanctions sont fondées sur le droit commun des contrats. Ainsi, si la chose livrée est affectée d'un défaut juridique, cette contravention au contrat de vente engage d'emblée la responsabilité contractuelle⁸⁶⁶ de ce vendeur. Ce faisant, le droit chinois fusionne la garantie de conformité aux sanctions d'inexécution⁸⁶⁷. Cela explique le fait que par rapport au Code civil français, la Loi chinoise relative aux contrats n'a pas prévu de disposition spécifique relative aux recours de l'acheteur évincé.

296. Le mécanisme du transfert de propriété et la garantie d'éviction. En dépit de son caractère purement théorique, le problème concernant le mécanisme du transfert de propriété dans l'opération de vente revêt toujours une grande importance dans tous les systèmes. Ceci d'autant plus qu'il peut véhiculer les incidences sur d'autres institutions spécifiques en droit des contrats, telle que la garantie d'éviction, voire sur tout le système du droit civil.

297. La répercussion du mécanisme de transfert de propriété sur le système de la garantie d'éviction en droits français et chinois. En droit français, il ressort de l'ensemble des dispositions prévues aux articles 1603 et 1625 que tout comme le droit

⁸⁶³ V. les dispositions énoncées à l'article 135 de la Loi chinoise relative aux contrats que l'on vient de citer.

⁸⁶⁴ Le principe de bonne foi est considéré en droit chinois comme un des principes fondamentaux du droit civil. Il est consacré par l'article 4 des Principes généraux du droit civil chinois (PGDC), en vertu duquel « dans les activités civiles, les principes de l'autonomie de la volonté, de l'équité, de la réparation à concurrence équivalente, et de la bonne foi doivent être observés [notre traduction] ».

⁸⁶⁵ V. ShiYuan HAN, « La garantie du vendeur contre les défauts matériels et la Loi chinoise relative aux contrats », *Rev. Science juridique en Chine*, 2007, n° 3, p. 179. Cependant, selon professeur JianYuan CUI, en droit chinois, la garantie d'éviction doit être distinguée d'autres obligations du vendeur. Elle est soumise par conséquent à un régime autonome. V. JianYuan CUI, « La nature et la position de la garantie contre les défauts matériels », *Rev. Science juridique en Chine*, 2006, n° 6, p. 33.

⁸⁶⁶ En Chinois : Weīyūē Zhèrèn. Les dispositions concernant la responsabilité contractuelle en cas d'inexécution du contrat sont spécifiquement énoncées dans le septième Chapitre de la Loi chinoise relative aux contrats.

⁸⁶⁷ Il convient de mentionner qu'ici l'influence du droit anglo-américain est très nette. Après la réforme en 2002, le Code civil allemand (BGB) a consacré la même solution. V. Peter HUBER, « Comparative Sales Law », in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Edited by Mathias REIMANN, Reinhard ZIMMERMANN, OxfordUniversity Press 2008, p. 937, spec. p. 957 et s.

romain, la garantie d'éviction consacrée par le Code civil est en fait une garantie de la possession paisible qui est fondée sur l'obligation de délivrance du vendeur⁸⁶⁸. Cela n'a rien d'étonnant : puisque le transfert de propriété se réalise automatiquement par l'effet légal du contrat de vente, le vendeur garantit donc seulement la *vacua possessio*. Dès lors on est à même de se poser la question suivante : la garantie d'éviction en droit français ne recouvre-t-elle pas la perte de la propriété de la chose subie par l'acheteur ? La réponse négative est confirmée par la doctrine. De même, la jurisprudence autorise aussi l'acheteur à recourir à la garantie d'éviction lorsqu'il est privé de la propriété de la chose vendue en raison de troubles nés du fait personnel du vendeur, ou du fait des tiers. Or, si l'éviction signifie non seulement un trouble de la jouissance mais aussi la perte de propriété, le fondement de cette garantie suscite des difficultés. Du fait de l'ambiguïté sur son objet et des difficultés sur son fondement, le système de la garantie d'éviction consacré par le Code civil est considéré comme « une indéniable erreur » des codificateurs⁸⁶⁹.

- 298.** Mais contrairement au droit français, le mécanisme du transfert de propriété consacré par la Loi chinoise relative aux droits réels assure une parfaite compatibilité avec le système de la garantie d'éviction adopté par la Loi chinoise relative aux contrats. Il permet d'éclaircir non seulement l'objet (§ 1) mais aussi le fondement de cette garantie (§ 2).

§ 1. L'ÉCLAIRCISSEMENT DE L'OBJET DE LA GARANTIE D'ÉVICTION

- 299.** **L'ambiguïté résidant dans l'objet de la garantie d'éviction en droit français.** Le droit français a consacré le principe de transfert de propriété *solo consensu* : la propriété est transférée dès l'échange des consentements sans avoir besoin de recourir à la remise de la chose. De ce principe, la doctrine majoritaire a déduit que le mécanisme du transfert de propriété du Code civil est de nature moniste : la propriété est en effet transférée automatiquement par l'effet translatif de la vente. Par conséquent, l'obligation du vendeur de transférer la propriété est condamnée⁸⁷⁰. Cette condamnation

⁸⁶⁸ Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil, t. III, 2^{ème} Volume, Principaux contrats*, 3^e éd., par Michel de JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 952, p. 201 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ & Lextenso, 2014, n° 349, p. 215 ; Paul-Henri ANTONMATTEI, Jacques RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7^e éd., LexisNexis, 2013, n° 192, p. 175 ; Catherine HOCHART, *La garantie d'éviction dans la vente*, thèse Paris, LGDJ 1993, n° 324, p. 257.

⁸⁶⁹ V. Pierre-Yves GAUTHIER, note sous Cass. 1^{er} civ., 27 mai 1986, *Bull.civ. I*, n° 144 ; *D.* 1987, *Jurisp.*, p. 210, *spéc.* n° 8, p. 212.

⁸⁷⁰ V. *supra*. n° 153-154.

semble être confirmée par l'article 1603 du Code civil qui n'a pas fait intégrer l'obligation de transférer la propriété dans la catégorie des obligations principales du vendeur. En raison de l'automatisme du transfert de propriété opéré par l'effet légal du contrat, assurée par la loi, la réalisation dudit transfert, du moins entre les parties à la vente, ne devrait pas faire défaut⁸⁷¹. Ainsi, lorsque toutes les conditions nécessaires au transfert de propriété sont réunies, ce dernier devrait avoir lieu, excepté dans les cas où la loi a prévu un autre mécanisme de transfert de propriété applicable. Pourquoi alors imposer au vendeur une obligation de garantir la propriété de l'acheteur, d'autant qu'il est censé ne pas être en mesure d'empêcher de la lui transférer ? En se plaçant de ce point de vue, les dispositions de l'article 1625 du Code civil semblent tout à fait compréhensibles : étant donné que, dès la conclusion du contrat, la propriété est transmise à l'acheteur par l'effet légal du contrat de vente, l'objet de la garantie d'éviction du vendeur est uniquement la possession paisible de la chose vendue. La jurisprudence applique cet article du Code de façon très fidèle. Selon elle, pour mettre en œuvre la garantie d'éviction, il suffit que l'acheteur ne puisse pas jouir paisiblement de son bien acheté⁸⁷².

Cependant, dans la vente de nos jours, le transfert de propriété est devenu l'objectif essentiellement poursuivi par les parties au contrat. Corollairement, la finalité de la garantie du vendeur doit résider dans la protection de l'acheteur contre tout trouble portant atteinte à la propriété. En réalité, malgré les dispositions de l'article 1625 du Code civil, la perte de propriété de la chose vendue n'est pas vraiment exclue de l'éviction au sens du Code civil français. En effet, l'article 1626 du Code civil précise bien : « [...] le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu ». Si l'acquéreur est évincé « dans la totalité de l'objet vendu », il perd la propriété portant sur l'objet vendu. Par conséquent, une telle interprétation de ce dernier article ne peut qu'amener à estimer que l'atteinte à la possession paisible énoncée à l'article 1625 « englobe les atteintes à la possession proprement dite, à la propriété et à la détention »⁸⁷³. Ainsi, bien qu'à première vue, une garantie de possession paisible semble justifiée sur le plan purement théorique, elle se heurte à la réalité de nos jours⁸⁷⁴. Ceci est d'autant plus vrai que, malgré le mécanisme

⁸⁷¹ Par exemple l'article 1583 du Code civil.

⁸⁷² Par exemple, Cass. 3^e civ., 3 décembre 2008, *Bull. civ. III*, n^o 197, v. le motif de la cour d'appel.

⁸⁷³ Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, par Michel de JUGLART, *Leçon de droit civil, Principaux contrats*, t. III, vol. II, Montchrestien 1968, n^o 956, p. 202.

⁸⁷⁴ V. Marcel PLANIOL, Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. X, Contrats civils*, 1^{re} Partie, par Joseph HAMEL, François GIVORD et André TUNC, 2^e éd., LGDJ 1956, n^o 88, p. 91. Pour ces

.../...

moniste du transfert de propriété, la propriété de l'acquéreur portant sur la chose vendue peut être réellement troublée. L'hypothèse de ventes successives d'un bien immobilier permet de justifier ce point de vue.

Prenons l'exemple d'un vendeur qui a cédé à deux reprises le même immeuble. Conformément à l'article 1538 du Code civil, le premier acquéreur est devenu le propriétaire de l'immeuble dès la conclusion du premier contrat de vente. Consécutivement à cette première vente, le vendeur n'est plus le propriétaire du bien vendu. En revendant le même bien au second acheteur, il a fait une vente *a non domino* ; celle-ci aurait dû être frappée de nullité en vertu de l'article 1599 du même Code. Mais le second acheteur a fait publier son contrat de vente avant le premier acquéreur. En vertu des règles relatives à la publicité foncière en droit français⁸⁷⁵, c'est ce second acheteur qui est préféré au premier. En effet, bien que la première vente ait rendu légalement le premier acquéreur propriétaire, celui-ci perd finalement son titre de propriété. On est alors en présence d'une éviction du fait que le vendeur ait manqué à son obligation de garantie de propriété : l'obligation née du premier contrat de vente. Cette éviction ouvre droit à l'action en garantie du même nom⁸⁷⁶.

En outre, il est toujours possible d'envisager le cas de la vente de la chose d'autrui. Lorsque la vente est conclue *a non domino*, l'acheteur peut également être évincé par l'action en revendication du véritable propriétaire. En vertu de l'article 1599 du Code civil, la vente de la chose d'autrui est nulle. Selon la jurisprudence, la nullité de la vente de la chose d'autrui est relative et seul l'acheteur peut l'invoquer. Le caractère relatif de cette nullité permet à ce dernier de renoncer au droit d'agir en nullité pour recourir à une garantie d'éviction. Ceci surtout parce que cette dernière action semble souvent plus avantageuse et lui permet d'obtenir une indemnisation supérieure à la seule restitution du prix⁸⁷⁷.

auteurs, étant donné que la conception de la vente dans le système français n'est plus la même que le droit romain, la garantie d'éviction qui a subsisté doit être justifié dans le système nouveau.

⁸⁷⁵ En France, après la création du Crédit Foncier en 1852, la loi du 23 mars 1855 a consacré la publicité foncière et l'a considérée comme un moyen de résoudre le conflit entre l'acquéreur et un tiers ayant des droits concurrents sur le même bien aliéné par l'auteur commun. Cette loi a été abrogée et remplacée par le décret du 4 janvier 1955, dont l'amendement a été voté et intégré au décret du 7 janvier 1959.

⁸⁷⁶ Par exemple, Cass. 3^e civ., 29 avr. 1981, *Bull. civ. III*, n° 88; Cass. 3^e civ., 3 décembre 2008, *Bull. civ. III*, n° 197.

⁸⁷⁷ Catherine HOCHART, *La garantie d'éviction dans la vente*, thèse Paris, LGDJ 1993, n° 257, p. 201. V aussi Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Jean BRETHER DE LA GRESSAYE, *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, le louage des choses*, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n° 190, p. 142, note n° 4, et n° 213 et 214, p. 163 et s.

Ainsi, dans la pratique, le besoin de protection de l'acheteur contre les troubles de propriété du bien vendu est bien réel. C'est là une raison de plus pour les auteurs français de s'atteler à dissiper l'ambiguïté suscitée par l'article 1625 du Code civil. Ils affirment clairement que le vendeur doit garantir non seulement la possession paisible mais aussi la propriété⁸⁷⁸. Si une telle ambiguïté relative à l'objet de la garantie d'éviction provenant de l'article 1625 du Code civil a trait au mécanisme moniste du transfert de propriété, elle peut bien être exclue dans le système du droit chinois grâce au modèle dualiste de transfert de propriété adopté par ce dernier.

300. La compatibilité entre le mécanisme dualiste du transfert de propriété et la garantie d'éviction. Rappelons qu'en droit chinois, le mécanisme du transfert de propriété adopté par la Loi chinoise relative aux droits réels est dualiste. Deux étapes sont alors nécessaires pour que la propriété soit transférée. La première a pour finalité la conclusion du contrat, et la deuxième, l'exécution de l'obligation du vendeur née du contrat. Plus précisément, du fait du contrat de vente, il pèse sur le vendeur une obligation de transférer la propriété ainsi que la jouissance de la chose vendue. En l'exécutant, celui-ci doit mettre en œuvre certaines mesures de publicité indispensables au transfert de propriété. En effet, la bonne exécution de cette obligation par le vendeur a pour corollaire le transfert de propriété. Ce mécanisme dualiste du transfert de propriété ainsi conçu semble tout à fait compatible avec le système de la garantie d'éviction consacré par la Loi chinoise relative aux contrats. Le premier permet de mettre en relief la logique intrinsèque du second, tout en précisant l'objet de ce dernier.

301. L'objet de la garantie d'éviction concacrée par la loi chinoise relative aux droits réels. En droit chinois, comme nous venons de l'expliquer, par la garantie d'éviction, le vendeur doit livrer la chose exempte de tout droit ou prétention que les tiers peuvent faire valoir contre l'acheteur. Une telle règle a pour finalité de protéger l'intégralité du droit de l'acheteur sur la chose achetée, qui couvre par conséquent toute atteinte à la propriété et à la possession. En raison de sa finalité et de son objet ainsi désignés, cette garantie correspond en fait à l'obligation du vendeur de transférer à l'acheteur la

⁸⁷⁸ Marcel PLANIOL, Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. X, Contrats civils*, 1^{re} Partie, par Joseph HAMEL, François GIVORD et André TUNC, 2^e éd., LGDJ 1956, n° 88, p. 91 ; Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil, t. III, 2^{me} Volume, Principaux contrats*, 3^e éd., par Michel de JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 952, p. 202 ; Jérôme HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ 2001, n° 11281, p. 248 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ & Lextenso, 2014, n° 349, p. 215 ; Raymond LE GUIDEDEC, Gérard CHABOT, « Obligation du vendeur. – Garantie en cas d'éviction : étendue, conditions et exercice », *Jur.-Class. Civ.*, art. 1625 et 1626, Fasc. unique, n° 6 ; Oliver BARRET, « Vente (3^o effets) », *Rép. civ. Dalloz* 2014, n° 400.

plénitude de ses droits sur la chose vendue, autrement dit la propriété ainsi que la jouissance paisible de cette chose. Il s'agit d'une obligation essentielle du vendeur. Le rattachement entre cette dernière et la garantie s'avère assez naturel : puisque le vendeur s'engage à transférer la propriété et la jouissance, il doit garantir que l'acheteur, en tant que propriétaire, ne sera pas troublé par quiconque dans l'exécution de son droit. De cette manière, la garantie d'éviction constitue alors un des remèdes au manquement du vendeur à son obligation essentielle née du contrat de vente.

Le mécanisme du transfert de propriété peut également se répercuter sur le fondement de la garantie d'éviction. Si le principe du transfert de propriété *solo consensu* embrouille les auteurs français dans la recherche du fondement de la garantie d'éviction, le modèle adopté par le droit chinois apporte des éclaircissements sur le sujet.

§ 2. L'ÉCLAIRCISSEMENT SUR LE FONDEMENT DE LA GARANTIE D'ÉVICTION

- 302.** En droit chinois, l'éviction, au sens de la Loi chinoise relative aux contrats, désigne les droits et prétentions dont les tiers sont titulaires sur la chose vendue. L'obligation du vendeur de préserver l'acheteur contre l'éviction est en effet fondée sur l'obligation essentielle du vendeur : celle de transférer la propriété et livrer la chose, prévue également par cette même loi. Considérée comme étant la sanction de l'inexécution de cette obligation du vendeur, la garantie d'éviction obéit, par conséquent, aux règles de la responsabilité contractuelle. Le même schéma a été également adopté par certains auteurs français. Mais, si un tel fondement de la garantie d'éviction est compatible avec le mécanisme dualiste de transfert de propriété, il semble inconciliable avec un modèle moniste innové par le Code civil français. Les auteurs français ont par conséquent entrepris de chercher ailleurs le fondement du système de la garantie d'éviction. Cependant, en France, ni la doctrine ni la jurisprudence ne sont unanimes en la matière.

Ainsi prend-on le parti de commencer par analyser le système de garantie d'éviction fondé sur l'obligation de transférer la propriété, solution adoptée par le législateur chinois mais abandonnée par le droit positif français (A), avant de présenter d'autres solutions proposées cette fois par les auteurs français (B).

A. La garantie d'éviction fondée sur l'obligation de *dare*

- 303.** **La garantie d'éviction traduite par la responsabilité du vendeur en droit chinois.** La garantie d'éviction dans le système du droit chinois obéit aux règles de la

responsabilité contractuelle. Cela est d'autant plus justifié par sa dénomination en chinois signifiant « responsabilité relative à la garantie contre les défauts juridiques »⁸⁷⁹, si on la traduit textuellement. En droit chinois, la responsabilité contractuelle, en tant que la variété de responsabilité civile, s'applique lorsqu'un préjudice a été causé à une partie contractante par l'inexécution, la mauvaise exécution ou un retard dans l'exécution du contrat⁸⁸⁰. La garantie d'éviction relève en fait du régime général de la responsabilité contractuelle régie par la Loi chinoise relative aux contrats⁸⁸¹. La présence d'une éviction suppose que le vendeur n'ait pas exécuté ou ait mal exécuté son obligation prévue dans le contrat de vente. C'est la raison pour laquelle celui-ci sera sanctionné. Reste à déterminer quelle est concrètement cette obligation du vendeur dont l'inobservation déclenche l'intervention de mise en œuvre de cette garantie.

304. L'obligation de donner et de livrer, le fondement de la garantie d'éviction. Eu égard à l'article 150 de cette loi chinoise, le vendeur doit livrer des choses exemptes de tout défaut juridique, c'est-à-dire dépourvue de droits et des prétentions dont les tiers peuvent se prévaloir. Cette règle a pour objectif de protéger l'intégrité du droit de l'acheteur sur la chose achetée, y compris la jouissance paisible et la propriété. Il existe en effet une corrélation entre ledit article et l'article 135 de la même loi prévoyant que l'obligation essentielle du vendeur née du contrat de vente est celle de livrer la chose pour en transférer la propriété : le premier résulte du second et vient le renforcer. En effet, transférer son droit sur la chose dans son intégralité à l'acheteur, ainsi que de le préserver de toute atteinte au droit transféré, que celle-ci soit causée par le vendeur lui-même ou par une tierce personne, participent à la bonne exécution de l'obligation essentielle du vendeur susmentionnée. Si l'acquéreur est évincé, la garantie d'éviction intervient pour sanctionner le manquement du vendeur à son obligation de transférer la propriété et de livrer la chose.

305. L'inexécution de l'obligation de livrer et de transférer la propriété, fait générateur de la garantie d'éviction. En droit chinois, l'application d'une garantie d'éviction est une application stricte des règles générales relatives à la responsabilité

⁸⁷⁹ Selon le système phonétique : Quánli Xiáocǐ (qui signifie les défauts juridiques) Dānbǎo (qui signifie la garantie) Zérèn (qui signifie la responsabilité).

⁸⁸⁰ ShiYuan HAN, *Théorie générale des contrats*, 3^e éd., Édition de Droit, 2011, p. 585.

⁸⁸¹ Il ne s'agit donc pas d'une responsabilité contractuelle spécifique. En effet, à part l'article 152 qui a prévu spécifiquement l'exception d'inexécution au profit de l'acheteur évincé, la Loi chinoise relative aux contrats n'a pas énoncé de dispositions propres à la garantie d'éviction. Il en ressort que l'acheteur évincé doit agir par principe sur le fondement du droit commun de la responsabilité contractuelle consacré par cette loi chinoise en son septième chapitre.

contractuelle. Comme pour toute responsabilité contractuelle, le fait générateur et le préjudice causé par ce fait sont indispensables pour déclencher la garantie d'éviction. Selon la doctrine chinoise, une simple inexécution de l'obligation de transférer la propriété constitue le fait générateur de la garantie d'éviction. Le Professeur JianYuan CUI a ainsi enseigné que « puisque le vendeur est tenu de rendre l'acheteur propriétaire, l'existence d'un droit au profit d'un tiers sur la chose acquise suffit à prouver l'inobservation de l'obligation du vendeur. Par conséquent, l'imputabilité de l'éviction au vendeur est établie sans qu'il soit besoin de démontrer sa faute »⁸⁸². Cependant, le vendeur peut s'exonérer de sa garantie si, au moment de la conclusion de la vente, l'acheteur connaissait ou était en mesure de connaître l'existence de droits et de prétentions de tiers sur la chose⁸⁸³. En droit chinois, la garantie d'éviction est alors soumise au régime général du droit commun.

306. Les effets de la garantie d'éviction. Comme on vient de l'expliquer, l'éviction en droit chinois traduit l'inexécution de l'obligation du vendeur de livrer la chose et d'en transférer la propriété. La garantie d'éviction expose le vendeur aux dispositions du droit commun concernant la responsabilité contractuelle : à savoir la résolution prévue par les articles 93 (1) et 94 (4)⁸⁸⁴ de la Loi chinoise relative aux contrats ainsi que l'octroi de dommages et intérêts, mesure énoncée par l'article 107 de cette loi⁸⁸⁵. En outre, en vertu de l'article 152 de la même loi, il est aussi possible pour l'acheteur, victime de l'éviction, d'opposer l'exception d'inexécution en retenant le prix, s'il ne s'en est pas encore acquitté⁸⁸⁶.

⁸⁸² JianYuan CUI, *Théories générales concernant la nouvelle loi relative aux contrats et Analyses de certains arrêts*, Édition de l'université de Jilin, éd., 1999, tome II, p. 937 et s.

⁸⁸³ V. c'est la disposition de l'article 151 de la Loi chinoise relative aux contrats.

⁸⁸⁴ Le premier alinéa de l'article 93 de cette loi chinoise énonce que « [d]'un commun accord, les partis peuvent mettre fin au contrat ». En outre, selon le quatrième alinéa de l'article 94 de la même loi, les parties peuvent également mettre fin au contrat lorsque « l'objectif du contrat ne peut être atteint à cause du retard d'exécution des obligations ou d'autres contraventions imputables à l'autre partie ».

⁸⁸⁵ Les dispositions concernant la responsabilité contractuelle trouvent essentiellement leur siège au sein du septième chapitre de la Loi chinoise relative aux contrats. L'article 107, le premier article de ce chapitre, a disposé que « [l]orsqu'une des parties n'a pas exécuté ses obligations contractuelles ou que l'exécution n'est pas conforme à leur accord, elle doit assumer sa responsabilité contractuelle notamment en poursuivant l'exécution, en prenant des mesures de sauvegarde ou en octroyant des dommages et intérêts ».

⁸⁸⁶ Aux termes de l'article 152 de la Loi chinoise relative aux contrats, si l'acheteur craint d'être troublé par les prétentions des tiers portant sur la chose vendue, il peut suspendre le paiement du prix à moins que le vendeur fournisse une certaine garantie d'exécution. Ces dispositions sont comparables à l'article 1653 du Code civil français.

- 307. Un schéma identique en droit français.** L'idée selon laquelle la garantie d'éviction obéit aux règles de responsabilité contractuelle n'est pas totalement étrangère au système juridique français. Cependant, elle fait l'objet de vives critiques.
- 308. Les tenants de la théorie de la responsabilité contractuelle.** Après son adoption par les rédacteurs du Code civil, de vives critiques ont été formulées à l'encontre du système de garantie d'éviction qui l'attache à la possession paisible de l'acheteur, identique au droit romain. En effet, certains auteurs français ont fait de l'obligation de transférer la propriété le fondement de cette garantie⁸⁸⁷. Pour eux, dans la pratique de la vente moderne, la possession paisible n'est plus suffisante pour les parties au contrat. Le véritable objet de la vente de nos jours réside dans le transfert de propriété. C'est l'obligation de procurer la propriété à l'acheteur qui sert de cause à l'obligation de payer le prix⁸⁸⁸. De cette manière, l'obligation de garantie traduit l'obligation de donner⁸⁸⁹ et constitue l'accessoire de cette dernière, et de ce fait en transférant la propriété, le vendeur s'engage à en garantir la jouissance⁸⁹⁰. Il en résulte que l'éviction traduit l'inexécution de cette obligation⁸⁹¹ de telle sorte que la garantie d'éviction doit donc obéir aux règles de la responsabilité contractuelle qui sanctionne une inexécution ou une mauvaise exécution du vendeur⁸⁹².

⁸⁸⁷ V. Aimé GARNIER, *De la garantie d'éviction dans les ventes immobilières en droit français*, thèse Aix, 1896, p. 16 ; Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Jean BRETHER DE LA GRESSAYE, *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, le louage des choses*, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938 ; Yvon LARIVIÈRE, *Essai d'une théorie générale de la garantie en matière de transfert de droit, De la garantie d'éviction en fonction de la responsabilité*, thèse dactyl. Paris, 1944 ; Fábio KONDER COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse Paris, Dalloz 1964, n° 28, p. 47 ; Pascale BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988 ; Hélène BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, LGDJ 2005, n° 313 et s, p. 298 et s.

⁸⁸⁸ « L'acheteur n'a promis le prix et ne l'a payé que parce que le vendeur s'engageait à lui transférer la propriété de la chose. Or la propriété ne lui a pas été transmise ; l'acheteur a donc payé le prix sans cause et le vendeur le retiendrait sans cause ». V. Aimé GARNIER, *De la garantie d'éviction dans les ventes immobilières en droit français*, th. Aix, 1896, p. 16.

⁸⁸⁹ La garantie d'éviction peut être considérée comme étant la traduction de l'obligation de transférer la propriété. V. Hélène Boucard, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, thèse Poitiers, 2004, LGDJ et Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, spéc. n° 317, p. 302.

⁸⁹⁰ V. Hélène BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, LGDJ 2005, n° 318, p. 303. Selon cet auteur, l'obligation de jouissance paisible prolonge l'obligation de donner du vendeur.

⁸⁹¹ Pascale BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988, n° 82, p. 705.

⁸⁹² V. les explications fournies par Catherine HOCHART, ainsi que les auteurs cités par ce même auteur. Catherine HOCHART, *La garantie d'éviction dans la vente*, th. Paris, 1993, LGDJ n° 317 et s, p. 248 et s. Il faut également mentionner qu'en droit français, la responsabilité contractuelle a fait l'objet de vives controverses. Actuellement, en droit français, l'idée d'assimiler la garantie à la responsabilité du vendeur semble d'autant plus critiquable. Selon la jurisprudence, les dommages et intérêts dus par le vendeur au titre de l'article 1645 du Code civil ne trouvent pas leur fondement dans les règles de la responsabilité

.../...

309. Les opposants au rattachement de la garantie d'éviction à la responsabilité contractuelle. Le modèle moniste du transfert de propriété a des répercussions sur le système de la garantie. Comme cela a été présenté précédemment, selon la doctrine majoritaire du droit français, la vente est un contrat translatif de propriété. Plus précisément, ce transfert se réalise par un effet réel du contrat de vente dès sa conclusion. Une fois que la vente est conclue, bien que le vendeur soit toujours tenu de livrer la chose vendue, il n'est plus le propriétaire. Dès lors, l'existence de l'obligation de transférer la propriété à la charge du vendeur est réputée impossible. Par conséquent, le système de la garantie d'éviction fondé sur cette obligation devient injustifié. En partant de ces considérations, on peut estimer que « [s]'il (le vendeur) est tenu à garantie en cas d'éviction, ce n'est pas [...] qu'il ait manqué à une obligation de transférer la propriété, puisque ce transfert dépendait uniquement de l'échange des consentements »⁸⁹³. Mais comment fonder légitimement le système de garantie d'éviction ? Plusieurs solutions d'ordre doctrinal et jurisprudentiel sont alors apparues.

B. Divers autres fondements à la garantie d'éviction

310. La garantie d'éviction, le prolongement de l'obligation de délivrance. Étant toujours considérée comme l'une des garanties de paiement, qui, selon M. Crocq « sont les avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution »⁸⁹⁴, la garantie d'éviction devrait être également fondée sur une obligation du vendeur. Si l'on admet que l'obligation essentielle de la vente ne réside pas selon le Code civil dans le transfert de propriété, quelle autre obligation pourrait donc lui servir de fondement ? Pour répondre à cette question, de nombreux auteurs français pensent directement à celle de

civile contractuelle ou délictuelle, mais dans l'obligation légale propre au vendeur de garantir l'acquéreur des vices cachés de la chose vendue. (V. Cass. 3^e civ., 13 novembre. 2003, *Bull. civ.* 2003, III, n^o 194; *RDC* 2004, p^o 344, obs. Philippe BRUN). En outre, l'arrêt du 2 février 2005, rendu par la troisième chambre de la Cour de cassation va dans le même sens. Selon la Haute juridiction, l'ignorance par le vendeur de l'existence d'une charge grevant le bien immobilier vendu est sans incidence sur l'application de l'article 1626 du Code civil. V. Cass. 3^e civ, 2 fév. 2005, *Bull.civ.* III, n^o 31.

⁸⁹³ Raymond LE GUIDE, Gérard CHABOT, *J-Cl. civ.*, Articles 1625 et 1626, fasc. 240, « Vente. -Obligations du vendeur, -Garantie en cas d'éviction : étendue, conditions et exercice », n^o 2. Paradoxalement, ces mêmes auteurs sont obligés d'admettre que « l'éviction de l'acheteur démontre que le vendeur n'a pas transféré la propriété promise ».

⁸⁹⁴ Pierre CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ 1995, n^o 283 et s., p. 235 et s, spéc. n^o 286, p. 237. V. aussi Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC, Philippe PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec 2010, n. 491, p. 357 : « Toute garantie contient en elle-même une référence à une obligation principale qui doit être garantie. Il ne peut y avoir de garantie que s'il y a une autre obligation à garantir ».

délivrance⁸⁹⁵, définie par les rédacteurs du Code civil comme faisant partie des deux obligations principales du vendeur. Ils estiment, par conséquent, que la garantie d'éviction est le corollaire à l'obligation de délivrance⁸⁹⁶ ou son simple prolongement⁸⁹⁷. Encore faut-il cerner la signification de la délivrance.

311. La signification de la délivrance. Quant à sa définition, aux termes de l'article 1604 du Code civil, la délivrance est « le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur ». Au travers des termes employés par les rédacteurs du Code, il semblerait que l'obligation de délivrance englobe l'obligation de transférer la propriété et celle de livrer, puisqu'elle consiste au transport de la chose vendue « en la puissance et possession de l'acheteur ». Ainsi, bien que par le biais de l'obligation de délivrance, c'est toujours l'obligation de transférer la propriété qui vient fonder la garantie d'éviction. Cependant, pour certains auteurs français, la définition d'une telle obligation extraite de l'article 1604 du Code civil est erronée : la délivrance peut uniquement concerner la détention de la chose vendue⁸⁹⁸. Deux points sont alors à relever : d'une part, à l'égard du principe du transfert de propriété *solo consensu*, le transport de la chose en la puissance de l'acheteur (c'est-à-dire le transfert de propriété) s'est déjà opéré par l'effet translatif de la vente ; d'autre part, sans *animus domini*⁸⁹⁹, l'aliénateur ne peut se prétendre possesseur. De ce fait, l'obligation de délivrance consiste en effet à mettre la chose vendue à la disposition de l'acheteur pour qu'il en prenne livraison⁹⁰⁰. Pourtant, il semble qu'une telle définition de la délivrance ne

⁸⁹⁵ V. par exemple, Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, par Michel de JUGLART, *Leçon de droit civil, Principaux contrats*, t. III, vol. II, Montchrestien 1968, n° 956, p. 202 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ & Lextenso, n° 349, p. 215 ; Paul-Henri ANTONMATTEI, Jacques RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7^e éd., LexisNexis, 2013, n° 191, p. 175 ; Catherine HOCHART, *La garantie d'éviction dans la vente*, th. Paris, 1993, LGDJ n° 324, p. 257.

⁸⁹⁶ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ & Lextenso, n° 349, p. 215.

⁸⁹⁷ Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, par Michel de JUGLART, *Leçon de droit civil, Principaux contrats*, t. III, vol. II, Montchrestien 1968, n° 952, p. 201.

⁸⁹⁸ Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, par Michel de JUGLART, *Leçon de droit civil, Principaux contrats*, t. III, vol. II, Montchrestien 1968, n° 929 ; Paul-Henri ANTONMATTEI, Jacques RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7^e éd., LexisNexis, 2013, n° 174, p. 157 et 158.

⁸⁹⁹ En droit français, à la différence du droit allemand, la possession nécessite l'*animus domini*, autrement dit l'intention de se comporter comme le propriétaire d'une chose : un simple élément matériel de possession, le *corpus*, ne suffit donc pas. Pierre ORTSCHIEDT, « Possession et clause de réserve de propriété en droits français et allemand », *Revue internationale de droit comparé*, 1983, p. 767- 786.

⁹⁰⁰ V par exemple, Michel ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, thèse Grenoble, LGDJ 1972.

l'empêche pas d'être le fondement de la garantie d'éviction⁹⁰¹. Fondé sur l'obligation de délivrance, la garantie d'éviction demeure toujours l'accessoire d'une autre obligation du contrat incombant au vendeur. Afin de libérer cette garantie de la subordination à une autre obligation du vendeur, certains auteurs sont conduits à détacher le lien existant entre la garantie d'éviction et l'inexécution du contrat de vente, en la regardant comme une institution autonome.

312. La garantie d'éviction en tant qu'institution autonome et indépendante de toute autre obligation du vendeur. En faisant de la garantie d'éviction une institution autonome, les auteurs voient son fondement soit dans la nature même de cette garantie, soit dans la nature du contrat de vente ou même dans le fonctionnement de la garantie. En premier lieu, M. Puig explique sans aucune ambiguïté, que « la garantie ne sanctionne pas l'inexécution par le vendeur de l'une de ses obligations. La notion de garantie est étrangère à l'idée de faute ou d'inexécution contractuelle et revêt une automaticité que les régimes de responsabilité, même sans faute, n'ont pas »⁹⁰². De cette explication on peut déduire que selon cet auteur, la garantie d'éviction, en tant qu'une obligation légale, trouve son fondement directement dans les dispositions législatives. En second lieu, M. Bénabent considère quant à lui que le fondement de cette garantie doit être cherché dans la nature juridique du contrat de vente⁹⁰³. En effet, l'acheteur ne paie le prix qu'en vue du bénéfice de la chose, et si cela fait défaut, l'obligation de payer de l'acheteur devient sans cause. De surcroît, certains auteurs pensent que « [i]l y a dans la garantie (d'éviction) l'idée de sûreté automatique [...] »⁹⁰⁴.

Il convient également de noter qu'en la matière, la jurisprudence française n'a pas apporté d'éclaircissements.

⁹⁰¹ Ce point de vue est critiqué par. V. Yvon LARIVIÈRE, *Essai d'une théorie générale de la garantie en matière de transfert de droit, De la garantie d'éviction en fonction de la responsabilité*, thèse dactyl. Paris, 1944, n° 72, p. 163.

⁹⁰² Pascal PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 6^e éd., 2015, n° 419, p. 355.

⁹⁰³ Selon cet auteur, « [l]e fondement de la garantie n'est pas en effet un manquement subjectif du vendeur à ses devoirs, mais bien plutôt un constat objectif tiré du caractère synallagmatique de la vente ». Alain BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., LGDJ & Lextenso, 2013, n° 340, p. 147. D'après le même auteur, la garantie d'éviction se rapproche du vice du consentement qui est une erreur de l'acheteur : s'il avait connu le risque d'éviction, il n'aurait pas contracté. Pour autant il ne faut pas oublier que le défaut de cause et le vice du consentement doivent être pris en considération au moment de la formation de la vente, et non pas pendant son exécution, ni même après la délivrance effectuée par le vendeur. De plus, l'absence de cause et le vice de consentement emportent la nullité relative dont seule la victime peut se prévaloir.

⁹⁰⁴ Paul-Henri ANTONMATTEI, Jacques RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7^e éd., 2013, n° 191, p. 175.

313. Les solutions jurisprudentielles. En pratique, afin de donner raison au demandeur d'une action en garantie d'éviction, seul un trouble actuel sur la jouissance paisible de la chose vendue est pris en considération par la jurisprudence, bien que ce trouble conduise inévitablement à la perte de propriété⁹⁰⁵. Quant au fondement de cette garantie, la jurisprudence n'a pas apporté de précision à ce sujet. Cependant, au lieu d'appliquer la garantie d'éviction, les juges ont pourtant appréhendé certaines prétentions des tiers sur le terrain du droit commun⁹⁰⁶. Par exemple, la Cour de cassation rattache parfois à l'obligation de renseignement pesant sur le vendeur, celle de s'informer et d'informer l'acheteur quant aux éventuelles prétentions de tiers affectant la propriété ou la jouissance de l'acheteur sur la chose achetée. En effet, le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige⁹⁰⁷. Lorsque le vendeur est professionnel, les tribunaux redoublent de vigilance et lui imposent souvent un devoir de conseil afin de « rétablir l'équilibre du contrat rompu par la position dominante du vendeur qualifié »⁹⁰⁸. Par ailleurs, en présence d'une prétention, il est parfois jugé que le bien vendu n'a pas été livré dans un état conforme⁹⁰⁹. Dans ce cas, le vendeur est sanctionné sur le fondement d'une obligation de délivrance conforme, inventée de toutes pièces par la jurisprudence. Ainsi, la garantie d'éviction, soumise initialement à un régime spécifique, entre alors en concurrence avec d'autres sanctions d'inexécution fondées sur le droit commun des contrats. Il ne faut pas oublier cependant que selon certaines décisions de la Cour de Cassation, les prétentions qu'une tierce personne peut faire avoir prouvent l'existence d'une erreur⁹¹⁰ ou d'un dol⁹¹¹. La garantie d'éviction se trouve donc totalement supplantée.

314. Ainsi, dans la pratique, un mécanisme moniste du transfert de propriété ne permet pas de garantir par lui-même la propriété de l'acheteur. Une telle protection, pourtant indispensable, doit être assurée par le jeu de la garantie d'éviction. C'est la raison pour laquelle, même en droit français, le vendeur doit garantir non seulement la possession

⁹⁰⁵ Cass. 3^e civ., 3 décembre 2008, *Bull. civ. III*, n° 197.

⁹⁰⁶ Hélène Boucard, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, thèse Poitiers, 2004, p. 325, p. 309.

⁹⁰⁷ Cass. 3^e civ., 20 mars 1996, *Bull.civ. III*, n° 84 ; Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, *Bull.civ. III*, n° 22, *D. 2002 somm.* p. 932-934, obs. Geneviève PIGNARRE.

⁹⁰⁸ Catherine HOCHART, *La garantie d'éviction dans la vente*, th. Paris, 1993, LGDJ n° 335, p. 264-265.

⁹⁰⁹ V. Hélène Boucard, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, thèse Poitiers, 2004, p. 327, p. 312.

⁹¹⁰ Cass. civ., 13 janv. 1926, *S. I*, p. 119.

⁹¹¹ Cass. 1^{re} civ., 19 mai 1958, *Bull. civ. I*, n° 251 ; Cass. 3^e civ., 30 janv. 1974, *Defrénois*, art. 30746, p. 1178, obs. Jean-Louis AUBERT.

paisible mais aussi la propriété de la chose vendue. Cependant, du fait du modèle moniste, les obligations du vendeur ne sont pas suffisantes pour justifier cette garantie d'éviction. Le fondement de cette garantie peut devenir une source d'incertitude. Mais en droit chinois, la même situation est totalement évitée grâce au mécanisme dualiste du transfert de propriété.

Conclusion du Chapitre I

- 315.** En poursuivant l'objectif de simplicité, le législateur chinois a adopté un mécanisme du transfert de propriété qui est théoriquement plus accessible. Un tel parti pris présente certains avantages dans la pratique. Tout d'abord, sauf disposition contraire de la loi, dans la vente, le moment du transfert de propriété doit être soumis à une règle stricte : il ne peut avoir lieu qu'à sa publicité. Cette règle est stricte en ce que personne n'est libre d'y déroger. Sont écartées certaines difficultés suscitées en la matière par le principe du transfert de propriété *solo censu*. En outre, par l'adoption d'un mécanisme dualiste du transfert de propriété, l'obligation de donner est maintenue dans le contrat de vente comme l'obligation essentielle du vendeur. Du fait de cette dernière obligation, le vendeur s'engage de droit envers l'acheteur à le préserver d'être privé de la propriété ainsi que de la possession paisible de la chose vendue. La garantie d'éviction consacrée par le droit chinois est donc conçue comme l'accessoire de cette obligation essentielle du vendeur. Dès lors, la protection de la propriété de l'acheteur portant sur le bien vendu est non seulement justifiée mais aussi efficacement assurée.

CHAPITRE II.

LES FAIBLESSES DE LA SIMPLICITÉ

316. Selon le mécanisme du transfert de propriété sous forme de « l'accord + la publicité » dans la vente, la conclusion du contrat et la mesure de publicité constituent deux conditions à la fois commutatives et interdépendantes à la réalisation du transfert de propriété. Ce modèle chinois se caractérise par une simplicité. Malgré ses avantages, certaines limites persistent. En pratique, il prohibe la vente de la chose d'autrui (Section I) et alimente *de facto* la prolifération des risques d'anéantissement du transfert de propriété (Section III), sans oublier le risque des ventes successives (Section II) inhérent à la nature même d'un tel modèle.

SECTION I.

LA SITUATION ÉPINEUSE DE LA VENTE DE LA CHOSE D'AUTRUI

317. **L'embarras résultant de la vente de la chose d'autrui.** Dans la pratique, lorsque des vendeurs professionnels concluent un contrat de vente, il se peut qu'ils ne possèdent pas encore le pouvoir de disposer des biens à vendre. La prohibition d'une telle vente ralentirait sans doute la libre circulation des biens et en gênerait le commerce. Mais sa validité est pour autant le contre-pied de l'adage « *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* » : personne ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même. En outre, l'acheteur à une telle vente risque d'être évincé par le véritable propriétaire. Ce dernier, afin de protéger son droit de propriété, peut toujours faire reconnaître son droit en exerçant une action en revendication⁹¹². D'où l'embarras provenant de la vente de la chose d'autrui.

318. **La validité de la vente de la chose d'autrui en droit allemand.** En effet, afin de mieux étudier la vente de la chose d'autrui, il convient de se placer à un point de rencontre entre le droit des obligations et celui des biens⁹¹³. Le droit de disposer du vendeur, une condition nécessaire au transfert de propriété, devrait-il conditionner également la validité du contrat de vente considéré comment étant *un* acte créateur

⁹¹² Aux termes de la première phrase de l'article 106 de la LDR, « lorsqu'une personne aliène un meuble ou un immeuble à une autre sans aucun droit d'en disposer, le véritable propriétaire est en droit de le revendiquer [...] ».

⁹¹³ Pierre GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTD civ.*, 1954, n° 2, p. 2.

d'obligations ? Grâce au principe de séparation entre le contrat de vente et le contrat réel de transfert de propriété, le droit allemand a réussi à ôter l'embarras concernant la vente de la chose d'autrui : si le droit de disposer du vendeur constitue l'une des conditions d'efficacité de l'acte de disposition, il n'est pourtant pas indispensable pour qu'un acte créateur d'obligations tel que le contrat de vente soit valable.

Cependant, la validité de la vente de la chose d'autrui divise encore la doctrine chinoise même après l'adoption de la Loi chinoise relative aux droits réels. Il en va de même pour le système du droit français où le contrat de vente est regardé comme un mode de transfert de propriété.

319. L'inefficacité de la vente de la chose d'autrui prévue par la Loi chinoise relative aux contrats. En droit chinois, si au moment de la conclusion du contrat, le vendeur n'est pas encore propriétaire de la chose vendue, par principe la vente ne peut être valable. Cette règle peut être justifiée par l'alinéa premier de l'article 132 de la Loi chinoise relative aux contrats selon lequel, « l'objet de la vente doit appartenir au vendeur ou au moins, ce dernier doit être en droit d'en disposer ». Ainsi, faute d'objet valable, la vente de la chose d'autrui est alors frappée de nullité. Cette disposition semble correspondre à l'article 51 de la même loi qui énonce en ces termes : « dans les cas où un contrat est souscrit par une personne afin de disposer d'un bien d'autrui, si le véritable propriétaire l'a ratifié ou que celle-ci a obtenu postérieurement le droit d'en disposer, ledit contrat est valable ». La lecture *a contrario* de ce dernier article peut permettre d'en déduire que la vente de la chose appartenant à autrui est nulle. La nullité de la vente de la chose d'autrui est soutenue par une partie de la doctrine chinoise.

320. La nullité de la vente de la chose d'autrui en raison de l'impossibilité de son exécution. Selon certains auteurs⁹¹⁴ qui soutiennent la nullité de la vente de la chose d'autrui, cette nullité peut tout d'abord trouver son fondement dans l'ancien § 306 du BGB qui disposait : « est nul tout contrat qui a en vue une prestation objectivement impossible »⁹¹⁵. Selon la Loi chinoise relative aux contrats, le vendeur est tenu d'une obligation de transférer la propriété (art.135). Puisque seul le véritable propriétaire peut remplir une telle obligation, le contrat de vente ayant pour objet de disposer d'un bien

⁹¹⁴ V. ShangKuan SHI, *Le droit des obligations*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000, p. 276-277 ; ZeJian WANG, « La vente de la chose d'autrui et la disposition d'une chose sans avoir le droit d'en disposer », in *Théorie du droit civil et commentaires d'arrêts*, n° 5, Édition de l'Université du peuple de la Chine, 1^e éd., p. 43.

⁹¹⁵ V. Filippo RANIERI, « La nouvelle partie générale du droit des obligations (dans le BGB) », *R.I.D.C.*, n° 4, Octobre-décembre 2002, p. 945. Cet article du BGB a été abrogé par la loi allemande du 26 novembre 2011.

d'autrui crée alors un engagement dont l'accomplissement est impossible. En effet, si la vente de la chose d'autrui est frappée de nullité, c'est en raison de l'impossibilité de l'exécuter dès sa conclusion. Cette thèse, fondée sur une confusion de la nullité et de la résolution pour inexécution du contrat de vente, perd tout son attrait surtout après l'abrogation de la disposition allemande susmentionnée⁹¹⁶. Toutefois, cette nullité peut être justifiée, pour d'autres, par l'absence en droit chinois d'un acte autonome de transfert de propriété dans l'opération de vente.

321. La nullité justifiée par l'absence du contrat de transfert de propriété. Le mécanisme de transfert de propriété adopté par la Loi chinoise relative aux droits réels (LDR) est dualiste. Pour ce qui est de la vente, la propriété est transférée au moment de l'exécution du contrat dès la réalisation d'une mesure de publicité. Le modèle chinois, bien qu'il soit également dualiste, a quant à lui simplifié le mécanisme mis en place par le Code civil allemand. En fait, contrairement au système allemand qui distingue clairement l'acte créateur d'obligations de l'acte de disposition, en droit chinois, la réitération du consentement des parties sur l'aliénation par un contrat réel de transfert de propriété n'est pas imposée par la loi. En d'autres termes, cette nouvelle Loi chinoise l'a complètement passé sous silence. Les controverses se sont alors nouées autour de la question de savoir si le silence du législateur chinois valait exclusion de l'acte réel de disposition du droit civil chinois⁹¹⁷. Pourtant, même si la réponse à cette question est négative, il semble bien qu'un tel acte ne soit pas autonome car il est en réalité absorbé dans le contrat de vente⁹¹⁸. Autrement dit, en droit chinois, l'acte ayant pour finalité de transférer la propriété est fusionné avec l'acte créateur d'obligations. Cette simplicité par rapport au droit allemand peut être source de difficultés, notamment en ce qui concerne la validité d'une vente qui a pour objet une chose d'autrui. Dans l'opération de vente, l'efficacité du contrat de transfert de propriété doit rejaillir sur celle du contrat de vente qui l'absorbe. Si le titre de propriété est indispensable à l'efficacité de l'acte réel du transfert de propriété, son défaut doit être sanctionné par la nullité dudit acte et la vente doit être également entachée de nullité pour la même cause. Dès lors, le droit de propriété du vendeur, nécessaire au transfert de propriété à l'acquéreur, devient aussi

⁹¹⁶ Actuellement, le § 311 du BGB dispose dans son alinéa premier : « Le fait que [...] l'entrave à la prestation existe déjà lors de la conclusion du contrat ne fait pas obstacle à l'efficacité de ce contrat ». V. Michel PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ 2004, n° 230, p. 184.

⁹¹⁷ V. *supra*. n° 235, 236, 237.

⁹¹⁸ HuiXing LIANG, *Traité du droit civil*, 1^e éd., Édition de Droit, 2001, p. 226 ; V. le même auteur, *La lutte pour la codification du Code civil chinois*, Édition de Droit, 2002, p. 250 et 251 ; ShiYuan HAN, *Théorie générale des contrats*, 3^e éd., Édition de Droit, 2011, p. 225, JianYuan CUI, « Débats concernant le contrat de disposition sur la chose d'autrui », *Rev. Étude en droit*, 2003, n° 1.

une condition de validité du contrat de vente. La même nullité a été également prévue par l'article 1599 du Code civil français.

322. La nullité de la vente de la chose d'autrui en droit français. Aux termes de l'article 1599 du Code civil français, « la vente de la chose d'autrui est nulle [...] ». Contrairement au droit romain et à l'ancien régime du droit français, les rédacteurs du Code faisaient du droit de propriété du vendeur une condition de validité du contrat de vente⁹¹⁹. Cette prohibition semble imposée par le bon sens, notamment au regard du modèle moniste du transfert de propriété. Du fait que le transfert de propriété soit réalisé directement par l'effet réel du contrat de vente, ce dernier peut alors être considéré non seulement comme source des obligations, mais aussi comme un des modes dérivés d'acquisition de la propriété. De cette manière, la vente ainsi que la donation en droit français deviennent distinctes d'autres contrats car elles ont pour objet de créer, modifier, transférer ou éteindre non seulement un droit personnel, mais aussi un droit réel, à savoir la propriété. Étant donné que la vente implique nécessairement le transfert de propriété, pour qu'une chose puisse être valablement l'objet d'un tel contrat, il faut que la propriété de cette chose soit susceptible d'être transférée à l'acheteur, et pour cela que le vendeur soit lui-même propriétaire⁹²⁰. Sinon, il doit être entaché de nullité.

Cependant, les inconvénients de cette nullité de la vente de la chose d'autrui sont irréfutables, notamment lorsque postérieurement à la conclusion de la vente, l'acquisition de la propriété de cette chose par le vendeur, et ce de la main du véritable propriétaire, reste encore possible. La nullité de ladite vente alimente donc de vives controverses tant en droit chinois qu'en droit français. On se demande donc la chose suivante : la vente de la chose d'autrui est-elle vraiment aussi ridicule que les premiers commentateurs du Code civil l'ont déclaré⁹²¹ ? C'est justement pour cette raison que la portée d'une telle sanction de la vente de la chose d'autrui est bien réduite dans ces deux systèmes (§1) et que les auteurs s'attellent même à justifier la validité d'une telle pratique (§2).

⁹¹⁹ V. *supra*. n° 70.

⁹²⁰ Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Jean BRETHER DE LA GRESSAYE, *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, le louage des choses*, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n° 89, p. 61.

⁹²¹ Tronchet déclara la vente de la chose d'autrui ridicule. V. Jean-Guillaume LOCRÉ DE ROISSY, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Tome XIV, Paris, Treuttel et Würtz, 1827, p. 52. Selon Portalis, « [i]l est contre toute raison et tout principe que deux parties puissent disposer d'une propriété qui appartient à un tiers ». V. *ibid.*, p 251 ; FAURE constata également que, quant à lui, « [o]n n'a pas le droit de vendre une chose quand on n'a pas celui d'en transmettre la propriété ». V. *ibid.*, p. 196.

§ 1. LA PORTÉE RÉDUITE DE LA NULLITÉ DE LA VENTE DE LA CHOSE D'AUTRUI

- 323.** Afin de limiter les inconvénients entraînés par la nullité de la vente de la chose d'autrui, les droits français et chinois ont pris le parti de réduire la portée de cette sanction. Une telle vente est frappée d'efficacité incertaine en droit chinois (A) jusqu'à être sanctionnée de nullité relative en droit français (B).

A. l'efficacité incertaine de la vente de la chose d'autrui en droit chinois

- 324. Les conditions de validité du contrat en droit chinois.** Contrairement au Code civil français⁹²², la Loi chinoise relative aux contrats ne contient aucune disposition énumérant les conditions essentielles à la validité d'un contrat. Pourtant, d'après la doctrine chinoise, s'inspirant dans une large mesure du système allemand⁹²³, trois conditions sont requises pour qu'un contrat légalement conclu puisse avoir force obligatoire entre les parties contractantes voire à l'égard des tiers : la capacité de contracter des contractants, la concordance entre la volonté interne et la déclaration externe de volonté, ainsi que la licéité du contrat⁹²⁴ : c'est-à-dire que le contenu et le but du contrat doivent être conformes aux dispositions d'ordre public et ne peuvent porter atteinte à l'intérêt général⁹²⁵. L'inobservation de l'une de ces conditions à la formation du contrat peut être sanctionnée, en fonction de sa gravité, par la nullité de plein droit, l'efficacité incertaine ou l'annulabilité du contrat. Toutes ces sanctions peuvent entraîner l'anéantissement rétroactif du contrat de vente. Parmi elles, laquelle serait la plus appropriée pour être applicable à la vente de la chose d'autrui ? La réponse à cette question dépend de l'analyse permettant d'appréhender les conditions d'application de chacune de ces sanctions.
- 325. La nullité.** Tout d'abord, les parties contractantes doivent respecter la loi et les bonnes mœurs, tout en s'interdisant de nuire à l'intérêt de l'État chinois, à l'intérêt

⁹²² L'article 1108 du Code civil français énonce les 4 conditions essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation.

⁹²³ Des solutions analogues se trouvent dans le Code civil allemand. V. Michel PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2^e éd., 2004, n° 92, p. 68 et 69.

⁹²⁴ ShiYuan HAN, *Traité général du droit des contrats*, Édition de Droit, 3^e éd., 2011, p. 171 ; *Le droit des contrats, dir.*, JianYuan CUI, Édition de Droit, 5^e éd., 2010, p. 96. Il faut noter ici qu'à la différence du droit français, la conception de la cause du contrat est inconnue en droit chinois. En outre, l'objet du contrat est considéré par une partie de la doctrine chinoise comme une des conditions d'existence du contrat.

⁹²⁵ ShiYuan HAN, *Traité général du droit des contrats*, Édition de Droit, 3^e éd., 2011, p. 183.

public et à l'intérêt d'autrui. Sinon le contrat est frappé de la nullité⁹²⁶. Il s'agit d'une nullité absolue au sens français du terme, en ce qu'elle peut être invoquée par tout intéressé, ainsi que les parties au contrat, les ayants causes à titre particulier ou même les tiers étrangers au contrat. En même temps, la validité d'un contrat exige la capacité de contracter des parties⁹²⁷, faute de quoi le contrat est frappé de nullité⁹²⁸. Toutefois, son efficacité peut demeurer en suspens si la capacité d'une des parties est restreinte⁹²⁹.

326. L'efficacité incertaine. Diverses hypothèses où le contrat est susceptible d'être sanctionné par l'efficacité incertaine ont été prévues à l'article 47 de la Loi chinoise relative aux contrats. Cet article contient deux alinéas. Selon le premier, « lorsque le contrat est consenti par une personne dont la capacité est restreinte, il n'est valable que si le représentant légal de celle-ci le ratifie [...] ». Aux termes du second : le cocontractant de cette personne peut demander au représentant légal de consolider le contrat en question dans un délai d'un mois. Le silence du représentant est considéré comme le refus de sa part. Avant la ratification, le cocontractant peut agir en annulation du contrat. Pour être plus précis, le contrat conclu dans cette circonstance peut être réputé valable dès sa conclusion, une fois que le représentant légal de la partie dont la capacité de contracter est limitée l'a ratifié. Sinon, ledit contrat est nul. En vertu de l'article 48 de la même Loi, les mêmes solutions sont applicables par voie d'analogie aux contrats conclus par un mandataire au-delà de son pouvoir de représentation. À noter qu'en cas d'efficacité incertaine du contrat, le droit chinois autorise le cocontractant de l'incapable à l'annuler, à condition qu'il soit de bonne foi⁹³⁰. Cependant, ce droit d'annulation doit être exercé dans un délai d'un an dès la

⁹²⁶ L'article 52 de la Loi chinoise relative aux contrats prévoit des circonstances spécifiques des nullités à cause de l'illicéité du contrat : les cas où une partie, par fraude ou violence, a conclu le contrat dans le but de porter atteinte aux intérêts de l'État ; en cas de collusion frauduleuse entre les parties afin de porter atteinte aux intérêts de l'État, de toutes collectivités ou des tiers ou en cas de simulation, c'est-à-dire utiliser des opérations légitimes à des fins illégales.

⁹²⁷ La notion chinoise de capacité d'accomplir des actes juridiques, c'est-à-dire celle de contracter pour soi-même, trouve son origine dans le droit allemand, et se traduit en allemand comme la « *Geschäftsfähigkeit* ». Une telle notion est comparable à la capacité d'exercice du droit civil français. V. Claude WITZ, *Droit privé allemand, 1 Actes juridiques, droits subjectifs, BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires*, Litec 1992, n° 274 et s., p. 241 et s.

⁹²⁸ V. le principe posé à l'article 9 de la Loi chinoise relative aux contrats : le contrat doit être conclu entre des personnes aptes à contracter.

⁹²⁹ Eu égard aux articles 12 et 13 des Principes généraux de droit civil chinois (PGDC), sont soumis au régime de la capacité restreinte les mineurs de dix à dix-huit ans et des personnes souffrant d'une altération des facultés mentales qui les empêche de reconnaître leurs propres comportements.

⁹³⁰ C'est-à-dire qu'il ne connaissait pas ou n'aurait pas dû connaître l'incapacité de son cocontractant dès la conclusion du contrat en cause. La même solution a été prévue à l'article 109 du BGB.

connaissance du manquement et avant la ratification de son représentant⁹³¹. En dépit de cette faculté d'annulation du contrat, l'efficacité incertaine doit se distinguer de l'annulabilité, une autre sanction des conditions de formation du contrat.

327. L'annulabilité. À côté de la nullité, l'annulabilité est définie de la manière suivante : lorsqu'il existe un vice du consentement ou un cas de lésion au moment de la formation d'un contrat, la partie victime peut exercer une faculté, légalement prévue par la loi, de demander son annulation⁹³². En droit chinois, tout comme en droit français, le consentement de la partie qui s'oblige constitue une des conditions requises à la formation du contrat. Sous l'influence de la théorie allemande relative aux vices de la volonté, en droit chinois, la validité du contrat suppose l'absence de discordance entre la volonté interne et la déclaration externe des contractants. Dans le cas contraire, le consentement se trouve affecté d'un vice. Selon le droit chinois et contrairement au droit français, si le consentement est vicié soit par une erreur grave, soit à cause du dol ou de la violence d'une partie au contrat, ce dernier demeure valable⁹³³. Toutefois, aussi bien le contractant qui a commis cette erreur que la partie victime du dol ou de la violence peut exercer sa faculté d'annulation du contrat. Le contrat annulé est alors considéré comme privé de force juridique dès l'origine. À la différence du droit allemand, où une simple déclaration unilatérale suffit, en droit chinois, la demande en annulation est toujours soumise à un certain contrôle : elle doit être faite en justice ou par voie d'arbitrage dans un délai d'un an⁹³⁴. Enfin, l'annulation est susceptible d'une confirmation lorsque celui qui est en droit de la demander renonce à s'en prévaloir.

328. Les critiques adressées à la nullité absolue de la vente de la chose d'autrui en droit chinois. En faisant application de l'article 132 de la Loi chinoise relative aux contrats que l'on vient de mentionner⁹³⁵, le vendeur doit au moins avoir le droit de disposer du bien à vendre. La vente d'une chose appartenant à autrui devrait par

⁹³¹ C'est la disposition du premier alinéa de l'article 55 de la Loi chinoise relative aux contrats.

⁹³² Aux termes de l'article 54 de la Loi chinoise relative aux contrats, par l'annulabilité du contrat en cause, la loi protège la victime de lésion, de l'erreur qualifiée de grave, du dol ou de la violence au moment de la conclusion du contrat. En outre, si une partie a conclu un contrat tout en se prévalant de la situation d'urgence de son cocontractant, ce dernier peut également agir en annulation. Sur ce point, la Loi chinoise du contrat a modifié les solutions adoptées antérieurement par les PGDC de 1986 dont l'article 58 (3) dispose que le contrat entaché d'un tel vice du consentement est nul, mais pas susceptible de l'annulation.

⁹³³ En revanche, aux termes du premier alinéa de l'article 52 de la Loi chinoise relative aux contrats, si par le dol ou la violence, le contrat est consenti dans le but de nuire à l'intérêt de l'État, il est frappé de nullité.

⁹³⁴ À compter du jour où la victime de la lésion ou du vice de consentement connaît ou aurait dû connaître les causes de la rétractation.

⁹³⁵ Cet article énonce que « l'objet de la vente doit appartenir au vendeur ou au moins, ce dernier doit être en droit d'en disposer ».

conséquent être sanctionnée par la nullité absolue en raison de l'illicéité de son objet. Mais des critiques ont très vite été formulées par la doctrine à l'encontre de cette solution. D'une part, d'après nos analyses, la nullité du contrat en droit chinois est conçue comme une sanction destinée à sauvegarder l'intérêt général. Or, l'interdiction de la vente de la chose d'autrui a en effet pour finalité de protéger uniquement l'intérêt particulier de l'acheteur. Cela est d'autant plus vrai lorsque celui-ci est exposé à l'impossibilité d'exécuter l'obligation de transférer la propriété incombant au vendeur, obligation consacrée en droit chinois comme étant une de ses obligations essentielles. Il serait donc injuste de permettre au vendeur d'invoquer cette nullité tout en profitant de sa propre inexécution du contrat. D'autre part, à cause de la nullité, même si le véritable propriétaire ratifie la vente ou que le vendeur acquiert la propriété, et bien que par la suite, l'acheteur ne soit exposé à aucune revendication, ces faits postérieurs à la conclusion du contrat ne peuvent en aucun cas modifier le sort de ce contrat annulé. Cependant, une telle situation semble analogue à celle de la vente d'une chose future où le vendeur n'a pas la propriété de la chose puisqu'elle n'existe pas encore, mais il peut l'acquérir plus tard. Contrairement à la vente de la chose d'autrui, le contrat de vente de choses futures reste valable dès sa conclusion et seul le transfert de propriété est retardé à la naissance de la chose vendue. Pourquoi ne pas accorder alors une chance à la vente de la chose d'autrui pour qu'elle puisse être valable une fois qu'il a été remédié au défaut du droit de disposer du vendeur ? C'est d'ailleurs justement ce que fait l'article 51 de la Loi chinoise relative aux contrats en énonçant : « dans les cas où un contrat est souscrit par une personne afin de disposer d'un bien d'autrui, si le véritable propriétaire l'a ratifié ou que celle-ci a obtenu postérieurement le droit d'en disposer, ledit contrat est valable ». Dès lors, les auteurs reviennent sur l'interprétation de ce dernier article afin d'assouplir les dispositions de l'article 132 susmentionnées.

329. L'efficacité en suspens de la vente de la chose d'autrui. Selon la doctrine majoritaire, au lieu d'énoncer que « les contrats par lesquels on dispose d'un bien d'autrui sans le droit d'en disposer »⁹³⁶ sont nuls, cet article 51 en question n'a fait que poser une condition d'efficacité à ces contrats : l'obtention du droit de disposer. Si dès leur conclusion, ledit droit fait défaut, ils sont « affectés d'une efficacité incertaine »⁹³⁷. Pour qu'ils deviennent valables, il faut attendre la ratification par le véritable propriétaire ou l'acquisition du bien par les contractants qui étaient dépourvus du droit d'en disposer. Sinon, ces contrats sont rétroactivement inefficaces. La vente de la chose

⁹³⁶ Wúquán Chǔfèn Hétóng, en système phonétique chinois.

⁹³⁷ Xiàoli Wèidìng, en en système phonétique chinois.

d'autrui est alors classée parmi ces contrats. Avant la ratification ou l'acquisition du bien vendu par le vendeur, la vente reste en sommeil. Mais elle n'est pas nulle dès l'origine puisque sa validité demeure encore possible. Seulement dans l'hypothèse où le vendeur ne peut obtenir le droit de disposer du bien qu'il vend, le contrat de vente est définitivement inefficace. Dès lors, la vente de la chose d'autrui est soumise au régime des contrats passés par les personnes dont la capacité de contracter est restreinte⁹³⁸.

330. Les avantages de l'efficacité incertaine de la vente de la chose d'autrui. Il convient de noter que cette approche doctrinale présente de nombreux intérêts. En premier lieu, la vente conclue par un vendeur qui vend un bien appartenant à autrui n'est pas systématiquement nulle. Un certain temps est octroyé à ce vendeur pour lui permettre d'obtenir le droit de disposer et de rendre la vente valable. En second lieu, bien que l'article 51 de la Loi chinoise relative aux contrats ne l'ait pas précisément prévu, et que la doctrine chinoise s'intéresse rarement à la question concernant le droit d'annulation en cas de vente de la chose d'autrui⁹³⁹, tout comme un contractant dont la capacité est restreinte, le vendeur dans la vente de la chose d'autrui ne peut en aucun cas demander l'annulation du contrat. Cette faculté est en revanche réservée à son cocontractant de bonne foi, c'est-à-dire à l'acheteur qui ignore le défaut de propriété du vendeur. De cette manière, seul ce dernier peut faire l'objet de la protection fournie par la loi. Néanmoins, la mise en place de cette solution soulève également des difficultés qui peuvent venir contrebalancer les avantages que l'on vient d'analyser.

331. Les difficultés relatives au fondement de cette solution. Les auteurs qui considèrent la vente de la chose d'autrui comme un contrat dont l'efficacité demeure incertaine s'appuient en effet sur le § 185 du BGB⁹⁴⁰. Ce dernier fait du droit de

⁹³⁸ V. HuiXing LIANG, « Le changement des droits réels et la disposition d'une chose sans le droit d'en disposer », *Rev. Études et des commentaires d'arrêts*, 2000, n° 1, p. 49 ; pour certains auteurs, la vente de la chose d'autrui est nulle au moins avant que le véritable propriétaire l'ait ratifiée ou que le vendeur soit devenu propriétaire postérieurement : V. Les interprétations de la Loi chinoise relative aux contrats, *dir.*, Ping JIANG, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine 1^e éd., 1999, p. 42 ; LiMing WANG, JianYuan CUI, *Nouveau traité du droit des contrats, Partie générale*, , p. 304 et 305.

⁹³⁹ V. YunSong GE, « Le contrat de disposition sur la chose d'autrui », in *La compilation des recherches relatives aux droits civil et commercial, (Civil and commercial law review)*, Volume 21, *dir.* HuiXing LIANG, Édition Culture de JinQiao (Hongkong), 2001, n° 4, 21, p. 189.

⁹⁴⁰ Aux termes du § 185 du BGB relatif à l'acte de disposition par un non-titulaire de droit de disposer (*Verfügung eines Nichtberechtigten*), (1) est efficace tout acte de disposition portant sur un objet et fait par une personne qui n'y a pas droit, lorsqu'il a lieu avec l'autorisation de l'ayant-droit. (2) Cet acte de disposition devient efficace s'il est fait par l'ayant-droit, ou si le disposant acquiert l'objet lui-même, ou s'il hérite de l'ayant-droit et répond sans limitation des dettes de la succession [...]. Voir la traduction de cet article est proposée par Michel PÉDAMON. Michel PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ 2004, p. 224.

disposer l'une des conditions requises à l'efficacité de l'acte de disposition, l'acte étant radicalement distinct du contrat de vente en tant qu'acte créateur d'obligations. Toutefois, il convient de signaler que fondée sur la distinction entre le contrat de vente et le contrat réel de transférer la propriété, en droit allemand, c'est l'efficacité du second qui dépend de l'obtention du droit de disposer par le vendeur, et non la validité du premier. Ainsi, le fondement de cette approche chinoise n'est pas si solide que ce que ses partisans prétendent.

332. La protection non efficace des intérêts de l'acheteur. De plus, selon certains auteurs, l'efficacité incertaine de la vente de la chose d'autrui protège mal l'acheteur. Elle porterait même atteinte aux intérêts de ce dernier. Faute pour le vendeur d'obtenir le droit de propriété de la chose vendue, la vente est définitivement non efficace, autrement dit, nulle. Dans ce cas de figure, l'acheteur ne peut recourir ni à la garantie d'éviction, ni aux arrhes, si ces dernières ont été prévues, étant donné que la vente annulée est considérée comme n'ayant jamais existé. Pour la même raison, aucune responsabilité contractuelle du vendeur ne peut être engagée. Ce que l'acheteur peut invoquer, c'est la responsabilité précontractuelle (*culpa in contrahendo*) du vendeur. En droit chinois, contrairement à la responsabilité contractuelle, cette deuxième responsabilité est une responsabilité pour faute. Autrement dit, pour y recourir, il faut que l'acheteur prouve la mauvaise foi du vendeur. En outre, elle ne donne lieu qu'à des dommages-intérêts négatifs⁹⁴¹.

Enfin, en vertu de l'acquisition de bonne foi, adoptée par La Loi chinoise relative aux droits réels⁹⁴², le propriétaire ne peut exercer l'action en revendication contre un acquéreur de bonne foi, bien que ce dernier ait acquis le bien *a non domino*. En effet, l'acquisition de bonne foi permet à l'acquéreur, lorsqu'il est de bonne foi, d'obtenir le droit de propriété exempt de tout vice pouvant entacher celui de l'aliénateur. Eu égard à l'article 106 de cette loi, trois conditions sont requises pour faire appliquer ce principe. En premier lieu, l'acquéreur doit être de bonne foi. En deuxième lieu, l'acquisition doit être réalisée moyennant une contrepartie raisonnable. En troisième lieu, il faut que l'acquisition soit rendue publique, par la tradition pour les meubles ou par la publicité foncière pour les immeubles. Le même principe doit être logiquement applicable à la vente de la chose d'autrui, si ces trois conditions sont réunies. La solution analogue

⁹⁴¹ À la différence des dommages-intérêts dits positifs, qui ont pour objectif de replacer la victime dans la situation la plus proche de celle dans laquelle elle se serait trouvée si le contrat avait été correctement exécuté, les dommages-intérêts négatifs permettent seulement à cette dernière d'obtenir la réparation de sa perte subie, tout en la replaçant dans la situation où elle n'avait jamais rencontré son contractant.

⁹⁴² V. *infra*. n° 515 et s.

existe également en droit français : la nullité liée à la vente de la chose d'autrui risque aussi d'être exclue soit en raison des dispositions prévues au premier alinéa de l'article 2276 du Code civil⁹⁴³, soit en vertu de la théorie de l'apparence⁹⁴⁴.

Cependant, à ces trois conditions ainsi mentionnées, une partie de la doctrine chinoise ajoute une quatrième condition : l'acte, par lequel l'acquisition se réalise, doit être valable⁹⁴⁵. Il en résulte, par conséquent, que l'acquisition de bonne foi ne devrait pas s'appliquer au contrat nul ou annulable. Suivant cette logique, l'efficacité incertaine de la vente de la chose d'autrui constitue un obstacle à l'acquisition de bonne foi *a non domino*. Si c'était le cas, aucune acquisition de bonne foi *a non domino* ne serait réellement possible. Pourquoi alors la loi chinoise l'a consacrée ? En effet, si l'on soutient que l'acquisition de bonne foi exige un acte valablement consenti entre l'aliénateur *a non domino* et l'acquéreur de bonne foi, la vente de la chose d'autrui doit être réputée valable. C'est pourquoi que les critiques se sont élevées autour de l'efficacité incertaine de cette vente.

- 333.** Ainsi, en droit chinois, la vente de la chose d'autrui n'est pas automatiquement nulle dès l'origine. Elle peut devenir valable après la ratification du propriétaire et la consolidation du vendeur lorsque ce dernier obtient le droit de propriété sur la chose vendue. De plus, théoriquement, seul l'acheteur de bonne foi peut demander son

⁹⁴³ Aux termes du premier alinéa de l'article 2276, « en fait de meubles, la possession vaut titre ». En matière de vente des meubles, une fois entré en possession, l'acquéreur d'une vente de la chose d'autrui est protégé par le jeu de cette disposition légale, à condition qu'il soit de bonne foi. Ainsi, bien qu'il ait acquis d'un simple détenteur ou d'un simple dépositaire, c'est-à-dire *a non domino*, l'acheteur de bonne foi devient propriétaire et se trouve à l'abri de toute action en revendication du *verus dominus* (véritable propriétaire). V. *infra*. n° 538 et s.

⁹⁴⁴ Précisément, si l'acquéreur a acheté une chose à un propriétaire apparent, par le jeu de la théorie de l'apparence qui est basée sur la bonne foi du tiers concerné (dans ce cas la bonne foi est présumée : voir Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1965) et sur l'erreur commune (parce que l'erreur commune crée le droit, selon l'adage latin : « *Error communis facit jus* »), la validité de la vente ne peut être remise en cause. V. Cass. civ., 26 janvier 1897, *DP* 1900. 1. 33, note Louis SARRUT, *S.* 1897. 1. 313. Cependant, il est peut-être inexact de dire que dans ces hypothèses, la nullité de la vente de la chose est exclue, car l'acquéreur de bonne foi n'a pas vraiment acquis la propriété du vendeur, mais de la loi. Par conséquent, l'acquéreur peut toujours demander la nullité de la vente. V. Alain BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., LGDJ & Lextenso, 2013, n° 40, p. 26. L'application de la même théorie de l'apparence à l'hypothèque consentie par une société anonyme annulée : Cass. req., 19 mars 1946, *JCP* 1946.II.3125, note Émile BECQUÉ ; à un bail consenti par le propriétaire apparent : Cass. 1^{re} civ., 2 novembre 1959, *Bull. civ.* I, n° 448, p. 372, *D.* 1960, *somm.* n° 65, *JCP* 1960.II.11456, note Paul ESMEIN ; et à l'hypothèque consentie par le propriétaire apparent : Cass. 1^{re} civ., 3 avril 1963, *D.* 1964, p.306, note Jean CALAIS-AULOY. V. *infra*. 522 et s.

⁹⁴⁵ ShangKuan SHI, *Traité des droits réels*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000, p. 559-560.

annulation. Une solution semblable est consacrée en droit français par la jurisprudence et ce de manière constante.

B. la nullité relative de la vente de la chose d'autrui en droit français

- 334. La théorie des nullités en droit français.** En droit français, la nullité se définit comme un anéantissement rétroactif du contrat irrégulièrement formé⁹⁴⁶. Cette sanction est caractérisée par sa gravité : le contrat entaché de nullité est quasiment rayé de la carte, comme s'il n'avait jamais existé. Bien qu'aucun texte du Code civil français n'emploie ces termes, la doctrine a construit la théorie des nullités en la faisant reposer sur une opposition entre nullité absolue et nullité relative⁹⁴⁷. Les différences entre ces deux catégories de nullités sont habituellement examinées d'un triple point de vue : les personnes pouvant agir, le délai de prescription⁹⁴⁸, et la possibilité ou non de confirmer l'acte. Pour être plus précis, contrairement à la nullité absolue, en cas de nullité relative, seule la partie dont l'intérêt est protégé par la loi peut l'invoquer. Celle-ci peut également y renoncer. En vertu de l'article 1599 du Code civil, le droit de propriété du vendeur est considéré par les rédacteurs du Code comme étant l'une des conditions de validité du contrat de vente. Dans ces conditions, la vente de la chose d'autrui devient aussitôt le sèmeur de trouble, notamment en ce qui concerne sa nature juridique et son fondement.
- 335. La nullité relative de la vente de la chose d'autrui.** À la différence du droit chinois, la question relative à la vente de la chose d'autrui est souvent traitée par les

⁹⁴⁶ Alain BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., LGDJ&Lextenso, 2014, n° 201, p. 159 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz 2013, n° 81, p. 109.

⁹⁴⁷ En droit français, selon la doctrine classique, un contrat est assimilé à un être vivant composé d'organes. En l'absence d'un de ces organes essentiel à la vie, il est « mort-né ». Dans ce cas de figure, la nullité est absolue. Lorsque la pathologie consiste seulement en un organe vicié sans autres manquements, le contrat est uniquement « malade », mais guérissable. Si c'est le cas, la nullité est relative. Mais les critères de cette distinction divisaient autant les auteurs français du XIX^e siècle que ceux du début du XX^e siècle. Les auteurs plus modernes ont abandonné l'analyse anthropomorphique du contrat proposée par la doctrine classique. Ils considèrent dès lors la nullité étant comme un droit de critique, qui sanctionne la violation d'une règle légale et par suite, peut affecter les effets du contrat. A partir de là, les nullités se différencient en fonction de la finalité poursuivie par la règle transgressée : si celle-ci est protectrice d'intérêts privés ou particuliers, la nullité est relative, si elle a pour fonction de protéger l'intérêt général, la nullité est absolue. V. François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 86 et s, p. 114 et s ; Michel BOUDOT, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^e et 20^e siècles », in *La théorie des nullités*, dir. Michel BOUDOT et Paolo Maria VECCHI, LGDJ 2008, p. 79 et s.

⁹⁴⁸ La loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription a supprimé ce point de différence entre nullités absolue et relative ; elles se prescrivent aujourd'hui toutes par cinq ans.

auteurs français dans la partie concernant l'objet de la vente⁹⁴⁹. Il semble que du point de vue des rédacteurs du Code civil, vendre une chose qui n'appartient pas au vendeur devrait être sanctionné par la nullité absolue, étant donné que cette vente suppose le défaut d'objet⁹⁵⁰ et l'absence de cause à l'égard du paiement du prix⁹⁵¹. Du moins, ce serait le cas que lorsque ces derniers auraient été pris en considération par la jurisprudence en tant qu'éléments essentiels du contrat⁹⁵². Cependant, il semble que le point de vue des rédacteurs du Code n'a jamais été soutenu par la jurisprudence. Selon cette dernière, la nullité de la vente de la chose d'autrui n'est qu'une nullité relative⁹⁵³.

⁹⁴⁹ Par exemple, Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Jean BRETHER DE LA GRESSAYE, *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, le louage des choses*, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938 ; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ & Lextenso, 2014 ; Alain BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., LGDJ & Lextenso, 2013 ; François COLLART-DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 2011.

⁹⁵⁰ Le défaut du droit de propriété sur la chose vendue peut être considéré comme l'absence d'un élément essentiel du contrat de vente : la chose. V. Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ & Lextenso, 2014, n° 185, p. 131. Selon Charles BEUDANT, le véritable objet du contrat de vente est le droit de propriété sur la chose vendue. L'absence d'objet est donc le fondement de l'article 1599 du Code civil. Charles BEUDANT, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Jean BRETHER DE LA GRESSAYE, *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, le louage des choses*, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n° 99, p. 68.

⁹⁵¹ Pour Daniel DE FOLLEVILLE, la vente de la chose d'autrui est nulle non seulement pour absence d'objet et aussi pour l'absence de cause. Pour éclaircir ce point de vue, l'auteur a cité les explications de Frédéric MOURLON : « celui qui promet un prix comme acheteur, le promet pour devenir immédiatement propriétaire de la chose qu'il achète. Il considère comme l'équivalent du prix qu'il promet, non pas seulement l'obligation que le vendeur contracte de le mettre en possession de la chose vendue et de le garantir de toute éviction, mais encore le transport instantané de la propriété. [...] Ainsi la vente de la chose d'autrui est nulle, parce que l'acheteur n'ayant pas reçu l'équivalent de son prix, son obligation manque de cause ». (Frédéric MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier [-troisième] examen de Code Napoléon : contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, tome 3, n° 515, p. 216). En même temps, puisque la vente devait essentiellement tendre à la transmission de la propriété de la chose vendue au profit de l'acheteur, le contrat doit être encore nul faute d'objet, toutes les fois que cette transmission ne peut pas être effectuée, ce qui arrive lorsque le vendeur n'est pas en réalité propriétaire de la chose. V. Daniel DE FOLLEVILLE, « Essai sur la vente de la chose d'autrui », *Rev. prat. dr. fr.*, t. XXXII à XXXV, Paris : A. MARESCQ AINÉ, 1872, n° 8, p. 504.

⁹⁵² En droit français, l'absence d'objet et de cause fut sanctionnée, selon la jurisprudence, par la nullité absolue du contrat. Par trois arrêts de la première Chambre civile de 1999, de 2001 et de 2004, on voit pourtant poindre un revirement de jurisprudence. Le caractère relatif de la nullité pour absence de cause et d'objet est désormais soutenu par la première et la troisième Chambres de la Cour de cassation, ainsi que par une partie même majoritaire de la doctrine. V. Jacques GHESTIN, « Nullité relative pour absence de cause et point de départ de la prescription quinquennale », *D.* 2007, p. 477 ; pour le même auteur, « Prix dérisoire : la nullité relative pour absence de cause chasse l'inexistence », note sous l'arrêt de Cass. 3^e civ., 21 septembre 2011, n° 10-21.900, *Bull. civ.* 2011, III, n° 152 : *JCP G*, 2011, 1276, p. 2282 ; v. aussi note sous l'arrêt de Cass. 1^{re} civ., 20 février 2008, par Éric SAVAUX, *Defrénois* 2008, art. 38795, n° 4, p. 1350.

⁹⁵³ Cass. civ., 23 janvier 1832, *S.* 1832, 1, p. 666 ; Cass. req. 15 janvier 1934, *D.* 1934, 97 ; Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 1962, *RTD civ.* 1963, 113 obs. Gérard CORNU ; Cass. 3^e civ., 16 avril 1973, *Bull. civ.* III, n° 433 ; Cass. 3^e civ., 8 décembre 1999, *JCP* 2000, éd. G, IV, 1176, D.2001, p. 269, note Christophe ALBIGES ; Cass. 3^e civ., 9 mars 2005, *B.* III n° 63.

Dès lors, l'action en nullité de la vente de la chose d'autrui ne peut être demandée que par l'acquéreur et non par le vendeur ni par le véritable propriétaire. En même temps, la nullité du contrat peut être couverte par la ratification de la vente par le véritable propriétaire ou encore si le vendeur devient le propriétaire par la suite. Ainsi, la portée des dispositions de l'article 1599 est bien réduite. En même temps, il convient également de signaler que cette sanction s'applique uniquement aux ventes de corps certains.

336. Le domaine limité de l'article 1599 du Code civil. Il convient en outre de signaler que parfois l'application de l'article 1599 peut être éludée lorsque la vente a pour objet des choses de genre⁹⁵⁴, ou des choses futures. Dans ces deux dernières hypothèses, vu que le transfert de propriété est subordonné à l'individualisation ou à l'existence des biens vendus, malgré le fait que le vendeur ne soit pas encore le propriétaire de la chose au moment de la conclusion du contrat, la vente n'en est pas moins valable dès l'échange des consentements. En l'occurrence, le défaut de transfert de propriété sera sanctionné pour inexécution de certaines obligations de la part du vendeur, notamment celles d'individualiser, identifier ou fabriquer le bien vendu. Ainsi, le transfert immédiat de propriété est regardé comme une condition même de la mise en application de l'article 1599⁹⁵⁵. Ce point de vue est largement partagé par la doctrine chinoise⁹⁵⁶.

337. Les difficultés dans la recherche sur le fondement de la nullité relative de la vente de la chose d'autrui. Si la sanction de la vente de la chose d'autrui est la nullité relative, ni le défaut d'objet, ni l'absence de cause ne peuvent servir de fondement à une telle solution, notamment lorsque sous l'influence de la théorie classique des nullités, ils ont été sanctionnés par la nullité absolue. Mais quel est alors son véritable fondement ? Quelques difficultés apparaissent rapidement à la venue de cette question.

⁹⁵⁴ Pierre GUIHO a expliqué que « il est unanimement admis que la nullité de l'article 1599 n'est pas applicable à une vente de chose de genre, ni celle de l'article 1021 à un legs de chose de genre ». V. Pierre GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTD civ.* 1954, n° 3, p. 3. V aussi MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ & Lextenso, n° 184, p. 130-131.

⁹⁵⁵ V. par exemple, Paul-Henri ANTONMATTEI, Jacques RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7^e éd., 2013, n° 117, p. 108 ; MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ & Lextenso, 2014, n° 184, p. 130.

⁹⁵⁶ Te MA, *Le transfert de propriété*, Édition China legal publishing house, 2007, p. 294 et s. V aussi JianYuan CUI, « Débats concernant le contrat de disposition sur la chose d'autrui », *Rev. Étude en droit*, 2003, n° 1.

Certains auteurs s'appuient sur la théorie de l'erreur afin d'y trouver le fondement de cette nullité relative en cas de vente de la chose d'autrui⁹⁵⁷. En droit français, lorsque le consentement d'une partie au contrat est affecté d'un vice, une erreur par exemple, ce vice du consentement peut entraîner la nullité relative du contrat. Attacher la nullité de la vente de la chose d'autrui à l'erreur permet alors d'expliquer pourquoi, selon la jurisprudence, seul l'acquéreur victime est en droit d'agir en nullité tout en gardant la possibilité d'y renoncer. Il convient par conséquent de détailler les principes qui sous-tendent cette approche. Si le vendeur vend une chose qui ne lui appartient pas, il s'agit soit d'une erreur sur la cause⁹⁵⁸, soit d'une erreur sur la personne, c'est-à-dire, la qualité de propriétaire du vendeur⁹⁵⁹. Néanmoins, le régime de la nullité relative en présence d'une erreur n'est pas tout à fait conforme aux dispositions du Code civil⁹⁶⁰. En vertu de la théorie de l'erreur, la nullité est invocable par le seul contractant qui l'a commise. En revanche, aux termes de l'article 1599 du Code, peu importe que l'acheteur ait connu ou ignoré le défaut de propriété du vendeur, il a toujours le droit de requérir la nullité. La bonne foi de l'acheteur, déduite du fait qu'il a ignoré que la chose fût à autrui, n'est prise en compte que pour l'obtention des dommages-intérêts. En outre, le vendeur ne peut en aucun cas demander la nullité en justice, même sous prétexte qu'il ait vendu le bien d'autrui par erreur⁹⁶¹. De ce fait, le recours à l'erreur ne permet pas non plus de fonder la nullité de la vente de la chose d'autrui consacrée par le Code civil. Dès lors, sanctionner la vente de la chose d'autrui par la nullité relative semble manquer de base solide et demeure mystérieux. Pour clarifier la position jurisprudentielle sur cette question, il conviendrait peut-être, selon Géraud DE LA PRADELLE, de redéfinir la nullité énoncée par l'article 1599 selon un cadre inhabituel tout en lui attribuant une nature hybride autrement dit une nullité pour défaut d'objet, qui est le fondement de la nullité

⁹⁵⁷ Henri CAPITANT, Ambroise COLIN, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, 1959; Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, par Michel DE JUGLART, *Leçon de droit civil, Principaux contrats*, t. III, vol. II, Montchrestien 1968, n° 816, p. 72.

⁹⁵⁸ Henri CAPITANT, Ambroise COLIN, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, 1959, n° 656, p. 371.

⁹⁵⁹ Louis JOSSEAND, *Cours de droit civil positif français, t. II, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les suretés*, 3^e éd., Sirey 1939, n° 1043, p. 618 ; Henri CAPITANT, Ambroise COLIN, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, 1959, n° 652, p. 370.

⁹⁶⁰ Eugène GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz 2004, p. 106 et 107 ; Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil, t. III, 2^{ème} Volume, Principaux contrats*, 3^e éd., par Michel de JUGLART, Montchrestien, 1968, n° 816, p. 72 et s.

⁹⁶¹ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ & Lextenso, 2014, n° 185, p. 131.

absolue, mais recouvrant un caractère relatif⁹⁶². Ainsi, contrairement à la théorie dichotomique des nullités, la nullité en cas de vente de la chose d'autrui devrait être classée dans une troisième catégorie, une catégorie intermédiaire. Récemment, cette énigme à l'égard du fondement de la nullité relative de la vente de la chose d'autrui pourrait être enlevée, grâce à une nouvelle tendance jurisprudentielle imprégnée de la doctrine dite moderne des nullités.

En droit français, la théorie des nullités fondée sur la notion d'élément essentiel du contrat a été contestée par la doctrine dite « moderne ». Selon cette dernière, la nature de la nullité doit être déterminée en fonction de la finalité de la protection garantie par la loi. Pour être plus précis, seule la sauvegarde d'un intérêt général entraîne la nullité absolue du contrat. Si la règle violée a pour finalité de protéger un intérêt privé, son inobservation sera sanctionnée par la nullité relative. Cette dernière distinction a été consacrée par plusieurs avant-projets de réforme du droit des contrats⁹⁶³. Dès lors l'absence de cause⁹⁶⁴ et d'objet⁹⁶⁵ sera sanctionnée par la nullité relative du contrat. Sanctionner la vente de la chose d'autrui par la nullité relative pour absence d'objet semblerait désormais bien fondé. Récemment, à l'occasion d'un arrêt portant sur la vileté du prix, « [I]a première et la troisième chambres civiles de la Cour de Cassation [ont fait] en tout cas clairement prévaloir [...] sur la notion d'élément essentiel du contrat, la distinction entre les intérêts protégés [...]»⁹⁶⁶. Cependant, en raison de

⁹⁶² Géraud DE LA PRADELLE, *Les conflits de lois en matière de nullités*, *Bibl. dr. inter. priv.*, vol. 8, Dalloz, 1967.

⁹⁶³ Par exemple, aux termes de l'article 79 des Propositions de réforme du droit des contrats dirigées par le professeur François TERRÉ (L'avant-projet TERRÉ), « [I]a nullité est absolue lorsque la règle violée tend à sauvegarder l'intérêt général. Elle est relative lorsqu'elle ne protège qu'un intérêt privé ». V. *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, dir. François TERRÉ, Dalloz., 2009, p. 21. Les mêmes dispositions ont été reprises dans le projet d'Ordonnance à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié par la Chancellerie le 25 février 2015 à son article 1179. L'article consulté sur le site : http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

⁹⁶⁴ V. Jacques GHESTIN, « Présentation des textes relatifs à la cause (de l'avant-projet CATALA) », art. 1124-1, p. 26.

⁹⁶⁵ Eu égard de l'article 61 de l'avant-projet TERRÉ, « [I]orsque, dans un contrat synallagmatique, l'une des obligations est sans objet, l'obligation corrélatrice est nulle, de nullité relative ». *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, dir. François TERRÉ, Dalloz., 2009, p. 19.

⁹⁶⁶ Jacques GHSTIN, « Prix dérisoire : la nullité relative pour absence de cause chasse l'inexistence », not sous l'arrêt de Cass. 3^e civ., 21 septembre 2011, n° 10-21.900, *Bull. civ.* 2011, III, n° 152 ; *JCP G*, 2011, 1276, p. 2284. V. aussi les notes sous cet arrêt : Denis MAZEAUD, *D.* 2011, p. 2711 ; Soraya Amrani MEKKI et Mustapha MEKKI, *D.* 2012, *pan.*, p. 465 ; Éric SAVAUX, *RDC.* 2012, p. 47. Sur la nullité relative d'un contrat pour absence de cause, à rapprocher : Cass. 1^{er} civ., 9 novembre 1999, pourvois n° 97-16.306 et 97-16.800, *Bull. civ.* 1999, I, n° 293 (1) ; Cass. 3^e civ., 29 mars 2006, pourvoi n° 05-16.032, *Bull. civ.* 2006, III, n° 88.

divergences jurisprudentielles⁹⁶⁷ et de doctrinales en la matière, il est loin d'être sûr que le débat concernant le fondement de la nullité relative de la vente de la chose d'autrui soit déjà clos.

338. La nullité relative et l'efficacité incertaine de la vente de la chose d'autrui. À première vue, une analyse analogique semble possible et permettrait de rapprocher les deux sanctions consacrées respectivement par la doctrine chinoise et la jurisprudence française dans le cas de la vente de la chose d'autrui⁹⁶⁸. D'une part, tout comme en cas de la nullité relative, la solution chinoise vise aussi à protéger les intérêts privés d'une partie au contrat, l'acheteur. Par conséquent, seul ce dernier peut agir en annulation de la vente. D'autre part, la vente de la chose d'autrui est susceptible de confirmation dans ces deux systèmes. De plus, il ne faut pas perdre de vue l'effet rétroactif de l'annulation et de la nullité relative. Cependant, des divergences restent encore très profondes. Premièrement, en droit chinois, bien que la vente de la chose d'autrui ne produise pas dans un premier temps ses effets, elle n'est pas pour autant nulle dès l'origine. Deuxièmement, le fondement de la solution chinoise réside dans le droit de disposer que possède le vendeur, et non dans l'erreur que l'acheteur aurait pu commettre. La vente de la chose d'autrui est en effet considérée comme un contrat par lequel on dispose d'un bien sans avoir le droit correspondant. Enfin, contrairement à l'article 1599 du Code civil français, le droit d'agir en annulation est attribué par le droit chinois à l'acheteur de bonne foi uniquement, car il n'avait pas connaissance du défaut de propriété du vendeur lors de la conclusion du contrat de vente.

339. Ainsi, non seulement le domaine mais aussi la portée de la nullité de la vente de la chose d'autrui sont bien limités tant en droit français qu'en droit chinois dans le but de remédier aux inconvénients de cette prohibition. Toutefois, les efforts de la doctrine en droit français comme en droit chinois ne s'avèrent pas tout à fait satisfaisants dans la mesure où il demeure difficile de justifier le fondement juridique de leurs solutions respectives. Cela conduit alors les auteurs à envisager la validation de ladite vente.

⁹⁶⁷ Sur la même question, la chambre commerciale avait jugé que « la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun ». Cass. com., 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-13.979, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 226.

⁹⁶⁸ Ce rapprochement a été envisagé par certains auteurs chinois, par exemple v. WeiQiu LONG, *Traité de droit des obligations*, Édition de Droit, 2001, p. 588 et s.

§ 2. LES CONTRIBUTIONS À LA VALIDITÉ DE LA VENTE DE LA CHOSE D'AUTRUI

340. En droit chinois comme en droit français, la vente de la chose d'autrui peut conduire à une non-efficacité du contrat, bien que soient bien réduits le domaine ainsi que la portée de cette sanction. Toutefois, comme l'on vient de le démontrer, les solutions consacrées respectivement par ces deux systèmes donnent lieu à de nombreuses critiques bien fondées. Afin de contourner toutes les difficultés résultant de la nullité de la vente de la chose d'autrui, les auteurs tendent à valider cette vente, sans pour autant adopter le contrat autonome de transfert de propriété du système allemand. Deux possibilités sont alors envisageables. La première tient à l'existence de l'obligation de transférer la propriété, incombant au vendeur non propriétaire (A), et le deuxième au détachement de l'effet obligatoire de l'effet translatif du contrat de vente (B).

A. La validité de la vente de la chose d'autrui par le recours à l'obligation de *dare*

341. **La vente valable, mais susceptible de résolution en cas d'inexécution de l'obligation de *dare*.** En droit chinois, il est vrai que la LDR de 2007 n'a pas mentionné la nécessité d'un contrat réel de disposition pour opérer le transfert de propriété. Toutefois, ce silence du législateur n'a pas empêché une partie de la doctrine de soutenir la validité de la vente de la chose d'autrui. Pour certains auteurs, le droit de disposer du vendeur ne peut en aucun cas conditionner la validité du contrat vente. Leurs arguments sont fondés sur la définition de la vente énoncée à l'article 130 de la Loi chinoise relative aux contrats : il s'agit d'un contrat par lequel le vendeur s'engage à transférer la propriété à l'acheteur et ce dernier à en payer le prix. Cette définition leur permet d'en déduire qu'en droit chinois, comme tout autre contrat, le contrat de vente a pour seul but de créer des obligations⁹⁶⁹, plus spécifiquement celle de transférer la propriété incombant au vendeur⁹⁷⁰. En même temps, les raisonnements des auteurs précités prennent également appui sur la distinction stricte entre la formation du contrat de vente et son exécution. Eu égard à la LDR, la transmission de la propriété ne s'opère aucunement au moment de la conclusion du contrat, mais uniquement au stade de son exécution, (soit après la réalisation de la tradition pour les meubles, et après la mise en

⁹⁶⁹ Te MA, *Le transfert de propriété*, Édition China legal publishing house, 2007, p. 305 et s ; YunSong GE, « Le contrat de disposition sur la chose d'autrui », in *La compilation des recherches relatives aux droits civil et commercial*, (Civil and commercial law review), Volume 21, p. 158, spéc. p. 186 et s.

⁹⁷⁰ En vertu de l'article 135 de la Loi chinoise relative aux contrats, « le vendeur s'engage à livrer la chose vendue ou à fournir à l'acheteur tous les documents requis afin d'en prendre livraison et à lui procurer la propriété de cette dernière ».

œuvre de la publicité foncière pour les immeubles)⁹⁷¹. En fait, le transfert de propriété est consécutif à l'exécution de l'obligation de *dare*. Autrement dit, la propriété est transmise par l'effet de cette obligation, et non par un contrat de nature translatrice de propriété. Par conséquent, toute impossibilité d'exécuter l'obligation de transférer la propriété, bien qu'elle soit déjà réputée inévitable dès l'origine, ne doit pas affecter la validité de ce contrat. Dès lors, si le vendeur n'a pu rendre l'acheteur propriétaire du bien vendu, il n'a pas respecté son obligation envers son contractant puisqu'il s'était engagé à lui procurer la propriété. Dans ce cas, si ce même vendeur poursuit son acheteur en paiement du prix, ce dernier peut opposer l'exception *non adimpleti contractus*, c'est-à-dire l'exception d'inexécution. Dans l'hypothèse où l'acheteur veut se faire restituer le prix déjà payé, il pourra agir en résolution. De même, face à la revendication du véritable propriétaire, l'acheteur peut également invoquer la garantie d'éviction du fait des tiers prévue par l'article 150 de la Loi chinoise relative aux contrats, à condition qu'il ne fût pas en connaissance du manquement du titre de propriété du vendeur lors de la conclusion du contrat⁹⁷².

En somme, la vente de la chose d'autrui est valable. L'acheteur peut poursuivre la responsabilité contractuelle du vendeur si l'exécution de son obligation de transférer la propriété devient finalement impossible. En Chine, le succès de cette doctrine est de plus en plus important au vu du nombre de ses partisans qui ne cesse d'augmenter. Il paraît que parmi eux se trouve même la Cour Suprême chinoise.

342. La validité de la vente de la chose d'autrui récemment confirmée par la Cour suprême ? Afin d'apaiser les controverses concernant certaines dispositions prévues par Loi chinoise relative aux contrats, y compris celles de l'article 51 de la même loi, la Cour Suprême chinoise a voté et publié, le 31 mars 2012, quelques nouvelles « Interprétations » de cette loi. Dans ces dernières, intitulées « Explications concernant la question de l'application de la loi soulevée à l'occasion de litiges, résultant du contrat de vente, tranchés par la Cour suprême »⁹⁷³, il apparaît que l'article 3 vise directement le problème relatif à l'efficacité de la vente de la chose d'autrui. L'article en question contient deux alinéas. Selon le premier, « si une partie à la vente agit en annulation du contrat, sous seul prétexte que lors de sa conclusion, le vendeur n'était pas le

⁹⁷¹ Selon l'article 6 de : « [c]onformément à la loi, la constitution, la modification, la transmission et l'extinction de droits réels portant sur des immeubles doivent être inscrites au registre foncier ; la constitution et la transmission de droits réels portant sur des meubles doivent faire l'objet de la remise de la chose ».

⁹⁷² V. *supra*, n° 294, 295.

⁹⁷³ « 最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释 ».

propriétaire du bien vendu, l'action en annulation n'est pas recevable ». À ces dispositions, le deuxième alinéa ajoute en ces termes : « si le vendeur en question, n'ayant pas pu obtenir le droit de propriété du bien (vendu), n'est pas en mesure d'en transférer la propriété, pour poursuivre sa responsabilité contractuelle, la demande en résolution du contrat avec des dommages-intérêts, faite par l'acheteur doit être recevable ». Dans son ensemble, comment appréhender le tournant que marque cet article ?

343. La confirmation approuvée au regard des textes des *Explications de la Cour suprême*. À première vue, les dispositions du premier alinéa ainsi présentées ne sont pas non équivoques car elles peuvent faire l'objet d'une double interprétation. Il est possible de penser que le texte en question s'applique dans l'hypothèse où le vendeur a obtenu le titre de propriété du bien vendu après la conclusion du contrat de vente mais avant que l'acheteur n'invoque l'annulation du contrat. L'interprétant ainsi, on peut en déduire que la Cour suprême a voulu interdire à l'acheteur d'invoquer l'annulation du contrat une fois le vendeur devenu propriétaire et donc postérieurement à la conclusion de la vente. Si cette interprétation est exacte, la vente de la chose d'autrui resterait toujours un contrat dont l'efficacité serait douteuse dès l'origine. Or, sa validité devient définitive après l'acquisition de la propriété par le vendeur. De cette manière, l'article 3 de ces *Explications* ne fait qu'imposer une condition supplémentaire à l'exercice de la faculté d'annuler le contrat, faculté attribuée uniquement à l'acheteur de bonne foi. Ce dernier est toujours en droit de l'invoquer, mais pas après la validité définitive du contrat de vente. Cependant, il est évident qu'une telle interprétation ne correspond pas aux termes employés au deuxième alinéa du même article. La lecture textuelle de ce dernier permet d'en déduire que la Cour suprême a d'abord attaché le défaut du titre de propriété du vendeur à l'impossibilité du transfert de propriété, la deuxième étant la conséquence du premier. En outre, il est clair que selon la Cour suprême, l'impossibilité du transfert de propriété engendre la responsabilité contractuelle du vendeur qui est due habituellement en droit chinois à la défaillance d'une partie au contrat. C'est justement basé sur ce fondement que l'acheteur est autorisé à agir en résolution et en des dommages-intérêts pour inexécution du contrat. À cet égard, l'alinéa premier de l'article 3 de ces *Explications* doit être traduit de manière beaucoup plus large : aucune partie ne peut invoquer l'annulation de la vente de la chose d'autrui à cause du défaut du droit de propriété du vendeur sur le bien vendu, car cette vente est valable dès sa conclusion. Sinon, d'où viendraient les obligations dont l'inexécution entraîne la résolution du contrat ? De ces considérations, une conclusion s'impose : la Cour suprême a en effet reconnu la validité de la vente de la chose d'autrui. Une tempête

doctrinale particulièrement violente s'en est suivie dès le lendemain de la publication de ces textes.

344. La confirmation impossible en vertu de la fonction de la Cour suprême. L'idée selon laquelle l'article 3 des *Explications* de 2012 ait confirmé la validité de la vente de la chose d'autrui a fait l'objet de vives critiques formulées notamment par le professeur HuiXing LIANG⁹⁷⁴, un des rédacteurs de la Loi chinoise relative aux contrats. Pour cet auteur, l'application de cet article se limite uniquement dans certaines circonstances bien particulières où le droit de disposer du vendeur demeure restreint⁹⁷⁵, à savoir vendre des choses futures, vendre un bien hypothéqué sans l'autorisation du créancier, revendre un bien faisant l'objet d'une réserve de propriété par l'aliénateur sans que son acquéreur n'ait payé l'intégralité du prix ou vendre un bien faisant l'objet d'une location financière⁹⁷⁶ (un crédit-bail ou une location financière pure et simple sans option d'achat⁹⁷⁷) par le bailleur, avant que le preneur ne s'acquitte de ses loyers. En revanche, ledit article n'est pas en mesure d'être applicable à la vente de la chose d'autrui, hypothèse dans laquelle le vendeur n'a aucun droit de disposer du bien qu'il vend. Les raisonnements de cet auteur sont les suivants : si la confirmation de la validité d'une telle vente peut ne pas contredire l'article 51 de la Loi chinoise relative aux contrats, comme nous l'avons expliqué précédemment, elle déroge sans aucun doute à l'alinéa premier de l'article 132 de la même loi⁹⁷⁸. En vertu de l'article 67 de la Constitution chinoise et de l'article 42 de la Loi chinoise relative aux activités législatives, en Chine, la Cour suprême n'est pas titulaire du pouvoir législatif. Sa fonction se borne alors strictement à émettre des interprétations judiciaires concernant l'application de certaines règles à la demande de l'Assemblée populaire nationale. Du fait de cette fonction, des *Explications* de la Cour suprême ne peuvent aucunement déroger aux règles qu'elle est censée interpréter. Il en résulte qu'il ne faut pas recourir aux *Explications* de 2012, notamment à son article 3 pour trancher les litiges provenant d'une vente de la chose d'autrui, sous peine de constituer la violation d'une loi qui est toujours en vigueur. En d'autres termes, selon l'auteur, le droit de disposer du vendeur doit être considéré

⁹⁷⁴ HuiXing LIANG, « Établir une règle d'interprétation sur l'efficacité spéciale du contrat de vente. L'analyse relative à l'article 3 des Explication de Cour suprême de 2012 [2012 n° 7] ». L'article est publié sur le site : <http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=3366>.

⁹⁷⁵ En chinois : « 处分权受到限制的所有人出卖自己之物 》.

⁹⁷⁶ En chinois : Róngzī zūlín hē tóng « 融资租赁合同 ».

⁹⁷⁷ La distinction du crédit-bail des autres locations financières, voir Rose-Noëlle SCHÜTZ « Crédit-bail », *Rép.civ.Dalloz*, janvier 2007, n° 45 et s, p 13 et s.

⁹⁷⁸ Rappelons que l'alinéa premier de cet article énonce : « l'objet de la vente doit appartenir au vendeur ou au moins ce dernier est en droit d'en disposer ».

comme étant l'une des conditions de validité du contrat de vente, étant donné que cela est déjà prévu par la loi.

Ainsi, les controverses autour de l'efficacité de la vente de la chose d'autrui continuent et ne prendront fin que lorsque le législateur éclaircira sa position en la matière ou s'engagera dans une véritable réforme. Du côté du droit français, le recours à l'obligation de donner peut également permettre de mettre en cause la nullité de la vente de la chose d'autrui.

345. La validité de la vente de la chose d'autrui dans l'Ancien droit français. Face aux problèmes que la nullité de la vente de la chose d'autrui pose, pour certains auteurs français, la suppression de l'article 1599 du Code civil s'avère plutôt favorable. En fait, dans le *Traité du contrat de Vente* de Pothier⁹⁷⁹, la vente de la chose d'autrui n'était pas frappée de nullité. Une génération plus tard et s'inspirant de Pothier, Troplong⁹⁸⁰ considéra directement l'action en nullité de l'article 1599 comme étant une action en résolution pour inexécution par le vendeur des obligations qui lui incombent. Il s'agissait des obligations qui avaient trait au transfert de propriété. N'étant pas titulaire de la propriété, le vendeur risquait de rencontrer des difficultés dans leur exécution. Mais son inexécution n'était pas encore définitive dès l'origine, car le vendeur en question pouvait toujours tenter d'acquérir la propriété afin de la transférer par la suite à son propre acquéreur. C'est uniquement dans le cas où cette acquisition s'avérait impossible que l'inexécution de l'obligation de *dare* devenait finalement justifiée, et que, par conséquent, la résolution de la vente intervenait avec ou sans dommages et intérêts. C'est cette solution qui inspira les auteurs qui soutiennent le maintien dans le Code civil d'une obligation de *dare* dont l'exécution entraîne le transfert de propriété.

346. La validité de la vente de la chose d'autrui en raison du mécanisme du transfert par l'effet des obligations. Si on considère que le transfert de propriété est réalisé par l'effet des obligations, ainsi que l'article 711 du Code civil l'énonce, la propriété n'est pas transférée par un contrat de nature translatif, mais par l'exécution d'une obligation de *dare* à la charge du vendeur. En raisonnant de la sorte, la validité de la vente, qui n'a pour finalité que de créer les obligations entre les contractants à la vente, se présente

⁹⁷⁹ Robert Joseph POTHIER, *Traité du contrat de vente*, t. I, Paris, 1762, en particulier art. V, p. 57 et dans le même sens, v. aussi Robert Joseph POTHIER, *Traité des Obligations*, éd. Bugnet, t. II, 1761, n° 133.

⁹⁸⁰ Raymond-Théodore TROPLONG, *Le droit civil expliqué, suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente*, 1833-35, I, n° 238. V. aussi Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de code Napoléon*, continué par Édouard-Louis-Armand Colmet de Santerre, t. VII, Paris, 1865, p. 55, n° 28 bis VI.

exclusivement comme le « prélude »⁹⁸¹ à la transmission de propriété. Dès lors, rien n'empêche que la vente de la chose d'autrui puisse être conçue comme un contrat valable dès sa conclusion, étant donné que l'impossibilité de transférer la propriété, bien qu'elle soit déjà prévisible lors de la conclusion du contrat, est due à l'inexécution de la vente et ne doit pas rejaillir sur sa formation⁹⁸². En somme, le défaut de droit de propriété portant sur la chose vendue ne constitue pas une entrave à la validité du contrat de vente, mais un obstacle à son exécution. En cas d'inexécution de l'obligation de transférer la propriété, la vente est susceptible de résolution pour inexécution. De cette manière, l'inexécution de l'obligation de *dare* absorbe en effet la malformation de l'obligation⁹⁸³. En même temps, la résolution n'est pas la seule sanction face à la défaillance du transfert de propriété, sachant qu'en droit français, la résolution doit être justifiée et prononcée par les juges. Exposé à l'éventualité de l'inexécution de l'obligation de donner, l'acheteur peut également recourir à l'action en garantie d'éviction, voire à une action en garantie d'éviction exercée par anticipation⁹⁸⁴. En effet, l'acheteur est autorisé à demander l'action en garantie contre le vendeur sans attendre la revendication du véritable propriétaire, puisque le défaut de la qualité de propriétaire constitue déjà une réelle menace d'éviction. Ainsi, grâce à l'obligation de transférer la propriété du vendeur, la résolution du contrat ainsi que la garantie d'éviction anticipée supplantent la nullité de la vente de la chose d'autrui, à la seule condition que la validité de cette vente soit admise⁹⁸⁵. En outre, le recours à ces deux remèdes à l'inexécution du contrat de vente peut éviter toutes les complications et les infirmités autour de l'article 1599 que l'on a précédemment analysées.

Mais cette solution qui prend appui sur la définition de la vente en tant que source d'obligations est beaucoup moins compatible avec le caractère consensuel du transfert de propriété reconnu désormais en France par la doctrine majoritaire. En raison du rôle du contrat de vente joué dans cette transmission consensuelle de la propriété, la qualité

⁹⁸¹ L'expression est employée par Frédéric ZENATI. V. Frédéric ZENATI « 2. Revendication », *RTD civ.* 1999, p. 653.

⁹⁸² À titre d'exemple, dans le système allemand, aux termes de l'article § 311(a) du BGB, « le fait que [...] l'entrave à la prestation existe déjà lors de la conclusion du contrat ne fait pas obstacle à l'efficacité de ce contrat ». V. Hélène BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, thèse Poitiers, 2004, n° 293, p. 275.

⁹⁸³ Hélène BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, thèse Poitiers, 2004, n° 293, p. 275.

⁹⁸⁴ Par exemple, v. Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, *Contrats civils, Vente*, par Joseph HAMEL, 2^e éd., LGDJ 1956, n. 45, p. 46.

⁹⁸⁵ Si cette vente est frappée de nullité, la mise en œuvre de la garantie d'éviction est impossible car on ne peut garantir que l'exécution d'une obligation existante.

de propriétaire du vendeur peut être qualifiée de condition nécessaire à la production de l'effet translatif dudit contrat. À défaut de celui-ci, la nature même dudit contrat risque d'être remise en cause, à moins qu'on le détache de l'effet obligatoire de cette vente.

B. Le détachement de l'effet obligatoire de l'effet translatif du contrat de vente

- 347.** Nos analyses doctrinales suivies d'un examen de la jurisprudence permettent de révéler les difficultés provenant de la nullité de la vente de la chose d'autrui et de constater la portée réduite de cette sanction tant en droit français qu'en droit chinois. C'est justement pour ces raisons que la suppression de cette nullité devient envisageable, voire préférable. En même temps, il convient tout de même de noter que l'absence de la qualité de propriétaire de l'aliénateur est en réalité le talon d'Achille de la vente dite «translative».
- 348.** **L'antinomie entre la validité de la vente de la chose d'autrui et nouvelle conception du transfert automatique de la propriété.** L'impossibilité de transférer la propriété constitue une véritable impasse à l'égard de la vente qui est définie par sa nature translative. Comme cela a été précédemment précisé, s'appuyant sur les articles 1138 et 1583 du Code civil, le transfert de propriété se réalise en droit français non seulement dès l'échange des consentements des parties, mais aussi *par* l'échange des consentements. Du fait de cette transmission automatique et consensuelle de la propriété, la vente est susceptible de produire un effet translatif de propriété. À côté de l'effet obligatoire, il s'agit d'un effet réel qui est ignoré par la plupart des contrats. Dès lors, la vente est dotée en droit français d'une nature translative ; elle est regardée de plus comme un des modes d'acquisition de propriété. C'est la raison pour laquelle le transfert de propriété devient même l'essence de ce contrat dit « translatif », faute de quoi, la vente ne signifie plus rien⁹⁸⁶. Autrement dit, un contrat de vente qui ne peut opérer le transfert de propriété ne mérite pas d'être qualifié de vente. Or, l'absence de droit de propriété du vendeur peut rendre impossible le transfert de propriété⁹⁸⁷. Une antinomie doit donc être révélée entre la validité de la vente de la chose d'autrui et cette

⁹⁸⁶ V. Camille GRANIER, *De la garantie en cas d'éviction en matière de vente immobilière*, th. Toulouse, 1877, p. 93. Toutefois, selon Sandrine DRAPIER, la vente peut être qualifiée d'imparfaite, lorsque la réalisation du transfert de propriété est différée à une date postérieure à la conclusion de la vente, mais la réalisation de cette transmission doit rester certaine. V. Sandrine DRAPIER, *Les contrats imparfaits*, éd., Presses Universités d'Aix-Marseille, 2001, n° 115, p. 146.

⁹⁸⁷ François COLLART-DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 126, p. 132.

nouvelle conception du transfert automatique de la propriété⁹⁸⁸. D'où un des fondements de la disposition de l'article 1599 du Code civil⁹⁸⁹. Suivant cette logique, la qualité de propriétaire du vendeur doit être considérée comme une condition requise pour l'efficacité du contrat de vente. Son absence peut conduire à une vente inefficace voire inexistante⁹⁹⁰. La question se pose alors de savoir s'il est possible qu'une telle antinomie soit contournée.

349. L'antinomie contournée par le biais de la disqualification de la vente de la chose d'autrui. En fait, on peut toujours envisager la validité d'un contrat par lequel une partie est tenue de transférer la propriété d'un bien à son cocontractant après se l'être procurée. Il suffit alors de conclure un contrat qui ne soit pas le mode d'acquisition de propriété. En vertu de la liberté contractuelle, toutes les obligations qui ne sont contraires ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs, peuvent faire l'objet d'un contrat. « La possibilité de s'obliger à acquérir la propriété d'une chose pour la transmettre à une autre personne, ou pour constituer à son profit un droit réel sur cette chose, est une conséquence du principe général de la liberté contractuelle »⁹⁹¹. Eu égard à cette obligation, lorsque l'acquisition est effectuée, on parlera de vente à partir du moment où l'aliénateur sera devenu propriétaire. Dans le cas contraire, il n'y aura qu'une obligation de faire⁹⁹² et son inexécution donnera lieu à la résolution de cette convention avec ou sans dommages et intérêts⁹⁹³. D'où la divergence par rapport au contrat de vente,

⁹⁸⁸ V. Yvon LOUSSOUARN, *Le transfert de propriété par l'effet des contrats*, Cour doctorat de droit civil, Paris, 1969-1970, p. 45 ; Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, par Michel de JUGLART, *Leçon de droit civil, Principaux contrats*, t. III, vol. II, Montchrestien 1968, n° 815, p. 72.

⁹⁸⁹ Rattacher la nullité de la vente de la chose d'autrui au caractère translatif de la vente « était probablement l'idée des rédacteurs du Code civil ». V. Pierre GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTD civ.* 1954, p. 1-37, n° 13, p. 10 ; V. aussi Marcel PLANIOL, Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, *Contrats civils*, 1^{re} Partie, par Joseph HAMEL, François GIVORD et André TUNC, 2^e éd., LGDJ 1956, n° 45, p. 45 ; Henri DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge : principes, doctrine, jurisprudence*, t. IV, n^{os} 28-29 ; Charles BEUDANT, publiée par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Jean BRETHER DE LA GRESSAYE, *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, le louage des choses*, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n° 93, p. 64.

⁹⁹⁰ En effet, s'il n'y pas d'effet translatif, il n'y a pas de vente. Selon Camille GRANIER, la loi française « ne distingue pas dans sa terminologie les actes annulés, c'est-à-dire inefficaces ou invalidés par la loi, des actes nuls, c'est-à-dire inexistants ou physiquement nuls ». V. Camille GRANIER, *De la garantie en cas d'éviction en matière de vente immobilière*, th. Toulouse, 1877, p. 97.

⁹⁹¹ Pierre GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTD civ.* 1954, n° 32, p. 22.

⁹⁹² Pierre GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTD civ.* 1954, n° 32, p. 23.

⁹⁹³ Cass. civ., 8 janvier 1866, DP, 1866. 1.61 ; S., 1866.I.99. La Cour de cassation avait retenu « qu'il résulte de la combinaison des art. 1599 et 1120, C. Nap., que si, en principe, et contrairement aux lois anciennes, la vente de la chose d'autrui est nulle, il n'en est pas de même d'une convention dans laquelle les deux parties, sachant et expliquant qu'elles traitent d'une chose appartenant à un tiers, s'engagent néanmoins, l'une à en procurer la délivrance, en rapportant le consentement ou la ratification du véritable propriétaire, l'autre à la recevoir, en payant le prix convenu ; et qu'un contrat de cette nature est parfaitement valable,

.../...

producteur d'une obligation de *dare*. Contenant une telle obligation, ce contrat peut être qualifié de promesse de vente de la chose d'autrui⁹⁹⁴, voire de contrat innomé. Puisqu'il ne s'agit pas d'une vente, l'application de l'article 1599 du Code civil est alors écartée. Cette solution a été affirmée en France par l'arrêt du 8 janvier 1866 de la Cour de cassation⁹⁹⁵. Ainsi, par un contrat qui a pour objet d'imposer seulement une obligation de faire et sans réaliser directement l'aliénation, « vendre » une chose d'autrui peut alors être admis dès l'origine. Charles BEUDANT avait emprunté le même raisonnement pour expliquer, par analogie, la validité des ventes de choses de genre, ou de choses futures où le transfert de propriété est reporté. En l'occurrence, en vertu de leur commun accord, les parties ont consenti un contrat qui n'est pas un mode de transfert immédiat de propriété⁹⁹⁶.

350. La validité de la vente de la chose d'autrui en droits italien et japonais. La solution retenue par cet ancien arrêt de la Cour de cassation française en 1866 semble être celle adoptée par le Code civil italien et le Code civil japonais. Rappelons que s'inspirant de l'évolution du système juridique français, ces deux derniers codes ont repris le principe du transfert de propriété *solo consensu* pour ensuite le consacrer sans aucune ambiguïté⁹⁹⁷. Or, en ce qui concerne l'efficacité de la vente de la chose d'autrui, ils ont délibérément choisi un principe contraire : cette vente n'est pas frappée de

puisque'il aboutit, soit à la réalisation de la vente promise, soit au paiement de dommages au profit de l'acheteur, dans le cas où le tiers dont la chose a été ainsi vendue refuse de consentir ou de ratifier [...] ».

⁹⁹⁴ V. Cours royales de Paris, 25 août 1845, D. 1845. 2. 133 ; S. 1846. 2. 161. La Cour de Paris a été retenue que « La promesse de vente de la chose d'autrui, consentie à la condition que le promettant deviendra propriétaire de l'objet vendu, constitue une obligation conditionnelle et ne peut être assimilée à la vente de la chose d'autrui prohibée par l'article 1599 du Code civil ». V. aussi Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ & Lextenso, 2014, n° 184, p. 131.

⁹⁹⁵ Cass. civ., 8 janvier 1866, D. 1866. 1. 61 ; S. 1866. 1. 99.

⁹⁹⁶ Charles BEUDANT, publiée par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Jean BRETHER DE LA GRESSAYE, *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, le louage des choses*, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n° 91, p. 63.

⁹⁹⁷ L'article 922 du Code civil italien de 1942 énonce que la propriété s'acquiert « par l'occupation, l'invention, l'accession, la spécification, l'union ou mixtion, l'usucapion, par l'effet des contrats, par succession et par les autres modes établis par la loi ». Afin de préciser cette disposition, l'article 1376 du même Code ajoute que « la propriété et le droit se transmettent et s'acquièrent par l'effet du consentement des parties dans les contrats qui ont pour objet le transfert de la propriété d'une chose déterminée, ou la constitution ou le transfert d'un autre droit ». V. Michel WAELBROECK, *Le transfert de la propriété dans la vente objets mobiliers corporels en droit comparé*, Bruxelles Etablissements Bruyant, 1961, p. 201. Il en est de même, aux termes de l'article 176 du Minpô, « [l]a constitution et la transmission des droits réels résultent valablement de la seule déclaration de volonté des parties ». V. *Code civil de l'Empire du Japon, Livres I, II et III*, promulgués le 28 avril 1896, Traduction par Ichiro MOTONO et Massa-akira TOMII, Réimprimé par le Shinsei-shuppan, Tokio, 1997, p. 45.

nullité⁹⁹⁸. Pour être précis, si, au moment de la conclusion du contrat, le bien vendu n'appartient pas encore au vendeur, le contrat de vente n'en est pas moins valable. Cependant, dans cette vente spéciale, le vendeur est obligé de s'en procurer la propriété, dans le but de la transférer finalement à l'acheteur. Il convient en outre de noter que l'obligation de procurer la propriété à son cocontractant née de ce contrat n'est qu'une obligation de faire⁹⁹⁹. En l'occurrence, l'acheteur devient propriétaire dès que le vendeur acquiert la propriété du bien pour son propre compte¹⁰⁰⁰. Si tel est le cas, l'obligation du vendeur est parfaitement exécutée. Sinon, celui-ci s'exposera à certaines sanctions pour inexécution du contrat¹⁰⁰¹.

Par comparaison avec la solution jurisprudentielle du droit français, les droits italien et japonais font également de la vente de la chose d'autrui un contrat non translatif. Bien qu'elle soit toujours dénommée « vente », il s'agit en réalité davantage d'un simple acte créateur d'obligations que d'un mode d'acquisition de propriété. Du fait de cette déqualification, bien réelle mais dissimulée, tant en Italie qu'au Japon, le mécanisme du transfert de propriété change dans cette opération : la propriété se transmet par l'exécution du contrat en question. Autrement dit, « par l'effet des obligations », si l'on reprend les expressions employées au sein de l'article 711 du Code civil français¹⁰⁰². Une autre explication semble aussi être possible. L'obligation de faire, consistant à se procurer la propriété à la charge du vendeur et née de la vente de la chose

⁹⁹⁸ L'ancien Code civil italien de 1865 avait repris la disposition prévue à l'article 1599 du Code civil français. Cependant, dans le nouveau Code de 1942, une solution contraire a été consacrée à l'article 1478 de ce Code civil italien. Aux termes du premier alinéa de ce dernier article, « [s]i, au moment du contrat, la chose vendue n'était pas la propriété du vendeur, celui-ci est obligé d'en procurer l'acquisition à l'acheteur ». En droit japonais, la vente d'une chose d'autrui est également valable. Elle oblige le vendeur à se procurer le droit et à le transférer à l'acheteur. V. l'article 560 du Mimpô. V. Naoki KANAYAMA, « Donner et garantir- un siècle après ou une autre histoire », in *Études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ 2001, p. 473 et s, spéc. p. 478.

⁹⁹⁹ Si le Code civil italien n'a pas précisé de manière explicite la nature juridique de cette obligation, elle est qualifiée d'obligation de faire en droit japonais. V. Naoki KANAYAMA, « Donner et garantir--un siècle après ou une autre histoire », in *Études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ 2001, p. 473.

¹⁰⁰⁰ Le deuxième aliéna de l'article 1478 du Code civil italien de 1942 énonce que « [l]'acheteur devient propriétaire au moment où le vendeur acquiert la propriété du titulaire de celle-ci ».

¹⁰⁰¹ Par exemple, selon le premier alinéa de l'article 1479 du Code civil italien de 1942, « l'acheteur peut demander la résolution du contrat si, lorsqu'il l'a conclu, il ignorait que la chose n'était pas la propriété du vendeur et que, dans l'intervalle, le vendeur ne lui en ait pas fait acquérir la propriété ».

¹⁰⁰² De cette manière, il convient de distinguer deux modes de transfert de propriété. En principe, la vente translatrice sert de mode d'acquisition de la propriété. En revanche, en cas de vendre un bien d'autrui, un autre mode d'acquisition prendra alors le relais : la propriété est transférée par l'effet de l'exécution de l'obligation de procurer la propriété. En ce qui concerne ce deuxième mode d'acquisition, v. *supra*. n° 51, 57.

d'autrui peut avoir pour finalité de remplir une condition requise à l'existence d'un véritable contrat translatif de vente. Lorsque le vendeur non propriétaire acquiert la propriété de la chose vendue, tout obstacle à la conclusion d'une vente translatrice se trouve levé. Cette dernière s'est alors formée et par conséquent se réalise immédiatement le transfert de propriété. Suivant cette logique, la vente de la chose d'autrui n'est pas totalement détachée d'un véritable contrat en tant que mode de transfert de propriété. La première est en fait préalable à la formation du second, plus précisément, à la transmission de la propriété.

Ainsi, pour surmonter l'obstacle à la validité d'une vente de la chose d'autrui, un recours peut être envisageable. En réalité, il suffit de distinguer un contrat en tant qu'un acte purement créateur d'obligations d'une vente, contrat translatif de propriété. Cependant, par une simple distinction de l'effet personnel de l'effet translatif de la vente, le même résultat est possible sans même avoir besoin de déqualifier la vente de la chose d'autrui.

351. La validité de la vente de la chose d'autrui justifiée par la distinction entre les effets personnel et réel du contrat. En vertu du concept consensuel du transfert de propriété, une vente valablement conclue est en mesure de produire à la fois deux effets : l'effet obligatoire et l'effet réel de transférer la propriété. En réalité, ces deux effets sont logiquement distincts. Si du côté du droit français, cette distinction semble aller de soi¹⁰⁰³, elle est particulièrement mise en lumière par la doctrine chinoise. Les auteurs chinois¹⁰⁰⁴ raisonnent à partir de la distinction entre l'acte créateur d'obligations et l'acte de disposition, qui est déjà reconnue par la doctrine chinoise comme un axiome¹⁰⁰⁵. En vertu des fonctions distinctes de ces deux catégories d'actes juridiques, il ne faut pas confondre les effets respectivement produits par eux. Les actes de la première catégorie servent de source aux droits personnels et ceux de la deuxième catégorie ont pour effet de constituer, transférer ou éteindre un droit réel. Par la suite, les droits personnels se distinguent clairement des droits réels. C'est justement pour

¹⁰⁰³ Toutefois, elle a récemment fait l'objet d'un rappel par le professeur Pascal ANCEL. V. Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* (4), oct.-déc. 1999, p. 771.

¹⁰⁰⁴ Par exemple, ShiYuan HAN, *Traité général du droit des contrats*, Édition de Droit, 3^e éd., 2011, p. 256-263 ; Te MA, *Le changement des droits réels*, Édition de Droit, 2007, p. 294 et 311 ; YunSong GE, « Le contrat de disposition sur la chose d'autrui », in *La compilation des recherches relatives aux droits civil et commercial*, (*Civil and commercial law review*), Volume 21, dir. HuiXing LIANG, Édition Culture de JinQiao (Hongkong), 2001, n° 4, 21, p. 194.

¹⁰⁰⁵ Selon le professeur KeKe JIN, une telle distinction demeure dans la tradition juridique du droit chinois comme un axiome depuis même presque 100 ans. V. KeKe JIN, « Les éléments constitutifs de la théorie relative à la distinction entre le droit de créance et le droit réel », *Rev. Recherche sur la théorie juridique*, 2005, volume 27, n° 1, p. 20.

cette raison que la vente, en tant qu'acte créateur d'obligations, ne peut être totalement confondue avec un acte réel de transfert de propriété. C'est aussi pour cette raison que l'effet obligatoire de la vente doit se détacher de l'effet réel et translatif de propriété. En revanche, admettre la nullité de la vente de la chose d'autrui suppose non seulement le déni du principe de séparation entre ces deux actes juridiques¹⁰⁰⁶, mais aussi le refus de la distinction entre leurs effets. Bien que la conception du contrat autonome de transfert de propriété soit méconnue par la doctrine chinoise, il n'est aucunement certain que la LDR encourage ces confusions¹⁰⁰⁷.

Eugène Gaudemet est allé en ce sens. Selon cet auteur français, « en déclarant nulle la vente de la chose d'autrui, l'article 1599 du Code entend par là qu'elle est nulle, non seulement comme acte de transfert, mais comme contrat créateur d'obligations »¹⁰⁰⁸. Le raisonnement des rédacteurs du Code est en effet basé sur une confusion entre l'effet personnel et l'effet translatif du contrat de vente. Il est vrai qu'en temps normal, ces deux effets se produisent au même moment et par le même contrat de vente. L'un risque donc de voiler l'autre. Néanmoins, l'obstacle qui risque d'entraver la production de l'un ne peut rejaillir sur l'autre. Autrement dit, le défaut d'effet translatif ne peut permettre aux contractants de méconnaître les obligations dont ils sont librement et volontairement tenus. À l'inverse, « [c]ontre toute logique, ils (les rédacteurs du Code civil) ont conclu de l'impossibilité de l'un des deux effets à l'impossibilité de l'autre »¹⁰⁰⁹. Par conséquent, ils ont cessé d'apercevoir l'effet personnel dont l'existence est indéniable, seulement parce que le transfert de propriété demeure impossible. En corrigeant cette erreur, la validité de la vente de la chose d'autrui devient alors envisageable.

352. La vente de la chose d'autrui, une vente à terme. Lorsque le vendeur vend un bien qui ne lui appartient pas, le contrat de vente peut demeurer valable. Par cette vente, ce vendeur est tenu envers son acheteur de certaines obligations¹⁰¹⁰. Il s'agit alors de l'effet obligatoire dudit contrat. C'est l'effet réel, le deuxième effet du même contrat qui

¹⁰⁰⁶ Cette suppression est proposée par professeurs LiMing WANG et JianYuan CUI. V. LiMing WANG, JianYuan CUI, *Nouveau traité du droit des contrats, Partie générale*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine 1^{er} éd., 2000, p. 301.

¹⁰⁰⁷ Au contraire, l'adoption de cette nouvelle loi chinoise relative aux droits réels prouve que le législateur chinois a voulu renforcer la protection des droits réels tout en mettant en avant leur valeur distincte. V. ShiYuan HAN, *Traité général du droit des contrats*, Édition de Droit, 3^e éd., 2011, p. 256.

¹⁰⁰⁸ Eugène GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz 2004, p. 104.

¹⁰⁰⁹ Eugène GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz 2004, p. 104.

¹⁰¹⁰ V. par exemple les dispositions prévues à l'article 1603 du Code civil, en vertu duquel le vendeur a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend.

rencontre des difficultés dans sa production et risque de devenir finalement impossible. Mais le premier reste toujours intact. Dans ce cas de figure, le vendeur pourra bénéficier d'un délai pour acquérir le bien vendu en permettant d'opérer le transfert de propriété. Le transfert de propriété à l'acheteur sera réalisé par la seule arrivée de l'échéance. Il s'agit donc d'une vente à terme¹⁰¹¹, mais à seule condition que ce « terme » soit considéré comme étant une modalité de l'effet translatif de la vente, et non comme une modalité affectant des obligations¹⁰¹². Ce faisant, tout comme dans des ventes de choses de genre et de choses futures, dans la vente de la chose d'autrui, seul l'effet translatif du contrat est retardé à la date de l'acquisition de la propriété par le vendeur, sans que la validité du contrat en soit atteinte. Dès lors, le droit de propriété du vendeur ne risque plus d'être regardé comme une condition de validité du contrat de vente.

353. Le droit de propriété du vendeur, condition d'efficacité de la vente. Le Code civil français en son article 1108 a prévu quatre conditions essentielles à la validité d'un contrat¹⁰¹³. Toutes ces conditions visent directement ou indirectement l'élément formateur du contrat : la volonté des parties. Dans la vente, il semble nécessaire d'en ajouter une cinquième : le droit de propriété du vendeur, étant donné que la vente d'une chose d'autrui est prohibée selon l'article 1599 du même Code. Il s'agit d'ailleurs de l'une des particularités de la vente par rapport aux autres contrats dits non translatifs de propriété. Cependant, lorsque l'on sépare l'effet obligatoire de l'effet translatif, l'impossibilité du premier n'a plus aucune incidence sur le deuxième, ni même sur la validité de ce contrat. Ainsi, le droit de disposer du bien vendu n'est plus une condition de validité de la vente. Il peut en revanche constituer une condition d'efficacité, si l'on se réfère à une distinction mise en lumière par les doctrines allemande et italienne entre

¹⁰¹¹ Selon la jurisprudence française, la vente de la chose d'autrui sous la seule condition suspensive que le vendeur devienne propriétaire est nulle, parce que l'acquisition par le vendeur est considérée par la jurisprudence comme une condition « dont la défaillance ne retirait au vendeur aucun des avantages stipulés en sa faveur, [condition qui] était purement potestative et, partant, nulle ». V. par exemple, Cass. 3^e civ., 13 octobre 1933, *Bull. civ.* III, n^o 121 ; *D.* 1994, somme. 231, obs. Gilles PAISANT ; *JCP* éd. G, 1994. II. 22280, note Yannick DAGORNE-LABBÉ. En revanche, la cession de la chose sur laquelle le vendeur n'a qu'un droit de propriété conditionnel n'est pas nulle. V. Cass. 3^e civ., 20 juin 1973, *Bull. civ.* III, n^o 433. Selon cet arrêt, « [l]a vente de la chose sur laquelle le vendeur ne possède qu'un droit conditionnel n'est pas la vente de la chose d'autrui et est seulement soumise à la même condition que le droit du vendeur ».

¹⁰¹² Selon la définition moderne, le « terme » consiste à prévoir, par des dates futures, la période à laquelle le contrat prendra effet puis s'éteindra. V. Alain BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., LGDJ&Lextenso, 2014, n^o 300, p. 241. En revanche, d'après une définition classique, le terme est un événement futur et certain dont dépend l'exigibilité ou l'extinction de l'obligation. V. *supra*. n^o 214 et s.

¹⁰¹³ Elles sont le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain et une cause licite dans l'obligation.

la condition de validité de la condition d'efficacité¹⁰¹⁴. Pour être précis, lorsque tous les éléments auxquels la loi soumet la validité d'une vente sont réunis, le contrat reste valide mais renferme un risque lié au transfert de propriété. Dès lors, le contrat de vente déjà valablement conclu demeure inefficace¹⁰¹⁵. Cette inefficacité reste seulement partielle, car les parties doivent malgré tout respecter leurs engagements consentis. Si le vendeur fait disparaître un tel risque, la vente devient aussitôt parfaite. Dans le cas contraire, deux hypothèses sont envisageables. Si l'impossibilité du transfert de propriété est due à l'inexécution d'une des obligations du vendeur, cela aboutira à la résolution du contrat. Si elle n'est pas imputable au vendeur, le contrat de vente deviendra alors caduc.

- 354.** Ainsi, toutes les difficultés provoquées par la vente de la chose d'autrui trouvent leur origine dans le mécanisme du transfert de propriété selon lequel la propriété est transférée par un contrat de vente susceptible de produire à la fois deux effets légaux : l'effet obligatoire et l'effet réel et translatif de propriété. Tel est le cas du droit français et du droit chinois. Malheureusement, ce n'est pas tout, notamment pour le droit chinois, car le mécanisme du transfert de propriété consacré en droit chinois suscite d'autres soucis comme celui de sembler très favorable aux ventes successives.

SECTION II.

LE RISQUE DES VENTES SUCCESSIVES

- 355. Les facteurs de risque des ventes successives.** Les problèmes provenant des ventes successives se présentent particulièrement en matière immobilière. En Chine, dès que la commercialisation de biens immobiliers fut autorisée¹⁰¹⁶, la vente immobilière, particulièrement celle à usage d'habitation, devint un phénomène très répandu, notamment pour les habitants urbains¹⁰¹⁷. Et depuis, le prix immobilier n'a pas cessé

¹⁰¹⁴ Pierre GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTD civ.* 1954, p. 1-37, n° 9,10 et 12, p. 7-10. V aussi Paolo Maria VECCHI, « Catégories juridiques et faux amis : Le système des nullités dans les Codes civils italiens », in *La théorie des nullités, dir.*, Michel BOUDOT et Paolo Maria VECCHI, LGDJ 2008, p. 102.

¹⁰¹⁵ En droit français, l'expression « efficacité du contrat » qui désigne la qualité de ce qui produit l'effet que les parties contractantes en attendent par la conclusion du contrat, est souvent employée comme synonyme de « validité du contrat ». Le rapprochement de ces deux notions est dû à une définition large du terme « validité » qui désigne le « caractère de la norme ou de l'acte juridique auxquels on reconnaît, dans un ordre juridique donné, qu'ils ont les effets juridiques que leurs auteurs entendent leur conférer ». V. François OST, « Validité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*.

¹⁰¹⁶ V. *supra*, n° 114.

¹⁰¹⁷ En Chine, il demeure toujours interdit de vendre à un habitant urbain un immeuble d'habitation bâti sur des zones rurales qui appartient à un habitant rural.

d'augmenter de manière exponentielle. Il peut arriver, et ce très fréquemment, qu'avant la publicité foncière le vendeur se décide à revenir sur les engagements qu'il a consentis pour revendre le même immeuble au plus offrant. Cependant, le prix n'est pas le seul élément qui enhardit le vendeur à revendre un bien qui a déjà fait l'objet d'une vente à un tiers. En droit chinois, la publicité foncière, traditionnellement considérée comme un contrôle administratif de l'État en matière immobilière, a toujours été requise et ce bien avant l'adoption de la LDR en 2007¹⁰¹⁸. En vertu de la jurisprudence chinoise du 19^e siècle¹⁰¹⁹, si cette mesure faisait défaut, même le contrat de vente risquait d'être frappé de nullité. Pour un vendeur indélicat, refuser de procéder à la publicité foncière pouvait lui permettre de se libérer de toutes ses obligations nées du premier contrat et par la suite de céder librement le même bien au deuxième acquéreur. Ce sont les raisons pour lesquelles des ventes successives se multiplient. Compte tenu des inconvénients de cette solution jurisprudentielle, le législateur chinois a posé un principe contraire dans la LDR. L'article 15 de cette loi dispose clairement que « sous réserve de dispositions contraires prévues par la loi, les contrats, par lesquels les parties ont consenti à constituer, à modifier, à transmettre ou à éteindre un droit réel immobilier, sont valables dès leur conclusion ; le défaut de mesure de publicité foncière ne rejaillit pas sur la validité desdits contrats ». Dès lors, après la conclusion du contrat de vente, lorsque la publicité foncière est réputée impossible, le vendeur n'a pas respecté ses obligations contractuelles. Si une telle inexécution du contrat est imputable au vendeur, elle donnera lieu aux sanctions établies par la Loi chinoise relative aux contrats. Néanmoins, malgré cette nouvelle disposition consacrée spécifiquement par la LDR, les ventes successives demeurent encore nombreuses. En effet, il existe au sein du système chinois un facteur essentiel des ventes successives qui résulte directement du mode de transfert de propriété adopté par cette même loi.

Comme nous l'avons précédemment mentionné, en droit chinois, le contrat n'est que créateur d'obligations. Sa conclusion impose des obligations d'une partie envers l'autre. Il n'y a jusque-là aucune modification des patrimoines des parties. Il en va de même pour la vente. Par ce dernier contrat, l'acheteur devient le titulaire d'un droit de créance qui correspond à l'obligation du vendeur et consistant à lui transférer la propriété du bien vendu. Quant au vendeur, bien qu'il soit lié par le contrat, et par conséquent tenu de procurer la propriété, il demeure toujours le propriétaire de ce bien. Ainsi, sur le plan du droit réel, son droit de disposer d'un même bien ne souffre pas de réelle restriction.

¹⁰¹⁸ V. *supra*. n° 114, 125.

¹⁰¹⁹ Par exemple, ShiYuan HAN, *Le droit des contrats*, 3^e éd., Édition de Droit, 2011, p. 255.

Le transfert de propriété nécessite alors une deuxième démarche uniquement matérielle : la mise en œuvre de certaines mesures de publicité. En vertu du premier alinéa de l'article 9 de LDR, bien que le contrat de vente demeure toujours valable¹⁰²⁰, faute de publicité, le transfert de propriété ne peut s'opérer efficacement¹⁰²¹. En vertu du mécanisme chinois du transfert de propriété susnommé, avant de réaliser la publicité foncière, revendre le même immeuble à un tiers, peu importe que ce dernier ait eu connaissance de l'existence du premier contrat, est totalement licite. Non seulement ces ventes successives sont valables, mais aucune d'entre elles n'est *a non domino*. Au demeurant, parmi les acquéreurs successifs, chacun est le créancier du transfert de propriété à l'égard du même propriétaire et personne ne bénéficie d'une priorité de paiement sur les autres. En effet, c'est le mécanisme même du transfert de propriété qui est à l'origine des conflits entre acquéreurs successifs d'un même bien. Comment résoudre alors ces conflits ? Telles sont les difficultés que doivent affronter les juges chinois.

356. La solution sur le plan du droit pénal. On se pose la question de savoir s'il est possible d'interdire au vendeur de vendre successivement le même bien en fraude à plusieurs acquéreurs sur le fondement du droit pénal. Rien n'est plus efficace qu'une sanction pénale pour dissuader le vendeur de vendre son bien successivement à plusieurs acquéreurs. C'est pour cette raison que certains arrêts prenaient justement appui sur le délit d'escroquerie moyennant un contrat¹⁰²² pour sanctionner le vendeur, autrement dit l'auteur des ventes successives d'un bien immobilier¹⁰²³. Sachant qu'en droit chinois les éléments constitutifs de cette infraction sont strictement prévus par le

¹⁰²⁰ V. l'article 15 de la LDR précédemment cité.

¹⁰²¹ En matière immobilière, aux termes du premier alinéa de l'article 9 de cette Loi chinoise, « la constitution, la modification, la transmission ou l'extinction d'un droit réel portant sur un bien immobilier sont soumises à la publicité. À défaut de quoi, elles sont non efficaces, sauf dispositions contraires prévues par la loi ».

¹⁰²² En chinois : HēTóng ZhàPiàn.

¹⁰²³ Par exemple, v. l'arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Pékin rendu en mai 2012. L'arrêt inédit consulté sur le site : <http://www.fangchanlawyer.net/Article/fwmm/esfmm/201303/23.html>. En l'espèce, une vendeuse avait vendu le 29 septembre 2010 un même immeuble à deux acquéreurs différents qui se connaissaient. À la suite des négociations avec ces derniers, cette vendeuse avait restitué le prix que l'un d'eux lui avait payé, et avait ensuite promis à l'autre de procéder à la publicité foncière afin de lui transférer la propriété. Après avoir refusé de tenir cette promesse, elle avait été assignée en justice. Le 16 novembre 2010, le tribunal avait donné gain de cause au demandeur en condamnant la vendeuse à procéder au transfert de propriété. Celle-ci avait alors interjeté appel devant la Cour d'appel de Pékin. Avant que la Cour d'appel n'ait rendu un arrêt confirmatif, l'appelante a vendu à nouveau l'immeuble en litige à une autre personne le 11 mars 2011, en contrepartie des 500 000 RMB (environ 50 000 euros). Ce dernier acte a été qualifié de délit d'escroquerie par le Tribunal correctionnel de Pékin. Cette décision a été ensuite confirmée par la première Cour d'appel de Pékin en mai 2012.

Code pénal en son article 224, ainsi que les Interprétations de cet article publiées par la Cour suprême chinoise¹⁰²⁴. Pour être plus précis, en vertu de ces lois chinoises, la qualification d'escroquerie dépend d'abord de la volonté du vendeur. Ainsi, lorsque par la deuxième vente, le vendeur a seulement l'intention d'obtenir un prix plus élevé, il s'agit d'un délit civil. Si au contraire, il agit dans le seul et unique but d'obtenir de l'argent, par des manœuvres fondées sur le mensonge et la manipulation sans aucune intention de transférer la propriété du bien à aucun de ses acquéreurs successifs, ses actes doivent être sanctionnés par le droit pénal¹⁰²⁵. La peine encourue pour escroquerie peut être portée à 10 ans d'emprisonnement. Or, dans la plupart des cas, les actes du vendeur ne peuvent être qualifiés de délit pénal. La question qu'il convient de se poser ici est de savoir s'il est possible de recourir à une fraude civile afin de sanctionner un stellionat.

357. L'action en nullité absolue en cas de collusion frauduleuse entre le vendeur et le second acquéreur. Contrairement au droit français, la Loi chinoise relative aux contrats n'a pas prévu d'hypothèse relative à la nullité du contrat pour fraude, à moins que la fraude ne nuise directement à l'intérêt de l'État chinois¹⁰²⁶. La règle « *fraus omnia corrumpit* », selon laquelle la fraude fait exception à toutes les règles, semble alors moins efficace en droit civil chinois. Toutefois, s'il existe une fraude (ou un dol) au moment de la conclusion du contrat qui affecte le consentement d'une des parties contractantes, et que cette fraude ne nuit qu'à l'intérêt privé de celle-ci, le contrat demeure valable mais susceptible d'annulation¹⁰²⁷. Seule la victime des manœuvres et des mensonges peut l'invoquer¹⁰²⁸. Eu égard à cette règle, le second acquéreur, s'il a été trompé par un stellionataire sur sa qualité de propriétaire, pourrait demander l'annulation de la seconde vente. En revanche, le premier acquéreur de ce stellionataire ne pourrait jamais le faire sur le même fondement. Or, la présence d'une collusion

¹⁰²⁴ Par exemple, aux termes du troisième alinéa de l'article 224 du Code pénal, l'escroquerie moyennant un contrat est le fait de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer à conclure un contrat dans le seul et unique but d'obtenir de l'argent ou ses biens au moment de la conclusion ou de l'exécution de ce contrat, sans qu'aucune contrepartie ne soit réellement possible. Le 21 avril 1998, cette disposition a donné lieu à des Interprétations de la Cour suprême dans l'objectif de la concrétiser. V. les textes : <http://china.findlaw.cn/jingjifa/jingjijufen/law/13330.html>.

¹⁰²⁵ V. le commentaire de l'arrêt en mai 2012 précédemment cité sur le site : <http://www.fangchanlawyer.net/Article/fwmm/esfmm/201303/23.html>.

¹⁰²⁶ V. l'alinéa premier de l'article 52 de la Loi chinoise relative aux contrats : « lorsque par des manœuvres fondées sur le mensonge et la violence, une partie conclut un contrat dans l'objectif de nuire à l'intérêt de l'État chinois, le contrat est frappé de nullité ».

¹⁰²⁷ C'est-à-dire la nullité relative au sens du droit français.

¹⁰²⁸ V. les dispositions énoncées à l'alinéa 2 de l'article 54 de la Loi chinoise relative aux contrats.

frauduleuse entre le stellionataire et son deuxième acquéreur, au détriment de l'intérêt du premier, peut constituer une cause de nullité absolue permettant donc à ce dernier de s'en prévaloir.

Rappelons qu'en droit chinois, les dispositions concernant la nullité absolue du contrat sont prévues à l'article 52 de la Loi chinoise relative aux contrats. Aux termes du deuxième alinéa dudit article, « les contrats sont nuls, pour lesquels les parties se sont concertées de mauvaise foi au détriment des intérêts de l'État, d'une collectivité ou de tiers ». En appliquant cette disposition aux ventes successives en matière immobilière, et dans une perspective de protection de l'intérêt du premier acquéreur, la Cour suprême chinoise a donné une explication en la matière. Aux termes de l'article 10 des « Explications concernant la question de l'application de la loi soulevée à l'occasion de litiges, résultant du contrat de vente immobilière, tranchés par la Cour suprême », votées et publiées le 24 mars 2003, « si l'acheteur agit en nullité d'un contrat, par lequel son propre vendeur, par suite d'un *concert frauduleux*, a revendu le même immeuble à une tierce personne, son complice, et lui a remis le bien vendu, dans l'intention de l'évincer, cette demande est recevable ». Dès lors, sous certaines conditions, il est possible pour le premier acquéreur d'invoquer d'abord la nullité de la deuxième acquisition, consentie entre son vendeur et un tiers complice. Cette démarche lui permettra de demander ensuite l'exécution forcée en nature de sa propre vente et de devenir finalement propriétaire de l'immeuble. A contrario, si ces conditions prévues par la loi ne sont pas réunies, qui serait le propriétaire de l'immeuble en litige ? Plusieurs solutions sont possibles si on se réfère à la jurisprudence chinoise en matière de droit civil.

358. Les règles de conflits entre les acquéreurs successifs, proposées par la jurisprudence. Afin de résoudre les conflits entre acquéreurs successifs d'un même immeuble, une série de solutions a été consacrée par la jurisprudence chinoise. Il est intéressant ici de s'intéresser à un texte directif publié par la Cour supérieure de Pékin qui a pour finalité de fournir des réponses à certaines questions concernant l'application de la loi (précisément, la Loi chinoise relative aux contrats) aux litiges en matière de vente immobilière¹⁰²⁹. Bien que ce texte ne puisse être considéré en droit chinois comme source de droit¹⁰³⁰, il résulte pourtant de nombreuses expériences des tribunaux et permet d'illustrer d'une certaine manière une tendance jurisprudentielle en la matière.

¹⁰²⁹ Ce texte directif est publié le 21 décembre 2010.

¹⁰³⁰ Rappelons qu'en droit chinois, seules les interprétations de loi publiées par la Cour suprême ou par le Parquet suprême peuvent être considérées comme source du droit.

En principe, seul l'acquéreur qui a effectué l'inscription au registre foncier en premier peut être préféré aux autres car par la publicité, il devient le nouveau propriétaire de l'immeuble cédé. Si aucun acquéreur n'a procédé à cette formalité, celui qui a fait une inscription provisoire, autrement dit une *prénotation*, pourrait l'emporter.

359. La préférence garantie par la *prénotation*. Traduction du mot allemand « *Vormerkung* », la *prénotation* désigne la publication ou inscription anticipée, portée au livre foncier, à titre préventif et provisoire, en attendant que l'inscription ou la publicité définitive puisse être faite¹⁰³¹. S'inspirant du § 883 du BGB, ce procédé provisoire fut prévu pour la première fois au premier alinéa de l'article 20 de la LDR. Aux termes de ce dernier, « après avoir conclu une vente immobilière ou un contrat ayant pour objet d'acquérir un droit réel immobilier¹⁰³², les parties contractantes peuvent, comme ils l'ont convenu, inscrire préalablement une *prénotation* au registre foncier afin de sauvegarder le droit du futur de l'acquéreur. Après la *prénotation*, sans l'accord de ce dernier, toute disposition du même droit réel immobilier ne lui est pas opposable ». La raison d'être de ce système ainsi instauré est simple : en Chine comme en France, la publicité du transfert de propriété immobilière nécessite certaines formalités et un certain temps¹⁰³³. En attendant que l'inscription définitive puisse être réalisée, il peut être utile de prendre des précautions afin de conserver provisoirement les droits *prénotés* contre tous actes de disposition que pourrait consentir le propriétaire inscrit au registre, en fraude de ses engagements. En fait, tant que la publicité n'est pas effectuée, l'acheteur d'un immeuble n'a sur cet immeuble qu'un droit de créance de transfert de propriété, lequel ne peut faire l'objet d'une inscription. Mais la *prénotation* lui autorise à publier à titre provisoire cette créance¹⁰³⁴, pourvu que son titulaire ait un

¹⁰³¹ Cette définition est extraite de l'article de Paul Roché. V. Paul ROCHÉ, « La *prénotation*, ou inscription provisoire, est-elle compatible avec le système français de publicité foncière ? », *RTD civ.* 1965, p. 22.

¹⁰³² Un avant-contrat de vente immobilière par exemple. V. l'article 67 des « Mesures de publicité foncière » qui a émané du Ministère de la construction le 15 février 2008 en vertu de l'arrêté du même Ministère n° 168.

¹⁰³³ En droit français, un acte ne peut pas être publié s'il n'est pas passé en la forme authentique. En droit chinois, bien que la forme authentique ne soit pas obligatoirement indispensable, pour inscrire le titre du nouveau propriétaire au registre foncier, il faut fournir aux bureaux fonciers certains documents. Par exemple les pièces qui identifient le vendeur et l'acheteur, les plans cadastraux de l'immeuble ou l'autorisation de la construction, etc. De plus, puisqu'en Chine, une inscription d'un droit réel immobilier au livre foncier bénéficie de la présomption d'exactitude, toute inscription est donc soumise à un certain contrôle réalisé par les bureaux fonciers. C'est pourquoi un délai est nécessaire pour réaliser la publicité foncière.

¹⁰³⁴ Xiao CHENG, « Les questions relative à la *prénotation*, Étude sur 'les Mesures de publicité foncière' III », *Rev. Les Biens immobiliers en Chine*, 2008, n° 6. Toutefois, en droit allemand, la *prénotation* a pour effet de garantir la prétention du *prénotant* à l'attribution ou à la suppression d'un droit portant sur un

.../...

droit vraisemblable à exiger une inscription définitive. Par cette mesure provisoire, le droit du *prénotant* devient public et opposable aux tiers. De plus, la date de la *prénotation* fixera le rang de l'inscription ultérieure dans l'ordre du registre foncier. Cela permet alors de faire rétroagir la publicité avec tous les effets attachés à l'inscription définitive. Dans le cas de ventes successives, les ventes convenues entre un même vendeur et les autres acquéreurs, bien qu'elles soient valables entre les parties aux contrats, ne sont pas opposables à l'acquéreur qui a pris soin d'inscrire une *prénotation*. Ainsi, du fait de l'opposabilité aux tiers du droit *prénoté* avec rétroactivité à la date de *prénotation*, le *prénotant* doit logiquement être préféré. Cependant, si aucun acquéreur n'a pris soin de procéder à l'inscription, qu'elle soit provisoire ou définitive, les tribunaux chinois résoudront alors les conflits entre eux en fonction de l'avancement des contrats de vente dans leur exécution.

360. L'attribution de la préférence en fonction de l'exécution du contrat de vente. Si aucune publicité foncière n'a été réalisée, et que l'un des acquéreurs successifs s'est mis en possession de l'immeuble vendu, le tribunal peut alors le faire prévaloir sur les autres. Dans la pratique, l'acquéreur prend souvent la possession de l'immeuble par la remise de clefs. Cette solution jurisprudentielle est en effet basée sur le principe du transfert des risques posé par les Interprétations de la Cour suprême chinoise relatives aux problèmes nés de l'application des lois (chinoises) aux litiges en matière de vente immobilière¹⁰³⁵. Contrairement au principe français du transfert des risques fondé sur l'adage « *res périt domino* »¹⁰³⁶, à l'article 11, ces Interprétation disposent que « dans la vente immobilière, dès l'entrée en possession, les conséquences de la perte ou de la détérioration de l'immeuble aliéné passent du vendeur à l'acquéreur ». En toute équité, vu que l'acquéreur une fois entré en possession, commence déjà à supporter les risques de la perte et de la détérioration de l'immeuble ainsi que les charges liées à celui-ci, il doit naturellement être préféré aux autres. Dans l'hypothèse où aucun acquéreur n'a été mis en possession, le tribunal peut attribuer la préférence à l'acquéreur qui a payé en premier l'intégralité du prix de vente. Cette solution ne s'est basée sur aucune disposition législative, mais prend appui sur le principe de bonne foi, qui, étant

immeuble ou la prétention à la modification du contenu ou du rang d'un tel droit. Cela a été prévu au § 883 (1) du BGB.

¹⁰³⁵ Ces « Interprétations », votées le 24 mars 2003 par le comité de la Cour suprême, sont entrées en vigueur depuis le premier juin 2003.

¹⁰³⁶ Autrement dit, la chose périt à la charge du propriétaire. Ce principe a été énoncé au deuxième alinéa de l'article 1138 du Code civil « [e]lle (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 ».

considéré en droit chinois comme l'un des principes fondamentaux du Code civil, peut être applicable même en matière d'exécution du contrat. La vente est un contrat synallagmatique où l'obligation de l'acquéreur de payer le prix de vente a pour corolaire celle incombant au vendeur consistant à transférer la propriété. Si l'un des acquéreurs dans les ventes successives d'un même immeuble a totalement exécuté en premier son obligation, de par ce principe de bonne foi, le vendeur doit s'acquitter de ses dettes envers lui avant les autres. D'où sa préférence accordée par le tribunal.

Toutefois, si non seulement aucune publicité n'est effectuée, mais que de surcroît aucune partie n'a exécuté le contrat de vente, il faut alors se référer à la date de conclusion de chaque contrat afin de résoudre les conflits. En faisant ainsi, celui qui a conclu le contrat de vente en premier l'emportera. Quant aux autres acquéreurs, titulaires de la créance de transfert de propriété à l'égard du vendeur, ils pourront entamer des poursuites sur le terrain de la responsabilité contractuelle¹⁰³⁷ à l'encontre du vendeur défaillant, en demandant la résolution pour inexécution du vendeur avec dommages-intérêts.

- 361.** Une fois analysés les risques des ventes successives, il reste à considérer les problèmes de l'anéantissement rétroactif du transfert de propriété causé directement par l'annulation (ou par la terminaison) du contrat de vente.

SECTION III.

LES DIFFICULTÉS DUES À L'ANÉANTISSEMENT RÉTROACTIF DU CONTRAT DE VENTE

- 362.** Au vu des caractéristiques du modèle chinois du transfert de propriété, certaines incertitudes liées à ce transfert ont été révélées. Il s'agit des risques qui résident soit dans l'empêchement du transfert de propriété, soit dans son anéantissement¹⁰³⁸. Comme cela vient d'être mentionné, l'inexécution du contrat de la part du vendeur peut entraver

¹⁰³⁷ En droit chinois, lorsqu'une partie manque à exécuter ses obligations convenues dans le contrat, la loi chinoise lui impute d'emblée une responsabilité contractuelle. Par conséquent, l'autre partie pourra, à son choix, demander la résolution dudit contrat, ou une exécution forcée en nature si cela reste toujours possible. Ce principe est posé à l'article 107 de la Loi chinoise relative aux contrats. En même temps, il convient de mentionner que la *summa divisio* entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire est méconnue en droit chinois. Aux termes de l'article 110 de la même Loi chinoise, « devant l'inexécution d'une obligation portant sur une chose autre que l'argent de la part d'une partie, l'autre peut toujours demander l'exécution forcée en nature, à moins que celle-ci ne soit impossible (juridiquement ou réellement), inadéquate ou très coûteuse ».

¹⁰³⁸ L'anéantissement du transfert de propriété suppose que la propriété du bien soit réputée n'avoir jamais été transférée entre les parties à la vente.

la réalisation du transfert de propriété, surtout dans le cas de ventes successives. De même, l'annulation¹⁰³⁹ du contrat de vente risque d'annihiler une aliénation pourtant déjà réalisée, du moins entre les parties à la vente ainsi annulée¹⁰⁴⁰. Si les risques de ventes successives sont dus au caractère dualiste du mécanisme de transfert de propriété, l'anéantissement du transfert de propriété après annulation du contrat puise son origine dans le principe de causalité¹⁰⁴¹ d'un tel modèle.

363. En vertu de la maxime « *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* », le droit de l'auteur du transfert étant résolu, le droit de celui qui a acquis de lui est également résolu. Si la rétroactivité de la résolution est devenue un principe en droit français, elle divise la doctrine chinoise. Les controverses doctrinales sur cette question sont dues à l'ambiguïté de l'article 97 de la Loi chinoise relative aux contrats. Selon cet article, « [a]près la résolution du contrat, il n'y a plus lieu d'exécuter les obligations qui ne l'ont pas été auparavant ; quant aux obligations déjà exécutées, les parties peuvent demander, selon l'état d'exécution et la nature du contrat, la remise en état, exiger d'autres mesures de sauvegarde et réclamer la réparation du préjudice subi ». De ces dispositions, il ressort que la résolution en droit chinois a un effet libératoire pour l'avenir et peut permettre également aux parties d'organiser d'éventuelles restitutions. Or, cet article ne fait pas référence à sa rétroactivité. En prenant appui sur ces dispositions, une partie de la doctrine chinoise avance l'idée que la résolution d'un contrat de vente n'emportera pas l'anéantissement rétroactif du transfert de propriété. Par conséquent, après la résolution du contrat de vente, le vendeur ne redeviendra pas automatiquement propriétaire du bien vendu. Afin de se faire restituer son bien, il devra en effet intenter une action en restitution. C'est justement pour cette raison précise qu'ici l'on se concentre sur les difficultés liées à l'annulation de la vente.

364. Le principe de causalité inhérent au modèle chinois du transfert de propriété. En effet, en plus de sa nature dualiste, le mécanisme chinois de transfert de propriété dit « accord + publicité » présente un caractère causal. En fonction de ce dernier, l'accord des parties sur l'aliénation sert de juste cause (*justa causa*) au transfert de propriété. Si

¹⁰³⁹ Rappelons qu'en droit chinois, l'annulation du contrat est la conséquence de deux sanctions des conditions de formation du contrat : la nullité et l'annulabilité. V. *supra*. n° 324, 325, 326, 327.

¹⁰⁴⁰ En droit chinois, l'anéantissement du transfert de propriété après annulation d'une vente risque d'être inopposable aux tiers de bonne foi si les conditions requises à l'acquisition de bonne foi sont réunies. Contrairement au système juridique français, l'acquisition de bonne foi est élevée en droit chinois au rang de principe du droit des biens. En effet, il s'applique non seulement en matière mobilière mais aussi immobilière.

¹⁰⁴¹ En chinois, Yōuyīn Yuánzé. Il s'agit d'un principe contraire à celui d'abstraction.

cette dernière fait défaut, par exemple dans l'hypothèse où le contrat de vente est entaché de vices puis annulé, même si ces vices sont découverts après la publicité, ce transfert doit être réputé inefficace. En fait, aucun article de la LDR n'a posé ce principe de causalité avec clarté. Un tel principe ressort plutôt du refus de l'acte autonome de transfert de propriété de la part de la doctrine majoritaire et des critiques doctrinales formulées à l'encontre du principe d'abstraction. Pourtant, certains auteurs¹⁰⁴² essaient de recourir à l'article 106 de cette loi chinoise¹⁰⁴³ pour le légitimer, ce qui n'est pas sans difficulté. La première phrase de cet article a disposé en ces termes : « lorsqu'une personne aliène un meuble ou un immeuble à une autre sans aucun droit d'en disposer, le véritable propriétaire est en droit de le revendiquer [...] ». Cette disposition concerne en effet la revendication du véritable propriétaire dont le droit de propriété est troublé par une vente de la chose d'autrui. Elle ne vise en réalité pas le problème de l'anéantissement du transfert de propriété ni celui des restitutions. Ce que ces auteurs voulaient éclairer, c'est que : puisque le contrat de vente est annulé, par l'effet rétroactif de cette annulation, le vendeur redevient propriétaire du bien aliéné. Il lui est donc ensuite permis d'agir en revendication afin de le récupérer¹⁰⁴⁴. Le fait que l'article 106 soit la seule disposition de la LDR qui ait trait à la revendication du propriétaire explique le choix de ces auteurs chinois. Si l'on voit les choses sous un tel angle, il apparaît évident que le principe de causalité concorde parfaitement avec la rétroactivité de l'annulation du contrat.

365. La rétroactivité de l'annulation du contrat de vente. En droit chinois, tout comme en droit français, l'annulation du contrat a pour conséquence de priver d'effet le contrat qu'elle atteint¹⁰⁴⁵ ; tel est le sens de l'adage « *quod nullum est nullum producit*

¹⁰⁴² V. par exemple, LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2007, p. 269-271 ; Xiao CHENG, Fei YIN, LiMing WANG, *Leçons de droit chinois des biens*, Édition de la Cour populaire, 2007, p. 73-74 ; HuiXing LIANG, *Études en droit civil sur les sources législatives et jurisprudentielles*, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 1996, p. 122 et s.

¹⁰⁴³ En effet, à cet article, la LDR a posé le principe de l'acquisition de bonne foi tout en fixant ses éléments constitutifs. V. *infra*. n° 443 et s.

¹⁰⁴⁴ V. *spéc.* LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2007, p. 271.

¹⁰⁴⁵ En ce qui concerne les conséquences de l'annulation du contrat, le professeur ShiYuan HAN précise que l'annulation du contrat empêche le contrat annulé de générer les résultats recherchés par les contractants, autrement dit, les effets qui pourraient être produits si le contrat en question était exécuté. Cependant, l'annulation du contrat en droit chinois n'empêche parfois pas que certaines clauses, dites « autonomes », continuent à s'appliquer, à savoir des clauses compromissaires (des clauses d'arbitrage, par exemple) ou des clauses attributives de compétence. En même temps, la partie à laquelle l'annulation est imputable est tenue de réparer au profit de son cocontractant les préjudices causés par cette annulation. V. ShiYuan HAN, *Théorie générale des contrats*, 3^e éd., Édition de Droit, 2011, p. 227 et s.

effectum ». En outre, cette annulation a un effet rétroactif : elle entraîne alors la disparition rétroactive du contrat, en d'autres termes, un retour *au statu quo ante*¹⁰⁴⁶. Cette règle est prévue à l'article 56 de la Loi chinoise relative aux contrats, selon lequel « un contrat entaché de nullité ou d'annulation est réputé n'avoir jamais produit d'effet [...] »¹⁰⁴⁷. Concrètement, si l'on emprunte les termes du professeur Yves-Marie SERINET, les parties doivent « remettre les choses en leur état antérieur afin que ne subsiste aucune séquelle du contrat détruit »¹⁰⁴⁸. Pour ce faire, l'annulation ouvre droit à restitution des prestations accomplies en vertu du contrat annulé, notamment lorsque ce dernier a déjà été exécuté. En même temps, dans la vente, conformément au principe de causalité du modèle de transfert de propriété précédemment mentionné, l'annulation du contrat doit également avoir des répercussions sur le transfert de propriété et entraîner son anéantissement¹⁰⁴⁹. Dès lors, à la différence du droit allemand¹⁰⁵⁰, (mais de même qu'en droit français¹⁰⁵¹), un double effet sera produit après l'annulation d'une vente : un effet personnel et un effet réel. Il convient de distinguer l'un de l'autre.

366. L'effet personnel et l'effet réel de l'annulation de la vente. Comme il vient d'être expliqué, la rétroactivité de l'annulation du contrat donne lieu à la restitution des prestations fournies. L'effet personnel de cette annulation est alors attaché à l'obligation de restituer ces prestations. Il s'agit en fait d'un effet commun à toute annulation du contrat. Cependant, dans la vente, la prestation peut consister en une obligation de donner, l'obligation essentielle du vendeur d'après la Loi chinoise relative aux contrats. Par la restitution d'une telle prestation, on doit entendre l'anéantissement rétroactif¹⁰⁵² du transfert de propriété, opéré déjà par l'exécution de la vente annulée. Voici, l'effet

¹⁰⁴⁶ C'est-à-dire replacer les parties dans l'état dans lequel elles se trouvaient au jour du contrat.

¹⁰⁴⁷ Le même article ajoute ensuite que « l'annulation peut être partielle. Si c'est le cas, elle est limitée uniquement à la clause considérée irrégulière et ne s'étend pas à la totalité du contrat ».

¹⁰⁴⁸ Yves-Marie SERINET, « Actualisation de la valeur : Restitution des choses physique après annulation du contrat », in *Droit et Économie des contrats* (dir. Christophe JAMIN), LGDJ 2008, p. 75.

¹⁰⁴⁹ À moins que l'anéantissement rétroactif du transfert de propriété ne s'avère impossible en vertu du principe d'acquisition de bonne foi.

¹⁰⁵⁰ V. *supra*. n° 239.

¹⁰⁵¹ La distinction de ces deux effets en droit français, v. Hélène BOUCARD, « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause (droit français) », (Intervention aux 4^e Journées franco-allemandes organisées par l'Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV). *RDC*. Octobre 2013, *spéc.* n° 4, p. 1673 et s.

¹⁰⁵² Cette expression peut être jugée pléonastique car « ce qui anéantit rétroagit ; ce qui ne rétroagit pas n'anéantit pas ». V. Hélène BOUCARD, « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause (droit français) », (Intervention aux 4^e Journées franco-allemandes organisées par l'Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV). *RDC*. Octobre 2013, n° 2, p. 1670.

réel de l'annulation de la vente¹⁰⁵³. C'est justement par cet effet réel que le vendeur est censé être toujours propriétaire du bien vendu. Celui-ci peut donc réclamer à l'acheteur de le lui restituer, en vertu du droit de propriété conservé. En réalité, il ne fait pas autre chose que le revendiquer, du moins lorsqu'il s'agit d'un corps certain. Ainsi, les restitutions consécutives à l'annulation du contrat de vente relèvent en droit chinois non seulement du droit des obligations, mais aussi du droit des biens.

367. La restitution du bien, corollaire de l'anéantissement du transfert de propriété.

En son premier alinéa, l'article 58 de la Loi chinoise relative aux contrats énonce que « lorsque le contrat est frappé de nullité ou d'annulation, chaque partie doit restituer les biens acquis par ledit contrat [...] ». En matière de vente, par la restitution du bien, se réalisent alors les deux effets de l'annulation du contrat. À première vue, cette solution, si abstraite soit elle, semble être caractérisée par une certaine simplicité. Cependant la pratique prouve qu'elle est souvent en décalage avec la réalité et par conséquent, pose des difficultés d'application. En témoigne justement l'anéantissement du transfert de propriété après annulation d'une vente, en ce qui concerne à la fois les fondements de restitution du bien (§ 1) et ses modalités (§ 2).

§ 1. LES DIFFICULTÉS LIÉES AU FONDEMENT DE RESTITUTION DU BIEN

368. Le fondement controversé des restitutions consécutives à l'annulation du contrat de vente. Avant l'adoption de la LDR, vu que le législateur chinois ne l'avait pas explicitement prévu, la question de l'anéantissement rétroactif du transfert de propriété après annulation de la vente a alimenté les débats doctrinaux. Cette lacune législative a également provoqué certaines controverses tendant au fondement même des restitutions consécutives à cette annulation. Certains auteurs soutiennent qu'elles sont fondées sur le droit de propriété, restauré du fait de l'annulation rétroactive du contrat de vente (A). D'autres pensent au contraire que le vendeur ne peut exercer qu'une action en enrichissement sans cause en vue d'obtenir une rétrocession de propriété¹⁰⁵⁴ (B). Ces controverses n'ont pourtant pas été réellement apaisées par

¹⁰⁵³ En droit français, l'effet réel de l'anéantissement des contrats dit « translatif » peut consister en « une rétention de propriété par la technique de la rétroactivité » au profit de l'aliénateur. V. Hélène BOUCARD, « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause (droit français) », (Intervention aux 4^e Journées franco-allemandes organisées par l'Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV). *RDC*. Octobre 2013, n° 4, n° 9 et s, p. 1677 et s.

¹⁰⁵⁴ Sachant qu'à la différence du droit français, le paiement de l'indu ainsi que l'action en répétition de l'indu sont totalement inconnus du droit chinois. Le droit de propriété restauré et l'enrichissement sans cause sont alors considérés par la doctrine chinoise comme les seuls fondements envisageables des restitutions après annulation du contrat de vente.

l'entrée en vigueur de la LDR. Bien que le modèle causal du transfert de propriété fasse, de nos jours, l'unanimité au sein de la doctrine chinoise, aucun de ces deux fondements précités n'était et n'est à l'abri des critiques. Il serait peut-être temps de porter un regard neuf sur cette question.

A. Les restitutions basées sur le droit de propriété restauré

369. Les restitutions consécutives à l'annulation du contrat fondées sur le droit de propriété restauré. Lorsque le contrat de vente est annulé, en raison de la rétroactivité de cette annulation, le transfert de propriété réalisé en exécution dudit contrat devient inopérant. Par conséquent, le vendeur est réputé conserver son droit de propriété portant sur le bien vendu¹⁰⁵⁵; et l'acheteur, quant à lui, son droit sur l'argent payé¹⁰⁵⁶. Ils sont par la suite en droit de revendiquer leurs biens en demandant de les faire restituer. Ainsi, leur demande en restitution peut être formée en application de l'article 34 de la LDR : « [l]e propriétaire peut réclamer la restitution d'un bien mobilier ou immobilier à la personne qui le détient sans aucun titre légitime ». En droit chinois, une telle demande a été classée par le législateur chinois dans le troisième chapitre de la LDR en tant qu'une des mesures de protection des droits réels¹⁰⁵⁷. À cet égard, un rapprochement peut être facilement esquissé entre la LDR et le Code civil allemand. Ce dernier a prévu au sein de son quatrième Titre certaines prétentions réelles¹⁰⁵⁸ (*Dingliche Ansprüche*) dont la « prétention à la restitution »¹⁰⁵⁹ (*Herausgabeanspruch*) fait partie. En effet, tant en droit allemand qu'en droit chinois, ladite prétention à la restitution constitue un moyen permettant au propriétaire d'exercer efficacement son droit de propriété¹⁰⁶⁰. Pour être

¹⁰⁵⁵ À condition bien sûr que ce dernier ne soit pas déjà aliéné ou consommé.

¹⁰⁵⁶ Pour éviter l'impossibilité de la revendication en valeur d'une somme d'argent, on suppose ici que l'acheteur demande la remise de la somme d'argent qui est censée lui appartenir.

¹⁰⁵⁷ V. *supra*. n° 130 et s.

¹⁰⁵⁸ Étant également traduites comme « les actions réelles », ces prétentions réelles reflètent une spécificité du système du droit allemand. S'inspirant sans doute du droit romain, en Allemagne, « d'après la conception fondamentale de la loi, le pouvoir juridique sur les biens trouve nécessairement son expression dans l'idée que tout trouble apporté au contenu du droit, quel qu'en soit l'auteur, peut être repoussé à l'aide d'une action en justice ayant un caractère réel et fondée sur le droit violé ». V. *Introduction au droit allemand république fédérale, Tome III, Droit privé*, dir. Michel FROMONT, Alfred RIEG, Éditions Cujas, 1991, p. 147.

¹⁰⁵⁹ Elle a été prévue au § 985 du BGB : « *Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen* ». V. *Introduction au droit allemand république fédérale, Tome III, Droit privé*, dir. Michel FROMONT, Alfred RIEG, Éditions Cujas, 1991, p. 147 ; Claude WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec 1992, n° 607, p. 476.

¹⁰⁶⁰ C'est pour cette raison même que ces actions réelles sont présentées dans la section intitulée « La mise en œuvre des droits réels ». V. *Introduction au droit allemand république fédérale, Tome III, Droit privé*, dir. Michel FROMONT, Alfred RIEG, Éditions Cujas, 1991, p. 147.

plus précis, elle sert à faire disparaître tous les troubles subis de manière à rétablir finalement une situation normale et conforme au droit du titulaire. Il en résulte que l'existence d'un trouble dans l'exercice de son droit de propriété suffit au propriétaire pour faire valoir cette prétention. Ni une faute de l'auteur du trouble, ni l'existence d'un préjudice ne sont requises¹⁰⁶¹.

En cas d'annulation du contrat de vente, après que le transfert de propriété du bien vendu et de l'argent payé eut été annihilé, tout en exerçant leur droit de propriété portant sur l'objet de la vente et sur la somme versée, le vendeur ainsi que l'acheteur peuvent alors formuler des prétentions à la restitution. Dès lors, les restitutions consécutives à l'annulation du contrat de vente trouvent leur fondement dans le droit de propriété rétabli. Bien qu'il soit impossible en droit allemand, à cause du modèle abstrait du transfert de propriété basé sur le principe d'abstraction, ce fondement s'avère pourtant bien compatible avec le modèle causal du transfert de propriété. Tels sont les cas des droits chinois et suisse¹⁰⁶². Sachant en outre que malgré les critiques¹⁰⁶³, il n'est pas non plus totalement exclu en droit français¹⁰⁶⁴, en particulier en matière

¹⁰⁶¹ Cependant, les atteintes au droit de propriété, l'existence d'un acte dommageable, d'une faute et d'un préjudice, ainsi que le lien de causalité non seulement entre ces atteintes et l'acte, mais aussi entre cet acte et le préjudice constituent les conditions nécessaires pour engendrer une responsabilité délictuelle. En vertu de l'article 823 du BGB, lorsque toutes ces conditions sont réunies, une obligation d'indemnisation naît à la charge de l'auteur du trouble. V. Rolf SERICK, « La responsabilité civile en droit allemand », *R.I.D.C.* 1955, juillet-septembre, p. 560-571.

¹⁰⁶² V. Jean ANEX, *L'intérêt négatif, sa nature, son étendue*, thèse Lausanne 1977, p. 133.

¹⁰⁶³ Mme Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE a expliqué qu'en droit français, « [c]e n'est pas en tant que propriétaire que le vendeur demande restitution de la chose fournie, ce n'est pas en tant que possesseur que l'acquéreur doit la restituer. C'est un rapport d'obligation qui les unit : le vendeur agit en qualité de créancier d'une obligation de restitution intégrale dont l'acquéreur est le débiteur ». Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse Paris I, LGDJ 1992, n° 650, p. 377.

¹⁰⁶⁴ V. par exemple, Claude BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, 1924, p. 659-660. L'auteur a expliqué en ces termes : la nullité d'un contrat translatif de propriété empêche finalement le transfert de propriété. La partie qui a livré le bien vendu en exécution dudit contrat a par conséquent une action en revendication. V. aussi Eugène GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz 2004, p. 287. Selon ce dernier auteur, les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat peuvent être soumises en droit français aux règles de la répétition de l'indu, consacrées par les articles 1376 et suivants du Code civil. Lorsque le paiement a pour objet un corps certain, en plus d'une action personnelle contre l'*accipiens*, le *solvens*, restant propriétaire, aura une action réelle en restitution.

immobilière¹⁰⁶⁵. Parmi les auteurs chinois, les partisans de ce fondement sont d'autant plus nombreux¹⁰⁶⁶ qu'il présente divers avantages.

370. Les avantages de ce fondement. En premier lieu, une restitution fondée sur son droit de propriété permet au propriétaire de disposer d'un droit de préférence. Il peut par la suite être préféré à tous les autres créanciers du restituant. En deuxième lieu, si l'on fonde la restitution sur le droit de propriété restauré consécutivement à l'anéantissement du transfert de propriété, une restitution en nature doit être exigée. Cette règle correspond parfaitement aux principes des restitutions posés en l'article 58 de la Loi chinoise relative aux contrats¹⁰⁶⁷. Leurs droits de propriété expliquent aussi bien pourquoi le vendeur et l'acheteur ne doivent se voir restituer ni plus, ni moins que ce que leur bien peut représenter au moment de la conclusion du contrat de vente. C'est la raison pour laquelle, d'un côté, l'acheteur est tenu d'indemniser des dégradations que le bien vendu a subi et que de l'autre, une indemnité de la dépréciation monétaire est exclue du domaine des restitutions. Il en va de même pour l'exclusion des améliorations du bien à restituer, de l'indemnité de jouissance dont l'acheteur a pu bénéficier et des moins ou plus-values immobilières¹⁰⁶⁸. En outre, les problèmes épineux liés à la répartition des risques de perte du bien ainsi que des fruits et revenus procurés par l'acheteur, pourraient être résolus sur le seul terrain du droit des biens¹⁰⁶⁹. L'application de la Loi chinoise relative aux contrats pourrait donc être écartée en la matière, et par conséquent sonner la fin des conflits entre celle-ci et la LDR¹⁰⁷⁰. Cependant, tous ces avantages n'ont pas empêché les critiques à son encontre.

371. La portée trop restreinte du fondement du droit de propriété restauré. Les premières critiques visent l'application très limitée de cette solution qui fonde les restitutions après annulation du contrat sur le droit de propriété restauré. Il est indéniable qu'elle n'est applicable qu'à la restitution des prestations sur lesquelles porte

¹⁰⁶⁵ V. Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse Paris I, LGDJ 1992, n° 640, p. 371. Cet auteur a expliqué en ces termes qu'en droit français, « les auteurs limitent le domaine de l'action en répétition de l'indu à la restitution d'une somme d'argent ou d'une chose mobilière. Quant à l'action en restitution d'un immeuble après annulation d'un contrat translatif de sa propriété, il n'est pas rare qu'elle soit assimilée à une action en revendication ».

¹⁰⁶⁶ V. par exemple, ShiYuan HAN, *Théorie générale des contrats*, 3^e éd., Édition de Droit, 2011, p. 228 ; PengSheng SUI, *Les éléments essentiels du droit des contrats*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de la Chine, 2003, p. 179-180.

¹⁰⁶⁷ V. *infra*. le § 2 de cette section : n° 739 et s.

¹⁰⁶⁸ V. *infra*. le § 2 (B) de cette section : n° 374 et s.

¹⁰⁶⁹ V. *infra*. le § 2 (B) de cette section : n° 375.

¹⁰⁷⁰ Des conflits de ces deux lois au sujet de cette question, v. *infra*. n° 383 et s.

l'obligation de donner¹⁰⁷¹. De ce fait, un tel fondement n'est opportun que dans la vente. Or, même en matière de vente, la revendication peut parfois être exclue. En droit chinois comme en droit français¹⁰⁷², la revendication d'une chose de genre (ou d'une somme d'argent) est traditionnellement impossible. Cette impossibilité est en effet due à l'impossibilité d'individualiser cette chose. On dit que les choses de genre sont fongibles parce qu'elles sont parfaitement identiques les unes aux autres et par conséquent interchangeables¹⁰⁷³. Dès lors, une partie à la vente annulée ne peut placer sa demande en restitution sur le terrain du droit réel, à moins qu'elle ne soit en mesure d'identifier son bien, alors transféré par l'exécution du contrat. Il en va de même pour un corps certain lorsqu'il a déjà été aliéné, consommé ou même détruit. Dans tous ces cas de figure, l'action réelle en revendication fait place à une action personnelle fondée sur l'enrichissement sans cause. Toutefois, il semble qu'en droit chinois, une portée trop étroite ne constitue pas le seul défaut de cette approche.

372. Le souci d'une confusion entre la prétention à la restitution et la prétention à la réparation. Le 26 décembre 2009, une nouvelle loi chinoise relative à la responsabilité délictuelle a été votée par le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale¹⁰⁷⁴. Le premier alinéa de l'article 15 de cette loi a édicté huit sanctions possibles pour les atteintes à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, au droit de succession, à la propriété, aux droits de la personnalité, à la propriété intellectuelle ou industrielle ainsi qu'aux autres droits patrimoniaux¹⁰⁷⁵. Parmi celles-ci, la cessation de l'atteinte, l'élimination des obstacles, la suppression des dangers, la restitution des biens, la remise en l'état d'origine de la chose, et les dommages-intérêts¹⁰⁷⁶ sont des sanctions applicables aux atteintes à la propriété. En fait, elles relèvent non seulement de la réparation en nature, mais aussi de la réparation par équivalent. Comme le professeur ZhenYing WEI l'a

¹⁰⁷¹ Pour l'exécution d'une obligation de faire (ou de ne pas faire), la restitution ne peut avoir lieu qu'en valeur.

¹⁰⁷² William DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien 2012, n° 51, p. 53 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd., Dalloz 2014, n° 530, p. 414.

¹⁰⁷³ William DROSS, *Droit des biens*, Montchrestien 2012, n° 51, p. 53 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd., Dalloz 2014, n° 530, p. 414.

¹⁰⁷⁴ Elle est entrée en vigueur le premier juillet 2010.

¹⁰⁷⁵ La liste des atteintes a été dressée par l'article 2 de la Loi chinoise relative à la responsabilité délictuelle.

¹⁰⁷⁶ S'agissant d'une atteinte aux droits généraux de la personnalité (tel que la dignité ou l'honneur), en vertu du même article, la victime peut demander à son auteur de présenter des excuses et de réhabiliter sa réputation tout en supprimant les effets néfastes d'une telle atteinte. (Par exemple, publier ses excuses dans la presse). En outre, selon le deuxième alinéa de cet article, en fonction des circonstances, toutes ces sanctions édictées peuvent être infligées de manière alternative ou cumulative.

révélé¹⁰⁷⁷, certaines de ces sanctions sont identiques aux mesures de protection des droits réels prévues par la LDR. L'exemple mentionné par cet auteur est l'homologie entre la « restitution des biens » de cet article 15 et la « prétention à la restitution » édictée par l'article 34 de la LDR. Partant de ces constatations, l'auteur a préconisé une assimilation de la deuxième à la première dans le but d'éviter les concours d'action qui lui semblent totalement inutiles. Il a même proposé d'aller encore plus loin, et de remplacer toutes les prétentions réelles par des prétentions à la réparation. Ce faisant, l'action en restitution fondée sur le droit de propriété serait confondue avec l'action en réparation.

Il est incontestable qu'il existe en droit chinois plusieurs prétentions en vue de la restitution d'un bien et qui sont basées sur deux normes complètement différentes : le droit des biens et la responsabilité délictuelle. En même temps, on ne peut nier l'existence des concours de ces prétentions. Mais malgré tout cela, il s'avère inopportun de les confondre et ce pour de nombreuses raisons. Tout d'abord, elles ne partagent pas la même finalité. L'une peut être formée par le propriétaire dans le but d'exercer efficacement son droit de propriété, l'autre est prévue pour l'indemniser d'un préjudice portant atteinte à sa propriété. Ensuite, les conditions de ces deux prétentions sont également différentes. Pour la première, la présence du trouble dans l'exercice du droit de propriété suffit pour engager une action réelle. Mais ce n'est pas le cas pour la deuxième. La prétention à la réparation en droit chinois nécessite en principe trois conditions : une faute, un préjudice, et un lien de causalité entre les deux¹⁰⁷⁸. Lorsque les conditions requises de ces deux prétentions sont toutes réunies, le droit chinois n'interdit pas au propriétaire de faire valoir cumulativement les différentes prétentions qui lui sont offertes¹⁰⁷⁹. Le vendeur lésé peut donc demander de se faire restituer son bien avec des dommages-intérêts. La suppression de cette prétention réelle risque donc de le priver de toute protection si l'une de ces conditions de prétention à la réparation manque. N'oublions pas en outre qu'une telle confusion dérogerait aussi aux principes des restitutions posés par l'article 58 de la Loi chinoise relative aux contrats¹⁰⁸⁰. En vertu de ces principes, les restitutions après annulation du contrat sont attachées à la

¹⁰⁷⁷ ZhenYing WEI, « Étude sur la sanction de restitutions des biens, en comparaison avec la prétention à la restitution », *Rev. Droits chinois et étrangers*, 2011, n° 6, p. 1171-1193.

¹⁰⁷⁸ Wang LIMING, par exemple. *La recherche sur les principes d'imputabilité dans le droit de la responsabilité délictuelle*. Édition de l'Université de droit et politique 1992, p 105-106.

¹⁰⁷⁹ La même solution existe également en droit allemand. Claude WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec 1992, n° 621, p. 484.

¹⁰⁸⁰ V. *infra*. le § 2 Les principes des restitutions posés par cette loi chinoise : n° 379 et s.

prestation fournie uniquement ; ainsi, ni la faute du restituant, ni le préjudice ne sont nécessaires. L'action en réparation ne fait que suppléer aux restitutions afin de rétablir un certain équilibre patrimonial entre les parties.

- 373.** Ainsi, en raison de la portée restreinte et du souci de confusion avec la responsabilité délictuelle, la restitution fondée sur le droit de propriété rétabli du fait de l'anéantissement du transfert de propriété après annulation du contrat de vente entre alors en concurrence avec celle qui est fondée sur l'enrichissement sans cause.

B. Les restitutions fondées sur l'enrichissement sans cause

- 374. L'inspiration du droit allemand.** En s'inspirant du système juridique allemand, certains auteurs chinois¹⁰⁸¹ trouvent le fondement des restitutions après annulation du contrat de vente dans l'enrichissement sans cause¹⁰⁸². Rappelons qu'en vertu du principe d'abstraction du droit allemand, le transfert de propriété est indépendant du contrat de vente et ainsi de sa cause. Il peut arriver que la vente soit annulée après que la propriété du bien vendu ait été transférée du vendeur à l'acquéreur. Il est par conséquent impossible que cette annulation entraîne l'anéantissement du transfert de propriété. C'est pour cette raison que le vendeur ne peut plus agir en revendication. Toutefois, sa demande en restitution ne demeure pas moins possible en Allemagne, mais sur le fondement de l'enrichissement sans cause¹⁰⁸³. En fait, cette action en enrichissement sans cause, prévue par le § 812 du BGB, « a toujours été considérée comme un correctif indispensable au principe d'abstraction »¹⁰⁸⁴. L'enrichissement sans cause a également été regardé par les partisans chinois du principe d'abstraction comme étant l'unique fondement des restitutions consécutives à l'annulation de la vente.

- 375. L'application de l'action en enrichissement sans cause au contrat de vente.** Dans la vente, du point de vue du vendeur, en exécutant son obligation de procurer à l'acheteur la propriété du bien vendu, il l'a enrichi. Mais l'annulation de cette vente rend l'enrichissement de l'acheteur sans cause. En tant qu'appauvri en raison de sa perte

¹⁰⁸¹ V. par exemple, ShangKuan SHI, *Traité de droit des biens*, Édition TaiBei 1957, p. 26 ; JianYuan CUI, *Théories générales de la nouvelle relative aux contrats et Analyses de certains arrêts*, Édition de l'université de Jilin, 1999, p. 220.

¹⁰⁸² En chinois : *Búdàng Délì*.

¹⁰⁸³ Pour une présentation en détail de cette action, voir Matthias LEHMANN, « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : leçon du droit allemand », *RDC* 2013, p. 1654 et s.

¹⁰⁸⁴ Didier LUZEAUX, *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemand*, thèse dactylographiée, Paris II 1994, n° 117, p. 72. L'auteur a mentionné que les *Motifs* du BGB de 1887 (*Motive zu dem Entwurfe eines BGBs*) avaient même insisté dans leur présentation générale du droit des biens sur le lien entre le principe d'abstraction et cette action en enrichissement sans cause.

de propriété sur ce bien, le vendeur est en droit d'agir en restitution sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Le même schéma vaut également pour l'acheteur. Bien qu'après l'adoption de la LDR, le principe d'abstraction semble bien être rejeté par le législateur chinois ainsi que par la doctrine majoritaire, l'enrichissement sans cause est toujours regardé comme un fondement des restitutions, du moins en certaines circonstances¹⁰⁸⁵. Il est indéniable que par rapport au fondement tiré du droit de propriété restauré, celui de l'enrichissement sans cause peut être avantageux : les prestations fournies consistant en une somme d'argent ou en des choses de genre donneront lieu à l'action *de in rem verso*¹⁰⁸⁶. Cependant, ces conditions d'exercice s'avèrent beaucoup plus complexes.

376. Le but et les conditions et d'exercice de l'action en enrichissement sans cause.

En droit chinois, l'action en enrichissement sans cause est une action personnelle du droit des obligations. Les dispositions relatives à une telle institution sont prévues par l'article 92 des PGDC. Selon ce dernier, « [s]i une personne est enrichie sans aucune justification juridique et que cet enrichissement a causé un préjudice à autrui, l'enrichi doit restituer son enrichissement à l'appauvri ». De cet article se dégage de prime abord le but de l'indemnisation de l'enrichissement sans cause : elle consiste à compenser un déséquilibre patrimonial causé par un enrichissement injuste. Ensuite, prenant à la lettre ces dispositions, on peut en déduire que les quatre conditions doivent être remplies pour engager cette action : l'enrichissement de l'enrichi, l'absence de cause juridique, l'appauvrissement du demandeur et l'existence d'un lien de cause à effet entre l'enrichissement de l'un et l'appauvrissement de l'autre. Du fait du but poursuivi ainsi que des conditions d'exercice, ce que le demandeur d'une action en enrichissement sans cause peut se faire restituer n'est parfois pas identique à la prestation qu'il a accomplie.

377. Les effets de l'action en enrichissement sans cause. D'une part, du fait que les restitutions soient fondées sur l'enrichissement sans cause, l'indemnité réelle du demandeur peut être soit inférieure, soit supérieure, à sa prestation fournie en exécution du contrat. Tout dépend de l'enrichissement du débiteur de la restitution, et non de la prestation qu'il a fournie. C'est le cas par exemple lorsque, avant que le contrat de vente

¹⁰⁸⁵ Selon professeur JianYuan CUI, il se peut que la jurisprudence chinoise le considère de manière implicite comme le seul fondement des restitutions après annulation du contrat. Aux termes du deuxième alinéa de l'article 7 des *Interprétations de la Cour suprême* en 2008 (n° 11) : « après annulation du contrat, les demandes en restitution et en dommages-intérêts se prescrivent à compter du jour de cette annulation ». V. ShiYuan HAN, *Théorie générale des contrats*, 3^e éd., Édition de Droit, 2011, p. 228.

¹⁰⁸⁶ En même temps, l'exécution d'une obligation de faire (ou de ne pas faire) peut également donner lieu à l'action en enrichissement sans cause.

ne soit annulé, l'acheteur a déjà revendu le bien acquis par cette vente à un prix inférieur ou supérieur au prix initialement payé. Ce qu'il devra alors restituer ne sera pas le bien en question, car une restitution en nature devient impossible. À sa place, il est tenu de restituer à son propre vendeur le prix de la deuxième vente. D'autre part, il peut même arriver qu'un vendeur demandeur soit obligé de supporter les risques de la perte du bien vendu. En pareille situation, le créancier des restitutions pourrait effectivement prétendre qu'il n'était pas réellement enrichi, alors même que la perte n'a pas été causée par force majeure. Par conséquent, le vendeur risque d'être privé de toute restitution. En revanche, une telle situation n'empêche pas ce même acheteur d'engager, à son tour, une action sur le même fondement afin de se faire restituer le prix payé¹⁰⁸⁷. En raison de ces effets, il semble que fonder les restitutions sur l'enrichissement sans cause contredit l'idée même de retour *au statu quo ante*. D'où l'inadéquation d'un tel fondement¹⁰⁸⁸.

378. Ainsi, en droit chinois, la doctrine a essayé de baser la restitution des prestations reçues après annulation du contrat de vente, soit sur le droit de propriété restauré, soit sur l'enrichissement sans cause. Si la restitution consiste en un corps certain, il paraît alors préférable pour le demandeur d'agir en revendication. Le titulaire d'un droit réel lui est sûrement plus favorable qu'un simple créancier d'enrichissement sans cause. Pourtant, lorsque la revendication s'avère impossible, les restitutions doivent se fonder sur l'enrichissement sans cause¹⁰⁸⁹. Et ce malgré le décalage entre l'indemnisation reçue et la prestation fournie. Cependant, au manque de fondements adéquats de la restitution du bien après annulation du contrat, s'ajoutent d'autres problèmes liés à ses modalités.

§ 2. LES DIFFICULTÉS LIÉES AUX MODALITÉS DE RESTITUTION DU BIEN

379. **Les principes de la restitution du bien posés par la Loi chinoise relative aux contrats.** Avant de procéder aux restitutions, la première question que l'on doit se poser est de savoir comment déterminer avec précision ce qui doit être restitué. Afin de répondre à cette question, à son article 58, la Loi chinoise relative aux contrats énonce :

¹⁰⁸⁷ Dans l'objectif de remédier à l'injustice susceptible d'être suscitée par cette situation, la jurisprudence allemande a consacré la théorie du « solde » permettant aux juges de « totaliser les deux prestations [des parties à la vente] et [de] tirer un bilan en calculant un “solde de compte” ». V. précisément Matthias LEHMANN, « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : leçon du droit allemand », *RDC* 2013p. 1665 et s. Cependant, cette théorie du « solde » est totalement ignorée du droit chinois.

¹⁰⁸⁸ Dans le même sens, v. les critiques formulées par Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse Paris I, LGDJ 1992, n° 641 et s, p. 372 et s.

¹⁰⁸⁹ Le droit suisse a consacré une solution semblable. V. Jean ANEX, *L'intérêt négatif, sa nature, son étendue*, thèse Lausanne 1977, p. 133.

« [l]orsque le contrat est frappé de nullité ou d'annulation, chaque partie doit restituer les biens acquis par ledit contrat. Dans l'hypothèse où la restitution en nature se heurte à une impossibilité matérielle, ou est estimée comme non-nécessaire, une restitution en valeur devient possible. Si l'annulation du contrat est imputable à une des deux parties, celle-ci est tenue d'indemniser les préjudices subis par son cocontractant ; si l'annulation est imputable à tous les deux, chacune doit assumer sa propre responsabilité ». De cet article, certains principes de la restitution du bien peuvent être dégagés. Tout d'abord, cette loi chinoise associe les restitutions après annulation du contrat aux prestations accomplies par les parties. En un mot, à ce qui a été reçu lors de l'exécution du contrat annulé. De la disposition prévue par le premier alinéa de l'article 58, la doctrine chinoise déduit que les restitutions ne sauraient aller au-delà de la contreprestation reçue, autrement dit, elles ne peuvent s'appliquer aux pertes et gains nés postérieurement à l'exécution du contrat annulé. En outre, il en résulte de son deuxième alinéa qu'en droit chinois, les restitutions doivent être réalisées en nature¹⁰⁹⁰. Les restitutions en valeur ne sont que des exceptions¹⁰⁹¹. Ainsi, lorsqu'une vente est annulée, le vendeur peut reprendre la chose qu'il a livrée, tout en restituant le prix qu'il a perçu, et inversement pour l'acheteur¹⁰⁹². Par l'effet réel de l'annulation du contrat de vente, le vendeur est réputé être toujours propriétaire et bénéficie donc d'une action en revendication. Enfin, l'action en réparation du préjudice causé par l'annulation du contrat est exclue du domaine de la restitution consécutive à l'annulation du contrat. Elle vient uniquement la compléter.

Ces principes s'avèrent insuffisants du fait que certains problèmes peuvent apparaître lors de l'anéantissement du transfert de propriété. Ils sont liés non seulement au manque de précision des textes de la loi (A) mais aussi à l'absence d'équité dans les restitutions (B). Leurs conséquences sont encore plus ressenties en matière de vente immobilière.

¹⁰⁹⁰ V. par exemple, ShiYuan HAN, *Théorie générale des contrats*, 3^e éd., Édition de Droit, 2011, p. 228 ; JianYuan Cui, *Théories générales concernant la nouvelle loi relative aux contrats et Analyses de certains arrêts*, Édition de l'université de Jilin, éd., 1999, tome I, p. 220 et s ; LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2007, p. 269-271.

¹⁰⁹¹ Une disposition semblable a été proposée à l'article 1353 du projet d'Ordonnance à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié par la Chancellerie le 25 février 2015, selon lequel, « [l]'a restitution a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur ». V. http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

¹⁰⁹² Par exemple, c'est justement sur le fondement de l'article 58 de la Loi chinoise relative aux contrats qu'un arrêt rendu le 21 août 1996 par la Cour d'appel de Wulumuqi a confirmé la décision prise par la première juridiction. Selon cette dernière, puisqu'une vente pourtant sur 9 fausses antiquités avait été frappée d'annulation à cause des erreurs commises par l'acheteur sur les qualités substantielles des biens achetés, l'acquéreur avait été condamné à restituer les biens acquis et le vendeur, la somme versée.

A. Le manque de précision des textes de la loi

380. Les principes énoncés par la Loi chinoise relative aux contrats ne permettent pas d'effectuer de façon précise l'anéantissement du transfert de propriété, ni les restitutions consécutives. En effet, il existe au sein du droit chinois de nombreuses lacunes à l'égard du procédé dudit anéantissement (1), de la perte fortuite de la chose à restituer (2) ainsi que de la restitution des fruits produits par cette chose (3). Ce manque de précision des textes est à l'origine d'une diversité voire d'une contradiction d'interprétations des textes de loi.

1. Le manque de précision des textes relatifs au procédé de l'anéantissement du transfert de propriété

381. **L'anéantissement automatique du transfert de propriété et les mesures de publicité.** Comme nous l'avons précisé, contrairement au droit allemand, le mécanisme du transfert de propriété adopté par la LDR est causal. Cela suppose un anéantissement rétroactif du transfert de propriété dès que le contrat de vente, qui lui servait de cause, est frappé d'annulation. Il convient en plus de souligner que cet anéantissement est automatique, qu'il n'y a ainsi nul besoin de « rétrocession de la propriété »¹⁰⁹³. Rappelons qu'en droit allemand, eu égard au principe d'abstraction, la validité du transfert de propriété ne dépend pas de la validité du contrat de vente. Par conséquent, après annulation de ce dernier, demeure toujours valable le transfert de propriété réalisé par un accord des parties sur l'acquisition, ainsi que par la réalisation d'une certaine mesure de publicité. Une rétrocession de la propriété consécutive à l'annulation de la vente nécessite en droit allemand deux éléments consécutifs : un accord des parties sur ce re-transfert de propriété d'une part ; la réalisation d'une mesure de publicité (c'est-à-dire la remise du bien pour les meubles et l'inscription au registre foncier pour les immeubles) d'autre part¹⁰⁹⁴. Cependant, comment un anéantissement automatique du transfert de propriété peut-il s'opérer en droit chinois ? Sachant que selon le modèle chinois dit « accord + publicité », aucun transfert de propriété n'est valable sans être publié. En vertu de ce principe de publicité, qui est l'un des principes généraux de la LDR, pour être valable, cet anéantissement du transfert de propriété devrait également être publié. Or, si l'on raisonne ainsi, l'annulation du contrat de vente ne serait plus en

¹⁰⁹³ Matthias LEHMANN, « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : leçons du droit allemand », (Intervention aux 4^e Journées franco-allemandes organisées par l'Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV). *RDC*. Octobre 2013, p. 1654 et s.

¹⁰⁹⁴ V. Claude WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992, n° 134, p. 125 et s.

mesure de produire directement l'effet réel et de la sorte, le modèle chinois ne serait plus causal. Dès lors, on se trouve devant une antinomie pour laquelle, aucune disposition en droit chinois n'apporte de solution. Un tel embarras est d'autant plus remarqué en matière de vente immobilière où la publicité foncière nécessite toujours un certain temps et doit être réalisée bien plus tard que l'annulation de la vente. Afin de fixer un procédé précis de l'anéantissement du transfert de propriété, les solutions proposées par le droit suisse semblent très pertinentes.

382. Les solutions en droit suisse. Le Code civil suisse adopte non seulement un modèle causal du transfert de propriété mais aussi un principe de publicité. En droit suisse, la *traditio* en matière mobilière ainsi que l'inscription au registre foncier en matière immobilière sont indispensables au transfert de propriété¹⁰⁹⁵. S'agissant du principe de la causalité du transfert de propriété, le Professeur Paul-Henri STEINAUER a précisé : si le contrat de vente, en tant que titre d'acquisition, n'est pas valable, l'opération d'acquisition est sans effet et l'aliénateur qui est resté propriétaire peut revendiquer la chose¹⁰⁹⁶. Il semble qu'en droit suisse, le conflit entre l'anéantissement automatique du transfert de propriété et le principe de publicité se dissipe par des mesures de restrictions de la publicité. En droit suisse, la publicité n'est pas absolue car elle est susceptible de rectification. Précisément, dans la vente immobilière, l'annulation du titre d'acquisition tel que le contrat de vente donne lieu à la correction du registre foncier, réputé dorénavant inexact. Ce dernier est inexact en ce que la dernière inscription faite par l'acquéreur au registre ne correspond plus à la réalité consécutive à l'annulation du contrat de vente. Il faut donc la rectifier. Ainsi, au lieu de publier à nouveau le titre de propriété du vendeur à une vente devenue nulle, il faut, en Suisse, procéder à une correction de la publicité foncière car la précédente inscription est « indue »¹⁰⁹⁷. D'où le premier alinéa de l'article 975 du Code civil suisse (CC) : « [c]elui dont les droits réels ont été lésés par une inscription faite ou par des inscriptions modifiées ou radiées sans cause légitime, peut en exiger la radiation ou la modification ».

Reste à analyser le cas de la perte fortuite de la chose lors des restitutions.

¹⁰⁹⁵ Paul-Henri STEINAUER, *Les droits réels*, Tome II, .3^e éd., Berne, 2007, n° 126, p. 67 ;

¹⁰⁹⁶ V. Paul-Henri STEINAUER, *Les droits réels*, Tome II, .3^e éd., Berne, 2007, n° 138, p. 70. En matière immobilière, v. aussi Jean-Baptiste GRISONI, *Les conceptions française et suisse de la publicité foncière et leurs effets*, thèse Lausanne, 1990.

¹⁰⁹⁷ L'article 975 du Code civil suisse est intitulé « en cas d'inscription indue ».

2. Le manque de précision des textes relatifs à la perte fortuite de la chose

- 383. Le silence du législateur sur la perte fortuite de la chose à restituer.** L'annulation du contrat de vente entraîne la restitution réciproque du bien vendu par l'acheteur et du prix par le vendeur. Cependant, dans l'hypothèse où le bien aurait déjà péri entre les mains de l'acheteur des suites d'un cas de force majeure, cette perte pourrait-elle libérer l'acheteur de la restitution ? Étant donné que la Loi chinoise relative aux contrats demeure totalement muette à propos de la perte fortuite de la chose vendue en cas de restitutions, plusieurs réponses à cette question, parfois même contradictoires, sont envisageables.
- 384. Les différentes solutions proposées.** Il semble possible de recourir à la règle de l'attribution des risques énoncée à l'article 142 de la loi précitée pour trouver une réponse à cette question. En vertu de ce dernier, « sous réserve de dispositions légales expresses et sauf clauses contraires, les risques de perte de la chose, l'objet de la vente, pèse sur le vendeur avant la tradition (c'est-à-dire la remise matérielle de la chose). Une fois que la tradition est réalisée, c'est l'acheteur qui doit assurer les risques »¹⁰⁹⁸. En effet, si la chose vendue a péri par cas fortuit avant d'être livrée, c'est le vendeur qui supporterait les risques de cette perte. De cette manière, la vente serait résolue et l'acheteur ne devrait pas le prix. Cette disposition s'applique non seulement aux meubles mais aussi aux biens immobiliers¹⁰⁹⁹. Dès lors, en droit chinois, le transfert de risques est en principe lié, non au transfert de propriété, mais à la maîtrise physique de la chose vendue¹¹⁰⁰. En raisonnant ainsi, la perte de la chose due à un cas de force majeure devrait être supportée par l'acquéreur car, tant que la restitution n'a pas été effectuée, le bien vendu demeure entre ses mains. Il serait donc tenu de la restituer en valeur¹¹⁰¹. Il convient également de mentionner que ledit article n'est pas d'ordre public et qu'il est alors possible d'y déroger.

¹⁰⁹⁸ En réalité, il s'agit bien de la reprise d'un principe consacré par le Code civil allemand. En vertu du § 446 du BGB, « les risques liés à la perte et à la détérioration fortuites de la chose vendue sont transférés à l'acheteur lors la délivrance de celle-ci [...] ».

¹⁰⁹⁹ Aux termes du deuxième alinéa de l'article 11 des « Explications concernant la question de l'application de la loi soulevée à l'occasion de litiges résultant du contrat de vente immobilière tranchés par la Cour suprême », des Interprétations de la Loi relative aux contrats publiées le 24 mars 2003 par la Cour suprême chinoise, « les risques de perte d'un bien immobilier sont pour le vendeur avant sa délivrance ; après la délivrance, les risques sont à la charge de l'acheteur [...] ».

¹¹⁰⁰ Cette considération est d'autant plus vraie en matière immobilière car selon la LDR, le transfert de propriété immobilière s'opère par la publicité foncière. Cette dernière peut avoir lieu même après la prise de possession de l'immeuble par l'acheteur.

¹¹⁰¹ Une telle solution rejoint l'approche de Mme Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, ainsi que celle proposée par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (art. 1163-5), mais sur des

.../...

Cependant, pour une partie de la doctrine chinoise, un tel schéma semble peu convaincant car la pertinence de l'application de l'article 142 à la restitution consécutive à l'annulation de la vente devrait être remise en cause. Pour certains auteurs, cet article a été prévu dans le but de répartir les risques entre le vendeur et l'acheteur lorsque le contrat de vente a été valablement conclu. Son application devrait en revanche être écartée lorsque la vente est frappée d'annulation¹¹⁰². À cet égard certains préconisent une interprétation *lato sensu* de l'article 58 de la Loi chinoise relative aux contrats¹¹⁰³. Rappelons que selon la deuxième phrase de cet article, il y a lieu de restituer en valeur si « la restitution en nature se heurte à une impossibilité matérielle, ou est estimée comme non-nécessaire ». L'impossibilité de restituer en nature comprend en effet l'hypothèse de la perte fortuite de la chose à restituer. Il en découle que l'acheteur devrait indemniser la perte de la chose en la restituant en valeur, peu importe que cette perte soit causée par la force majeure ou de son propre fait¹¹⁰⁴. D'autres, en s'inspirant de la jurisprudence française en la matière¹¹⁰⁵, sont favorables à la règle *res perit domino*¹¹⁰⁶. Pour eux, après annulation du contrat de vente, les risques sont pour le propriétaire du bien vendu, c'est-à-dire le vendeur. De ce fait, l'acheteur se trouverait dispensé de son obligation de restitution. Cette dernière proposition prend justement le contre-pied des deux autres que l'on vient d'analyser.

385. Ainsi, lors des restitutions, les situations concernant la perte de la chose par cas fortuit demeurent incertaines en droit chinois. Toutefois, en l'absence des interprétations de la loi publiées par le législateur chinois, on n'est en mesure d'écarter

fondements bien différents. V. Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse Paris I, LGDJ 1992, n° 813, p. 464.

¹¹⁰² V. par exemple, XueYan WANG, ShuiNiu TIAN, « Essai sur la règle de répartition des risques en matière de vente », *Rev. Journal of Beijing city University*, 2007, n° 1. L'article consulté sur le site : <http://www.bcu.edu.cn/truekxyj/journal/77/17.htm>; RuiXi SUN, « Nouvelle recherche sur le concept de perte de la chose, l'objet du contrat de vente, et celui de répartition des risques ». L'article publié sur le site : http://article.chinalawinfo.com/article_print.asp?articleid=1500; ShanFu YANG, « La restitution en valeur consécutive à l'annulation du contrat est-elle basée sur la responsabilité pour faute ? ». L'article publié sur le site : <http://jxfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=3602>.

¹¹⁰³ V. par exemple, JinLong ZHAO, « Quelques analyses sur les questions essentielles relatives à la restitution après annulation du contrat », *Rev. La science juridique contemporaine*, 1999, n° 3, p. 63-66.

¹¹⁰⁴ Cette approche est comparable au deuxième alinéa de l'article 1163-3 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, selon ce dernier, « [e]lle (la restitution) se fait en valeur lorsque la chose n'est plus individualisable en raison de sa destruction volontaire ou fortuite, sa transformation ou son incorporation ».

¹¹⁰⁵ Par exemple, Cass. 1^{er} civ., 6 décembre 1967, *Bull. civ.* I, n° 358 ; *RTD civ.* 1968, p. 708, obs. Jean CHEVALLIER.

¹¹⁰⁶ V. RuiQi MEI, « Les conséquences de l'annulation du contrat ». L'article consulté sur le site : http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=23296&Type=mod.

aucune de ces trois propositions doctrinales. En même temps, il existe en droit chinois d'autres incertitudes concernant cette fois-ici la restitution des fruits, en particulier, des fruits civils.

3. Le manque de précision des textes à propos de la restitution des fruits civils

386. En matière de vente immobilière, entre la conclusion du contrat et l'anéantissement rétroactif du transfert de propriété, l'immeuble en question a pu produire des fruits, à savoir des loyers engendrés si l'acquéreur l'a donné à bail à une tierce personne après son acquisition. Doit-il alors les restituer au vendeur avec l'immeuble vendu ? Si la réponse est positive, il convient de faire partir le calcul à compter de quel instant ? En droit chinois, la répartition des fruits peut être régie par l'article 116 de la LDR selon que les fruits sont naturels ou civils¹¹⁰⁷. En vertu de cet article, « des fruits naturels appartiennent au propriétaire, sauf stipulations contraires [...]. L'appartenance des fruits civils¹¹⁰⁸ doit respecter l'accord préalablement conclu entre les parties et à défaut, en référence aux usages du commerce¹¹⁰⁹ ». S'il s'avère certain qu'en droit chinois, les fruits naturels doivent être restitués au propriétaire du bien qui les a produits¹¹¹⁰, ce n'est pas le cas pour les fruits civils. En ce qui concerne la restitution des fruits civils, les dispositions de l'article 116 ainsi mentionné font prévaloir l'accord des parties sur toute règle légale. Il est donc loisible aux parties de fixer leurs propres modalités de restitution. Ils peuvent même exclure toute restitution des loyers perçus par l'acquéreur ou uniquement une partie. En fait, les véritables difficultés seront soulevées dans

¹¹⁰⁷ Cependant, le législateur chinois n'a pas donné de définition des fruits dans cette loi. En même temps, les fruits industriels, consacrés par le Code civil français, sont totalement ignorés par le législateur chinois ainsi que par la doctrine chinoise.

¹¹⁰⁸ En chinois, FāDīng ZīXī qui se traduit textuellement par « des fruits légaux ».

¹¹⁰⁹ Par exemple, entre un usufruitier et son nu-propriétaire, les fruits civils appartiennent souvent à l'usufruitier. Dans certaines circonstances, le possesseur peut également avoir le droit de percevoir les fruits civils produits par le bien qu'il possède. De même, moyennant le démembrement de la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie, les fruits civils des capitaux issus du contrat d'assurance vie et délivrés aux bénéficiaires appartiennent par principe au conjoint de l'assuré, puisqu'il peut être considéré comme quasi-usufruitier du versement des capitaux. V. XianZhong SUN, *Théorie générale du droit des biens chinois*, Édition de Droit 2003, p. 145-146.

¹¹¹⁰ Le propriétaire a alors le droit à la restitution des fruits de la chose après annulation du contrat de vente, notamment s'il s'agit des fruits naturels. En même temps, une telle restitution se fait sans égard à la bonne ou mauvaise foi de leur possesseur. Cette solution est contraire à la disposition prévue par l'article 549 du Code civil français, qui énonce que « [l]e simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi [...] ». Une telle solution a été préconisée par l'avant-projet de réforme du droit des obligations (c'est-à-dire l'avant-projet CATALA) à son article 1164, aux termes duquel « [l]a restitution porte sur le principal de la prestation accomplie et ses accessoires du jour du paiement ». Les fruits font partie des accessoires à restituer selon l'article 1164-2 du même projet.

l'hypothèse où aucun accord n'aura été préalablement prévu par les parties. Quels sont alors les usages précis en matière de vente immobilière auxquels les parties peuvent se référer ? Il n'est d'ailleurs pas très facile de répondre à cette question car en droit chinois les usages commerciaux ne sont pas officiellement compilés. Ils peuvent comprendre les usages nationaux, internationaux ou même régionaux, à condition que les parties puissent prouver leur existence. De plus, notamment en matière de vente immobilière, il existe encore d'autres incertitudes liées au conflit entre l'article 116 de la LDR et l'article 163 de la Loi chinoise relative aux contrats.

Aux termes de l'article 163 de la Loi chinoise relative aux contrats, « dans la vente, si les fruits de la chose qui en fait l'objet sont produits avant la livraison, ils appartiennent au vendeur. À l'inverse, ils appartiennent à l'acheteur ». Sans aucune précision de la part du législateur chinois, cette disposition doit s'appliquer à la fois aux fruits naturels¹¹¹¹ et aux fruits civils. Il en ressort que dans la vente immobilière, l'acquéreur devrait restituer les loyers qu'il a perçus à compter du jour de son entrée en possession de l'immeuble vendu, même si à ce moment-là, la publicité foncière n'avait pas encore été réalisée. En outre, aucune dérogation à cette règle n'a été prévue par la même loi. L'on se trouve donc devant deux règles différentes régissant la répartition des fruits. Comment dissiper ce conflit de normes portant sur l'application de ces deux lois toujours en vigueur ? Eu égard à l'article 83 de la Loi chinoise relative aux activités législatives, en cas de contradiction entre deux lois de même rang hiérarchique, la loi spéciale déroge à la loi générale¹¹¹² ; la nouvelle loi abroge l'ancienne loi. En vertu d'une telle maxime « *specialia generalibus derogant* », puisque les dispositions de l'article 116 de la LDR peuvent être considérées comme une règle générale, celles de l'article 163 spécialement dédiées à la vente doivent prévaloir dans le domaine particulier de son application. Or, la question que l'on se pose ici est de savoir si la loi nouvelle (la LDR) qui édicte une règle générale abroge ou non une règle spéciale disposée par une loi antérieure (la Loi chinoise relative aux contrats). Puisqu'aucune réponse à cette question ne peut être trouvée au sein de la Loi chinoise relative aux activités législatives, il convient peut-être de solliciter des Interprétations législatives auprès du Comité permanent de l'APN (l'Assemblée populaire nationale)¹¹¹³. Toutefois,

¹¹¹¹ Quant aux fruits naturels produits par les biens mobiliers, cette disposition de la Loi relative aux contrats correspond à l'article 116 de la LDR, puisque selon cette dernière loi, l'acquisition des biens mobiliers se réalise par la réalisation d'une tradition, autrement dit la prise de possession.

¹¹¹² Le même principe existe également en droit français. V. Gérard CORNU, *Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, n° 360, p. 192.

¹¹¹³ Kun LUO, « Le débat autour de l'application de l'article 116 de la Loi chinoise relative aux droits réels », *Rev. Law Science Magazine*, 2009 (n° 10), p. 129-131.

en attendant ces éventuelles Interprétations, il est toujours intéressant de recourir à la solution française en la matière : lorsque la loi postérieure est plus générale, elle n'abroge pas la règle spéciale antérieure si elle ne le spécifie pas¹¹¹⁴. En raisonnant ainsi, l'application de la LDR devrait donc être écartée.

Cependant, même si les problèmes dus aux lacunes dans la loi chinoise sont résolus un jour ou l'autre, les soucis demeureront toujours lors de la recherche de restitutions équitables entre les parties après anéantissement du transfert de propriété.

B. L'absence d'équité dans la restitution

387. Certaines difficultés soulevées par la restitution du bien résident dans le fait que dans l'intervalle qui sépare l'exécution du contrat de l'annulation, des actes ont pu être accomplis sur les produits de cette vente finalement annulée. En conséquence, la valeur même de la chose, objet du contrat, a pu augmenter ou diminuer ; cette chose a pu être abîmée voire détruite. Si l'une des modalités des restitutions s'avère juste, dans le sens où elle ne lèse aucune des parties¹¹¹⁵, les principes des restitutions prévus par le droit chinois, bien qu'ils aient réussi à gagner en simplicité, ne permettent parfois pas de garantir une restitution tout à fait équitable. Ceci d'autant plus que des déséquilibres patrimoniaux entre les parties peuvent être provoqués à la suite des restitutions. Ces déséquilibres peuvent être attachés à l'objet des restitutions, à l'indemnité pour l'utilisation du bien vendu ou bien aux moins ou plus-values perçues par les parties en matière immobilière.

388. Les déséquilibres liés à l'objet des restitutions. Lorsqu'une vente immobilière est nulle, en application de l'article 58 de la Loi chinoise relative aux contrats, le vendeur peut se contenter de restituer seulement la somme d'argent qui a été versée. Il est tenu en outre des intérêts de cette somme, calculés par rapport au taux légal en vigueur¹¹¹⁶. Néanmoins, aucune dépréciation monétaire ne sera prise en considération, bien qu'elle soit parfois importante notamment en matière de vente immobilière, surtout lorsqu'elles ont lieu longtemps après le versement initial de cette somme. Il en va de même dans la

¹¹¹⁴ V. Gérard CORNU, *Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, n° 361, p. 192.

¹¹¹⁵ Christian GOLLIER, « Actualisation de la valeur : Restitution des choses physiques après annulation du contrat », in *Droit et économie des contrats*, (dir. Christophe JAMIN), n° 134, p. 67.

¹¹¹⁶ V. ShiYuan HAN, *Théorie générale des contrats*, 3^e éd., Édition de Droit, 2011, p. 228 ; JianYuan Cui, *Théories générales concernant la nouvelle loi relative aux contrats et Analyses de certains arrêts*, Édition de l'Université de Jilin, éd., 1999, tome I, p. 220 et s. En droit chinois, les intérêts que l'on perçoit d'une somme d'argent sont assimilés par la doctrine aux fruits civils. V. par exemple, XianZhong SUN, *Théorie générale du droit des biens chinois*, Édition de Droit 2003, p. 145.

détermination des restitutions mises à la charge de l'acheteur. Selon le principe du retour *au statu quo ante*, l'acquéreur à une vente annulée doit indemniser des dégradations résultant de l'usure et de la vétusté que le bien a subies et faire en sorte de le remettre dans son état initial. Suivant le même principe, dans l'hypothèse où la chose vendue a été détruite du fait de l'acquéreur, sa restitution en valeur doit être calculée en tenant compte de la valeur de la chose au jour de la conclusion du contrat. En fait, il s'agit ici de l'indemnisation de la perte de la chose dont le but est de rétablir le patrimoine du vendeur comme si l'exécution de sa part n'avait jamais eu lieu, sans prendre en compte la faute de l'acquéreur. En revanche, pour ce qui est des améliorations apportées au bien vendu, le vendeur, lorsqu'il en obtient sa restitution, peut bénéficier directement des améliorations qui lui ont été intégrées. En droit chinois, cette solution est fondée sur le mécanisme d'accession d'un bien corporel, qui est reconnu par la doctrine chinoise mais ignorée (pour le moment) par le législateur. La question concernant les indemnités de ces améliorations n'est aucunement prise en compte par La Loi chinoise relative aux contrats en matière des restitutions. Il en est de même pour l'indemnité de jouissance procurée par le bien vendu.

389. Les déséquilibres liés à l'exclusion de l'indemnité de jouissance (dans les restitutions). Lors de la vente d'un immeuble d'habitation, l'acquéreur, par l'occupation de l'immeuble vendu, a très bien pu en tirer profit. En restituant un immeuble dont il a eu une longue jouissance, cet acquéreur doit-il indemniser le vendeur pour cette raison ?

En droit français, une telle question a divisé les chambres de la Cour de cassation. Il a fallu attendre la décision d'une chambre mixte rendue le 9 juillet 2004¹¹¹⁷ pour mettre un terme aux divergences de jurisprudence entre la première et la troisième chambre civile sur le sujet¹¹¹⁸. En prenant une position semblable à la première chambre civile, cette chambre mixte a retenu que « le vendeur n'[était] pas fondé, en raison de l'effet rétroactif de l'annulation de la vente, à obtenir une indemnité correspondant à la seule

¹¹¹⁷ Cass. ch. mixte, 9 juillet 2004, *Bull.ch. mixte*. 2004, n° 2 p. 3. *JCP* 2004. I .173, n°14, obs. Yves-Marie SERINET ; *JCP* 2004. II. 10190, note Gwennaëlle FRANÇOIS ; *D.* 2004. *jurispr.*, p. 2175, note Christophe TUAILLON ; *Defrénois*, 2004, art., 37942, p. 692, obs. Robert WINTGEN, « L'indemnité de jouissance en cas d'anéantissement rétroactif d'un contrat translatif » et p. 1402, obs. Rémy LIBCHABER ; *RDC* 2005, p. 280, obs. Philippe STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.* 2005.125, obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES.

¹¹¹⁸ La première chambre civile refusait l'octroi d'une indemnité au vendeur pour l'utilisation d'un immeuble. V. Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1987, *Bull. civ.* 1987, I, n° 183 ; Cass. 1^{re} civ., 7 avril 1998, *Bull. civ.* 1998, I, n° 142 ; Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2003, *Bull. civ.* 2003, I, n° 74. En revanche, sur le fondement de l'enrichissement sans cause, la troisième chambre est favorable à l'octroi d'une telle indemnité. V. Cass. 3^e civ., 12 janvier 1988, *Bull. civ.* 1988, III, n° 7 (refus) ; Cass. 3^e civ., 12 mars 2003, *Bull. civ.* 2003, III, n° 63.

occupation de l'immeuble [...] ». Malgré cela, le débat doctrinal n'est toujours pas clos¹¹¹⁹. Par exemple, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, (l'avant-projet CATALA) a justement pris le contre-pied de cette tendance jurisprudentielle. Au regard de son article 1164-2, la jouissance procurée par la chose figure parmi les accessoires à restituer¹¹²⁰.

En droit chinois, eu égard aux dispositions de la Loi chinoise relative aux contrats, une indemnité, représentative de la valeur d'usage du bien à restituer, est exclue du domaine des restitutions. Or, l'octroi d'une telle indemnité peut s'avérer tout à fait légitime. D'une part, elle sert à compenser l'usure de l'immeuble en question. D'autre part, elle correspond à la contrepartie de la jouissance dont l'acquéreur a pu profiter et dont le vendeur a été privé durant le laps de temps qui s'est écoulé entre la conclusion du contrat et son annulation. Au demeurant, si les fruits civils perçus par l'acquéreur (à savoir les loyers) doivent faire l'objet de restitutions, il serait logique d'intégrer dans le domaine des restitutions l'indemnité de jouissance du bien, un équivalent économique aux fruits¹¹²¹. Ainsi, non seulement le refus d'accorder cette indemnité lors des restitutions est dénué d'équité ; cette solution peut aussi provoquer des déséquilibres injustifiés dans les patrimoines des parties à la vente annulée. Il reste à savoir comment restituer les moins-values et plus-values engendrées par la flambée des prix de l'immobilier entre la conclusion du contrat et l'anéantissement du transfert de propriété.

390. Les difficultés liées aux plus-values et moins-values dues à l'augmentation des prix observée sur le marché immobilier. En Chine, notamment en matière de vente immobilière, le temps s'écoulant entre la conclusion de la vente immobilière et l'anéantissement du transfert de propriété peut faire augmenter, même de façon considérable, la valeur d'échange de l'immeuble vendu. Un arrêt publié dans la Gazette de la Cour populaire rendu par le Tribunal populaire de deuxième instance de NanChang¹¹²² illustre bien cette situation. En l'espèce, un contrat de vente d'un immeuble d'habitation de 253 m² avait été conclu en 1999. Le prix de la vente avait été

¹¹¹⁹ En faveur de l'indemnité de jouissance, voir par exemple Robert WINTGEN, « L'indemnité de jouissance en cas d'anéantissement rétroactif d'un contrat translatif », *Defrénois*, 2004, art. 37942, p. 692 ; note sous l'arrêt Cass. ch. mixte, 9 juillet 2004 par Rémy LIBCHABER, *Defrénois*, 2004, art. 38035, p. 1402.

¹¹²⁰ V. Franck JUREDIEU, « Les restitutions après annulation du contrat dans l'avant-projet de réforme de droit des obligations et de la prescription », in *La théorie des nullités*, dir. Michel BOUDOT et Paolo Maria VECCHI, LGDJ 2008, p. 263 et s.

¹¹²¹ Yves-Marie SERINET, in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Documentation française 2006, p. 48. La publication est apparue sur le site : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.

¹¹²² La publication apparue sur le site http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2010-09/30/content_16363.htm.

fixé à 90 mille RMB¹¹²³. Neuf ans après, les vendeurs avaient agi en nullité, sous prétexte qu'en tant qu'agriculteurs, ils n'avaient pas le droit de vendre à l'acquéreur, habitant urbain, leur immeuble d'habitation situé sur le terrain agricole¹¹²⁴. Entre 1999 et 2008, le prix de cet immeuble avait augmenté presque dix fois : il s'était alors élevé à 870 mille RMB et les juges du Tribunal populaire de première instance ont prononcé la nullité de cette vente. Par conséquent, les vendeurs ont été condamnés à restituer la somme de 90 mille RMB à l'acheteur, et réciproquement pour l'acheteur qui a été condamné à rendre l'immeuble en question. Il convient de souligner que dans cette affaire, avec les restitutions consécutives à l'annulation de cette vente, le vendeur peut récupérer un bien dont la valeur a presque décuplé. Quant à l'acheteur, sa situation est tout à fait contraire : avec la somme d'argent qu'il peut récupérer, il ne peut en aucun cas acheter le même bien. La moins-value produite a atteint environs 780 mille RMB. Le déséquilibre patrimonial entre les parties est donc considérable. En respectant les principes posés par la Loi chinoise relative aux contrats que l'on a précédemment mentionnés, les plus-values et moins-value du fait de la flambée des prix dans l'immobilier doivent être exclues du domaine de restitutions. Pour remédier à ce déséquilibre, les parties doivent recourir à la responsabilité consécutive à l'annulation du contrat qui leur ouvre droit à réparation des préjudices subis par cette annulation. C'est justement sur ce fondement qu'après l'annulation du contrat de vente en question, l'acheteur a agi à son tour en responsabilité afin de demander la réparation des préjudices qu'il a subis par cette annulation.

391. Le recours à la responsabilité précontractuelle et à la réparation du préjudice subi. L'article 58 de la Loi chinoise relative aux contrats laisse également une place à la responsabilité consécutive à l'annulation du contrat pour tout ce qui ne relève pas directement de prestations accomplies. Aux termes du dernier alinéa de cet article : « dans l'hypothèse où l'annulation du contrat est imputable à une des deux parties, celle-ci est tenue d'indemniser les préjudices subis par son cocontractant ; si l'annulation est imputable à tous les deux, chacune doit assumer sa propre responsabilité ». Selon la doctrine chinoise, la responsabilité évoquée ici par le législateur est une responsabilité pour *culpa in contrahendo*, (c'est-à-dire une faute commise au moment de la conclusion du contrat). Les analyses des Interprétations

¹¹²³ Nom de la monnaie chinoise.

¹¹²⁴ Afin de protéger les terrains agricoles ainsi que les droits d'habitation des agriculteurs contre les spéculations immobilières, une telle vente est interdite en Chine.

fournies par la Cour suprême chinoise ainsi que la jurisprudence permettent de mieux comprendre une telle disposition.

Le 24 mars 2003, dans le but d'appliquer correctement cette disposition à la vente immobilière, la Cour suprême chinoise a voté et publié quelques interprétations dans les « Explications concernant la question de l'application de la loi soulevée à l'occasion de litiges, résultant du contrat de vente immobilière, tranchés par la Cour suprême »¹¹²⁵. Selon l'article 9 de ces Explications, « dans tous ces cas de figure, la nullité, l'annulation ou la résolution du contrat de vente d'un immeuble est imputable au vendeur, soit lorsqu'au moment de la conclusion de la vente d'un immeuble, il a dissimulé le fait qu'il n'avait pas obtenu l'autorisation de vendre ou a fourni une fausse autorisation ; soit lorsqu'il a dissimulé le fait que l'immeuble objet de la vente, avait été grevé d'une hypothèque ; soit lorsqu'il a dissimulé le fait que l'immeuble avait déjà fait l'objet d'une vente au profit d'une tierce personne. Après l'annulation ou la résolution dudit contrat, l'acheteur peut alors demander la restitution du prix qu'il avait versé avec intérêts. Il peut également demander réparation des préjudices subis. Mais cette réparation ne doit pas dépasser le double de la somme initialement versée par l'acheteur ». Il ressort de ces trois hypothèses énumérées que l'acheteur est en droit de demander une compensation de la dépréciation monétaire et des améliorations apportées à l'immeuble à restituer, et ce à titre de dommages-intérêts. En outre, le préjudice lié à la moins-value causée par l'augmentation des prix de l'immobilier peut également lui ouvrir droit à réparation. Cependant, une telle réparation reste très limitée : l'acheteur peut obtenir au maximum le double du prix qu'il a payé. Pourtant, cette contrainte semble pouvoir être éludée.

L'annulation du contrat peut être imputable non seulement au vendeur, mais aussi à l'acheteur. L'imputabilité à l'acheteur suppose que ce dernier ait eu connaissance du vice affectant le contrat au moment de sa conclusion. Tel est le cas de l'arrêt que nous avons précédemment étudié. En l'espèce, vendre un immeuble sans aucune autorisation est constitutif d'une faute de la part du vendeur. Il doit dès lors assumer sa responsabilité. Sur le fondement d'une telle responsabilité du vendeur, devient donc possible la réparation de l'intégralité du préjudice de l'acheteur lié à la moins-value¹¹²⁶. Autrement dit, en l'espèce le vendeur devrait indemniser l'acheteur à hauteur de cette

¹¹²⁵ 最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释

¹¹²⁶ Dans cette hypothèse, l'application de l'article 9 des Explications fournies par la Cour suprême est complètement écartée. Il convient donc d'y appliquer le dernier alinéa de l'article 58 de la Loi relative aux contrats.

moins-value de 780 mille RMB. En même temps, l'acheteur, quant à lui, aurait pu savoir dès le début que cette vente était interdite par la Loi chinoise. Dans ce sens, la nullité du contrat lui est également imputable. De ce fait, le vendeur est en droit de lui demander des dommages-intérêts qui peuvent représenter l'équivalent d'une indemnité de jouissance, c'est-à-dire 156 mille RMB. D'où l'assiette de calcul effectué par le Tribunal populaire de première instance de NanChang, ce qui fut confirmé en appel. Finalement, au visa du dernier alinéa de l'article 58 de la Loi chinoise relative aux contrats, (selon lequel « si l'annulation est imputable aux deux contractants, chacun doit assumer sa propre responsabilité »), le vendeur a été condamné à verser une somme de 624 mille RMB¹¹²⁷ à son acheteur à titre de dommages-intérêts¹¹²⁸. De cette manière, en dépit d'une faute commise à son tour, l'acheteur a été beaucoup plus favorisé.

392. Ainsi, après avoir pris le parti d'adopter le modèle causal du transfert de propriété, le législateur chinois a omis de l'assortir de dispositions précises et cohérentes. Lorsque le contrat de vente est frappé d'annulation, les textes en vigueur ne permettent pas aux parties de procéder avec clarté à la restitution des prestations reçues, notamment lorsque la prestation en question consiste en une obligation de transférer la propriété. Par suite, des déséquilibres sont susceptibles d'en découler. Voilà d'où viennent des difficultés liées aux modalités de restitution après annulation du contrat de vente.

Conclusion du Chapitre II

393. Le modèle chinois du transfert de propriété souffre des faiblesses, qui sont liées tantôt à son caractère dualiste, tantôt à son caractère causal. Puisque le transfert de propriété ne s'opère pas automatiquement dès la conclusion du contrat de vente, avant d'exécuter son obligation de procurer la propriété à l'acheteur, le vendeur peut toujours vendre le même bien à un plus offrant. De même, qualifié de causal, le transfert de propriété en droit chinois dépend de la validité du contrat de vente. Les problèmes peuvent être suscités par l'anéantissement rétroactif de ce dernier contrat. En outre, puisque le transfert de propriété ne se sépare pas du contrat de vente qui le motive, la validité d'une vente de la chose d'autrui encombre la doctrine chinoise.

¹¹²⁷ 780 mille RMB - 156 mille RMB = 624 mille RMB.

¹¹²⁸ Dans le même sens, voir l'arrêt rendu par la Cour de ShangHai, publié sur le site : http://www.fsou.com/html/text/fnl/1174798/117479803_3.html.

CONCLUSION DU TITRE II

394. Le modèle chinois du transfert de propriété facilite des transactions. D'une part, la tradition ainsi que la publicité foncière, indispensables à la transmission, permettent de déterminer le moment où l'acheteur devient propriétaire. D'autre part, l'existence de l'obligation de transférer de propriété à la charge du vendeur établit le fondement du recours en faveur d'un acheteur déçu ou évincé. Cependant, il présente également des points faibles. Par exemple, il peut favoriser le risque des stellionats et provoquer les problèmes liés à la vente de la chose d'autrui et à l'anéantissement rétroactif du transfert de propriété.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

- 395.** Dans la recherche d'une simplicité, le législateur chinois a adopté un mécanisme du transfert de propriété à la foi dualiste et causal. Ce modèle correspond parfaitement au processus concret des transactions et par conséquent n'a rien de mystérieux. Dans la vente, le transfert de propriété nécessite un contrat valablement conclu afin de fixer les droits et les engagements des parties à la vente. La propriété est ensuite transférée par l'exécution du contrat. Dans le modèle chinois, cette exécution qui n'est pas intellectualisée, comme c'est le cas en droit français, ne constitue pas non plus un acte juridique autonome indépendamment du contrat de vente. Toutes les conceptions, toutes les doctrines, à la fois subtiles et controversées, sont alors écartées.
- 396.** Proche de la réalité, le modèle chinois du transfert de propriété a pour conséquence directe d'assurer la circulation des biens, dans la mesure où il donne une clarté dans les processus des transactions. Cependant, se trouvant au milieu de deux solutions extrêmes, le modèle chinois hérite inévitablement certaines faiblesses de ses sources d'inspiration.

DEUXIÈME PARTIE.

**LA SÉCURISATION DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ
EN DROIT CHINOIS**

- 397. La sécurité juridique.** La première valeur sociale à atteindre, c'est la sécurité juridique ; comme le dit Radbruch, « la sécurité du droit est une prémisse de toute civilisation. L'exigence de la sécurité naît de la même nécessité profonde que l'idée de la loi de la nature : c'est le besoin de constituer en un ordre le désordre des données dispersées, de pouvoir prévoir et dominer la réalité »¹¹²⁹.
- 398. La sécurité juridique, l'objectif poursuivi par le législateur chinois.** Tout le monde peut constater les transformations considérables dont le système juridique chinois a fait l'objet au cours de ces trente dernières années¹¹³⁰. Celles-ci sont en parfaite conformité avec les changements politiques et économiques que connaît la Chine depuis la fin du XX^e siècle. En fait, le développement économique chinois, dont le but est de promouvoir une « économie socialiste de marché », demande de garantir la sécurité des transactions et d'établir de la confiance en l'activité économique. Il est pourtant évident que cette sécurité économique ne peut en aucun cas se réaliser sans une certaine protection mise en place par la loi. C'est de la sorte que sous l'effet du développement économique, l'évolution législative chinoise s'oriente alors dans le sens d'une sécurité juridique qui correspond à la sécurité du commerce. Dans cette perspective, l'objectif de cette évolution législative est non seulement de poser « les règles du jeu » du marché, mais aussi d'assurer la prévisibilité et l'accessibilité du droit, la certitude et la stabilité des situations juridiques ainsi que la prévention des conflits. C'est justement afin de poursuivre un tel objectif que la Loi chinoise relative aux droits réels (LDR) a été adoptée, ainsi que le mécanisme du transfert de propriété dit « l'accord + la publicité ».
- 399. La sécurité juridique des transactions garantie par le mécanisme chinois du transfert de propriété.** Dans son sens général, la sécurité peut être définie comme « l'état d'esprit confiant et tranquille de celui qui se croit à l'abri du danger »¹¹³¹. Dans les transactions, la sécurité doit répondre à un double besoin : le premier consiste à favoriser la circulation des biens et le deuxième, à protéger, en conséquence, à la fois l'intérêt du propriétaire et la bonne foi de l'acquéreur. À ces fins, le législateur chinois a fait un choix entre le système idéaliste du droit français et le système réputé pragmatique du droit allemand, en adoptant un modèle du transfert de propriété soumis

¹¹²⁹ Gustav RADBRUCH, « La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », *Arch. phil. dr et de soc. jur.* 1936, p. 98-99.

¹¹³⁰ V. *supra.* n° 112 et s.

¹¹³¹ La sécurité est étymologiquement liée au terme latin « *securitas* », dérivé d'un adjectif : *securus* qui signifie « exempt de souci, tranquille et calme ». *Le petit Robert*, vol. 1, v. « Sécurité ». *Le Dictionnaire culturel en langue française, sous la dir.* Alin REY, éd. Le Robert, 2005, t. IV, p. 659-660.

à la publicité. Par le jeu de la publicité, considérée comme étant une extériorisation publique de la transmission de la propriété, les transactions sont entièrement sécurisées.

400. Notre démonstration portera d'abord sur la sécurisation du titre par la publicité (Titre I) et ensuite sur la sécurisation du tiers par la publicité (Titre II). Avant d'amorcer nos analyses, il convient de cerner au préalable le rôle essentiel de la publicité des droits réels dans un chapitre préliminaire.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

LE RÔLE ESSENTIEL DE LA PUBLICITÉ HÉRITÉ DU DROIT ALLEMAND

401. La publicité, mode d'extériorisation des droits réels. Définie par la doctrine chinoise comme la maîtrise souveraine de la chose¹¹³², en Chine, la propriété, comme tous les droits réels, se distingue clairement du droit personnel. Il s'agit d'un droit « absolu » qui, en permettant au propriétaire de tout faire dans les limites de la loi, est de nature à imposer un devoir à chacun de s'abstenir¹¹³³. De l'absoluité de la propriété résulte son exclusivité¹¹³⁴, c'est-à-dire : « la possibilité d'écarter autrui de la chose »¹¹³⁵. Cette exclusivité du droit réel peut justifier l'exigence d'une extériorisation du droit de propriété, et ce non seulement pour la sécurité du propriétaire, mais aussi pour celle des tiers. Du point de vue de la protection du propriétaire, afin que tout le monde respecte son droit- sous peine de sanction-, il est nécessaire que le propriétaire informe préalablement le public de son existence tout en en précisant ses contours. Corollairement, cette extériorisation de la propriété est indispensable à la protection des tiers. En effet, un tel droit opposable *erga omnes* peu faire courir à ces derniers des risques non négligeables dans leurs transactions, notamment lorsqu'ils ne sont pas en mesure d'en prendre connaissance et d'en déterminer la titularité ¹¹³⁶ . Cette

¹¹³² Par une maîtrise souveraine, on entend une maîtrise d'un bien à l'exclusion de toute autre personne. V. *infra*. la définition doctrinale de la propriété : n° 483 et s.

¹¹³³ LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université de peuple de la Chine, 2007, p. 21. Influencée par le droit civil allemand, selon la doctrine chinoise, à la différence du droit personnel, dont le débiteur doit être déterminé, le droit réel permet à son titulaire de l'exercer contre quiconque. Par conséquent, le droit personnel est « relatif », tandis que le droit réel est « absolu ». Comparer à XianZhong SUN, *Les droits réels*, 2^e éd., Édition Social Sciences Academic Press (China), 2011, p. 23. Selon ce dernier auteur, l'absoluité de la propriété réside dans le fait que son titulaire peut l'exercer sans aucun intermédiaire d'une autre personne. En revanche, en droit français, le terme « absoluité » se comprend de manière plus large. M. DROSS a précisé que « [l]e droit absolu est celui qui ne se partage pas (exclusivité), qui confère des prérogatives illimitées sur son objet (totalité), et qui n'a pas de fin (pépetuité) ». William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ, 2012, n° 42-1, p. 84.

¹¹³⁴ D'après professeur LiMing WANG, l'exclusivité est l'un des effets du droit de propriété. V. LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université de peuple de la Chine, 2007, p. 21. Dans le même sens, voir les auteurs français, par exemple François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 143, p. 149 et s. Comparer à Jean-Baptiste GRISONI, *Les conceptions française et suisse de la publicité foncière et leurs effets*, Thèse Lausanne, 1990, n° 6, p. 19. M. GRISONI a précisé que « l'absoluité du droit réel résulte de son exclusivité ». Ici, l'auteur a en effet confondu « l'absoluité » avec « l'opposabilité *erga omnes* du droit réel », conséquence de son exclusivité.

¹¹³⁵ Si l'on emprunte les expressions employées par le professeur Atias. V. Christian ATIAS-LETREMY, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse *dactyl.*, Poitiers, 1974, p. 56.

¹¹³⁶ La protection des tiers acquéreurs de bonne foi dans les transactions sera abordée en détail dans le deuxième titre de cette deuxième partie de la présente étude.

extériorisation est alors d'autant plus indispensable dans les systèmes juridiques, tels que les droits allemand, suisse et chinois, où la connaissance par les tiers sur l'état juridique des droits réels constitue une condition de l'exclusivité.

- 402. Le principe de publicité posé par la LDR.** La LDR a érigé le principe de publicité¹¹³⁷ en principe fondamental. En vertu d'un tel principe, le droit réel doit être rendu reconnaissable pour tous, et pour ce faire, il convient de le revêtir d'une forme d'extériorisation, la publicité. En application de ce principe, la constitution d'un droit réel, son acquisition, sa transmission, ainsi que son extinction sont subordonnées également à certaines mesures légales de publicité dans le but d'en informer les tiers. À défaut, aucun changement portant sur ledit droit réel ne peut être efficace. La finalité de ce principe n'étant rien d'autre que d'assurer la sécurité du titulaire du droit et celle des tiers.
- 403.** Dans l'objectif de préciser le rôle sécurisant du principe de publicité pour le propriétaire et pour les tiers, notre attention se focalisera sur la mise en œuvre dudit principe (Section II). Toutefois, une telle démarche semble impossible sans effectuer préalablement une analyse comparée de la notion même de publicité en droits français et chinois (Section I).

SECTION I.

L'ANALYSE COMPARATIVE DES NOTIONS DE PUBLICITÉ EN DROITS FRANÇAIS ET CHINOIS

- 404.** En France, la publicité, en langage courant, peut être définie comme l'action de rendre public ou comme le résultat de cette action¹¹³⁸. Bien que revêtant un concept simple, la publicité se charge de fonctions distinctes selon les systèmes juridiques. Cela explique pourquoi elle peut se comprendre si différemment dans le langage juridique des droits français et chinois. Les divergences qui naissent d'emblée quant à la notion même de publicité entre les droits français et chinois doivent donc être relevées¹¹³⁹. Si,

¹¹³⁷ En chinois, GōngShì YuánZé.

¹¹³⁸ La définition consultée sur <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/publicit%C3%A9>.

¹¹³⁹ Cette divergence a été déjà relevée par certains auteurs dans leurs études comparatives concernant la notion de publicité entre les droits français et allemand. V. par exemple, Sabine CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, thèse Paris 1, LGDJ, 2003, n° 52 et s, p. 60 et s ; Julien DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété - Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, thèse Paris I, LGDJ, 2014, n° 456 et s, p. 251 et s.

en droit français, la publicité peut être définie comme une formalité des actes (§ 1), elle est envisagée en droit chinois sous forme d'un principe juridique (§ 2).

§ 1. LA PUBLICITÉ ENVISAGÉE COMME UN FORMALISME D'OPPOSABILITÉ

405. L'exigence de publicité en tant qu'atteinte portée au consensualisme en droit français. L'idée de considérer la publicité comme un véritable principe juridique est étrangère aux auteurs français. En droit français, la publicité est souvent regardée comme l'une des formalités¹¹⁴⁰ qui relèvent de la forme des actes¹¹⁴¹. Eu égard à cette dernière, la loi a prescrit certaines formalités dont l'inobservation peut entraîner des sanctions lourdes de conséquences : la manifestation de volonté risque même d'être frappée de nullité, ou du moins, de ne pas pouvoir déployer tous ses effets juridiques¹¹⁴². Cependant, l'exigence de forme prend inévitablement le contre-pied du principe du consensualisme¹¹⁴³ en vertu duquel les modes d'extériorisation de la volonté sont libres. En d'autres termes, l'efficacité de la manifestation de la volonté ne doit être limitée par aucune exigence de forme.

Rappelons qu'en droit romain, la volonté des parties à elle seule n'était pas assez puissante pour produire les effets du contrat sans être enveloppées de certaines formes extérieures édictées par la loi. En droit français, ce formalisme romain a reculé devant l'essor du consensualisme, notamment dans le domaine contractuel. Le triomphe du consensualisme se fait davantage remarquer parmi les dispositions du Code civil français concernant le mécanisme du transfert de propriété¹¹⁴⁴. En effet, son article 1138

¹¹⁴⁰ Les formalités peuvent être définies comme les différentes choses dont le concours et l'assemblage servent à former un acte, à le rendre valable et à en assurer ou procurer l'exécution. Il peut avoir plusieurs sortes de formalités : les formalités habilitantes, les formalités d'exécution, les formalités intrinsèques (ou viscérales) ou extrinsèques (ou probantes). *Dictionnaire du notariat*, tome III, Paris, 1821, v° Formalité, p. 106 et s. (Cité par Éric MEILLER, « La distinction du formalisme et de la formalité, Réflexion sur les prescriptions imposées au mandat de l'agent immobilier », *D.*, 2012, *chron.* p. 160).

¹¹⁴¹ Sabine CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, thèse Paris 1, LGDJ, 2003, n° 15, p. 19.

¹¹⁴² Selon la définition de FLOUR, le formalisme suppose que le consentement soit « enrobé dans une enveloppe strictement déterminée par la loi et telle que, si les prescriptions édictées par celle-ci n'ont pas été respectées, la manifestation de volonté soit frappée d'inefficacité juridique à un degré quelconque ». V. Jacques FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges RIPERT*, t. 1, LGDJ, 1950, n° 4, p. 96.

¹¹⁴³ Un tel principe a été de nouveau mis en avant dans divers projets de réforme du droit civil français. Par exemple, l'article 1127 de l'avant-projet CATALA, l'article 1102 de l'avant-projet d'Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publié par la Chancellerie le 25 février 2015 (l'avant-projet de la chancellerie), ainsi que l'article 68 du Projet TERRÉ.

¹¹⁴⁴ Selon Jacques FLOUR, c'est sur la seule question du transfert de propriété *solo consensu* que les rédacteurs du Code civil ont dépassé leurs devanciers. V. Jacques FLOUR, « Quelques remarques sur

.../...

consacre le principe du transfert de propriété *solo consensu*. Dès lors, l'accord de volontés suffit non seulement à créer des obligations entre les parties, mais aussi à réaliser le transfert de propriété et ce sans avoir recours à la *traditio*, le mode d'acquisition de la propriété en vigueur dans le droit romain¹¹⁴⁵. Dans cette perspective consensualiste, le formalisme, défini comme une sujétion à laquelle la volonté doit se soumettre lors de la conclusion du contrat¹¹⁴⁶, est regardé par la doctrine française comme une dérogation douteuse, honteuse, à la liberté des conventions¹¹⁴⁷. D'où l'attitude hostile du droit français envers la publicité en tant que formalité. Il en résulte que dans le droit français contemporain, l'exigence de formalité n'est autre que l'exception au principe du consensualisme, sans compter que leur portée est parfois atténuée.

406. La publicité considérée comme la marque d'un formalisme atténué. Au sein du système juridique français, les rôles que la publicité peut jouer sont minimisés, à tel point qu'elle est classée parmi les formalismes atténués¹¹⁴⁸. Bien qu'imposée par la loi, l'inobservation de ce formalisme ne porte atteinte qu'à la pleine efficacité de l'acte qui

l'évolution du formalisme », in *Le droit français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges RIPERT*, t. 1, LGDJ, 1950, n° 7, p. 99-100.

¹¹⁴⁵ V. *supra*. n° 26 et s.

¹¹⁴⁶ Éric MEILLER, « La distinction du formalisme et de la formalité, Réflexion sur les prescriptions imposées au mandat de l'agent immobilier », *D.* 2012, *chron.* p. 160. Toutefois, selon M. MEILLER, le formalisme ainsi défini doit se distinguer des formalités, extérieures à la formation de la convention. Dans le même sens, Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET ont précisé que les formalités de contrôle et fiscales qui tiennent à l'exigence, préalable à la conclusion du contrat, d'avis ou d'autorisation ou postérieurement à celui-ci, à l'homologation de l'acte, ne relèvent pas du formalisme. Elles sont sans incidence, non seulement sur la validité du contrat, mais même sur ses effets. Leur inobservation ne donne lieu qu'à des sanctions pénales, administratives ou fiscales. V. Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 : *Le contrat-Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 961, p. 733.

¹¹⁴⁷ V. Jean-Luc AUBERT, « Le formalisme (Rapport de synthèse) », *Deffrénois*, 15 août 2000, p. 931.

¹¹⁴⁸ V. Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Yvonne FLOUR, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1.L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 312, p. 318. Certains auteurs parlent également des formalismes complétifs et d'opposabilité qui se distinguent du formalisme constituant. Ce dernier fait de l'accomplissement d'une certaine formalité un élément constitutif de l'acte, à défaut duquel le contrat n'est pas valablement formé. En revanche, le formalisme complétif (ou complémentaire) « regroupe des exigences de forme dont dépend, non la validité du contrat, mais sa pleine efficacité. À défaut, l'acte n'est pas imparfait, mais il est fragile en ce qu'il est exposé à ne pouvoir déployer tous ses effets juridiques. Corrélativement, la sanction de l'inobservation de ces règles de forme n'est pas la nullité du contrat mais une perte d'efficacité, totale ou partielle, au regard de la finalité que remplit la formalité prescrite ». Le formalisme probatoire et le formalisme de qualification en font parties. Quant au formalisme d'opposabilité, il s'agit du formalisme qui se destine aux tiers, de façon à ce que les tiers intéressés puissent avoir connaissance de l'existence d'un acte. V. Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1 : *Le contrat-Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 960 et n° 972, p. 732 et p. 742.

y est soumis, sans pouvoir en entraîner la nullité¹¹⁴⁹. Toutefois, il est important de signaler une réelle particularité de la publicité en matière de transfert de propriété : elle ne peut par principe, affecter (du moins pas de manière directe), l'efficacité du contrat *inter partes*¹¹⁵⁰. En effet, elle est destinée uniquement à rendre un acte public afin d'assurer son opposabilité aux tiers. Il s'agit alors du « formalisme d'opposabilité »¹¹⁵¹ du transfert de propriété.

407. La publicité définie comme le formalisme d'opposabilité du transfert de propriété. Lorsque l'on chante les louanges du principe du transfert de propriété *solo consensu*, cette éminente innovation du Code civil, un problème ne manque pas d'être soulevé : le transfert de propriété réalisé par ce modèle consensualiste n'est en rien ostensible, puisque ce dernier ne permet pas d'informer le public du changement de propriétaire.

Or, la connaissance des tiers sur ce changement peut s'avérer primordiale pour le propriétaire, étant donné que l'effet juridique du transfert de propriété va toujours au-delà des rapports entre l'aliénateur du bien et son acquéreur. Comme cela a été mentionné précédemment, la propriété est caractérisée par son exclusivité. La connaissance des tiers, relative à son existence ainsi qu'à sa transmission, vient alors garantir un bon exercice de toutes les prérogatives dont le propriétaire (ou le nouveau propriétaire en cas de cession) puisse bénéficier. La connaissance du public sur l'état exact d'un bien est d'autant plus cruciale dans les transactions où la clandestinité du mécanisme consensualiste du transfert de propriété pourrait nouer des conflits entre les acquéreurs concurrents d'un même bien. C'est dans le but de répondre aux besoins de

¹¹⁴⁹ Cependant, une exception doit être signalée : certaines formalités fiscales, telle que l'enregistrement, peuvent être sanctionnées par la nullité. En vertu de l'article 1589-2 du Code civil, est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du Code général des impôts, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses n'ayant pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date. Néanmoins, pour certains auteurs, en raison de leur but exclusivement fiscal, ces formalités d'enregistrement ne constituent pas une forme solennelle et ne relèvent pas du formalisme. Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat-Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 961, p. 734.

¹¹⁵⁰ Ce principe a rencontré certaines exceptions pour les biens incorporels : tel est le cas de la cession de valeurs mobilières. V. l'alinéa 9 de l'article L 228-1 du Code de commerce. Il en est de même pour la transmission des droits attachés aux brevets.

¹¹⁵¹ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat-Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 972 et s., p. 742 et s.

sécurité que la publicité, tenant son rôle principal d'informer le public, parvient à justifier son importance.

Pourtant, le recours à la formalité publicitaire ne doit pas remettre en cause le principe du consensualisme consacré par le Code civil. Le contrat de vente, en tant qu'un contrat purement consensuel¹¹⁵², ne doit pas être soumis à une formalité quelconque. Autrement dit, sa conclusion ainsi que la transmission de la propriété se réalisent toujours par le seul accord de volontés des parties. La publicité n'a aucune incidence sur la validité de la convention, ni sur l'efficacité du transfert de propriété entre les parties. De cette manière, il n'est permis à aucune d'entre elles d'invoquer le défaut de cette formalité¹¹⁵³. L'utilité de cette dernière doit d'abord être attachée directement à son rôle informatif. Les tiers peuvent ainsi savoir qui est le véritable propriétaire. Par ailleurs, la vocation de la publicité ne s'arrête pas là. Au rôle informatif de la publicité, le droit français attache une présomption irréfragable de la connaissance des tiers¹¹⁵⁴. Une fois publié, le transfert de propriété est présumé être connu de tous et par la suite, plus personne ne pourra exciper de son ignorance. C'est en ce sens que la publicité se définit en droit français comme le formalisme d'opposabilité du transfert de propriété¹¹⁵⁵. Encore faut-il donner quelques précisions sur l'opposabilité que la publicité est censée conditionner.

408. La portée réduite de la publicité en tant que formalisme d'opposabilité.

Dénommée formalisme d'opposabilité, la publicité en droit français ne conditionne pas réellement l'opposabilité du transfert de propriété. En fait, les contrats en droit français sont de nature à pouvoir être opposables aux tiers sans aucune condition spéciale. Selon ce principe d'opposabilité du contrat, qui a été accepté par une large majorité de la doctrine française¹¹⁵⁶, les tiers doivent respecter les situations créées par les contrats.

¹¹⁵² Le contrat consensuel est un contrat valablement formé dès l'échange des consentements, sans qu'aucune forme ne soit requise. V. Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., Sirey, 2014, n. 672, p. 251.

¹¹⁵³ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat-Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 972, p. 742. V aussi Catherine-Thérèse BARREAU-SALIOU, *Les publicités légales, information du public et preuve des actes*, LGDJ, 1990 ; Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001, n° 789 et s, p. 854 et s.

¹¹⁵⁴ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat-Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 977, p. 745-746.

¹¹⁵⁵ Une telle fonction de la publicité permet de la distinguer du formalisme dit informatif.

¹¹⁵⁶ V. les critiques sur ce principe apportées par Robert WINTGEN, Robert WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, thèse Paris I, LGDJ, 2004.

Ledit principe contribue à conforter théoriquement le modèle consensualiste du transfert de propriété que l'on vient de mentionner. Non seulement le consentement des parties réalise le transfert de propriété entre ces dernières, mais l'opposabilité *erga omnes* de ce transfert, bien que non publié, peut être théoriquement garantie. Puisque ce n'est pas la publicité qui rend le transfert de propriété opposable à tous, on se demande quelle est sa véritable fonction dans cette opposabilité ? Certes, d'un point de vue théorique, le principe d'opposabilité du contrat permet de justifier l'efficacité du mécanisme consensualiste du transfert de propriété à l'égard des tiers. Mais l'insécurité résultant de la clandestinité de ce mécanisme demeure toujours dans la pratique. Une protection des tiers de bonne foi qui ne sont pas en mesure d'être informés par un tel modèle du transfert de propriété peut être vue comme une nécessité dans les transactions. C'est pour remédier à cette faille de sécurité que la publicité est imposée par la loi.

409. La publicité foncière dans la vente immobilière¹¹⁵⁷. Tel est le cas de la publication obligatoire qui, organisée initialement par la Loi du 23 mars 1855 et reprise ensuite par le décret du 4 janvier 1955, concerne tous les actes portant mutation ou constitution de droits réels immobiliers ¹¹⁵⁸. Le défaut de cette formalité est sanctionné par l'inopposabilité ¹¹⁵⁹. Plus précisément, si un acquéreur n'a pas publié son titre, le transfert de propriété de l'immeuble en question devrait être en théorie opposable à tous. Cependant, en pratique, il n'est pas opposable à un autre acquéreur du même aliénateur, du fait que celui-ci avait publié en premier sa propre aliénation portant sur le même immeuble. Autrement dit, le transfert de propriété non publié peut être opposable à tous, hormis l'ayant-cause à titre particulier du même aliénateur, ayant eu procédé le premier à la publicité foncière. Cette solution se réclame de fortes raisons : « [l]a loi n'a entendu protéger que ceux qui, s'étant fiés aux mentions publiées, ont acquis du chef du propriétaire, par convention ou par l'effet d'une disposition légale ou d'une décision de justice, des droits soumis à la publicité, les ont eux-mêmes publiés et se voient opposer

¹¹⁵⁷ Ici, notre analyse se concentre uniquement sur le système de la publicité foncière institué par le décret de 1955. Il ne faut pourtant pas oublier qu'en Alsace-Lorraine, un système différent de la publicité foncière a été mis en place depuis la loi du 1^{er} juin 1924. Il s'agit du livre foncier qui, à l'instar du droit allemand, organise une inscription directe du droit réel, au lieu d'une publication des opérations portant sur l'immeuble.

¹¹⁵⁸ V. le premier alinéa a) de l'article 28 du décret du 4 janvier 1955.

¹¹⁵⁹ En fait, le décret du 4 janvier 1955 a repris la règle posée aux articles 1 et 3 de la loi du 23 mars 1855. Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil, t. III, 1^e Volume, Sûretés, Publicité foncière*, par Yves PICOD, 7^e éd., Montchrestien, n° 657, p. 541. Stéphane PIEDELIÈVRE, *Traité de droit civil, La publicité foncière, dir.*, Jacques GHESTIN, LGDJ, 2000, n° 415 et s, p. 246-247.

des droits concurrents non publiés ou publiés postérieurement »¹¹⁶⁰. Pour être plus précis, puisque l'acquisition réalisée entre le premier acquéreur et le vendeur n'a pas pu être connue du deuxième acquéreur de ce vendeur par une mesure d'information organisée par la loi, ce deuxième acquéreur est présumé ignorer l'existence de ladite acquisition. Lorsque ce second acquéreur a été le premier à effectuer l'inscription du transfert de propriété au registre foncier, une présomption irréfragable de la connaissance des tiers est établie. Par suite de la publicité foncière, il devient alors le véritable propriétaire aux yeux de tous. De cette manière, une traçabilité des mouvements de la propriété est dès lors assurée et la faille dans la sécurité des transactions, qui résulte du mécanisme consensualiste du transfert de propriété, est par conséquent corrigée. Au vu de son importance, même si la publicité foncière relève en droit français d'un « droit subalterne »¹¹⁶¹, la sanction rattachée à cette formalité n'en demeure pas moins efficace.

410. L'efficacité de la sanction du défaut de publicité foncière. En droit français, le formalisme d'opposabilité n'est muni que d'une portée très atténuée. Néanmoins, en tant que formalité prescrite par la loi, à son inobservation est attachée une sanction assez sévère : l'acquéreur négligent risque de subir l'éviction entière de sa propriété. Même la connaissance effective de l'existence de l'acquisition précédente de la part de la personne qui invoque le défaut de la publicité ne devrait pas empêcher l'application d'une telle sanction. Cette solution si rigoureuse a été confirmée par l'arrêt du 7 décembre 1925 de la Cour de cassation¹¹⁶². Ainsi, l'efficacité de la sanction du défaut de la publicité assure son respect et garantit par conséquent son rôle sécurisant dans les transactions. Cependant, la jurisprudence n'arrête pas de faire exception dans le but de fléchir la rigueur des règles de la publicité foncière.

La première tentative jurisprudentielle a été faite dans le cas du « concert frauduleux »¹¹⁶³, ainsi caractérisé selon la Cour de cassation par des manœuvres

¹¹⁶⁰ Philippe SIMLER, Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012, n. 868, p. 770.

¹¹⁶¹ Laurent AYNÈS, « Publicité foncière et mauvaise foi de l'acquéreur : un revirement de jurisprudence radical et salutaire ». Note sous l'arrêt Cass. 3^e civ., 12 janvier 2011, *D.* 2011, p. 851.

¹¹⁶² Dans cet arrêt, au visa de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855 qui a été repris par le décret de 1955, la Chambre des requêtes de la Haute juridiction avait retenu de la manière suivante : « celui qui achète un immeuble qu'il savait vendu antérieurement à un tiers et qui fait transcrire son titre le premier ne commet aucune faute en profitant d'un avantage offert par la loi elle-même à l'acquéreur le plus diligent ». *V. Cass.civ.*, 7 décembre 1925, *DP.* 1926, 1, p. 185.

¹¹⁶³ *V. Cass. req.*, 8 décembre 1858, *D.* 1859, I, p. 184. En l'espèce, le second acquéreur, qui « avait connaissance de la vente antérieure, et s'est rendu le complice du stellionat commis par le vendeur », n'a pas été autorisé à invoquer l'inopposabilité de cette vente non publiée.

dolosives ayant pour but de dépouiller le premier acquéreur¹¹⁶⁴. Le second acquéreur, complice du stellionat, a été privé du droit d'invoquer l'inopposabilité de la première vente non publiée. Ensuite, il a été jugé que le second acquéreur ne pouvait bénéficier des protections instituées par la loi s'il avait commis à lui seul une fraude¹¹⁶⁵. Dans ces deux circonstances, en vertu de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », c'est-à-dire la fraude corrompt tout, les règles de la publicité foncière sont éludées.

Une nouvelle solution prétorienne est allée encore plus loin, jusqu'à étendre le domaine de la fraude à celui de la « faute » du second acquéreur qui avait contracté avec le même vendeur en connaissance d'une vente antérieure¹¹⁶⁶. La connaissance effective du second acquéreur suppose sa mauvaise foi. Permettre à ce dernier d'acquérir un bien immobilier semble heurter la morale et porter atteinte à l'équité. Cependant, la bonne foi ne constitue pas une condition requise pour invoquer l'inopposabilité d'un acte non publié. En outre, la simple connaissance effective ne doit pas suppléer l'inscription au registre foncier, qui est, en matière immobilière, le mode obligatoire d'information, sinon, le « seul mode légal de publicité »¹¹⁶⁷. Le point le plus important consiste dans le fait qu'atténuer l'efficacité de la sanction du défaut de cette formalité légale peut porter atteinte à son rôle sécurisant. Comme M. Bredin l'explique à juste titre, « [l]inopposabilité n'est une sanction efficace qu'à la condition d'exclure toute analyse des intentions des parties. Scruter la bonne ou la mauvaise foi, c'est ouvrir la voie sinon à l'arbitraire, au moins à l'incertitude. Si l'utilité de la publicité foncière est dans la sécurité qu'elle offre, elle perd sa justification si elle n'offre qu'une sécurité relative,

¹¹⁶⁴ V. Cass. req., 7 décembre 1925, *D.* 1926, I, p. 185. Dans ce dernier arrêt, La Chambre des requêtes de la Cour de cassation a admis en ces termes : s'il est établi que la seconde vente a été le résultat d'un concert frauduleux caractérisé par des manœuvres dolosives ayant pour but de dépouiller le premier acquéreur, le deuxième acquéreur n'a pas été autorisé à invoquer les règles de la publicité foncière.

¹¹⁶⁵ Cass. civ., 24 avril 1950, *D.* 1950, p. 449 ; Cass. 1^{re} civ., 17 juillet 1956, *Bull. civ.* I, 1956, n° 310, p. 258 ; Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 1957, *Bull. civ.* I, n° 478, p. 384.

¹¹⁶⁶ Cette faute du second acquéreur a été admise par l'arrêt Vallet rendu le 22 mars 1968 par la troisième chambre de la Cour de cassation. V. Cass. 3^e civ., 22 mars 1968, *D.* 1968, p. 412, note Jean MAZEAUD ; *JCP*.1968. II. 15587, note André PLANCQUEEL ; *RTD civ.*, 1968, p. 564, note Jean-Denis BREDIN. Selon l'arrêt du 30 janvier 1974 rendu par la même chambre de la Cour de cassation, elle ne permettait pas au second acquéreur d'invoquer à son profit les règles de la publicité foncière. V. Cass. 3^e civ., 30 janvier 1974, *Bull. civ.* III, 1974, n° 50, p. 37. *Deffrénois*, 1974, art. 30631, p. 637, note Gilles GOUBEAUX ; *JCP*. 1975. II. 18001, (1^{re} esp.), note DAGOT ; *D.* 1975, p. 427, note Jean PENNEAU.

¹¹⁶⁷ La troisième chambre civile de la Cour de cassation a retenu que l'inscription d'hypothèque était le « seul mode légal de publicité ». V. Cass. 3^e civ., 17 juillet 1986, *Bull. civ.* III, 1986, n° 118, p. 93. *Deffrénois*, 1987, art. 34056, n° 78, p. 1178, obs. Laurent AYNÈS. Cette solution a été reprise par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans la cession du droit réel résultant d'un bail emphytéotique et d'un bail à construction. V. Cass. 2^e civ., 11 juillet 2002, *Bull. civ.* II, n° 170.

suspendue à l'analyse des intentions »¹¹⁶⁸. Il a fallu attendre jusqu'en 2010 pour que la jurisprudence reprenne sa position initiale en abandonnant cette limite à l'application des règles de publicité foncière¹¹⁶⁹. Désormais, l'inopposabilité du transfert de propriété immobilière non publié est la sanction de l'inobservation du formalisme légal, et ce, indépendamment de la connaissance effective de la personne qui l'invoque. Une solution semblable a été mise en place dans le transfert de propriété d'un meuble corporel, avec cependant moins d'efficacité.

411. Le rôle publicitaire de la possession dans le transfert de propriété d'un meuble corporel. En ce qui concerne les meubles corporels, tout comme pour les immeubles, le transfert de propriété résulte directement de l'accord de volontés. Néanmoins, à la différence de la publicité foncière, l'opposabilité du transfert de propriété d'un meuble corporel n'est soumise à aucun formalisme légal. Or, en l'occurrence, la possession peut jouer un rôle publicitaire et être donc regardée comme une publicité « à l'état brut et inorganique sous sa forme élémentaire et naturelle »¹¹⁷⁰. Ce rôle publicitaire permet à la possession de résoudre le conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même bien. C'est la solution apportée par l'article 1141 du Code civil. Si l'on s'est obligé à livrer un meuble corporel successivement à deux acquéreurs différents, l'emporte celui des deux qui en a été mis en possession réelle, mais ce à une seule condition : que sa possession soit de bonne foi. Pour l'appréciation de la bonne foi du possesseur, on peut se référer à l'article 550 du Code civil. En vertu de cet article, le possesseur est de bonne foi « quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus ». En effet, pour que le deuxième acquéreur puisse se prévaloir de l'article 1141, il ne doit pas avoir eu la connaissance effective de l'existence de la première acquisition non publiée.

¹¹⁶⁸ Note de Jean-Denis BREDIN, sous l'arrêt Cass. 3^e civ., 22 mars 1968, *RTD civ.*, 1968, p. 564. Dans le même sens, v. Laurent AYNÈS, « Publicité foncière et mauvaise foi de l'acquéreur : un revirement de jurisprudence radical et salutaire ». Note sous l'arrêt Cass. 3^e civ., 12 janvier 2011, *D.* 2011, p. 851.

¹¹⁶⁹ Ce revirement jurisprudentiel a été inauguré par l'arrêt du 10 février 2010 (Cass. 3^e civ., 10 février 2010, *Bull.civ.* III, n^o 41) et à partir de l'arrêt du 12 janvier 2011 (Cass. 3^e civ., 12 janvier 2011), la jurisprudence devient constante sur cette question.

¹¹⁷⁰ Raymond SALEILLES, « De la possession des meubles - Études de droit allemand et de droit français », n^o 1, p. 67. L'article consulté sur : <http://dlib-pr.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22196696%22>. Cependant, le rôle publicitaire de la possession ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs français. *Contra.*, Julien DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété - Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, thèse Paris I, LGDJ, 2014, n^o 466 et s, p. 257 et s

Cette exigence de bonne foi, qui n'est pas une condition requise pour la publicité foncière, peut découler du fait qu'en droit français, la possession n'est pas une publicité organisée par la loi. Elle ne représente qu'un pur rapport de fait. De ce point de vue, la possession n'est alors que l'un des moyens possibles d'information des tiers, et non le seul. En ce sens, la connaissance d'une acquisition antérieure que le deuxième acquéreur a eue par un autre moyen peut tout à fait suppléer la possession réelle du bien. En raisonnant ainsi, l'acquisition du premier acquéreur, bien qu'il ne soit pas encore en possession du bien, devient déjà opposable au deuxième acquéreur dès sa connaissance effective de la précédente cession. En toute logique, ce dernier ne peut plus se prévaloir des protections résultant de la possession réelle¹¹⁷¹.

412. En bref, la publicité est conçue en droit français comme une formalité, portant dans la plupart du temps sur l'acte ou l'opération juridique¹¹⁷². Elle joue un rôle sécurisant dans le transfert de propriété tout en garantissant son opposabilité aux tiers, puisque la portée de la publicité en tant que formalisme d'opposabilité est bien réduite. Cela est sans doute dû au fait qu'elle porte atteinte au principe du consensualisme tout en dérogeant au principe d'opposabilité du contrat d'autre part. D'ailleurs, même la définition de tiers, donnée par le décret du 4 janvier 1955 ainsi que l'article 1141 du Code civil est beaucoup plus restreinte que celle du droit commun¹¹⁷³. Les seuls tiers admis à se prévaloir du défaut de ce formalisme sont en réalité limités aux ayants cause à titre particulier du même auteur, titulaires d'un droit réel concurrent effectivement publié¹¹⁷⁴. Le recours à la publicité dans le transfert de propriété se borne en effet à

¹¹⁷¹ M. Levis pense que la loi ne sanctionne le défaut de tradition (ou la possession réelle), qui est considérée par cet auteur comme la publicité mobilière, que dans la mesure de son utilité. Par souci d'équité, elle ne protège alors pas celui qui, connaissant en fait l'existence de la première vente, invoque par mauvaise foi, le défaut de publication. V. Marc LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, *Économica*, 1989, n° 226, p. 225.

¹¹⁷² En droit français, les faits, les droits ou les situations peuvent faire également l'objet d'une publicité. V. Sabine CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, thèse Paris 1, LGDJ, 2003, n° 25 et s, p. 29 et s.

¹¹⁷³ Dans le Code civil de 1804, la publicité n'a pas été mise en place tel un système général. Pourtant, le Code a prévu certaines publicités obligatoires, à savoir par exemple l'article 939 concernant la publicité des donations de droits réels immobiliers. Si cette formalité fait défaut, la donation ne peut être opposable aux tiers. Ces tiers au sens de cet article du Code civil sont alors plus nombreux que ceux du décret de 1955. V. Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil, t. III, 1^e Volume, Sûretés, Publicité foncière*, par Yves PICOD, 7^e éd., Montchrestien, n° 721 et s, p. 602 et s. Sur les explications de M. DUCLOS concernant cette divergence entre le Code civil et le décret du 4 janvier 1955, v. José DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, thèse Rennes I, LGDJ, 1983, n° 294, p. 325.

¹¹⁷⁴ En matière immobilière, v. Laurent AYNÈS et Pierre CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, 8^e éd., LGDJ, 2014, n° 647, p. 320 ; Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil, t. III, Premier volume, Sûretés, Publicité foncière*, par Yves PICOD, 7^e éd., Montchrestien,

.../...

régler le conflit survenant entre les acquéreurs d'un même bien aliéné successivement par un vendeur. La préférence est accordée à celui qui a procédé le premier à la publicité du transfert de propriété.

413. Cette notion de publicité s'avère très étrangère au droit chinois qui puise son inspiration dans le système juridique germanique. Cette différence n'est pourtant pas due à la signification de la publicité, mais à la fonction qu'elle occupe dans le transfert de propriété.

§ 2. LA PUBLICITÉ ENVISAGÉE COMME UNE CONDITION DE CONSTITUTION DES DROITS RÉELS

414. Une signification commune de la publicité dans les langues française et chinoise.

La signification de la publicité est la même en chinois et en français. En langue chinoise, la publicité est définie comme l'action de rendre public ou de faire connaître à tout le monde¹¹⁷⁵. D'où le fait qu'en droit chinois, notamment dans la loi chinoise relative aux droits réels (LDR), la finalité propre à la publicité consiste à rendre connaissable l'existence d'un droit réel ainsi que sa transmission et son extinction dans le but qu'il puisse être efficacement protégé par la loi¹¹⁷⁶. En un mot, le rôle informatif demeure le rôle principal de la publicité en droit chinois comme en droit français afin que par sa consécration la sécurité juridique soit assurée. Cependant, à la différence du système juridique français, la publicité est envisagée par la Loi chinoise relative aux droits réels (LDR) comme un principe fondamental. Elle conditionne directement la construction, la transmission et l'extinction d'un droit réel tant entre les parties qu'à l'égard des tiers.

415. **La publicité définie par le droit chinois comme principe de droit réel.** Le législateur chinois, sous l'influence des droits allemand et suisse, a en effet adopté le principe de publicité. En vertu de ce principe, tout droit réel, ainsi que sa modification, doivent être perceptibles par les tiers. Dès lors, la publicité en droit chinois doit être appréhendée en tant que principe juridique. Il semble très difficile de mettre en parallèle cette publicité/ principe et celle du droit français définie comme le formalisme

1999, p. 601-602 ; Philippe THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., PUF, 1988, n° 384-385, p. 445 et s. ;

¹¹⁷⁵ La publicité peut être traduite en chinois par l'expression « Gōng shì ». Le terme « Gōng » signifie le public et le mot « shì » est utilisé ici comme un verbe qui peut signifier « montrer » ou « démontrer ». V. *Dictionnaire chinois XinHua*, le terme « Gōng shì ».

¹¹⁷⁶ V. par exemple XianZhong SUN, *Le droit des biens*, 2^e éd, Social Sciences Academic Press (China), 2011, p. 88 et s.

d'opposabilité¹¹⁷⁷. Deux questions s'imposent d'emblée. Comment comprendre alors cette conception de la publicité définie comme un principe du droit des biens ? Aucun rapprochement ne peut-il être esquissé entre elle et la publicité telle que conçue en droit français ? En fait, selon la doctrine chinoise, la publicité n'est rien d'autre qu'une formalité de la constitution, de la transmission et de l'extinction d'un droit réel. Avec cette exigence de publicité, le droit chinois fait prévaloir le formalisme sur le consensualisme dans le droit des biens, mais uniquement dans le droit des biens.

416. La publicité, une formalité innommée en droit chinois. À première vue, la publicité en droit chinois semble ne pas pouvoir être classée parmi les formes légales de l'acte juridique¹¹⁷⁸. En fait, les formes précisément désignées à l'article 56 des PGDC comprennent la forme écrite et la forme verbale¹¹⁷⁹. Cet article a été repris plus tard par le premier alinéa de l'article 10 de la Loi chinoise relative aux contrats. Son deuxième alinéa dispose ensuite que « [l]'écrit est obligatoire lorsque la loi ou les règlements le prévoient ou que les parties au contrat en ont convenu »¹¹⁸⁰. Il en résulte que l'écrit constitue la seule forme spécifiquement prescrite en droit chinois¹¹⁸¹. Il s'agit, au sens du droit français, soit d'un « formalisme direct », nécessaire à la validité d'un acte juridique, soit d'un simple « formalisme probatoire », la preuve de son existence¹¹⁸². Encore faut-il souligner qu'à la lecture *a contrario* de ces mêmes dispositions, les

¹¹⁷⁷ Des analyses comparatives entre la publicité/formalité et la publicité/principe ont été déjà effectuées par certains auteurs. V. par exemple : Sabine CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, thèse Paris 1, LGDJ, 2003, n° 52 et s., p. 60 et s. ; Julien DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété - Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, thèse Paris I, LGDJ, 2014, n° 456 et s., p. 251 et s.

¹¹⁷⁸ C'est aussi le cas en droit allemand. V. Sabine CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, thèse Paris 1, LGDJ, 2003, n° 53 et s., p. 60 et s.

¹¹⁷⁹ Aux termes de l'article 56 des PGDC : « un acte juridique civil peut prendre la forme écrite, verbale ou d'autres formes ».

¹¹⁸⁰ V. Han ZHUANG, *Droit chinois des affaires, Édition bilingue chinois/français, Traduction en français des textes en vigueur au 1^{er} janvier 2013*, p. 461.

¹¹⁸¹ En outre, eu l'égard à l'article 11 de la même loi, la forme électronique est également regardée comme une des formes écrites. Aux termes de cet article, « [l]a forme écrite désigne toute forme permettant d'exprimer matériellement le contenu du contrat, qu'il s'agisse de l'instrument contractuel, d'un échange de lettres ou de données électroniques (y compris télégramme, fax, télécopie, échange de données informatiques et courriers électroniques) ». V. Han ZHUANG, *Droit chinois des affaires, Édition bilingue chinois/français, Traduction en français des textes en vigueur au 1^{er} janvier 2013*, p. 461.

¹¹⁸² En dépit du silence de la Loi chinoise relative aux contrats, certaines exigences de la forme écrite imposées par cette même loi sont classées par la doctrine parmi des règles de preuve, par exemple, les articles 197 (le contrat de prêt d'argent), 238 (le contrat de crédit-bail), 270 (le contrat de programme de construction), 319 (le contrat de transport multimodal), 330 (le contrat de développement technologique) et 342 (la cession de technologies). JianGuo XIAO, « Les règles de preuve dans la Loi chinoise relative aux contrats », *Rev. Commentaires juridiques*, 2001, n° 5, p. 80.

parties sont libres de décider leur mode d'expression convenable de la volonté, à moins que la loi ou le contrat n'en ait disposé autrement. Par conséquent, tout comme en droit français, le consensualisme domine le droit des contrats du système juridique chinois. Cependant, ni les PGDC, ni la Loi chinoise relative aux contrats n'excluent d'autres formalités possibles. Une parole solennelle, un geste rituel, un acte d'exécution, ou une intervention administrative peuvent également être utilisés comme la formalité d'un acte, s'ils sont préalablement planifiés soit par la loi, soit par le commun accord des parties¹¹⁸³. La publicité peut donc tout à fait faire partie de ces dernières formalités innommées.

Il convient pourtant de mettre en avant le fait que la publicité n'a pas pour objet l'expression du consentement¹¹⁸⁴. En d'autres termes, à la différence de la forme écrite, les mesures de publicité ne constituent pas les supports (les vecteurs) des volontés, en ce qu'elles n'expriment pas directement leur contenu. La publicité ne fait qu'extérioriser indirectement la volonté des parties tout en révélant au public les effets que cette volonté a pu produire, soit par un acte matériel, comme la remise de la chose, soit par un acte administratif (voire un acte de procédure¹¹⁸⁵), imposés par l'État. Tel est le cas de la publicité foncière. En effet, au sens strict du terme, elle se distingue des règles de forme en tant que mode d'expression de la volonté¹¹⁸⁶. Néanmoins, la publicité et les formes des actes partagent un point commun : elles sont toutes prescrites par la loi dans l'objectif de restreindre la portée de la volonté des parties. Du fait de cette similitude,

¹¹⁸³ Contrairement au droit français (le décret du 4 janvier 1955) et allemand (v. le deuxième alinéa du § 873 du BGB), et malgré des pratiques dans certaines provinces chinoises, la forme notariale n'a pas été prévue par la LDR comme forme des ventes immobilières.

¹¹⁸⁴ En droit français, le professeur BÉNABENT distingue le formalisme de l'écrit contractuel des formalités extérieures dont la publicité fait partie. V. Alain BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., LGDJ&Lextenso, 2014, n° 104, p. 83, et n 128, p. 104 ; v. dans le même sens, Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., LGDJ & Lextenso 2013, n° 556, p. 273-274.

¹¹⁸⁵ C'est le cas du droit allemand, où les livres fonciers sont tenus par les tribunaux cantonaux (*Amtsgerichte*). Le magistrat au Livre foncier a en effet la possibilité de refuser de procéder à la publicité requise, lorsqu'il estime l'acte irrégulier. V. par exemple, Stéphane PIEDELIÈVRE, *La publicité foncière, Traité de droit civil, dir. Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2000, n° 30, p. 16-17. Un rapprochement semble même possible entre ce système et l'*in jure cessio*, une action fictive en droit romain.

¹¹⁸⁶ C'est pour cette raison qu'en droit allemand, la publicité n'est pas envisagée comme une forme des actes juridiques. (v. Sabine CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, thèse Paris 1, LGDJ, 2003, n° 53 et s, p. 60 et s). En revanche, ce n'est peut être pas le cas en droit suisse. Aux fins d'expliquer le principe de publicité, un professeur suisse, M. STEINAUER, a bien précisé que « [l]e droit réel doit généralement être revêtu d'une forme extérieure, reconnaissable pour les tiers ». V. Paul-Henri STEINAUER, *Les droits réels*, Tome II, 3^e éd., Berne, 2007, n° 124, p. 66. De même, en droit chinois, M. FuPing GAO a analysé les mesures de publicité comme une « forme reconnaissable » des droits réels (WùQuán BiǎoZhēng). V. FuPing GAO, *Théorie générale de droit des biens*, 1^{re} éd., China legal publishing house, 2001, p. 544.

elles peuvent appartenir à la même catégorie de formalités. S'agissant des mesures de publicité exigées par la LDR, les auteurs chinois¹¹⁸⁷ parlent souvent de « la formalité pour la mutation des droits réels »¹¹⁸⁸.

417. Il demeure que l'ambiguïté du législateur chinois nourrit certaines doutes quant à la nature juridique de la publicité, ce qui alimente par conséquent des discordances législatives et débats doctrinaux.

418. Les controverses sur la nature juridique de la publicité. La publicité peut se concevoir en droit chinois comme une condition de validité de certains contrats¹¹⁸⁹. C'était même le cas de la vente immobilière, notamment avant l'introduction en Chine du principe de séparation entre l'acte créateur d'obligations et l'acte de disposition, principe initialement élaboré par le système juridique allemand. À titre d'exemple, l'article 9 du décret relatif à la vente d'immeubles privés en zone urbaine du 27 décembre 1983¹¹⁹⁰ avait subordonné la validité de la vente à son inscription au registre foncier. Mais peu de temps après la publication de ce décret, la Cour suprême chinoise a pourtant proposé une solution contraire en affirmant que « la vente immobilière est valable dès l'échange des consentements des parties, et ce malgré le manquement à certaines formalités, en particulier lorsque l'acquéreur est déjà entré en possession de l'immeuble vendu »¹¹⁹¹. Ces discordances législatives étaient la source de tous les différends doctrinaux¹¹⁹².

¹¹⁸⁷ V. par exemple, GuangHua CHEN, *L'étude sur les conditions de la mutation des droits réels*, Intellectual Property Publishing House, 2008.

¹¹⁸⁸ En chinois : WùQuán BiànDòng de XíShì YàoJiàn (物权变动的形式要件).

¹¹⁸⁹ Par exemple, aux termes de l'article 41 de la Loi chinoise sur les sûretés (entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1995), « Lors de la constitution de l'hypothèque sur les biens visés à l'article 42 de la présente loi (tels que les meubles immatriculés et les meubles appartenant à une personne morale), les parties doivent procéder à l'enregistrement et l'hypothèque prend effet le jour de cet enregistrement ». En revanche, pour les hypothèques qui affectent les biens qui ne sont pas visés à l'article 42 de cette loi, elles prennent effet le jour de la signature du contrat. Et l'enregistrement ne constitue qu'une condition d'opposabilité aux tiers.

¹¹⁹⁰ Ce décret (城市私有房屋管理条例) a été publié par le Conseil des Affaires d'État le 27 décembre 1983.

¹¹⁹¹ V. l'article 56 des « Propositions aux fins de répondre aux questions dans l'application des lois et des réglementations civiles (关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见) », propositions publiées par la Cour suprême le 30 août 1984. Néanmoins, la Cour suprême chinoise a reviré (et ce à deux reprises : le 17 février 1990 et le 9 juillet 1992) sur cette solution et a précisé que le registre foncier était une des conditions de validité pour la vente immobilière. V. ZhiLiang WU, « Essai sur les conditions de validité de la vente immobilière », *Rev. presse du Parquet populaire suprême*, 1999, n° 1.

¹¹⁹² Les critiques de la solution proposée par le décret de 1983, v. par exemple, *Théories générales du droit civil*, sous. dir., JunHao ZHANG, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 3^e éd., 2000, p. 222 ; MingDuan GUO, Yi WANG, *Nouvelles théories du droit des contrats, Les contrats spéciaux*, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 1997, p. 63 ; ZhenHua YUE, « L'étude sur les problèmes dans le stellation », *Rev. Science juridique en Chine*, 1995, n° 5 ; ZhiLiang WU, « Étude sur

.../...

Les critiques formulées à l'encontre du décret de 1983 sont si féroces que la Loi chinoise relative aux contrats a dû réaffirmer le principe du consensualisme¹¹⁹³. Ce principe doit s'appliquer aux contrats de vente et ce pour deux raisons. Premièrement, dans le chapitre 9 de cette loi qui vise spécifiquement cette catégorie de contrats, aucune forme n'a été prévue comme nécessaire à leur validité. Deuxièmement, la tradition a été consacrée par cette même loi en tant que condition de la réalisation du transfert de propriété dans la vente¹¹⁹⁴. De ces dispositions, on peut déduire que la validité du contrat de vente se sépare dès lors de la réalisation du transfert de propriété. La tradition, étant quant à elle indispensable au transfert de propriété, se détache en revanche complètement de la validité du contrat de vente. Ce dernier est en effet placé sous l'empire du consensualisme. Néanmoins, la question pourrait toujours se poser de savoir si la vente immobilière constituait ou non une exception à ce principe. Il a fallu attendre l'adoption de la LDR pour faire disparaître définitivement les conséquences fâcheuses tirées du décret de 1983. À l'article 15, la LDR énonce clairement que « [s]auf si la loi ou le contrat en dispose autrement, les contrats ayant pour objet de construire, de modifier, de transmettre ou d'éteindre un droit réel sont valables dès leur formation. Le manquement à la publicité n'exerce pas d'influence sur leur validité ». La raison de cette règle réside dans le fait que la publicité ne doit être indispensable qu'à la constitution et à la modification d'un droit réel. Cela signifie que le principe de publicité n'est pas en mesure de s'appliquer au droit des contrats. En application de ladite règle dans la vente, la publicité n'est pas une formalité qui affecte la validité de ce contrat, mais seulement son effet réel de transfert de propriété.

Les débats relatifs à la qualification des formalités de publicité prescrites par la LDR n'ont pourtant pas pris fin. Si elles ne sont plus qualifiables de condition de validité du contrat de vente, comment alors les qualifier ? Cette question devient épineuse en ce qu'elle peut être liée aux autres questions dont la réponse ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs chinois, à savoir celles se rapportant au contrat autonome de transfert de propriété.

les conditions de validité de la vente immobilière », *Rev. presse du Parquet populaire suprême*, 1999, n° 1.

¹¹⁹³ Selon l'article 44 de la Loi chinoise relative aux contrats, « sous réserve des dispositions contraires spécifiquement prévues par la loi ou des réglementations, le contrat qui est formé conformément à la loi devient d'emblée valable ».

¹¹⁹⁴ Aux termes de l'article 133 de cette loi : « la propriété de la chose est transférée dès la tradition, sous réserve de dispositions législatives contraires ou des accords spécifiques des parties ».

419. La qualification doctrinale de la publicité dans la vente en droit chinois.

Conformément à la LDR, la publicité doit être définie comme une condition de la constitution, de la transmission et de l'extinction d'un droit réel. Une telle solution est à l'origine du droit allemand. L'on peut même la remonter jusqu'au droit romain. Afin de qualifier la publicité dans l'opération de vente, les auteurs chinois ont alors commencé par analyser ses origines.

420. La publicité, la formalité des modes de transfert de propriété. De prime abord, cette fonction de la publicité semble pouvoir prolonger ses racines dans le droit romain¹¹⁹⁵. Rappelons qu'en droit romain, la *mancipatio* et l'*in jure cessio* constituèrent des « modes dérivés volontaires formalistes »¹¹⁹⁶ d'acquisition de la propriété. Certaines formalités étaient obligatoires, en ce qu'à cette époque, sans leur concours, la volonté humaine, bien qu'indispensable, ne suffisait pas à opérer le transfert de propriété. Dans ces modes formalistes, les interventions des témoins¹¹⁹⁷ ou d'un magistrat¹¹⁹⁸ « s'expliquent par les effets que les actes concernés devaient produire au-delà des parties »¹¹⁹⁹ et par conséquent impliquent une nécessité d'informer tous les intéressés. En ce qui concerne la *traditio* (qui consiste dans la remise de la possession), son rôle informatif fut une évidence en droit romain où la notion de propriété se distingua mal de celle de la possession¹²⁰⁰. En outre, notamment dans les circonstances normales¹²⁰¹, la

¹¹⁹⁵ Selon le professeur Yi WANG, un lien de parenté doit être indéniablement établi entre le principe de publicité et les modes romains d'acquisition de la propriété. V. Yi WANG, *L'essai sur la modification du droit réel*, Édition de l'Université du Peuple de Chine, 2001, p. 115.

¹¹⁹⁶ V. par exemple Jean-Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, p. 583. V. aussi ShiYong TIAN, *La recherche sur l'acte réel de disposition, étude comparée sur le transfert de propriété entre les droits allemand et chinois*, (son intitulé allemand est suivant : *Das Dingliche Rechtsgeschäfte, Insbesondere im Vergleich zwischen dem Eigentumserwerb im Chinesischen und Deutschen Recht*) Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 2002.

¹¹⁹⁷ La présence de 5 témoins est nécessaire pour la *mancipatio*. V. *supra*. n° 26.

¹¹⁹⁸ En droit romain, l'*in jure cessio* a lieu devant un magistrat romain. V. *supra*. n° 26.

¹¹⁹⁹ Rudolf von JHERING, *L'esprit du droit romain, trad.* de Octave de MEULENAERE, t. 3, 3^e éd., Arnaldo Forni Editore, 2004, p. 217-220 (cité par Sabine CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, thèse Paris 1, LGDJ, 2003, n° 15, p. 19).

¹²⁰⁰ Sachant que d'un point de vue étymologique, le terme posséder qui dérive à la fois de *sedeo* (rester, demeurer) et de *pot* (la puissance, la force) signifie « tenir quelque chose en sa puissance de façon permanente ». V. Jean-François BRÉGI, *Droit romain, Les biens et la propriété*, Ellipses, 2009, n° 278, p. 114. En même temps, cette confusion est sans doute également due au fait qu'en droit romain, la propriété elle-même se confondait avec la chose, son objet : l'exercice du droit de propriété équivaut à la maîtrise matérielle de la chose, c'est-à-dire la possession. Cette confusion s'explique en outre par le fait que la vente en droit romain, au lieu d'imposer une obligation de transférer la propriété, n'obligeait le vendeur qu'à transférer la possession paisible et utile de la chose vendue.

possession et la propriété se confondirent dans la main d'une même personne. Par cette nature, la possession, en tant qu'un fait, put révéler au public l'état réel d'une chose¹²⁰². L'exigence de la remise de la possession pour valider l'acquisition de la propriété témoigne *ipso facto* de l'exigence de la publicité de cette acquisition. Lorsque la *traditio* a remplacé les modes formalistes d'acquisition romains et a ensuite été transformée en droit allemand en un acte autonome de transfert de propriété, les mesures de publicité semblaient naturellement être qualifiées de formalité dudit acte. C'est le point de vue partagé par de nombreux auteurs chinois¹²⁰³.

421. La publicité : condition de l'existence ou de la validité de l'acte de disposition.

Des recherches sur la nature juridique de la publicité ont été réalisées par des auteurs chinois à l'occasion d'analyses visant l'acte de disposition du droit allemand. Dans le système juridique allemand, la constitution, la transmission et l'extinction d'un droit réel s'opèrent par un acte de disposition, distinct de l'acte créateur d'obligations. Dans l'opération de vente, la propriété doit être transférée par un contrat réel autonome. C'est justement dans ce dernier contrat que les mesures de publicité sont requises¹²⁰⁴. Si selon les droits allemand et chinois, la publicité porte en règle générale sur des droits réels, dans la pratique, sa teneur doit souvent correspondre à un acte de disposition, par lequel les droits réels sont construits, transmis ou éteints¹²⁰⁵. En conséquence, la publicité des droits réels peut même se confondre avec la publicité des actes de disposition¹²⁰⁶. C'est

¹²⁰¹ En droit romain, la pratique des *traditiones fictae*, c'est-à-dire des traditions fictives, peut provoquer un décalage entre la possession d'une chose et le titre de propriété, étant donné que dans ces hypothèses, une remise réelle de la chose n'est pas nécessaire. V. *supra*. n° 27.

¹²⁰² Néanmoins, de nos jours, le rôle informatif et publicitaire de la possession peut être mis en cause. V. par exemple Julien DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété - Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, thèse Paris I, LGDJ, 2014, n° 466 et s., p. 257 et s.

¹²⁰³ Les analyses menées par les auteurs chinois concernant l'acte de disposition du système juridique allemand visent souvent sa structure et les conditions requises. V. par exemple, *Théories générales du droit civil*, sous. dir., JunHao ZHANG, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 3^e éd., 2000, p. 414-418 ; ZeJian WANG, *Le droit des biens, Théories générales : La propriété*, Taibei, 1996, p. 68-74 ; ShiYong TIAN, *La recherche sur l'acte réel de disposition, étude comparée sur le transfert de propriété entre les droits allemand et chinois*, (son intitulé allemand est suivant : *Das Dingliche Rechtsgeschäfte, Insbesondere im Vergleich zwischen dem Eigentumserwerb im Chinesischen und Deutschen Recht*) Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 2002, p. 125 et s.

¹²⁰⁴ V. l'alinéa premier du § 873 et le § 929 du BGB.

¹²⁰⁵ Fritz BAUR, Jürgen F. BAUR et Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, Verlag C. H. Beck, 18^e éd., 2009, § 5. *Das dingliche Rechtsgeschäft*, n° 32, p. 52.

¹²⁰⁶ Même en droit allemand, la publicité des droits réels peut se confondre avec celle des actes juridiques ayant pour objet de réaliser la construction et la modification de ces droits. V. Hans Josef WIELING, *Sachenrecht*, Band I, *Sachsen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*, Berlin, 1990, p. 37, (cité par ShiYong TIAN, *La recherche sur l'acte réel de disposition, étude comparée sur le transfert de propriété entre les droits allemand et chinois*, (son intitulé allemand est suivant : *Das Dingliche Rechtsgeschäfte*,

.../...

pour cette raison que la nature juridique de la publicité peut s'apprécier à travers la fonction des mesures de publicité effectuées pour cet acte de disposition.

Inspiré des débats doctrinaux en Allemagne, le professeur chinois Yi Wang, dans sa thèse concernant le modèle du transfert de propriété, a expliqué que l'acte de disposition est composé de deux éléments constitutifs : d'une part, le consentement des parties relatif à la constitution, la transmission ou l'extinction d'un droit réel, et d'autre part la mesure de publicité¹²⁰⁷. Puisque l'ensemble de ces deux éléments est exigé pour que l'acte de disposition existe, la publicité doit être analysée comme une « condition spéciale » de l'existence de l'acte de disposition¹²⁰⁸. En revanche, selon le professeur ZeJian Wang, si le consentement des parties est indispensable à l'existence de l'acte de disposition, les mesures de publicité n'affectent que son efficacité¹²⁰⁹. Toutes ces analyses sont néanmoins rejetées par les détracteurs du contrat autonome de transfert de propriété dans la vente.

422. La publicité en tant que condition d'efficacité du contrat de vente. Vu le silence du législateur chinois, certains auteurs chinois refusent de reconnaître l'adoption de l'acte de disposition dans la vente. Du fait de ce refus, la publicité devrait être qualifiée de formalité du contrat de vente. Cependant, aucun d'entre eux n'a pu préciser la nature exacte de la publicité. Comme cela a été noté précédemment, depuis la LDR, il n'est plus possible de qualifier la publicité de condition de validité du contrat, même pour la vente immobilière. Puisque la LDR a subordonné uniquement l'effet réel de la vente à la réalisation de certaines mesures de publicité, ces dernières n'affectent aucunement son effet obligatoire. C'est pour cette raison qu'il ne semble pas tout à fait pertinent de les regarder comme une simple condition d'efficacité de la vente dans son ensemble. La clé de cette énigme doit être trouvée dans une séparation claire de ces deux effets du contrat de vente. En fait, l'opération de vente est soumise, en droit chinois, à deux principes que tout oppose : le consensualisme et le formalisme.

423. Le formalisme : le principe primordial du droit des biens. En droit chinois, le contrat de vente n'est pas formaliste, parce que, pour les parties soient obligées, aucune condition de forme n'est exigée. Certes, la validité dudit contrat est soumise au

Insbesondere im Vergleich zwischen dem Eigentumserwerb im Chinesischen und Deutschen Recht) Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 2002, p. 175).

¹²⁰⁷ Yi WANG, *L'essai sur la modification du droit réel*, Édition de l'Université du Peuple de Chine, 2001, p. 86.

¹²⁰⁸ Yi WANG, *L'essai sur la modification du droit réel*, Édition de l'Université du Peuple de Chine, 2001, p. 87 et s.

¹²⁰⁹ ZeJian WANG, *Le droit des biens, Théories générales : La propriété*, Édition, Taibei, 1996, p. 67 et p 76.

consensualisme, mais le commun accord des parties ne suffit pas à lui seul à produire sa pleine efficacité en l'absence de certaines mesures de publicité ; d'où la particularité du contrat translatif de propriété comparé aux autres contrats. Cette particularité ne doit pourtant pas être surprenante car ces contrats dits translatifs se trouvent au croisement de deux disciplines du droit civil : le droit des contrats et le droit des biens. Leur divergence consiste dans le fait que selon la première, le respect du consensualisme est primordial, tandis que selon la deuxième, c'est le formalisme qui l'emporte. Le formalisme du droit des biens s'est fait remarquer par la consécration du principe de publicité par la LDR.

- 424.** Ainsi, en dépit de certaines similitudes dans leur signification ainsi que dans leur rôle informatif et sécurisant, la publicité en droit chinois se distingue de celle en droit français. En se laissant guider sagement par le système germanique, le législateur chinois a délibérément choisi de faire primer la sécurité juridique des transactions. Il devient ici nécessaire d'apporter des précisions quant à ce formalisme du droit des biens.

SECTION II.

MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE PUBLICITÉ DU DROIT DES BIENS CHINOIS

- 425. La signification du principe de publicité.** Le principe de publicité est un principe selon lequel un droit réel, étant doté d'un caractère absolu et exclusif, doit être reconnaissable par tous. L'application dudit principe implique que l'existence d'un droit réel de même que sa mutation soient portées à la connaissance des tiers, et ce moyennant une forme extérieure. En même temps, une fois que les droits réels sont publiés, les tiers ne peuvent plus se prévaloir de leur ignorance du contenu de la publication, même si en réalité, ils n'en avaient pas eu connaissance. Afin d'organiser efficacement la perceptibilité des droits réels, sont alors imposées légalement certaines mesures d'extériorisation. Ainsi, l'énonce l'article 6 de la LDR : « [l]a constitution, la transmission et l'extinction d'un droit réel immobilier doivent être inscrites au livre foncier si cette inscription est prévue par la loi. En ce qui concerne les droits réels portant sur les meubles corporels, leur constitution, leur mutation et leur extinction sont efficaces dès la tradition ». Ayant prescrit la tradition (la remise matérielle de la chose) et la publicité foncière comme conditions requises pour la constitution, la transmission et l'extinction des droits réels, la LDR a en réalité mis en œuvre le principe du formalisme dans le cadre du droit des biens. Ici, la volonté des parties perd tout de sa puissance. Sa consécration par la LDR a pour but essentiel de protéger des droits réels tout en garantissant leur respect par les tiers. Cette finalité correspond donc aux rôles

d'information et de protection assignés à la publicité dans chaque système juridique, tels que les droits français et chinois¹²¹⁰. Eu égard à ce principe, le titulaire d'un droit réel est tenu non seulement de publier son droit, mais aussi de le publier, selon des mesures appropriées.

426. Les mesures légales d'extériorisation des droits réels. En vertu de l'article 6 de la LDR précédemment évoqué, les mesures de publicité des droits réels varient en fonction de la nature de la chose sur laquelle le droit réel peut porter¹²¹¹. En ce qui concerne les meubles, la possession, autrement dit la maîtrise matérielle sur la chose, est désignée par le législateur chinois afin d'accomplir une fonction publicitaire. Quant aux immeubles, une publicité artificielle est organisée par l'État chinois : cette institution de la publicité foncière permet de recueillir toutes les informations utiles aux tiers au sujet de l'immeuble concerné.

427. La possession : le mode légal de la publicité de la propriété mobilière. Pour les meubles corporels non immatriculés¹²¹², en raison de leur grande mobilité et de leur absence d'assise fixe, il est impossible d'organiser un registre permettant d'y inscrire les droits de leur propriétaire. Le législateur chinois recourt dans ce cas à la possession et l'utilise comme un moyen de la publicité de la propriété. La fonction publicitaire de la possession provient sans doute du fait que la chose reste d'ordinaire dans les mains de son propriétaire. Dès lors, la possession joue en droit chinois le rôle d'extériorisation de l'appartenance d'un meuble corporel. Tandis que la tradition, autrement dit le transfert de possession, est logiquement devenue un moyen d'extériorisation du transfert de la propriété mobilière. Cette règle est d'ailleurs énoncée à l'article 23 de la LDR¹²¹³. Par cette tradition, les tiers sont censés être informés du changement de propriétaire. Cependant, la fonction publicitaire de la possession ne manque pas de soulever de vives critiques. Ce qui est aussi le cas en droits français et allemand.

¹²¹⁰ V. *supra*. n° 404 et s.

¹²¹¹ Rappelons ici que selon la LDR, ne doivent être considérées comme des biens au sens de la loi que des choses corporelles. V. *supra*. n° 131.

¹²¹² En ce qui concerne les meubles immatriculés (tels que navires, voitures et aéronefs), puisque leur immatriculation est organisée par la loi chinoise, ils sont soumis à l'inscription dans certains registres spéciaux. En même temps, l'enregistrement des meubles immatriculés peut avoir un régime très différent. À titre d'exemple, aux termes de l'article 9 de la Loi chinoise de commerce maritime (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1993), « l'enregistrement, bien que nécessaire à la transmission de la propriété d'un navire, a simplement pour objet de garantir l'opposabilité de cette transmission aux tiers ». Ces dispositions, reprises à l'article 24 de la LDR, s'étendent maintenant à tous les meubles immatriculés.

¹²¹³ Aux termes de cet article, « la constitution et la mutation de la propriété mobilière sont efficaces dès la tradition, sous réserve des dispositions contraires de la loi ».

428. Les critiques adressées à l'encontre de la possession en tant que mode de publicité des droits réels mobiliers. Les premières critiques ont été formulées par les partisans d'une nouvelle conception purement abstraite de la propriété. En droit chinois, sous l'influence du droit allemand, la notion de propriété se démarque de par sa nature « matérielle »¹²¹⁴. Rappelons que les « choses » au sens de la LDR sont des choses corporelles que l'on peut maîtriser matériellement. Les biens incorporels, ainsi que les droits qui y sont attachés, sont donc en principe exclus du champ d'application de cette loi. De ce fait, la propriété, définie en droit chinois comme un droit de maîtrise sur la chose, ne peut se désunir complètement du pouvoir concret que le propriétaire peut exercer sur son bien. Cette notion de « chose » permet d'expliquer pourquoi à la différence du droit français, la possession est conçue par cette même loi chinoise comme l'une des prérogatives du propriétaire¹²¹⁵. Dès lors, la possession participe en droit chinois de la constitution même de la notion de propriété. Utiliser la possession en tant qu'image de la propriété semble par conséquent bien justifié. Pourtant, la remise en cause de cette notion « matérialisée » de propriété conduit à la forte décrédibilisation du rôle publicitaire de la possession. D'autres critiques tiennent au fait que dans de nombreuses circonstances, la possession, qualifiée de maîtrise de fait, ne peut permettre de révéler réellement le véritable titre de la personne qui conserve la chose. Tel est le cas de l'usufruitier, du créancier gagiste, du locataire ou même du dépositaire. Ces derniers, en détenant la chose, peuvent également exercer certains pouvoirs effectifs, mais aucun d'entre eux ne le fait à titre de propriétaire. Ici, l'image de la propriété que la détention de la chose donne au public n'est qu'un mirage. En outre, une telle illusion peut être provoquée par le recours à une tradition fictive dans les transactions¹²¹⁶, tel que le *constitut possessoire*¹²¹⁷ ; le rôle informatif de la possession en est d'autant moins crédible. Cependant, toutes ces critiques sont inopérantes à l'égard de la publicité foncière.

429. La publicité foncière : mode légal de la publicité de la propriété immobilière. En application du principe de publicité, l'article 9 de la LDR dispose que « pour être efficaces, la constitution, la transmission et l'extinction des droits réels portant sur les

¹²¹⁴ Cette nature de la notion de propriété en droit chinois est précisée plus loin dans cette étude. V. *infra*. n° 492 e s.

¹²¹⁵ Les précisions, voir *infra*. n° 493 et s.

¹²¹⁶ À ses articles 25 et 27, la LDR a adopté deux traditions fictives pratiquées en droit romain : la *traditio brevi manu* et le *constitut possessoire*.

¹²¹⁷ Aux termes de l'article 27 de la LDR, au moment de la transmission de la propriété d'un meuble corporel, l'aliénateur peut le conserver (à titre d'usufruitier ou de locataire), si cela a été convenu d'un commun accord entre les parties.

biens immobiliers doivent être inscrites au registre foncier, à défaut de quoi, sauf dispositions contraires prévues ou admises par la loi, elles ne sont pas efficaces ». L'institution de la publicité foncière a en effet pour objet de faire connaître l'état juridique des immeubles au public. Une personne qui se décide à faire une acquisition d'un bien immobilier pourra alors consulter les inscriptions dans un registre foncier, afin de savoir avec certitude qui en est le propriétaire et s'il existe d'autres droits réels grevant l'immeuble en question. Dans l'hypothèse où, ayant su, grâce aux registres publics, qu'un immeuble a déjà fait l'objet d'une précédente aliénation par son cocontractant, cette personne pourra choisir de s'abstenir de contracter avec ce dernier.

- 430.** Ainsi, tout en accordant une importance particulière au formalisme en droit des biens, le droit chinois diffère du droit français. De plus, la possession et la publicité foncière, désignées par la LDR comme les deux moyens légaux d'extériorisation des droits réels, sont dotées d'un caractère constitutif (§ 1). Du fait de ce dernier caractère, les droits réels publiés font foi publique (§ 2). Ces divergences sont particulièrement visibles en ce qui concerne les fonctions respectives de la publicité foncière en droit français et chinois.

§ 1. LE CARACTÈRE CONSTITUTIF DES MESURES DE PUBLICITÉ

- 431. Les mesures de publicité, condition d'existence des droits réels.** À l'instar du Code civil allemand, la LDR a mis en place le principe de formalisme en droit des biens. Le droit réel n'a d'existence que dans la mesure où il est devenu visible, moyennant un mode d'extériorisation prescrit par la loi. Ainsi, énonce l'article 14 de la LDR : « si un droit réel portant sur un bien immobilier est légalement soumis à l'inscription au registre foncier, il se constitue, se transmet ou s'éteint à compter de la date à laquelle l'inscription a été effectuée ». À ces dispositions, l'article 23 de cette même loi ajoute que « la constitution et la mutation de la propriété mobilière sont efficaces dès la tradition, sous réserve de dispositions législatives contraires ». Ce n'est donc pas la date de la conclusion d'un acte juridique, emportant création, transfert ou extinction d'un droit réel, qui détermine le moment de sa constitution ou de sa mutation, mais la date à laquelle il aura été publié. En cela, on peut dire que les mesures de publicité en droit chinois sont qualifiées d'attributives ou de constitutives de droits réels. En appliquant ce principe à l'opération de vente, les mesures de publicité sont érigées en conditions nécessaires au transfert de propriété, et ce même entre les parties au contrat. En matière immobilière, le droit chinois de la publicité foncière peut par conséquent être classé parmi les systèmes du Livre foncier, comme c'est le cas en droit

allemand et suisse. Dès lors, ces mesures de publicité imposées par la LDR semblent pouvoir être naturellement qualifiées de véritable mode d'acquisition de la propriété.

432. Les mesures de publicité, modes d'acquisition de propriété en droit chinois. Eu égard au caractère constitutif des mesures de publicité, il y a tout lieu de penser qu'en droit chinois, le transfert de propriété résulte directement de leur accomplissement : ce transfert se produit une fois la publicité accomplie. Partant de ce constat, les mesures de publicité imposées par la LDR peuvent être regardées comme mode d'acquisition de la propriété, autrement dit, le fait générateur de cette acquisition. Se pose toutefois la question suivante : un élément purement matériel comme la tradition ou la publicité foncière peut-il déclencher à lui seul le transfert de propriété ? La réponse à cette question semble être négative en droit romain et en droit allemand, sans parler du droit français qui favorise le principe du transfert de propriété *solo consensu*.

433. La publicité, un mode d'acquisition purement matériel de la propriété ? Rappelons qu'à l'origine, le contrat de vente en droit romain, ayant pour seul objet de produire des effets personnels entre les parties contractantes, se distinguait des modes d'acquisition de la propriété. Cependant, afin d'opérer le transfert de propriété, ces modes d'acquisition devaient s'accompagner de la volonté réciproque des parties sur cette acquisition¹²¹⁸. C'est ainsi qu'ils sont qualifiés de modes dérivés et volontaires d'acquisition de la propriété. C'est justement en s'inspirant du système romain, notamment de la fonction de la *traditio* datant de l'époque de justinienne, que Savigny a fondé la théorie du contrat réel de transfert de propriété¹²¹⁹. Le transfert de propriété résulte, selon le BGB, de ce contrat à caractère réel et ce dernier exige la réunion de deux éléments constitutifs : le consentement des parties sur le transfert de propriété, élément intellectuel, et l'accomplissement d'une certaine publicité, élément matériel¹²²⁰. En raisonnant de cette manière, l'on peut en déduire que la seule publicité des droits réels, en tant qu'investiture officielle, n'est pas en mesure de réaliser la transmission de la propriété. Cette approche est également valable tant en droit romain qu'en droit allemand¹²²¹.

¹²¹⁸ V. *supra*. n° 24 et s.

¹²¹⁹ V. *supra*. n° 95 et s.

¹²²⁰ V. *Introduction au droit allemand république fédérale, tome III, Droit privé*, dir. Michel FROMONT, Alfred RIEG, Éditions Cujas 1991, p. 166.

¹²²¹ Il en est de même pour le droit suisse. En droit suisse, le processus d'acquisition est scindé en deux opérations distinctes : la conclusion du contrat de vente, considéré comme le juste titre d'acquisition, et la réalisation d'une opération d'acquisition. Cette deuxième étape se compose en effet de deux actes : un acte de disposition, permettant de manifester la volonté des parties sur cette opération et un acte matériel, qui a pour objet de manifester extérieurement la modification du droit réel. La publicité en droit suisse,

.../...

La solution actuelle de la LDR résulte en effet de l'absence en droit chinois d'un tel contrat réel de transfert de propriété. Restant indécis devant les controverses relatives à cet acte juridique, le législateur chinois a pris le parti, pour le moment, de s'abstenir de légiférer sur ce point¹²²². Cependant, le modèle chinois du transfert de propriété n'est pas indépendant de la volonté des parties. Bien au contraire, il convient de comprendre que la volonté des parties sur le transfert de propriété aura déjà été exprimée à travers le contrat de vente, bien que ce dernier ne soit qu'un acte créateur d'obligations en droit chinois. En exécutant ledit contrat, l'accomplissement de la publicité réalise alors cette transmission, sans que cette même volonté n'ait besoin d'être réitérée. Il ne s'agit donc pas de l'acquisition « originaire » de la propriété du fait de l'accomplissement d'une mesure de publicité. En effet, même en droit chinois, la publicité n'est qu'un élément matériel qui doit être complété par une volonté d'acquisition pour finalement aboutir à un tel objectif. Cela explique le fait que des mesures constitutives de publicité aient été conçues par la LDR comme un principe applicable à l'acquisition volontaire du droit réel qui est réalisée en vertu d'un acte juridique.

- 434. Le domaine d'application de l'effet constitutif de la publicité.** En fait, l'effet constitutif de la publicité est limité en droit chinois à l'acquisition volontaire de la propriété. De ce fait, les biens, qui tombent dans le domaine public et par conséquent ne sont pas susceptibles d'être commercialisés, sont alors soustraits à cette règle. En même temps, la LDR a réservé certaines exceptions légales au caractère constitutif des mesures de publicité. Les premières d'entre elles concernent les cas d'acquisition du droit réel en vertu de la loi. La LDR distingue l'acquisition ou la perte des droits réels par acte juridique de celles effectuées directement en vertu de la loi. Les dispositions relatives à cette deuxième hypothèse, qui est considérée par cette même loi comme un cas exceptionnel¹²²³, trouvent leur siège au sein de la Section 3 du deuxième chapitre de la LDR. Elles visent essentiellement l'acquisition (ou la perte) d'un droit réel par construction (ou démolition)¹²²⁴ d'un immeuble, la succession (légale ou testamentaire)¹²²⁵, l'expropriation, le jugement ou la sentence arbitrale¹²²⁶. Dans toutes

qui ne réalise donc que cet acte matériel, ne suffit pas par elle seule au transfert de propriété. V. Paul-Henri STEINAUER, *Les droits réels*, Tome II, 3^e éd., Berne, 2007, n° 130-132, p. 68-69.

¹²²² V. *supra*. n° 222 et s.

¹²²³ V. Xiao CHENG, Fei YIN, LiMing WANG, *Leçons de droit chinois des biens*, Édition de la Cour populaire, 2007, p. 72 et 80.

¹²²⁴ Aux termes de l'article 30 de la LDR, « la création ou la perte d'un droit réel déploie l'effet réel dès la construction ou la démolition d'un immeuble ».

¹²²⁵ V. l'article 29 de la LDR, selon laquelle « l'acquisition de la propriété par succession, légale ou testamentaire, prend effet dès l'ouverture de la succession ».

ces circonstances particulières, il devient impossible de les subordonner à la publicité constitutive, puisque les droits réels naissent ou s'éteignent de plein droit dès l'apparition des événements prévus par la loi. C'est pour cette raison que selon la LDR, si la constitution ou la transmission d'un droit réel s'effectue en vertu de dispositions légales, ou résulte d'un fait juridique spécialement prévu par la LDR, elles peuvent être efficaces immédiatement et indépendamment de toute publicité. Néanmoins, les mesures de publicité demeurent nécessaires notamment lorsque le nouveau propriétaire dispose du bien qu'il a acquis par l'effet de la loi¹²²⁷. Par exemple, si l'héritier décide d'aliéner l'immeuble dont il a hérité, cette aliénation ne peut être efficace sans être inscrite au registre foncier. À noter que la LDR n'a pas adopté le principe de l'effet relatif posé en droit français par le Décret du 4 janvier 1955¹²²⁸. Il serait pourtant souhaitable d'exiger l'accomplissement de telles mesures de publicité même dans l'hypothèse de l'acquisition (ou de la perte) de la propriété en vertu de la loi, comme cela est prévu en droit suisse¹²²⁹, même si en l'occurrence ces mesures de publicité ne sont que déclaratives. Une telle solution permettrait, d'une part de mieux faire concorder le droit réel révélé par la publicité avec sa véritable situation juridique, et d'autre part d'assurer une continuité dans les formalités relatives au même bien.

D'autres exceptions à l'effet constitutif de publicité sont également prévues par la LDR dans le but de respecter certaines dispositions légales entrées en vigueur antérieurement à cette loi chinoise. Par exemple, à son article 24, la LDR prévoit que « la constitution, la transmission et l'extinction des droits réels portant sur les meubles immatriculés, tels que navires, aéronefs et automobiles, sont soumises à l'inscription sous peine d'inopposabilité aux tiers de bonne foi ». Il en est de même pour la constitution d'une hypothèque mobilière, d'un droit forfaitaire d'exploitation de terrain¹²³⁰ (art. 189 de la LDR) ainsi que pour la constitution d'une servitude foncière

¹²²⁶ L'article 28 de la LDR a prévu que « si la constitution, la mutation, la transmission, ou l'extinction d'un droit réel résultent d'un jugement, d'une sentence arbitrale ou d'une décision d'expropriation du gouvernement chinois, elles déploient l'effet réel dès que ces dernières décisions judiciaires, arbitrales ou administratives prennent effet ».

¹²²⁷ Cette disposition est édictée par la LDR en son article 31.

¹²²⁸ Ce principe est présent à l'article 3 dudit Décret, en vertu duquel, « aucun acte ni décision judiciaire sujet à publicité dans un bureau des hypothèques ne peut être publié au fichier immobilier si le titre du disposant ou du dernier titulaire n'a pas été préalablement publié [...] ».

¹²²⁹ Cette solution fut adoptée par le droit suisse, notamment en matière immobilière. V. Jean-Baptiste GRISONI, *Les conceptions française et suisse de la publicité foncière et leurs effets*, thèse Lausanne, 1990, n° 104, p. 134.

¹²³⁰ Selon ShiGang LI, ce droit forfaitaire d'exploitation du terrain (en Chinois, 土地承包经营权) est comparable à l'emphytéose en droit français. Il « attribue des droits d'usage et de jouissance des champs ou des prairies aux agriculteurs ayant pour but d'y entreprendre une production agricole, telle que la

.../...

(art. 158 de la LDR). Dans ces hypothèses, bien que la publicité soit requise, elle ne conditionne que l'opposabilité aux tiers de la constitution et de la mutation de certains droits réels. Ce qui est étonnant, c'est que les tiers ne sont pas définis par le législateur chinois. Il convient donc de se tourner vers la doctrine qui estime que le tiers peut être toute personne qui, bien qu'étrangère à un acte juridique ou à un rapport juridique, est susceptible d'en subir les conséquences directes¹²³¹. En droit des biens, les tiers seraient alors toutes les personnes autres que le titulaire du droit réel, (y compris ses ayants-cause à titre universel vu que ces derniers continuent la personne du titulaire). En même temps, selon la LDR, pour que les tiers puissent arguer un défaut de publicité, ils doivent non seulement avoir un intérêt à agir, mais aussi être de bonne foi, autrement dit ne pas avoir eu connaissance ou ne pas avoir pu avoir connaissance de l'existence ou la transmission du droit réel non publié¹²³².

Cette solution posée par la LDR qui a accordé un rôle si important aux formalités dans la constitution et la transmission des droits réels, en particulier pour celles réalisées par un acte juridique, va à l'encontre de l'esprit « consensualiste » du système juridique français.

435. L'esprit anti-formaliste du droit français dans le cadre du droit des biens.

Comme cela fut précédemment analysé, l'idée de subordonner la volonté des parties à une forme extérieure a provoqué l'hostilité des auteurs français. Bien que leur importance ne soit pas ignorée, au contraire, elle est même accentuée par le législateur français dans certains domaines¹²³³. Les formalités ne font jamais le poids devant la liberté de la volonté. En outre, par le principe du transfert de propriété *solo consensu*, cet esprit hostile au formalisme s'étend naturellement au domaine réservé du droit des

culture, la sylviculture, l'élevage ». V. ShiGang LI, « La loi de la République Populaire de Chine sur les droits réels : Principes fondamentaux et notations de base », *R.I.D.C.*, 2009, n° 15, p. 83.

¹²³¹ XianZhong SUN, « Les principes de la protection des tiers dans la mutation des droits réels », in *Théories des droits réels*, Édition de Droit, 2001, p. 54-55.

¹²³² La notion de bonne foi définie par le professeur LiMing WANG, V. LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2007, p. 441-442. Cette définition de la bonne foi correspond à la lecture *a contrario* de l'article 108 de la LDR. Selon cet article, « une fois que l'acquéreur de bonne foi a acquis la propriété d'un bien mobilier (par le jeu de l'acquisition de bonne foi *a non domino*), l'ancien droit de propriété portant sur ce même bien s'éteint, à moins que cet acquéreur n'ait eu ou n'ait pu avoir connaissance de son existence ».

¹²³³ Par exemple, depuis le Code civil, un certain nombre de règles de forme ont été imposées par législateur français, dans l'objectif d'assurer la protection des consommateurs. Une « renaissance du formalisme » a donc été constatée par la doctrine. V. par exemple, Xavier Lagarde, « Observation critique sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I. 170 ; Jacques FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges RIPERT*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 93 ; Jean-Luc AUBERT, « Le formalisme (Rapport de synthèse) », *Deffrénois*, 15 août 2000, p. 931.

biens. En principe, l'acquisition d'un droit réel opérée par acte juridique n'est soumise en droit français à aucune forme d'extériorisation. À titre d'exemple, en vertu du Code civil français, le transfert de propriété résulte *ipso jure* du contrat de vente. Ainsi, l'article 1138 de ce Code civil énonce que la propriété d'un bien est transmise à l'acquéreur, indépendamment de la remise matérielle de la chose. De même, en matière immobilière, le Code civil ne prévoit aucune publicité des actes à titre onéreux portant constitution ou transmission de droits réels immobiliers principaux. La publicité foncière consacrée par le décret du 4 janvier 1955, bien qu'obligatoire comme en droit chinois, est seulement déclarative et confortative. Elle est en effet déclarative en ce que la propriété immobilière est transférée à l'acquéreur dès la conclusion du contrat de vente et bien avant son inscription au registre foncier. La publicité foncière ne fait donc que constater le transfert ou la constitution d'un droit réel immobilier préalablement opéré¹²³⁴. De ce fait, la publicité est seulement indicative de droit et n'est alors dotée d'aucune force probante. D'où le fait qu'en principe, la publicité foncière en droit français n'a pas la vertu de purger les actes ou droits publiés des vices qui les affectent. En même temps, sa consécration en droit français a uniquement pour finalité de résoudre des conflits de droits réels immobiliers s'élevant entre acquéreurs successifs du même auteur¹²³⁵. C'est ainsi que l'inscription au registre foncier n'a qu'un rôle confortatif¹²³⁶.

- 436.** L'application du principe de publicité en droit chinois impose d'extérioriser les droits réels chaque fois que l'un d'entre eux se crée, se transmet ou s'éteint. Les mesures de publicité sont par conséquent dotées d'un caractère constitutif. En outre, à part cet effet constitutif, la LDR reconnaît à la publicité une certaine force probante, permettant aux tiers de se fier légitimement à l'existence d'un droit réel publié et à l'exactitude de cette publication. Ainsi, en droit chinois, le principe de publicité attribue une foi publique aux droits réels publiés.

¹²³⁴ Hugues LEMAIRE, « Formalité foncière (publicité ou inscription) : Étude des systèmes déclaratifs et constitutifs dans la CEE (communauté économique européenne), quant à leur effets », *JCP*, N, 1991, n° 58, p. 451.

¹²³⁵ V. *supra*. n° 412

¹²³⁶ V. Stéphane PIEDELIÈVRE, *La publicité foncière, Traité de Droit Civil, dir.*, Jacques GHESTIN, LGDJ, 2000, n. 32 et s, p. 17 et s ; William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 32-4, p. 59 ; Michel DAGOT, « Livres fonciers et publicité foncière », *JCP*, N, 1972. I. 2448 ; Alain Fournier, « Publicité foncière », *Rép. civ. Dalloz* 2014.

§ 2. LA FOI PUBLIQUE DE LA PUBLICITÉ DES DROITS RÉELS

437. Le principe de la foi publique de la publicité des droits réels. Du principe de publicité émane un autre principe du droit des biens : celui de la foi publique de la publicité¹²³⁷. En vertu de ce premier principe, les mesures de publicité, en remplissant leur rôle général d'information, conditionnent l'acquisition des droits réels. Dans le but de garantir et même de renforcer l'efficacité de ce même principe, la LDR confère à la publicité, mode légal d'extériorisation des droits réels, une foi publique. Ainsi, les droits réels publiés font foi publique, et le crédit public est alors établi.

Le principe de la foi publique de la publicité s'avère doublement opportun. Dans un premier temps, il permet de présumer que le possesseur d'un meuble ou la personne inscrite au registre foncier est bien titulaire du droit qu'il prétend avoir. Néanmoins, dans un souci de protection du titulaire des droits réels, cette présomption n'est nullement irréfragable en ce qu'une éventuelle rectification est par principe possible en cas de publicité irrégulière. Et dans un deuxième temps, un tiers qui acquiert un droit réel tout en se fiant de bonne foi à l'apparence créée par la publicité peut être reconnu comme véritable titulaire de son droit acquis, si les conditions prévues par la loi sont réunies¹²³⁸. La confiance du tiers acquéreur de bonne foi est ainsi efficacement protégée. Dans cette dernière hypothèse, la force probante de la publicité des droits réels devient alors absolue à l'égard des tiers de bonne foi.

438. Plan. L'exposé de la présomption simple d'exactitude de la publicité au profit du titulaire d'un droit réel (A) précédera par conséquent la force probante absolue des droits publiés à l'égard des tiers de bonne foi (B).

A. La présomption simple d'exactitude de la publicité des droits réels

439. La force probante de la publicité des droits réels. En droit français, tant en matière mobilière qu'immobilière, c'est toujours la possession qui permet de faire présumer la propriété jusqu'à preuve du contraire. Du fait de l'absence du principe de publicité, la formalité de publicité ne laisse présumer ni l'existence d'un droit réel¹²³⁹, ni son véritable titulaire, (à moins que l'on ne regarde la possession comme une mesure de publicité de la propriété mobilière). Contrairement au droit français, la LDR a établi une

¹²³⁷ En chinois, GōngXìn YuánZé.

¹²³⁸ V. *infra*. n° 449.

¹²³⁹ En matière immobilière, v. par exemple : Hugues LEMAIRE, « Formalité foncière (publicité ou inscription) : Étude des systèmes déclaratifs et constitutifs dans la CEE (communauté économique européenne), quant à leur effets », *JCP*, N, 1991, n° 18, p. 449.

présomption légale qui porte sur l'existence, le contenu et la titularité d'un droit réel publié. Par exemple, en matière immobilière, aux termes du premier alinéa de l'article 16 de la LDR, « l'inscription dans le registre foncier constitue le fondement du contenu et de l'appartenance d'un droit réel immobilier ». En vertu de ces dispositions, la personne inscrite au registre foncier comme le titulaire d'un droit réel immobilier est donc présumée être le véritable titulaire. De même, le droit réel immobilier non publié est alors présumé non existant. Quant à la possession en tant que publicité des droits réels mobiliers, compte tenu des critiques doctrinales à son encontre, telles que précédemment présentées, la même présomption ne semble pas lui être accordée par la LDR¹²⁴⁰. Par cette présomption légale, le titulaire d'un droit réel (immobilier) est autorisé à se décharger du fardeau que représente le devoir d'apporter la preuve de l'existence ou du contenu de son droit une fois celui-ci publié. Cependant, protéger un titulaire du droit réel qui aura été lésé par une publication erronée n'est pas dénué de légitimité. Afin de garantir une telle protection, il est permis de contester un droit réel publié, ce qui revient à la présumer exacte jusqu'à preuve du contraire. La même règle a été également posée en droit allemand et suisse¹²⁴¹.

440. La force probante relative de la publicité des droits réels. En droit chinois, la force probante de la publicité des droits réels n'est pas absolue pour le titulaire présumé d'un droit réel publié. La LDR a accordé aux véritables titulaires des droits réels la possibilité de contester une publicité inexacte ou réalisée indument. Ainsi, le premier alinéa de l'article 19 de cette loi énonce : « si l'inscription d'un droit réel, effectuée dans le registre foncier, est considérée comme erronée, le véritable titulaire ainsi que les personnes intéressées peuvent demander sa rectification. Une telle rectification nécessite l'accord écrit du titulaire présumé du droit inscrit dans le registre ». En vertu du deuxième alinéa de ce même article, « dans l'hypothèse où la personne inscrite au registre foncier refuse une telle rectification, les personnes intéressées peuvent procéder à l'inscription d'un contredit dans le même registre foncier, en attendant l'issue d'une

¹²⁴⁰ V. par exemple, Xiao CHENG, Fei YIN, LiMing WANG, *Leçons de droit chinois des biens*, Édition de la Cour populaire, 2007, p. 51. Selon ces auteurs, le principe de la foi publique de la publicité des droits réels n'est applicable qu'en matière immobilière. Toutefois, cette question divise la doctrine chinoise. V. *contra*. XianZhong SUN, « Les principes de la protection des tiers dans la mutation des droits réels », in *Théories des droits réels*, Édition de Droit, 2001, p. 88 et 94. Il est important de noter qu'en droit allemand et suisse, la force probante des énonciations du registre foncier repose sur la qualité des vérifications préalables relatives à la régularité du droit réel inscrit exercées par les juges du livre foncier.

¹²⁴¹ V. Jean-Baptiste GRISONI, *Les conceptions française et suisse de la publicité foncière et leurs effets*, thèse Lausanne, 1990, n° 109, p. 140-141 ; François BROCHU, *La publicité foncière et la prescription acquisitive en droit civil québécois à la lumière du droit français, suisse, allemand et australien*, thèse dactyl., AIX-Marseille III, 1997, p. 152 et s.

action en justice [...] ». Pourtant, la LDR n'a pas précisé la nature de cette dernière action en justice. Il convient alors de préciser qu'il n'existe pas en droit chinois d'action en rectification en tant qu'action spécifiquement prévue par la loi. Cette ambiguïté de la LDR alimente donc nombre de controverses doctrinales allant jusqu'à des discordances jurisprudentielles¹²⁴². L'action susmentionnée, intentée par la personne qui conteste l'exactitude d'un droit réel inscrit, serait alors plutôt une action civile en reconnaissance de droit¹²⁴³. Dans cette action, la présomption légale d'exactitude du livre foncier défavorise l'attaquant dont le droit n'a pas été inscrit ou ne l'a pas été correctement, dans la mesure où la charge de la preuve lui incombe. Pour faire tomber cette présomption, il lui faudra donc établir l'absence d'acte juridique emportant la constitution ou la mutation du droit réel concerné ou les vices qui l'affectent.

441. La preuve contraire à la prescription de l'exactitude de la publicité. En droit chinois, la constitution, la transmission et l'extinction des droits réels opérées par un acte juridique dépendent de leur publicité, d'où l'effet constitutif de la publicité des droits réels. Il ne faut cependant pas pour autant oublier que le modèle chinois d'acquisition de droit réel est également qualifié de causal. En d'autres termes, la constitution et la mutation des droits réels ne peuvent être efficaces en l'absence d'acte juridique valable, lequel sert de cause juridique à cette constitution et à cette mutation. Ce principe est nommé par la doctrine chinoise « principe de causalité ». En vertu dudit principe, la publicité ne produit aucun effet constitutif si elle ne repose pas sur une cause juridique valable. De ce fait, contester la validité de cette dernière conduira corollairement à remettre en question l'exactitude de la publicité. En matière de vente immobilière, le vendeur peut donc demander la nullité ou la résolution du contrat pour obtenir la rectification d'une publicité foncière effectuée sans cause.

442. Par conséquent, en droit chinois, l'inscription au registre foncier ne peut jamais purger le contrat de vente de ses vices pour ensuite consolider la transmission fondée

¹²⁴² Certains pensent qu'il s'agit d'une action intentée devant les juridictions administratives contre le bureau du registre foncier qui a réalisé la publication en question. V. JianGuo WEI, RuiNa XIE, « Les actions en justice après l'inscription d'un contredit », in *Journaux de La Cour populaire*, 8 août 2012. Article consulté sur le site : http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2012-08/08/content_48975.htm?div=-1.

¹²⁴³ En droit chinois, malgré le silence du Code de procédure civile, la doctrine a classé les actions civiles en trois catégories. Elles sont l'action en reconnaissance d'un droit (visant à la reconnaissance d'un droit réel ou personnel du demandeur), l'action en exécution (ayant pour finalité de permettre au demandeur d'obtenir l'exécution d'une obligation) et l'action en modification (consistant à faire modifier ou éteindre un rapport juridique existant). L'action en reconnaissance d'un droit peut comprendre l'action en revendication, l'action confessoire et l'action nagotoire en droit français.

sur ce dernier. Toutefois la présomption devient irréfragable à l'égard d'un tiers de bonne foi.

B. La force probante absolue des droits réels publiés à l'égard des tiers de bonne foi

443. Les effets de la publicité des droits réels à l'égard des tiers. En droit chinois, l'objectif essentiel du législateur chinois, lorsqu'il a mis en place le principe de publicité, était de permettre au public de connaître la véritable situation juridique des droits réels. Une fois la publicité effectuée par des formalités légales, les tiers sont ainsi réputés en être informés, peu importe qu'il s'agisse ou non de la vérité. En même temps, pour eux, le principe de publicité permet de présumer légalement que la publication est exempte d'erreur. La possibilité de rectifier une publication irrégulière ou induite, bien que nécessaire pour protéger le titulaire du droit réel concerné, peut toutefois avoir des conséquences fâcheuses à leur égard. Avant que les erreurs ne soient corrigées, il peut arriver qu'un tiers ait déjà contracté avec la personne déclarée par la publicité comme le véritable titulaire d'un droit et ait ensuite acquis ce dernier sur la foi de cette publication. Une rectification de la publicité postérieure l'expose donc inéluctablement au risque d'éviction. On se trouve alors devant un dilemme entre la protection de l'intérêt du titulaire et celle des tiers de bonne foi. C'est cette dernière que la LDR a choisi de faire prévaloir.

444. La protection prépondérante accordée à l'acquisition d'un tiers de bonne foi. En effet, selon la LDR, en dépit de son irrégularité, la publicité d'un droit réel est autorisée à fonder une acquisition d'un tiers ayant affirmé y avoir prêté foi. Cette dernière acquisition, en réalité provenant d'un non titulaire, fait échouer par la suite l'action en rectification (ou en revendication) au détriment du véritable titulaire. C'est en ce sens que l'on parle de « la force probante absolue » de la publicité à l'égard des tiers¹²⁴⁴. Se fondant sur le principe de la foi publique des droits réels publiés, la LDR a ensuite étendu le domaine d'application de cette règle à l'acquisition de tous les droits réels, y compris la propriété¹²⁴⁵, et ce, tant en matière mobilière qu'immobilière. Il convient

¹²⁴⁴ Cette expression a été employée par -Baptiste GRISONI, *Les conceptions française et suisse de la publicité foncière et leurs effets*, thèse Lausanne, 1990, n° 110, p. 143. Ici, cette présomption peut être considérée comme « absolue », en ce que l'action en revendication du véritable titulaire est irrecevable devant un tiers acquéreur qui a allégué sa bonne foi sur le fondement de cette présomption. Cependant, le revendicateur peut la faire tomber en démontrant qu'en réalité, ce tiers a eu ou a pu avoir la connaissance sur le défaut du droit de disposer de son auteur. V. *infra*. n° 519 et s.

¹²⁴⁵ L'alinéa 3 de l'article 106 de la LDR énonce très clairement que les dispositions prévues par les deux premiers alinéas concernant spécialement l'acquisition *a non domino* entre l'acquéreur de bonne foi et un

maintenant d'envisager les raisons qui ont amené le législateur chinois à octroyer une telle protection au bénéfice des tiers de bonne foi.

445. La protection des tiers de bonne foi, le garant du bon fonctionnement du commerce. La protection des tiers de bonne foi est une solution pragmatique. La première raison d'être de cette protection tient au fait qu'elle apporte à la circulation des biens, dans un premier temps, la célérité et la sécurité dont elle a besoin. La fluidité du commerce exige d'aplanir les obstacles qui risquent de freiner les opérations commerciales. L'application du principe de publicité facilite les tiers dans leurs vérifications relatives à la situation juridique du droit qu'ils se décident à acquérir. Parfois, ces vérifications peuvent s'avérer longues, voire très difficiles à opérer. La force probante de la publicité des droits réels contribue en l'occurrence à établir la confiance des opérateurs du commerce tout en leur permettant de se prévaloir légitimement des situations révélées par les mesures légales de publicité. Cette confiance est réputée essentielle au bon fonctionnement des marchés. Protéger cette confiance revient alors à préserver la prévisibilité et la stabilité du commerce et permet finalement d'accroître la sécurité des transactions.

446. La protection des tiers de bonne foi provenant directement de l'application du principe de publicité. Dans un second temps, cette solution protectrice au profit des tiers de bonne foi prend directement appui sur le principe de publicité de la LDR. Rappelons que la consécration dudit principe a pour objectif l'organisation de la visibilité des droits réels. L'extériorisation des droits réels doit de plus être censée correspondre à la réalité juridique, afin de faire la foi publique. Par cette foi publique, les tiers sont autorisés à croire en la qualité de propriétaire de celui dont le droit a été publié. En conséquence, les tiers peuvent même se voir légitimement dispensés de tout devoir de vérifier la conformité entre la réalité juridique et le droit publié. Dans l'hypothèse où cette publication des droits réels n'est pas conforme à la vérité qu'elle est censée manifester, la loi doit venir consolider la confiance des tiers. La raison en est très simple : en fait, l'acquéreur n'avait fait que ce que la loi l'autorisait à faire, en reposant sa confiance sur la foi publique de la publication des droits réels conférée par la loi. Une solution contraire risquerait de bafouer le principe de publicité posé par la LDR. C'est pourquoi, cette force probante absolue conférée par la LDR au bénéfice des

non propriétaire sont applicables par analogie à l'acquisition de bonne d'un autre droit réel émanant d'un non titulaire.

acquéreurs de bonne foi peut être regardée comme l'une des conséquences directes du principe de publicité¹²⁴⁶.

447. La protection des tiers de bonne foi, la sanction du titulaire négligent. Enfin, la possibilité d'invertir un tiers acquéreur d'un droit qui n'aurait pas pu être acquis en vertu des règles normales, revient à sanctionner le titulaire négligent. Certes, la protection de l'acquisition d'un tiers de bonne foi émanant d'un non titulaire sacrifie l'intérêt légitime de son véritable titulaire et conduit à son évincement. Or, cette dernière situation peut parfois résulter de sa propre négligence. En vertu du caractère constitutif de la publicité des droits réels, tout titulaire est tenu d'accomplir certaines mesures légales de publicité, à défaut de quoi son droit est même réputé inexistant. Du fait de cette règle, publier son droit et de plus le faire régulièrement et correctement devient un devoir de chaque titulaire du droit réel. Si celui-ci y manque, il doit naturellement assumer les conséquences de sa propre inobservation. Dans des circonstances où l'inexactitude de la publication ne lui est pas imputable, il n'en reste pas moins qu'un ultime évincement lui est totalement inéluctable, notamment lorsqu'il a été suffisamment vigilant. En particulier en matière de publicité foncière, le titulaire d'un droit réel immobilier a toujours la possibilité de se prémunir contre son éventuelle perte grâce à plusieurs précautions prévues à cette fin par la LDR. Comme cela fut précédemment mentionné, un titulaire qu'une publication induite a préjudicié peut solliciter en temps utile sa rectification. Si sa demande est contestée par la personne déclarée par la publicité comme le titulaire du droit en question, puisque la rectification est devenue inopérante, la victime de cette erreur doit, dans ce cas de figure, intenter une action en justice. Mais en attendant elle peut, en matière immobilière, faire inscrire un contredit au registre foncier. Par cette solution, les tiers acquéreurs sont avertis de l'existence de contentieux sur un tel droit publié. Dès lors, toute acquisition postérieure à l'inscription de ce contredit échouera, dans le cas où bien sûr la rectification de l'inscription au registre foncier a été finalement autorisée par les juges. En effet, la force probante absolue des droits réels publiés en droit chinois permet d'assurer la protection des tiers acquéreurs de bonne foi au détriment des titulaires négligents. Il en est en revanche autrement lorsque la négligence de la part du véritable propriétaire peut être totalement exclue, par exemple lorsqu'il est dépouillé involontairement de la possession de son bien mobilier.

¹²⁴⁶ C'est aussi le cas en droit allemand. V. Fritz BAUR, Jürgen F. BAUR et Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, Verlag C. H. Beck, 18^e éd., 2009, § 4. Strukturprinzipien, n° 9 et n° 15, p. 37 et 39 ; en droit chinois, v. par exemple : XianZhong SUN, *Les droits réels*, 2^e éd., Édition Social Sciences Academic Press (China), 2011, p. 95.

448. Les exceptions à la force probante absolue des droits réels publiés en matière mobilière. En droit chinois, le propriétaire d'un bien mobilier, en tant que victime d'une perte, est autorisé à la revendiquer contre un acquéreur, peu importe que ce dernier soit de bonne foi ou non. Cependant, l'exercice de l'action en revendication est limité à une certaine durée. Ainsi l'énonce l'article 107 de la LDR : « le propriétaire ou le titulaire d'un droit réel a le droit de revendiquer son bien perdu. Lorsque ce dernier a été aliéné à une tierce personne, laquelle en est déjà entrée en possession, il peut, soit intenter une action en dommages-intérêts contre l'aliénateur, soit le revendiquer entre les mains de l'acquéreur pendant deux ans à compter du jour où ils ont eu ou ont pu avoir connaissance de l'identité de ce dernier ». À ces dispositions le même article ajoute : « cependant, le revendiquant doit rembourser le prix que cet acquéreur a payé si ce dernier a acheté le bien perdu dans une vente aux enchères ou d'un marchand étant qualifié pour vendre de pareilles choses ». Enfin, ledit article précise que « dans ce dernier cas de figure, le revendiquant est, à son tour, autorisé à se dédommager auprès d'un non titulaire qui a illégalement vendu le bien en question ». Ces dispositions nous font rappeler celles édictées au deuxième alinéa de l'article 2276 et au premier alinéa de l'article 2277 du Code civil français¹²⁴⁷, avec évidemment deux principales divergences ; la première concernant le délai de revendication. Le Code civil français a en effet fixé un délai de trois ans courant à partir du jour de la perte ou du vol. Quant aux objets volés, contrairement aux règles prévues en droit français, la LDR demeure muette à ce sujet. Ce silence donne lieu à de vifs débats doctrinaux¹²⁴⁸. Les opposants de l'acquisition de bonne foi d'un objet volé prennent appui sur l'article 64 du Code pénal chinois de 1997 qui semble interdire une telle acquisition¹²⁴⁹. Cependant, cette interdiction a été assouplie par une Explication du Code pénal, publiée le 8 mai 1998 par la Cour Suprême et le Parquet suprême, à propos des automobiles volées. Elle a

¹²⁴⁷ Le deuxième alinéa de l'article 2276 a prévu que « [...] celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient ». Quant au premier alinéa de l'article 2277, il énonce que « [s]i le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté ».

¹²⁴⁸ V. par exemple, ZhiHui LIU, *Théorie générale de la possession*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, 2007 ; Te MA, *Le transfert de propriété*, Édition China legal publishing house, 2007, p. 280.

¹²⁴⁹ On peut considérer que cette proposition prend appui sur le BGB qui interdit toute acquisition de bonne foi *a non domino* en cas de la perte ou du vol. En vertu du § 935 (1) du BGB, « [l]'acquisition de la propriété sur le fondement des §§ 932 à 934 (concernant l'acquisition de bonne foi d'une chose mobilière) ne se produit pas si la chose a été volée, perdue ou enlevée d'une autre façon à son propriétaire. Il en est de même au cas où le propriétaire n'en était que le possesseur médiat et où la chose a été enlevée au possesseur (direct) ».

conduit une partie de la doctrine chinoise à préconiser d'adopter l'acquisition de l'objet volé par un acquéreur de bonne foi. En fait, l'idéal serait peut-être d'étendre l'application de l'article 107 de la LDR ainsi mentionné aux objets volés, tout comme en droit français. C'est pour mieux concilier les intérêts du titulaire du droit et d'un tiers acquéreur de bonne foi que le législateur chinois a soumis la force probante absolue des droits réels publiés à des conditions très strictes.

449. Les conditions d'application de la force probante de la publicité. En raison de la force probante absolue de la publicité des droits réels, une aliénation de la part d'une personne non titulaire du droit à aliéner peut se voir exceptionnellement légalisée. En matière immobilière, le droit réel acquis par le tiers de bonne foi est en outre libéré de toutes les charges non inscrites ou radiées à tort. En droit chinois, cette dernière solution demeure pourtant exceptionnelle en ce qu'elle déroge au mécanisme causal du transfert de propriété consacré par la LDR. En effet, en vertu de ce mécanisme, sans l'accord de son véritable titulaire, aucun transfert du droit réel ne devrait être opéré¹²⁵⁰. Dans la vente, une acquisition faite par un vendeur n'ayant pas le droit de disposer est en principe inefficace¹²⁵¹. Or, la bonne foi des tiers peut remédier à l'absence de droit du titulaire publié¹²⁵². Néanmoins, selon la LDR, la bonne foi du tiers acquéreur ne suffit pas à elle seule à le maintenir dans son acquisition. L'article 106 de cette loi chinoise a édicté deux autres conditions requises. Précisément, il faut que ce tiers acquéreur acquière son droit moyennant une « contrepartie raisonnable » d'une part, et qu'il ait déjà à son tour publié sa propre acquisition par les mesures de publicité appropriées d'autre part. Ces deux conditions, applicables initialement au contrat de vente s'appliquent par analogie à l'acquisition de bonne foi d'autres droits réels. L'exigence d'une contrepartie raisonnable exclut alors la possibilité d'une acquisition *a non domino* à titre gratuit. Si cette dernière exigence permet de renforcer la bonne foi du tiers acquéreur, la publication effectuée par ce dernier le rend véritable titulaire du droit acquis aux yeux des autres. Au travers de cette dernière condition, on s'aperçoit que l'acquisition de bonne foi est instituée en droit chinois dans le souci de préserver la

¹²⁵⁰ En ce sens, on peut même penser que l'adage « *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* » est implicitement adopté par la LDR. Cet adage a été également adopté par la Loi chinoise relative aux droits des contrats à l'article 51. V. *supra*. n° 329-330.

¹²⁵¹ En l'occurrence, ce contrat est frappé d'inefficacité et le transfert de propriété, bien que déjà publié, sera rétroactivement annihilé. V. *supra*. n° 362 et s.

¹²⁵² Les analyses détaillées de la bonne foi d'un acquéreur *a non domino*, v. *infra*. n° 515 et s.

sécurité des transactions, et non seulement pour protéger l'intérêt d'une tierce personne déterminée¹²⁵³.

Cependant, à ces conditions légales, la doctrine majoritaire ajoute une autre condition relative à l'existence et à la validité du « titre d'acquisition », autrement dit le contrat qui emporte cette acquisition, à savoir le contrat de vente. Selon la doctrine majoritaire, la bonne foi doit résider dans le fait qu'un tiers acquéreur s'est mépris sur la qualité du titulaire chez celui avec qui il a traité. Toutes les autres conditions requises à une acquisition valable doivent être réunies. Cela dit, en droit chinois, un titre putatif ne peut jamais permettre à un tiers acquéreur d'être maintenu dans une acquisition *a non domino*. Mais ce titre doit être également exempt d'autres vices que le défaut du droit de disposer chez son auteur. Du fait de cette exigence, si le consentement des parties, en l'occurrence un tiers acquéreur et son auteur non titulaire du droit réel à acquérir, a été affecté d'un vice, bien qu'il soit de bonne foi, aucune acquisition ne pourra être réalisée. Dans ce cas de figure, cet acquéreur peut invoquer l'annulation du contrat avec la possibilité de demander d'être indemnisé du préjudice qu'il a éventuellement subi.

- 450.** Ainsi, la LDR a non seulement consacré le principe de publicité, mais aussi énoncé des dispositions ayant pour objectif de faciliter sa mise en œuvre. En revanche, en matière immobilière, cette loi n'a pas prévu de règles concrètes relatives au processus précis de réalisation de la publicité foncière. Cette lacune doit être comblée par des lois spécifiques¹²⁵⁴.

Conclusion du Chapitre préliminaire

- 451.** En droit chinois, le principe de la publicité a pour but d'une part, d'assurer la sécurité des transactions et d'autre part, de protéger les intérêts légitimes des tiers acquéreurs de bonne foi. Le rôle sécurisant dudit principe résulte en réalité de la notion d'exclusivité de la propriété définie par le droit chinois qui commande un mécanisme dualiste du transfert de propriété.

¹²⁵³ V. plus de précisions sur cette question dans le deuxième titre de cette deuxième partie.

¹²⁵⁴ Très récemment, une nouvelle réglementation (Réglementation provisoire relative au registre foncier, entrée en vigueur le 1 mars 2015) en la matière a vu le jour. Malgré le fait qu'elle puisse encore gagner en précision, cette nouvelle réglementation a pu fournir certaines bases sur lesquelles s'appuyer.

TITRE I.

LA SÉCURISATION DU TITRE PAR LA PUBLICITÉ

452. L'exclusivité de la propriété. En droit français, de même qu'en droit chinois, la propriété est conçue comme un pouvoir exclusif¹²⁵⁵. Cela dit, elle confère à son titulaire un monopole. En outre, par son caractère exclusif, un rapport interpersonnel peut également se dégager de la notion de propriété¹²⁵⁶. Dans l'optique de mettre en œuvre cette exclusivité de la propriété, le propriétaire a la faculté de s'opposer à toute ingérence d'autrui¹²⁵⁷ en ayant recours aux diverses sanctions de la propriété. Dès lors, « [l]'exclusivité protège le propriétaire contre les tiers »¹²⁵⁸.

453. L'exclusivité idéaliste et inconditionnée en droit français. En droit français, cette exclusivité est inconditionnée, en ce que « le droit réel est par principe opposable aux tiers, indépendamment de la connaissance, réelle ou supposée, que ceux-ci en ont ou ont pu en avoir »¹²⁵⁹. Ce concept d'exclusivité semble suffisant pour protéger les droits du propriétaire. Étant conscient du fait qu'une chose ne lui appartient pas, tout le monde est donc tenu de s'abstenir de troubler l'exercice du droit de propriété sur cette chose par son propriétaire. Il n'est même pas besoin de savoir à qui appartient réellement cette chose. On constate que cette exclusivité ainsi présentée s'accorde bien avec le principe du transfert de propriété *solo consensu*, consacré par le Code civil français. Dans la vente, la propriété peut se transmettre parfaitement de l'aliénateur à l'acquéreur par la seule volonté de ces derniers¹²⁶⁰, bien que cette mutation ne soit pas portée à la connaissance des tiers. D'où le caractère idéaliste du système du droit français en la matière. Cependant, dans la pratique, notamment dans les ventes successives, un tel concept d'exclusivité ne permet pas de garantir la sécurité du commerce qui exige une protection certaine des acquéreurs dont l'auteur a cédé le même bien à plusieurs reprises.

¹²⁵⁵ En droit français, l'exclusivité est considérée plutôt comme l'un des caractères du droit de propriété. (Ce point de vue a fait l'objet des critiques formulées par Maud LAROCHE. V. Maud LAROCHE, *Revendication et propriété : Du droit des procédures collectives au droit des biens*, Defrénois, 2007, spéc. n° 206, p. 133). Néanmoins, dans le système juridique chinois, l'exclusivité a une portée beaucoup plus étendue. Il est admis unanimement que tous les droits réels sont exclusifs et absolus.

¹²⁵⁶ Frédéric ZENATI-CASTAING, Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF droit, 2008, p. 193.

¹²⁵⁷ Yves STRICKLER, *Les biens*, PUF, 2006, n° 259, p. 367.

¹²⁵⁸ Frédéric ZENATI-CASTAING, Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF droit, 2008, p. 193.

¹²⁵⁹ Marc LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Économica, 1989, n° 19, p. 25.

¹²⁶⁰ À noter que pour la doctrine majoritaire, cette volonté n'est rien d'autre que celle de s'engager l'un envers l'autre dans un contrat de vente. En revanche, pour ceux qui soutiennent le maintien d'une *traditio* civile, nécessaire au transfert de propriété, il s'agit ici de cette *traditio* fictive.

454. La technique du formalisme, gardienne de la sécurité des transactions. Dans la pratique, comment peut-on assurer la sécurité d'échanges si l'acquéreur n'est pas en mesure de savoir si la personne avec laquelle il contracte est ou non le véritable propriétaire ? C'est justement afin de satisfaire aux besoins du commerce et aux exigences de sécurité des transactions qu'une technique du formalisme s'avère importante. Il s'agit du formalisme de publicité qui a pour finalité d'assurer la publicité de certains faits ou actes qui sont particulièrement utiles à connaître pour les tiers¹²⁶¹. M. Paul Roubier n'a pas hésité à chanter les louanges de cette technique¹²⁶², qui a été considérée par cet auteur comme étant la caractéristique du système juridique allemand en droit des biens¹²⁶³.

455. Le choix du législateur chinois favorable à l'exclusivité pragmatique de la propriété. Sous l'influence du Code civil allemand, le législateur chinois a adopté un concept d'exclusivité distinct de celui qui est consacré par le système juridique français (Chapitre I). Ce faisant, il a fait subordonner l'exclusivité du droit réel à la réalisation d'un certain formalisme afin d'assurer la sécurité des échanges (Chapitre II). La constitution ainsi que la transmission d'un droit réel doivent alors être connues du public pour que ce droit soit opposable à tout le monde. Ce choix est réputé plus pragmatique en ce qu'il permet de marquer avec netteté les modifications d'un droit réel apportées dans les situations juridiques des particuliers. Dès lors, contrairement au droit français, la sécurité du titre de propriété s'incarne en droit chinois dans l'exclusivité du droit de propriété.

¹²⁶¹ Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, 2005, p. 91.

¹²⁶² Selon cet auteur, « ces garanties qu'on cherche dans un système de clarification et de délimitation extérieure des droits sont précisément les plus grands avantages qu'on attend d'un système de légalité, et surtout de la confection d'un Code : ce désir de précision et de certitude dans les droits, qui prévient toutes les compétitions injustifiées, est le principal bénéfice que les particuliers espèrent en retirer ; le besoin d'accéder à un régime où les droits soient bien définis et non douteux est au plus haut degré satisfait par cette réglementation législative, où les formes, les délais et les procédures viennent encadrer l'action des particuliers, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ». V. Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, p. 91. V. aussi René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Édition La Mémoire du droit, 2001, p. 63 et s.

¹²⁶³ « Si le droit français suit assez volontiers une inspiration idéaliste, le droit allemand était plus généralement empreint de formalisme ». V. Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, p. 321.

CHAPITRE I.

LE REJET DE L'EXCLUSIVITÉ DE LA PROPRIÉTÉ INCONDITIONNÉE

456. L'exclusivité, l'essence du droit de propriété. En droit français, la propriété a fait l'objet de nombreuses études¹²⁶⁴. En fonction de chaque définition de la propriété proposée par les auteurs, celle de l'exclusivité peut varier¹²⁶⁵. Cependant, il est unanimement admis qu'elle est une des caractéristiques de la propriété. Au sens général du terme, par l'exclusivité, on comprend que le propriétaire est seul à pouvoir tirer profit de son bien, en d'autres termes ce dernier lui est propre. En le regardant sous cet angle, le caractère exclusif de la propriété permet en effet de fonder, voire de définir la propriété¹²⁶⁶. Ainsi, Pothier a enseigné que le caractère exclusif du droit de propriété pouvait être qualifié d'essence de cette dernière¹²⁶⁷, étant donné que c'est par cette exclusivité qu'une chose nous appartient privativement à tous autres¹²⁶⁸. Encore faut-il savoir si une telle exclusivité est susceptible de se répercuter sur le modèle du transfert de propriété consacré par le Code civil.

457. La concordance de l'exclusivité avec le transfert *solo consensu* de la propriété. Dans la vente en droit français, le transfert de propriété se réalise de manière *solo consensu*. Pour être plus précis, la vente suffit à elle-même pour opérer ce transfert sans

¹²⁶⁴ Parmi les thèses récentes, v. particulièrement : Frédéric ZENATI, *La nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse dactylographiée, Lyon 3, 1981 ; Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris 1, Économica, 2007.

¹²⁶⁵ Par exemple, selon le professeur Frédéric ZENATI, la propriété consiste essentiellement dans un rapport d'exclusivité (Frédéric ZENATI, *La nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse dactylographiée, Lyon 3, 1981, n° 400 et s) ; tandis que quant à M. Frédéric DANOS, l'exclusivisme n'est qu'un caractère objectif de la chose d'être propre. (Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris 1, Économica, 2007, n° 138, et 177, p. 143, 144 et 193.). En outre, il semble envisageable d'attacher le pouvoir de bénéficier de la totalité des utilités du bien au concept d'exclusivité. De cette manière, l'exclusivité révèle non seulement le droit d'exclure, la face externe de la propriété, mais aussi sa face interne : un bénéfice plénier de son bien dont le propriétaire dispose. (V. Maud LAROCHE, *Revendication et propriété : Du droit des procédures collectives au droit des biens*, Defrénois, 2007, spéc. n° 252, p 169).

¹²⁶⁶ La propriété, comme le montre son étymologie, est ce qui m'est propre. V. par exemple, William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 42 et s, p. 84 et s.

¹²⁶⁷ En ce sens, v. aussi Charles AUBRY et Charles-Frédéric RAU, *Cours de Droit civil français*, t.II, 4^e éd., Paris, 1869, n° 190, p° 169-s ; Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Marcel PLANIOL*, t. I, 5^e éd., LGDJ 1950, n° 2715, p. 920. De même, après avoir proposé sa propre définition de la propriété, le professeur Frédéric ZENATI pense également que la propriété consiste essentiellement dans un rapport d'exclusivité. V. Frédéric ZENATI-CASTAING, *La nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse dactylographiée, Lyon 3, 1981.

¹²⁶⁸ *Œuvres de POTHIER, Tome III* Paris, 1844, p. 114 et p. 119.

qu'il ne soit besoin de l'accomplissement d'une formalité quelconque. Ainsi, énonce l'article 1583 du Code civil : « [e]lle (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 »¹²⁶⁹. Mais la lecture de cet article peut nourrir certains doutes au sujet de la notion de propriété.

En effet, les dispositions de l'article 1583 pourraient se lire comme affirmant que selon le Code civil, l'échange des consentements des parties à la vente ne permettrait de réaliser qu'un transfert de propriété *inter partes*, uniquement entre les parties¹²⁷⁰. Un tel point de vue semblait correspondre au principe de l'effet relatif des contrats édicté à l'article 1165 du Code civil, en vertu duquel, « [l]es conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes [...] ». Aux termes de cette disposition, le contrat de vente ne pourrait produire d'effet à l'égard des tiers, les *penitus extranei* qui sont parfaitement étrangers à la vente et aux contractants¹²⁷¹. De ce point de vue, la propriété transférée par le seul accord des consentements serait « imparfaite ». Cette propriété « imparfaite » a deux natures. D'une part, comme Pufendorf l'a expliqué, il s'agit simplement d'une « qualité morale » mais détachée de la possession¹²⁷², c'est-à-dire une propriété de pur droit et dépourvue de pouvoir physique. D'autre part, elle est la « propriété relative »¹²⁷³ en ce qu'elle n'est valable qu'à l'égard de son cocontractant et ne peut donc être opposable aux tiers. Elle ne permet pas, par conséquent, de procurer à son titulaire la plénitude des pouvoirs de la chose, puisque le pouvoir d'exclure manque. Il faudrait alors la remise de la chose pour investir l'acquéreur d'un droit de propriété plein et entier sur cette chose. Il en résulte que c'est toujours par l'accomplissement d'un formalisme (la remise de la chose pour les meubles et la publicité foncière pour les

¹²⁶⁹ V. *supra*. la présentation dudit principe dans la première partie de cette étude, n° 142 et s.

¹²⁷⁰ Les critiques ont été formulées dès le lendemain de l'entrée en vigueur du Code civil. V. J. B. Auguste HUREAUX, « De la transmission de la propriété par actes entre-vifs et des privilèges sur les immeubles, Première étude, De la transmission et de l'acquisition de la propriété par actes entre-vifs », *Rev. prat. dr. fr.*, t. XXXII, Paris : A. MARESCQ AINÉ 1871, n° 53, p. 69 et s ; Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.*, 2000, n° 11, p. 482-483 ; William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 29-2, p. 50-51.

¹²⁷¹ En d'autres termes, le contrat de vente, un acte purement relatif ne devrait pas produire un effet absolu et translatif de propriété. V. Alex WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, thèse Strasbourg, 1938, n° 174, p. 308.

¹²⁷² Samuel von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens, trad.* Jean BARBEYRAC, H. Schelte, 1706, Livre. IV, Chapitre IX, § VI et § VIII, p. 505 et p. 509.

¹²⁷³ William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 29-2, p. 51.

immeubles) que la propriété transférée devient “ parfaite ” et opposable *erga omnes*¹²⁷⁴. Ainsi, une distinction entre la propriété relative et la propriété absolue peut être révélée¹²⁷⁵.

Cependant, il est évident que par l’absence de caractère exclusif, l’essence même de la propriété, la propriété « relative » laisse apparaître un illogisme. Ni la doctrine, ni la jurisprudence n’ont négligé de le dévoiler¹²⁷⁶. Elle est par conséquent privée de tout sens. L’idée d’une propriété qui ne peut conférer un pouvoir exclusif doit être écartée d’un système juridique scrupuleusement élaboré. C’est pour cette raison qu’en droit français, il est aujourd’hui admis à l’unanimité que la propriété transférée *solo consensu* est immédiatement parfaite, c’est-à-dire opposable aux tiers¹²⁷⁷. La disposition de l’article 1165, en énonçant que « [l]es conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes [...] », ne prévoit qu’une règle selon laquelle : l’effet obligatoire du contrat est limité aux seules parties¹²⁷⁸. Par conséquent, on peut uniquement déduire de cette disposition que les tiers non-contractants ne sont pas tenus d’exécuter les engagements nés du contrat. Or, cela ne veut aucunement dire qu’il leur est permis de méconnaître l’existence du contrat ainsi que la situation de fait et de droit qui en résulte. Au contraire, ils doivent les respecter. Voici le principe général d’opposabilité du

¹²⁷⁴ M. FOURNIER a avancé cette même idée, en expliquant que « [l]a constitution définitive d’un droit doté de sa pleine vigueur repose ainsi sur la décomposition de sa genèse en deux étapes : dans un premier temps où le consensualisme seul intervient, le droit sera constitué *inter partes* en observant les conditions de validité requises à cette fin ; puis, en une seconde étape, il sera fait appel au formalisme, unique garant de l’opposabilité aux tiers du droit ainsi créé ». V. Alain FOURNIER, « Publicité foncière », *Rép. civ. Dalloz* 2014, n° 4.

¹²⁷⁵ William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 29-2, p. 51.

¹²⁷⁶ Cet illogisme a été révélé par les auteurs français, en disant que « [o]n est propriétaire à l’égard de tous, ou on ne l’est pas ». V. par exemple, Jean-Pascal CHAZAL, Serge VICENTE, « Le transfert de propriété par l’effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.*, 2000, n° 6, p. 480. La jurisprudence ne l’a pas non plus ignoré. V. Cass. civ., 22 juin 1864, *DP*, 1864, I, 412 ; S. 1864, I, 349. (L’arrêt cité par DIMA EI RAJAB, *L’opposabilité des droits contractuels, Étude de droit comparé français et libanais*, thèse Paris II, 2013, p. 250-251. Thèse consultée sur le site : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/21d67c18-b2d8-4478-87fe-d8d0f89873ac>.)

¹²⁷⁷ Par exemple, AUBRY et RAU ont clairement enseigné que dès la perfection du contrat de vente, la propriété de la chose vendue « est, en général, transmise à l’acquéreur, même à l’égard des tiers, par le seul effet du contrat ». Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, D’après la méthode de Zachariae*, Tome IV, 4^e éd., Paris, 1871, § 349, p. 340. V. aussi Henri DUGAS, *Étude sur la publicité des transmissions de propriétés des biens mobiliers*, thèse Paris, 1902, p. 20. Selon ce dernier auteur, en matière mobilière, le principe (posé par l’article 1138 du Code civil) est donc celui de la clandestinité des transmissions mobilières même à l’égard des tiers.

¹²⁷⁸ V. par exemple, Alex WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, thèse Strasbourg, 1938, n° 78 et s, p. 141 et s ; José DUCLOS, *L’opposabilité, Essai d’une théorie générale*, thèse Rennes I, LGDJ 1983, n° 27-2, p. 51-52 ; Marc LEVIS, *L’opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, *Économica*, 1989, p. 12 ; William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 138 et s, p. 266 et s.

contrat aux tiers¹²⁷⁹. L'effet réel de transfert de propriété né des contrats dits « translatifs » peut venir corroborer un tel principe¹²⁸⁰ : la propriété transmise par cet effet réel est non seulement parfaite, mais aussi absolue, c'est-à-dire opposable à tous, et ce même sans être publiquement extériorisée. Dès lors, aucune discordance ne subsiste entre le principe du transfert *solo consensu* de la propriété et son exclusivité.

458. L'opposabilité du transfert de propriété indépendamment de tout formalisme.

Eu égard au principe du transfert de propriété *solo consensu* consacré par le Code civil français, dans la vente, dès la conclusion du contrat, la propriété peut être transmise immédiatement à l'acquéreur. C'est justement à ce moment-là que le nouveau propriétaire commence à se prévaloir du pouvoir d'exclure conféré par l'exclusivité de sa propriété. Aussitôt, le droit de propriété du nouveau propriétaire ne doit pas, par principe, être troublé par autrui, y compris l'auteur de cette transmission. Ainsi, mettant en œuvre une exclusivité inconditionnée de la propriété, l'opposabilité du transfert de propriété en droit français est principalement indépendante de la publicité de ce transfert.

459. Or, si d'un point de vue théorique, une telle exclusivité inconditionnée semble suffisante à la protection du droit de propriété à l'égard de l'acquéreur à la vente, notamment lorsque celle-ci est *a domino* (Section I), en pratique, elle s'avère perfectible pour assurer la sécurité des transactions et ce notamment en cas de ventes successives (Section II). Dans cette dernière hypothèse, un acquéreur successif de bonne foi risque d'être victime d'une apparence trompeuse créée par son vendeur qui a pourtant déjà cédé le même bien à une autre personne. D'où la nécessité d'établir l'ordre de règlement du conflit entre les acquéreurs successifs grâce à la technique du formalisme.

¹²⁷⁹ Un tel principe est accepté unanimement par la doctrine ainsi que la jurisprudence en droit français. V. Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey Université, n° 432, p. 408, *spéc* note n° 2. En même temps, selon l'arrêt de principe rendu le 22 octobre 1991 par la Cour de cassation, « s'ils ne peuvent être constitués ni débiteur, ni créancier, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat ». V. Cass. com., 22 octobre 1991, *Bull. civ.* IV, n° 302. Cependant, sans doute sous l'influence du système allemand, M. Robert WINTGEN exprime son désaccord avec ce principe. V. Robert WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité, les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, thèse Paris I, LGDJ 2004.

¹²⁸⁰ V. José DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, thèse Rennes I, LGDJ, 1983 n° 291, p. 322. Selon cet auteur, « [l]e Code civil ignore la publicité des aliénations et des constitutions de droits réels immobiliers à titre onéreux. Cette lacune, due à la résistance des propriétaires terriens et des praticiens, se justifiait selon certains juristes d'alors par le principe nouveau de 'l'effet réel' des contrats ; alors que celui-ci aurait dû, en vérité, justifier une meilleure information du public ». V. aussi Michelle GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », in *Études offertes à Jacques FLOUR*, Defrénois, 1979, p. 207 et s.

SECTION I.

LA PROTECTION IDÉALISTE DE L'ACQUÉREUR A DOMINO

- 460. La protection du propriétaire inhérente à l'exclusivité.** Pour pouvoir user et disposer librement de son bien, le propriétaire doit pouvoir s'opposer à toute immixtion des tiers et leur interdire de s'en servir¹²⁸¹. Cette interdiction se traduit par l'inviolabilité de son droit de propriété et concrètement, par l'exclusion des tiers vis-à-vis de son bien. L'exclusion des tiers se manifeste en droit français par la notion d'opposabilité *erga omnes*¹²⁸² qui constitue une protection efficace à l'égard du propriétaire.
- 461. L'opposabilité *erga omnes* de la propriété, la mise en œuvre de son exclusivité.** « Être opposable, c'est, dit-on, être susceptible de se dresser face à autre chose comme une réalité secourable ou néfaste »¹²⁸³. José Duclos regarde l'opposabilité comme le rayonnement indirect d'un élément juridique vers les tiers¹²⁸⁴. En ce qui concerne la propriété, son opposabilité est absolue, c'est-à-dire qu'elle est opposable à tous. En fait, cette opposabilité *erga omnes* de la propriété et son exclusivité entretiennent des rapports particulièrement étroits. D'une part, dire que la propriété est exclusive signifie bien qu'elle est opposable à tous. L'exclusivité sert donc de cause à l'opposabilité. D'autre part, l'opposabilité *erga omnes* est en réalité le corolaire de l'exclusivité de la propriété, la mise en œuvre de cette dernière. Autrement dit, en tant que moyen de défense¹²⁸⁵, elle permet au propriétaire de se protéger de toute atteinte portée par les tiers qui viendraient soit contester son droit, soit s'emparer indûment de son bien. Pour cela le propriétaire dispose en outre de diverses actions en justice¹²⁸⁶. Ainsi, M. Marc Levis a eu raison de pressentir que l'opposabilité du droit réel « s'exprime dans le

¹²⁸¹ Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSCHI, Sylvie CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2^e éd., LGDJ 2010, n° 95, p. 109 ; William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 42, p. 84.

¹²⁸² V. Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris 1, Economica, 2007, n° 177, p. 193.

¹²⁸³ Simone CALASTRENG, *La relativité des conventions, Étude de l'article 1165 du Code civil*, thèse Toulouse, Librairie du recueil Sirey, 1939, p. 21.

¹²⁸⁴ (*ibid.*, n° 4, p. 26). V. José DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, thèse Paris, LGDJ 1984, n° 2-1, p. 22.

¹²⁸⁵ V. la définition de l'opposabilité extraite de *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, LeRebert, 2009.

¹²⁸⁶ Selon le professeur ZENATI, parmi ces actions, la revendication puise directement son fondement dans le caractère exclusif de la propriété, tout en permettant au propriétaire de recouvrer tous ses droits exclusifs dont il dispose sur son bien. V. Frédéric ZENATI, *La nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse dactylographiée, Lyon 3, 1981, n° 402, p. 545.

régime de sa sanction »¹²⁸⁷. Cette opposabilité du droit de propriété fournit au propriétaire une protection renforcée qu'il faut analyser de près.

462. La supériorité de l'opposabilité de la propriété. Si l'exclusivité est l'essence du droit de propriété, voire du droit réel, le droit personnel est en revanche caractérisé par la concurrence¹²⁸⁸. En effet, contrairement à l'exclusivité, l'opposabilité même « absolue » (c'est-à-dire *erga omnes*) « s'impose comme un trait commun des droits personnels et réels »¹²⁸⁹. Cela est d'autant plus vrai que cette opposabilité pourrait être traduite par un devoir général et commun de respecter les droits d'autrui, imposé à tous les membres de la Société. C'est ainsi que Demolombe, un des partisans de la distinction du droit réel et du droit personnel, a professé. De ce point de vue, « le droit personnel est aussi absolu que le droit réel. La puissance publique garantit, en effet, à chacun tous les droits qui lui appartiennent, ses droits personnels de créances aussi bien que ses droits réels de propriété ou autres »¹²⁹⁰. Étant commune à tous les droits, une telle opposabilité devient naturellement inhérente à la notion de droit subjectif¹²⁹¹. De cette manière, il n'est plus opportun de distinguer le droit réel du droit personnel en fonction de leur caractère absolu ou relatif¹²⁹², comme la doctrine classique l'a fait. D'où la tendance doctrinale de l'assimilation du droit réel au droit personnel¹²⁹³.

¹²⁸⁷ Marc LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Économica, 1989, n° 12, p. 21.

¹²⁸⁸ Dans l'exemple d'un droit de créance, le fait d'être engagé envers un créancier n'interdit pas par principe au même débiteur de s'engager de la même manière au profit d'un second créancier, sauf en présence d'une clause de non-concurrence. V. les explications de M. DROSS. William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, *spéc.*, n° 42-2, p. 85. (*Contra.*, Christian LARROUMET, *Droit civil, Tome II, Les biens : Droits réels principaux*, 5^e éd., Économica 2006, n° 197, p. 104 ; Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSCHI, Sylvie CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2^e éd., LGDJ 2010, n° 95, p. 109 ; Muriel FABRE MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.*, 1997, n° 3 et s, p. 585 et s).

¹²⁸⁹ William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 138-3, p. 267. V. aussi par exemple, Simone CALASTRENG, *La relativité des conventions, Étude de l'article 1165 du Code civil*, thèse Toulouse, Librairie du recueil Sirey, 1939, *spéc.*, p. 404, 405 et 407 ; Samuel GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, 1960, p. 83 et 84.

¹²⁹⁰ Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Tome IX, Traité de la distinction des biens; De la propriété; De l'usufruit de l'usage et de l'habitation*, 3^e éd., Auguste Durant et L. Hachette et C^{ie}, 1866, n° 464, p. 336.

¹²⁹¹ V. José DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, thèse Paris, LGDJ 1984, n° 141 et s, p. 171 et s. V. aussi Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, Muriel FABRE MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ 1994, n° 197, p. 147 ; Frédéric ZENATI, *La nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse dactylographiée, Lyon 3, 1981.

¹²⁹² René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Édition la Mémoire du droit, 2001, p. 405 et s.

¹²⁹³ Cette assimilation a été menée par deux courants doctrinaux : l'un dit personnaliste et l'autre, réaliste. Selon le premier, le droit réel est défini comme une obligation passive universelle. V. Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 6^e éd., LGDJ 1911 ; Henri MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, thèse Paris, 1900. À l'inverse, en vertu des théories réalistes, bien que

.../...

Une telle tendance a fait l'objet de vives critiques en doctrine. Par exemple, Louis Rigaud, dans son éminente thèse consacrée à la notion de droit réel, a proposé de distinguer ces deux catégories du droit subjectif par leur aspect interne, et ce malgré leur commun aspect externe¹²⁹⁴. Même si à l'égard de leur rapport juridique externe, une opposabilité *erga omnes* semblait s'appliquer à tous les droits subjectifs, peu important leur nature réelle ou personnelle, il serait pourtant impertinent d'assimiler l'opposabilité de la propriété à celle du droit personnel. La première, découlant directement de l'exclusivité de la propriété, ne devrait pas être simplement réduite à un devoir général de respecter les droits d'autrui¹²⁹⁵. Elle participe de la notion de propriété et par conséquent présente certaines spécificités dans son régime. Ces dernières tiennent à la fois au caractère automatique de l'opposabilité de la propriété et à la mise en œuvre systématique des sanctions en nature. Par ces spécificités, une protection plus efficace du propriétaire peut être assurée. D'où la supériorité de la protection du propriétaire, qui résulte en effet de « la supériorité naturelle du droit réel sur le droit personnel »¹²⁹⁶, ce qui permet de les analyser l'une après l'autre.

463. Le caractère automatique de l'opposabilité de la propriété. En premier lieu, l'opposabilité de la propriété est « automatique »¹²⁹⁷. L'existence du droit de propriété constitue la seule et unique condition de son exclusivité. Une fois que le propriétaire

le droit personnel soit un droit contre la personne, il se réalise en définitive sur son patrimoine. Il est donc en réalité le droit de gage général. V. par exemple, Raymond SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, rééd. de 1914, La Mémoire du Droit, 2001. V. *supra*. n° 202 et s.

¹²⁹⁴ Selon cet auteur, le droit réel porte directement et immédiatement sur une chose, individuellement déterminée dont il permet de retirer, sans avoir recours à l'intermédiaire d'une personne obligée, l'utilité légale totale ou partielle, et qui exige de tous un respect égal, mais purement passif. Néanmoins, le droit personnel existe contre une personne déterminée et il l'oblige à accomplir une prestation qui peut consister à donner, à faire, ou à ne pas faire, et que dans l'ordre ordinaire des choses, personne ne doit à personne. V. Louis RIGAUD, *Le droit réel, Histoire et théories, Son origine institutionnelle*, Toulouse, Nauze, 1912, p. 116.

¹²⁹⁵ M. Marc LEVIS parle à juste titre d'une distinction entre l'exclusivité, caractéristique dominante du droit subjectif et l'exclusivisme du droit réel. En réalité, la première notion mentionnée par ledit auteur correspond à l'opposabilité du droit subjectif, qui n'est que la traduction du devoir général de respecter les droits d'autrui. Sa violation entraîne la responsabilité civile de son auteur. En revanche, l'exclusivisme du droit réel doit être entendu en un sens différent en ce qu'il permet de caractériser un régime de sanction propre au droit réel. V. Marc LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Economica, 1989, n° 15-17, p. 23-24. Dans un sens similaire, M. Frédéric DANOS distingue l'opposabilité substantielle de l'opposabilité simple. L'une est inhérente au pouvoir d'exclure de la propriété mais l'autre signifie simplement l'existence d'un fait à l'égard des tiers qui devra être pris en compte « dans le présupposé d'une règle juridique extérieure ». V. Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris 1, Economica, 2007, n° 180 et n° 182, p. 195 et 197.

¹²⁹⁶ Jean-Baptiste GRISONI, *Les conceptions française et suisse de la publicité foncière et leurs effets*, thèse Lausanne, 1990, n° 152, p. 229 et 230.

¹²⁹⁷ William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 139, 140 et 140-1, p. 268, 269, 271 et 272.

apporte la preuve de sa qualité, cette opposabilité est acquise d'emblée. Le propriétaire peut alors exiger de celui qui vient le troubler dans l'exercice de son droit la cessation immédiate du trouble. En outre, puisque cette exclusivité n'est tributaire d'aucun formalisme, le déclenchement de l'opposabilité de la propriété ne nécessite pas que le titulaire en révèle l'existence au public. En effet, une telle opposabilité est fondée sur la connaissance « réputée »¹²⁹⁸ de l'existence du droit de propriété d'autrui. À ce sujet, les auteurs ont argumenté de la manière suivante : d'une part, tout le monde est censé connaître l'étendue exacte de ses propres biens, et d'autre part, de nos jours, les biens existants, notamment les choses corporelles, sont presque tous appropriés, et les *res nullius* (chose sans maître) sont exceptionnelles. Tout ce qui n'est pas à moi appartient donc nécessairement à autrui. De ces deux constatations, il ressort que personne ne saurait exciper de son ignorance des droits existant sur un bien pour y porter atteinte¹²⁹⁹. Néanmoins, l'opposabilité du droit personnel n'est pas dotée du caractère automatique. M. Dross a expliqué qu'« il ne suffit pas en effet d'établir l'existence du droit personnel pour le rendre opposable aux tiers : encore faut-il prouver que ceux-ci en avaient connaissance et même davantage, qu'ils ont eu la volonté de faire obstacle à son exercice [...] »¹³⁰⁰. Une telle différence provient du fait que l'automatisme de cette opposabilité de la propriété résulte directement du caractère idéaliste de l'exclusivité et la sépare d'un simple devoir général de respecter les droits d'autrui. Cette règle ne fait pas l'objet d'altération, même lors que le bien sûr lequel la propriété porte passe d'une main à une autre.

464. L'opposabilité automatique de la propriété et le transfert de propriété *solo consensu*. Comme l'on vient de le mentionner, en droit français le principe du transfert de propriété *solo consensu* est en parfaite concordance avec l'exclusivité dite idéaliste de la propriété. En outre, aux termes de ces deux règles, le transfert de propriété réalisé par la seule volonté des parties dès la conclusion d'un contrat de vente ne véhicule aucun incident sur l'opposabilité automatique de la propriété portant sur le bien vendu.

¹²⁹⁸ Selon M. José DUCLOS, une telle connaissance est « réputée » en ce que les tiers intéressés auraient au moins pu connaître l'existence du droit car ils ont, en règle générale, le devoir de s'informer. Par conséquent, il n'y a pas lieu de rechercher s'ils ont été réellement informés car leur ignorance ne constitue donc pas un moyen de défense. V. José DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, n° 245 et s, p. 281 et s.

¹²⁹⁹ V. par exemple Simone CALASTRENG, *La relativité des conventions, Étude de l'article 1165 du Code civil*, thèse Toulouse, Librairie du recueil Sirey, 1939, p. 404 et 405 ; Samuel GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, 1960, n° 33, p. 83 et 84 ; William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 140, p. 272.

¹³⁰⁰ William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 139, p. 268.

Le changement de propriétaire ne modifie alors pas le fondement de l'automatisme de ladite opposabilité : peu importe qui est le titulaire, si le bien ne m'appartient pas, je dois m'abstenir de m'en emparer. Dès la réalisation de cette transmission, relayant immédiatement son aliénateur, le nouveau propriétaire bénéficie aussitôt du même droit que celui-ci, c'est-à-dire la totalité des prérogatives portant sur ce bien. Cela, bien sûr, à condition que cette vente ne soit pas affectée de vices. En plus de cette opposabilité automatique de la propriété, lorsque son droit de propriété est troublé du fait de l'atteinte portée par un tiers, l'acquéreur peut invoquer systématiquement une sanction en nature. Voici le deuxième aspect de la supériorité de la protection de propriété.

465. La mise en œuvre systématique des sanctions en nature. En second lieu, l'exclusivité de la propriété marque d'autres spécificités qui tiennent soit à la nature de la sanction de propriété, soit aux modalités par lesquelles cette sanction peut être mise en place (appliquée)¹³⁰¹. D'une part, la sanction de propriété est obligatoirement en nature. Elle consiste en effet dans le rétablissement du droit lésé dans son état antérieur à l'atteinte. Ce faisant, le propriétaire peut demander la cessation du trouble et la restitution en nature du bien. D'autre part, pour invoquer une telle sanction, l'existence de l'atteinte suffit. Il n'y a pas besoin de prendre en compte l'appréciation du comportement des auteurs des atteintes, ni du préjudice subi¹³⁰². Ces deux derniers critères sont en revanche requis afin d'engendrer une responsabilité civile. Il convient ici de préciser la signification de l'atteinte à la propriété. « L'atteinte à un droit est constituée par toute prétention ou tout acte de nature à contredire ce droit : elle implique à l'égard de celui-ci une prétention rivale, une contestation, au moins partielle »¹³⁰³. Le comportement de la personne qui porte atteinte au droit de propriété du titulaire est alors réputé répréhensible. En même temps, la notion d'atteinte en droit réel peut être dissociée de celle de dommage. En ce sens, M. Marc Levis a constaté à juste titre que « certains agissements, notamment certaines constructions, ne causent aucun préjudice

¹³⁰¹ À cet égard, M. Marc LEVIS a expliqué avec justesse que l'exclusivité de droit réel exprime le caractère obligatoire et inconditionné de la sanction en nature des droits réels et par conséquent, elle s'oppose au régime de la responsabilité civile sur trois points : la sanction, l'existence d'un préjudice, l'appréciation du comportement à l'origine du trouble ». V. Marc LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Économica, 1989, n° 17, p. 24.

¹³⁰² V. Marc LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Économica, 1989, n°21, p. 27.

¹³⁰³ À l'origine, cette notion technique de l'atteinte est dégagée de la jurisprudence rendue en matière de protection possessoire. V. Rapp. Civ. 19 octobre 1964, *JCP*. 1965.II.14063 : « Un propriétaire ne peut agir au pétitoire que lorsqu'une autre personne se prétend titulaire, sur son bien, d'un droit réel rival ». Quant à M. Marc LEVIS, il est non seulement possible mais aussi légitime d'étendre cette notion à la protection des droits réels, même pétitoires. Marc LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Économica, 1989, n° 23, p. 27 et 28.

au propriétaire du fond, et peut même lui procurer un avantage. Mais cela n'empêche pas de constituer une contradiction à son droit, et est considéré comme une atteinte »¹³⁰⁴. De ces deux spécificités il en ressort que la mise en œuvre de la sanction de propriété est en effet systématique. Par rapport au régime de la responsabilité civile, la protection du droit de propriété est donc plus avantageuse.

466. Ainsi, basée sur une exclusivité idéaliste, la protection de la propriété en droit français n'est soumise à aucune condition de formalité. En fait, le droit du propriétaire est automatiquement opposable à tous. Cette opposabilité peut être fondée sur une connaissance réputée des tiers sur l'existence du droit d'autrui sur les biens. Théoriquement, une telle protection semble suffisante pour le propriétaire. Cependant, le concept idéaliste d'exclusivité de la propriété n'est pas dépourvu de failles. Elle permet peut-être d'assurer une sécurité statique, mais elle n'est que perfectible vis-à-vis de l'exigence de sécurité dynamique des transactions.

SECTION II.

UNE SÉCURITÉ PERFECTIBLE EN CAS DE VENTES SUCCESSIVES

467. **La relative faiblesse du concept idéaliste d'exclusivité.** En droit français, par l'exclusivité de la propriété, le propriétaire peut avoir la faculté d'exclure toute personne des utilités de son bien. Cette faculté d'exclure n'est soumise à aucune mesure de publicité, et est donc inconditionnée. La propriété est, par conséquent, automatiquement opposable *erga omnes*. Ce concept idéaliste d'exclusivité de la propriété ne devrait pas être ébranlé même à l'occasion de transactions. C'est le cas en droit français, du moins d'un point de vue théorique. D'une part, le mécanisme moniste du transfert de propriété consacré par le Code civil n'a pas imposé de condition supplémentaire et compromettante à une telle exclusivité. D'autre part, il est vrai que savoir ou non quel est le véritable titulaire du droit de propriété ne change rien à sa protection. Peu importe qui est propriétaire, le droit de ce dernier doit être respecté inconditionnellement par tout le monde. Dès lors, les acquéreurs semblent suffisamment protégés.

Cependant, dans la pratique, la sécurité dynamique des transactions exige constamment la révélation aux tiers de la véritable situation juridique du bien qui est l'objet d'une acquisition à défaut de laquelle les acquéreurs courent de grands risques

¹³⁰⁴ Marc LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Economica, 1989, n°21, p. 27.

dont celui d'être trompés en contractant avec un non propriétaire. Or, ni l'exclusivité idéaliste de la propriété, ni le mécanisme consensuel du transfert de propriété ne leur fournit de moyen de les en informer, puisqu'aucune de ces deux règles n'est subordonnée à l'extériorisation publique. D'où la relative faiblesse d'un tel concept d'exclusivité¹³⁰⁵. De cette manière, les acquéreurs sont alors obligés de recourir à certains faits, ou même à une certaine apparence afin d'en déduire la qualité de propriétaire de leur cocontractant. Malheureusement, l'apparence est souvent trompeuse. Tel est le cas des ventes successives. Ayant vendu le même bien au premier acquéreur, la détention de ce bien au profit du vendeur pourrait conduire à en apparaître comme le propriétaire légitime. Si ce vendeur peu scrupuleux le revend à un deuxième acquéreur, ce dernier est donc dans l'impossibilité de deviner l'existence de la première vente. Il pourrait alors prêter foi à la fausse apparence, confiant qu'il l'a acquis du *verus dominus*. Cette erreur sur la véritable situation juridique du bien à acquérir peut être préjudiciable aux acquéreurs voire constituer une menace contre la sécurité des transactions.

468. Le risque d'insécurité des transactions. En fait, la seconde acquisition n'est qu'*a non domino*, car la propriété du bien en question a été transférée au premier acquéreur par la première vente, bien que la livraison n'ait pas encore été faite. Ainsi, la maxime dit : *prior tempore, potior jure*. C'est pour cette raison que le deuxième acquéreur ne pouvait être investi du droit de propriété, étant donné que « *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* ». Une telle solution vient confirmer l'exclusivité de la propriété du premier acquéreur. En revanche, du côté du deuxième acquéreur, dans l'impossibilité de faire valoir le droit de propriété du bien cédé, il devrait se contenter de dommages et intérêts. En l'occurrence, il pourrait soit engager une action en garantie d'éviction sous le visa des articles 1626 et suivants du Code civil¹³⁰⁶, soit invoquer la

¹³⁰⁵ Par exemple, en matière immobilière, José DUCLOS a expliqué en ce sens qu'« en raison de l'opposabilité d'emblée des droits réels, assortie des droits de suite et de préférence, les individus hésiteraient à contracter s'ils n'avaient pas la possibilité de connaître avec précision la situation des immeubles objets de leurs conventions. À cet égard, la connaissance naturelle des droits réels par les tiers, sur laquelle leur opposabilité d'emblée se fonde en grande partie, est insuffisante et même souvent inopérante en la matière ». V. José DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, thèse Paris, LGDJ 1984, n° 290, p. 320.

¹³⁰⁶ Aux termes de cet article, « [...] le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente ». En même temps, puisque la vente *a non domino* peut être regardée comme une vente de la chose d'autrui, elle est frappée d'une nullité relative. Cela dit, l'acquéreur pourrait également invoquer cette nullité.

nullité de la vente assortie de dommages et intérêts¹³⁰⁷. Les séquelles qu'il a subies ont pu en outre rejaillir sur son sous-acquéreur lorsqu'il lui a revendu le même bien, car la vente consentie entre eux est également devenue *a non domino*¹³⁰⁸. En conséquence, l'ordre du marché économique risque d'être bouleversé. Toutefois, il convient de signaler ici que les intérêts de ce deuxième acquéreur ainsi que de son sous-acquéreur sont tout à fait légitimes et par conséquent, méritent une protection.

469. L'intérêt légitime des acquéreurs successifs de bonne foi. Dans sa thèse consacrée à la théorie générale de l'opposabilité, M. José Duclos a reconnu que pour opposer un droit, la personne à être opposée devait préalablement connaître son existence. Dans les ventes successives, c'est l'exclusivité inconditionnée de la propriété combinée à la mutation purement occulte qui est à l'origine de l'ignorance des acquéreurs successifs de bonne foi par rapport à la fausse qualité de propriétaire de son auteur. De la sorte, ils ne devraient pas se voir opposer le droit de propriété du premier acquéreur dont ils n'étaient pas en mesure de connaître l'existence¹³⁰⁹. Dès lors, dans de telles circonstances, il s'avère nécessaire de suppléer l'opposabilité automatique du droit de propriété par une opposabilité tribulaire de la publicité. Cette démarche se borne à régler le conflit entre les acquéreurs successifs du même vendeur, autrement dit entre ses ayants-cause à titre particulier, afin de protéger les acquéreurs successifs de bonne foi et de préserver la sécurité juridique dans les transactions.

470. Le recours exceptionnel à l'opposabilité tribulaire de la publicité dans les conflits de droits. Dans le système juridique français, la propriété transférée à un nouvel acquéreur par contrat de vente est par principe automatiquement opposable à l'égard de tous. Du fait de cette opposabilité automatique, le conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même bien devrait être résolu par la considération de la chronologie de leurs contrats. La préférence serait donc donnée à celui qui a acquis son droit le premier en date. À côté de ses nombreux avantages, ce modèle du transfert de propriété présente un défaut qui tient au fait qu'il ne facilite pas la révélation publique

¹³⁰⁷ Aux termes de l'article 1599 du Code civil, « [l]a vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui ».

¹³⁰⁸ Cela en vertu de l'adage : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. V. Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 362, p. 381.

¹³⁰⁹ Selon le principe central de la mise en œuvre de l'opposabilité, « le tiers ne peut se voir opposer un fait, un acte, un droit ou une situation dont il était incapable de connaître l'existence au moment de son action ». V. José DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, n° 287, p. 319. V dans le même sens, Itsuyo TAKIZAWA, « La publicité foncière française : le pourquoi de sa difficulté », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004, p. 377, *spéc.*, p. 395.

du véritable statut du bien, objet de la transaction. Cette révélation, comme on vient de l'expliquer, s'avère pourtant indispensable à la circulation des biens et ce d'autant plus qu'elle constitue une condition à la mise en œuvre de l'opposabilité à l'égard des acquéreurs successifs du même vendeur. Aux fins de protéger l'intérêt légitime de ceux-ci qui se fient aux apparences matérielles et de dissiper le chaos suscité par les ventes successives, le système juridique français recourt exceptionnellement à certaines mesures de publicité : la possession pour les meubles et la publicité foncière pour les immeubles¹³¹⁰. Le règlement des conflits de droits immobiliers concurrents entre ces acquéreurs ainsi définis fut établi par le Décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière¹³¹¹ et par l'article 1141 du Code civil¹³¹² en matière mobilière. Par le jeu de ces mesures, les acquéreurs, pour qu'ils puissent se prévaloir de l'exclusivité de la propriété contre d'autres acquéreurs du même vendeur, sont tenus de procéder à l'extériorisation de leur droit acquis. Ainsi, contrairement au principe du droit commun selon lequel l'opposabilité de la propriété transférée est automatique et inconditionnée, devant les conflits de droits entre les acquéreurs successifs, l'opposabilité de la propriété transférée est subordonnée à la publicité¹³¹³. Comment fonctionne alors une telle règle de conflit de droits ?

¹³¹⁰ La question concernant la possession comme une mesure de publicité divise la doctrine française. Pour certains auteurs, par exemple José DUCLOS, il serait douteux que les rédacteurs du Code civil, peu soucieux en général de la publicité des actes juridiques, aient vu en la possession visée par l'article 1141 une source d'information du tiers. V. José DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, thèse Paris, LGDJ 1984, n° 252, p. 286. Cependant, la possession peut toujours être regardée comme une forme de publicité à l'état brut. V. William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 34, p. 63.

¹³¹¹ Aux termes de l'article 30-1 de ce Décret, « Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1° de l'article 28 sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou qui ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques. Ils sont également inopposables, s'ils ont été publiés, lorsque les actes, décisions, privilèges ou hypothèques, invoqués par ces tiers, ont été antérieurement publiés ». Il semble qu'une telle solution pourrait remonter jusqu'à la Loi du 11 brumaire an VII. Cette loi faisait de l'accomplissement de la formalité de publicité la condition de l'opposabilité des actes aux tiers. Ces derniers ont été définis comme titulaires de droit soumis à la publicité et les ayant publiés. Cette même solution était ensuite reprise par la Loi du 23 mars 1855. V. Michelle GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », in *Études offertes à Jacques FLOUR*, Defrénois, 1979, p. 208 ; William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 32-2, p. 58.

¹³¹² L'article 1141 du Code civil a disposé que « [s]i la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi ».

¹³¹³ Jean-Luc AUBERT a mis en avant « le rôle relativement inusité » de la publicité foncière en droit français. Selon cet auteur, « la publicité foncière réalise une sécurité juridique en effaçant *a priori* le principe d'opposabilité des contrats aux tiers : elle permet à ceux-ci de ne pas tenir compte des contrats qui n'ont pas été soumis aux formalités ». Jean-Luc AUBERT, « Le droit de disposer de l'immeuble », in *Études*

.../...

471. Le fonctionnement de cette règle de conflit soumise à la publicité. Dans le système du droit français, la mise en œuvre de la publicité a pour but essentiel de faire connaître au public la construction ou la transmission du droit de propriété. Elle informe les tiers du nouveau propriétaire d'un bien après une aliénation. Cependant, lors de conflits de droits, elle sert à déterminer lequel des droits des acquéreurs successifs d'un même bien peut être opposable aux autres, en vertu du principe selon lequel l'acquéreur ayant préférence serait celui qui s'affiche le premier aux yeux de tout le monde comme propriétaire de ce bien¹³¹⁴. En revanche, si aucun de ces acquéreurs n'a effectué la publicité, cette règle de conflit ne peut être applicable, étant donné que personne ne peut être propriétaire aux yeux des autres¹³¹⁵. D'un tel fonctionnement, il apparaît que la publicité revêt un double rôle. À l'égard de tous, elle remplit une fonction probatoire tout en constituant un mode d'acquisition au profit de l'un des ayants cause à titre particulier du vendeur¹³¹⁶, plus précisément, celui qui a publié son titre en premier. Dès lors, le conflit entre deux acquéreurs successifs est tranché en fonction de la chronologie des publicités. Autrement dit, au lieu d'attribuer la préférence à l'acquéreur qui a conclu le contrat de vente le premier, l'emporte cette fois-ci celui qui a effectué la publicité en premier. Si par sa propre négligence le premier acquéreur en date n'a pas respecté la formalité de publicité, son droit de propriété non publié ne peut donc être opposable à l'égard de ses concurrents définis par la loi. Il sera sanctionné par l'inopposabilité, voire subira finalement la déchéance du droit acquis. Il est important de noter qu'une telle opposabilité de la propriété conditionnée par la publicité ne constitue qu'une exception au droit commun et son application reste, par conséquent, très limitée.

472. L'application restreinte de l'opposabilité tributaire de la publicité. Du fait de sa finalité visant à régler le conflit de droits incompatibles sur le même bien, l'opposabilité de la propriété subordonnée à la publicité a une application très restreinte. En effet, elle

offertes à Jacques FLOUR, n° 24, p. 20 ; v aussi Jean-Baptiste GRISONI, *Les conceptions française et suisse de la publicité foncière et leurs effets*, thèse Lausanne, 1990, n° 150, p. 225.

¹³¹⁴ En matière immobilière par exemple, selon le principe de priorité par le rang de la propriété, la première personne ayant acquis par publicité peut devenir acquéreur du droit. V. Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD, Philippe JESTAZ, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Sirey 1987, n° 764, p. ; Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^e éd., n° 477 et s, p. 442 et s ; Itsuyo TAKIZAWA, « La publicité foncière française : le pourquoi de sa difficulté », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004, p. 398. V. aussi William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 32-n° 34-3, p. 57 et s.

¹³¹⁵ Dans ce cas de figure, le premier acquéreur l'emporte, et ce malgré la bonne foi du deuxième acquéreur.

¹³¹⁶ Ils sont des tiers au sens de l'article 1141 du Code civil et l'article 30-1 du Décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière.

peut être invoquée uniquement lors de ventes successives, c'est-à-dire dans le cas très particulier d'un conflit de droits entre acquéreurs successifs du même vendeur. Cela explique pourquoi la loi (article 1141 du Code civil et article 31-1 du Décret du 4 janvier 1955) ne ménage pas de force en définissant les tiers qui peuvent exciper du défaut de publicité¹³¹⁷. En fait, lorsque l'on dit que le transfert de propriété non publié du premier acquéreur n'est pas opposable aux tiers et que sont des tiers les ayants cause à titre particulier qui acquièrent des droits sur un ou plusieurs biens déterminés appartenant à un même « auteur »¹³¹⁸. Si l'une de ces deux conditions strictement prévues par la loi fait défaut, son application devient impossible. Derrière toutes ces contraintes, est née une attitude hostile à son égard.

473. La solution singulière et donc mal aimée. Constituant une exception au droit commun, l'opposabilité soumise à publicité n'est pas une solution bien aimée du droit français. Sur ce point, certains auteurs expliquent que l'inopposabilité du premier transfert de propriété, due à un manquement dans l'accomplissement de la publicité, ne se justifie que par une exigence de sécurité juridique : ne pas léser les intérêts légitimes d'un tiers qui a agi en toute bonne foi et en conséquence des apparences¹³¹⁹. M. José Duclos a même pensé qu'il aurait été dangereux de permettre à tout intéressé d'invoquer cette inopposabilité¹³²⁰. En effet, malgré son important rôle dans la sécurité des transactions, l'opposabilité conditionnée par la publicité, en particulier par la publicité foncière¹³²¹ est mal aimée dans le système français. Une telle considération peut se justifier par le fait que son application met à l'écart de nombreux principes relevant tant du droit des contrats que du droit des biens. Pire encore, cette protection de l'intérêt légitime d'un acquéreur successif de bonne foi risque de sacrifier le droit de propriété d'un propriétaire légitime.

474. La dérogation au principe du consensualisme. En premier lieu, l'opposabilité du transfert de propriété soumise à la publicité prend le contre-pied du principe du consensualisme, principe fondamental du droit français. Eu égard à un tel principe, dans

¹³¹⁷ V. *supra*. n° 411-413.

¹³¹⁸ Boris STARK, *Droit civil, Les obligations*, n° 1942, p. 576.

¹³¹⁹ Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 313 et 435, p. 319-320 et p. 454.

¹³²⁰ José DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, thèse Rennes I, LGDJ n° 264, p. 298.

¹³²¹ V. par exemple, Michelle GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », in *Études offertes à Jacques FLOUR*, Defrénois, 1979, p. 207 et s ; Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil, t. III, 1^{er} Volume, Sûretés-Publicité foncière*, 3^e éd., par Michel de JUGLART, Montchrestien, 1968, Histoire de la publicité foncière en droit français, n° 645 et s, p. 540 et s.

la vente, définie comme étant un contrat consensuel, les seules volontés des parties suffisent à créer leurs obligations l'une envers l'autre et à réaliser le transfert de propriété. Ce principe semble pourtant être écarté en matière de ventes successives, notamment lorsque le deuxième acquéreur réussit à extérioriser son aliénation au public en premier et que par la suite l'emporte. Or, si le principe du consensualisme était respecté, le premier transfert de propriété au profit du premier acquéreur devrait être opposable à tous, ce même dès la conclusion de la première vente. Et ceci ne nécessite aucune extériorisation publique.

475. La dérogation à l'adage «*nemo plus juris...*». En deuxième lieu, la même solution déroge non seulement à l'article 1599 du Code civil, mais aussi au principe dit : « *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* ». En effet, sous l'effet de la première vente qui est valablement conclue, le vendeur n'est plus propriétaire du bien vendu. Par application de l'article 1599 du Code civil, la deuxième vente consentie au bénéfice du deuxième acquéreur est une vente de la chose d'autrui et doit alors être sanctionnée par la nullité. De ce fait, ce deuxième acquéreur ne pourrait jamais acquérir le bien qui appartient déjà au premier acquéreur. Sans pouvoir recevoir aucun droit de son auteur, on peut même se poser la question suivante : quel droit pourrait-il avoir afin d'opposer le droit de propriété du premier acquéreur¹³²² ?

476. La restriction de l'exclusivité idéaliste de la propriété. En troisième lieu, il s'avère qu'une telle solution ne correspond pas du tout à l'exclusivité idéaliste de la propriété précédemment analysée. En droit français, le droit de propriété est inconditionnellement opposable à tous. De même, dans la vente, l'opposabilité de la propriété transférée est non seulement absolue mais aussi automatique. Par principe, aucune formalité de publicité n'est indispensable. Néanmoins, si les tiers peuvent ne pas tenir compte d'un droit de propriété non-publié, « l'exigence de cette formalité apporte une restriction à l'opposabilité telle que la conçoit le droit commun »¹³²³.

477. Le rôle acquisitif de la publicité dans les ventes successives. Comme cela vient d'être expliqué, à notre sens, la publicité dont l'opposabilité peut être tributaire peut être soit la possession pour les meubles, soit la publicité foncière pour les immeubles. Le rôle acquisitif de la possession semble être justifié par l'article 2276 du Code civil. En vertu du premier alinéa de cet article, « [e]n fait de meubles, la possession vaut titre ».

¹³²² Cette question a été relevée par William DROSS. V. les explications précises : William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 32-5, p. 60.

¹³²³ Alain FOURNIER, « Le malais actuel dans le droit de la publicité foncière », *Deffrénois*, 1980, I, art. 32401, p. 1089, *spéc.* n° 2, p. 1091.

La solution que l'article 1141 apporte au conflit entre les acquéreurs successifs d'un même meuble est dès lors systématiquement regardée par la doctrine française comme une application de l'article 2276¹³²⁴. De ce fait, il est possible de raisonner de la manière suivante : c'est par application de l'acquisition de bonne foi d'un meuble *a non domino* que le deuxième acquéreur de bonne foi devient effectivement le propriétaire. On développera ce mécanisme juridique dans la partie suivante de notre étude¹³²⁵. À l'inverse de la possession, la publicité foncière ainsi que son rôle acquisitif font l'objet d'une méfiance de la part de la doctrine française.

La publicité foncière en droit français, contrairement au livre foncier doté d'un caractère constitutif dans les systèmes juridiques allemand et chinois¹³²⁶, est plutôt informative : elle a toujours pour finalité d'assurer une meilleure information au public¹³²⁷. En principe, la publicité d'un acte n'opère alors pas le transfert de propriété. Pourtant, c'est bien le cas en matière de ventes successives. Seul le rôle acquisitif de la publicité permet d'expliquer pourquoi par la deuxième vente, un contrat qui est *a priori* impuissant pour transférer la propriété, le deuxième acquéreur, qui a publié son acte le premier, devient propriétaire du bien vendu. En effet, dans ce cas précis, la loi fait de la publicité foncière un mode d'acquisition de la propriété. En comparant au contrat de vente, un mode volontaire et dérivé du transfert de propriété, la publicité constitue en revanche un mode légal et originaire d'acquisition. La jurisprudence et la doctrine l'avaient comparée avec la possession dans le mécanisme de l'acquisition de bonne foi¹³²⁸. A été posée par la suite la question de savoir si le second acquéreur de mauvaise foi, lorsqu'il connaissait l'existence de la première acquisition, pouvait toujours se

¹³²⁴ William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 34, p. 63.

¹³²⁵ V. *infra*. n° 520 et s ; n° 553 et s.

¹³²⁶ V. *infra*. n° 416 et s

¹³²⁷ En matière immobilière, contrairement aux droits réels accessoires, le Code civil de 1804 ignore la publicité des aliénations et des constitutions de la propriété immobilière à titre onéreux. Puisque le transfert de propriété immobilière s'opéra par le seul échange des consentements, le conflit entre deux acquéreurs d'un même immeuble fut tranché par la seule règle : *prior tempore, potior jure*. (V. Marc LEVIS, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Economica, 1989, n° 202, p. 108). Face à la révélation d'une aliénation antérieure occulte, le danger que cette solution représente en matière immobilière est naturellement plus grand qu'en matière mobilière. En tenant compte de ce danger dans les transactions immobilières, avait été adoptée la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire. Depuis l'adoption de cette loi, tous les actes constitutifs ou translatifs de droits réels immobiliers doivent obligatoirement être soumis à la transcription. En 1955, sous l'impact des besoins économiques et sociaux – à savoir relancer le crédit et tenir compte de la multiplication des opérations immobilières - la nécessité d'une meilleure organisation de la publicité foncière a conduit à la rédaction du Décret n°55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière.

¹³²⁸ Rappr. Christian ATIAS-LETREMY, *Les biens*, Litec, 10^e éd., 2009, n° 314, p. 214 et s ; Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris 1, Economica, 2007, n° 428, p. 475-476.

prévaloir de l'inopposabilité consécutive au défaut de publication de la première vente¹³²⁹. Après une longue période durant laquelle la Cour de cassation a refusé aux tiers de mauvaise foi de pouvoir invoquer l'inopposabilité d'un acte non publié, la jurisprudence d'aujourd'hui a abandonné cette interdiction¹³³⁰. Dès lors, du moins en matière immobilière, les règles de conflit entre les ayants cause d'un même auteur se distinguent du mécanisme d'acquisition de bonne foi¹³³¹. Toutefois, la publicité foncière est toujours regardée comme un « corps étranger »¹³³² dans le système juridique français et son rôle acquisitif fait encore l'objet de résistance de la part de la doctrine. Par exemple, même si le transfert de propriété est en réalité opéré par la publicité, il est toujours réputé avoir lieu dès la conclusion du contrat, et non dès l'accomplissement de cette formalité¹³³³.

De nos analyses, on voit bien que dans le système juridique français, pour l'empêcher d'aller jusqu'à altérer le principe du droit commun, il s'avère nécessaire de restreindre l'application de l'opposabilité tribulaire de la publicité. Cette stratégie n'est d'autant plus pertinente que si l'on raisonne dans l'intérêt de la protection du propriétaire légitime sacrifié.

¹³²⁹ Pour la jurisprudence de la Cour de cassation sur le conflit entre acquéreurs successifs d'un même immeuble, v. par exemple, Cass. 3^e civ., 22 mars 1968 ; Cass. 3^e civ., 20 mars 1979 : *Bull. civ.* 1979, III, n^o 71 ; Cass. 3^e civ., 13 octobre 1981 : *Bull. civ.* 1981, III, n^o 153 ; Cass. 3^e civ., 4 janvier 1983 : *Bull. civ.* 1983, III ; Cass. 3^e civ., 22 mai 1990 : *Bull. civ.* 1990, III, n^o 128 ; Cass. 3^e civ., 11 juin 1992 : *Bull. civ.* 1992, III, n^o 200. Pour les études de doctrine, v. Michelle GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », in *Études offertes à Jacques FLOUR*, Defrénois, 1979, p. 207 et s ; Pierre-Yves GAUTIER, « “Bien-aimée” responsabilité civile : exercice de controverse doctrinale sur le thème de la publicité foncière », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle GOBERT*, Économica, 2004, p. 361 et s ; Itsuyo TAKIZAWA, « Notion d'inopposabilité dans la publicité foncière. Réflexions sur le fondement du système français » : *RRJ* 1993-3, p. 933 et s ; « La publicité foncière française : le pourquoi de sa difficulté », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, op. cit.*, p. 378 et s. ; Alain FOURNIER, « Le malaise actuel dans le droit de la publicité foncière » : *Defrénois* 1980, art. 32401, p. 1089 ; « Insuffisances et incertitudes en droit de la publicité foncière », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles GOUBEAUX*, Dalloz-LGDJ 2009, p. 155 et s.

¹³³⁰ Cass. 3^e civ., 10 février 2010 : n^o 08-21.656, *Bull. civ.* III, n^o 41 ; *JCP N* 2010. 1146, note Serge LAMIAUX ; Defrénois, 2010, art. 39123-1, note Stéphane PIEDELIÈVRE et art. 36116, note Jacques Antoine GRAVILLON ; *RDC* 2010. 895, obs. Sébastien PIMONT ; Cass. 3^e civ., 12 janvier 2011 : n^o 10-1067 ; *Bull. civ.* III, n^o 5, D. 2011. p. 479, note Laurent AYNÈS ; *Defrénois* 2011, p. 479, note Cyril GRIMALDI ; *RTD civ.*, 2011, p. 158, obs. Pierre CROCQ et p. 369, obs. Thierry REVET.

¹³³¹ En ce qui concerne la fonction de la publicité foncière, « ce n'est pas la présomption irréfragable de connaissance qu'offre la publicité foncière, mais le devoir du droit positif de rendre public les transactions immobilières par les conservateurs des hypothèques, sanctionné par la menace de déchéance d'un droit requis ». V. Itsuyo TAKIZAWA, « La publicité foncière française : le pourquoi de sa difficulté », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle GOBERT*, Économica, 2004, note n^o 84, p. 397.

¹³³² V. Cass. 3^e civ., 30 janvier 1974, *Bull. civ.* III, 1974, n^o 50, p. 37. *Defrénois*, 1974, art. 30631, p. 637, note Gilles GOUBEAUX.

¹³³³ William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n^o 32-5, p. 60.

478. Le sacrifice du droit légitime du premier acquéreur. L'objectif de mettre en place en droit français une opposabilité conditionnée est d'atténuer le danger de clandestinité et favoriser la sécurité des transactions. Cependant, en remédiant à la faille du concept idéaliste d'exclusivité de la propriété, la protection de l'intérêt légitime des acquéreurs successifs de bonne foi est assurée, mais ceci au prix du sacrifice du propriétaire légitime. Un illogisme a été souligné au moment même de la codification du Code civil : le premier acquéreur est évincé consécutivement au manquement à la publication de son acte, alors qu'il est déjà devenu propriétaire légitime par l'effet légal du contrat valablement conclu entre lui et son auteur¹³³⁴. Un « danger d'abuser le système au moyen de stellionat » doit-il être dissipé¹³³⁵ ?

Conclusion du Chapitre I

479. En droit français, le concept idéaliste d'exclusivité se caractérise par une mise en œuvre automatique et inconditionnée de l'opposabilité à l'égard de tous. Un tel principe devrait être applicable même lorsque la propriété est transmise à un nouvel acquéreur. Néanmoins, dans les transactions, cette exclusivité de propriété, qui repose sur la connaissance réputée des tiers, peut susciter une insécurité pour les acquéreurs successifs de bonne foi. Elle ne permet pas à ces derniers d'identifier le véritable propriétaire du bien à acquérir. Cette situation est d'autant plus dangereuse pour les acquéreurs successifs qui pourront posséder sur un même bien des droits réels concurrents et incompatibles. Dans le seul but de les protéger, cette exclusivité soumise à publicité constitue une exception au principe et permet de trancher les conflits entre les acquéreurs successifs d'un même bien. Un tel perfectionnement technique n'est cependant pas sans inconvénient. Parmi eux, le plus important tient au fait que la protection légitime des acquéreurs successifs de bonne foi a un prix à payer : le sacrifice du premier acquéreur négligent, étant déjà légitimement devenu propriétaire. L'intérêt légitime de l'acquéreur *a domono* mis en danger ne mérite-il pas d'être protégé ? À la recherche d'une sécurité « parfaite » des transactions, au moment de la rédaction de la LDR, le législateur chinois a pris parti pour un concept germanique d'exclusivité : celle qui est subordonnée à la publicité.

¹³³⁴ Itsuyo TAKIZAWA, « La publicité foncière française : le pourquoi de sa difficulté », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle GOBERT*, Économica, 2004, p. 381.

¹³³⁵ Itsuyo TAKIZAWA, « La publicité foncière française : le pourquoi de sa difficulté », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle GOBERT*, Économica, 2004, p. 381.

CHAPITRE II.

L'ADOPTION DE L'EXCLUSIVITÉ DE LA PROPRIÉTÉ TRIBUTAIRE DE LA PUBLICITÉ

Contrairement au concept idéaliste consacré par le système juridique français, et sous l'influence du Code civil allemand, le législateur chinois a adopté une notion d'exclusivité différente. La constitution, la modification, la transmission et l'extinction de la propriété nécessitent l'accomplissement de certaines mesures de publicité. Étant donné qu'à la publicité s'attache une supposition absolue de connaissance des tiers concernant la constitution et la modification de la propriété, les tiers sont en quelque sorte impliqués dans la structure du droit de propriété. Ce dernier doit être en effet compris comme un rapport intersubjectif entre eux et le propriétaire (Section I). En mettant à l'épreuve cette exclusivité titulaire de la publicité dans les transactions, on constate que la sécurité des transactions s'avère assurée : les éventuels conflits entre les acquéreurs successifs sont tranchés par anticipation (Section II).

SECTION I.

L'EXCLUSIVITÉ CONDITIONNÉE PAR L'ACCOMPLISSEMENT DE LA PUBLICITÉ

L'analyse détaillée des notions de propriété et d'exclusivité définies par le droit chinois dépend d'une présentation des particularités du droit chinois concernant la typologie de la propriété.

- 480. La coexistence des régimes de propriétés publique et privée.** En droit français, la propriété consacrée par le Code civil est construite sur la base de la propriété privée, tandis que la propriété publique est régie par des lois spécifiques. Contrairement au Code civil français, les Principes généraux du droit civil chinois (PGDC) font coexister trois sortes de propriétés : la propriété de l'État¹³³⁶, la propriété collective¹³³⁷ et la

¹³³⁶ Aux termes de l'article 9 de la Constitution de 1982, « les terres urbaines appartiennent à l'État chinois ». L'article 10 de cette Constitution y ajoute que « les ressources minières, les eaux, les forêts, les montagnes, les prairies, les terres incultes, les bancs de sable et de vase, ainsi que les autres ressources naturelles sont propriétés de l'État chinois ». V. BaiKang XU, « Les Principes généraux du droit civil en Chine », *Rev. Internationale de droit comparé*, 1989, n°1, p. 125, spéc. p. 131. Selon le premier alinéa de l'article 73 des Principes généraux du droit civil chinois, « la propriété de l'État appartient à tout le peuple ». V. La traduction française des Principes généraux du droit civil proposée par Daniel Arthur LAPRE, <http://www.lapres.net/cntrpgdc.html>.

propriété des citoyens¹³³⁸. Cette dernière désigne la propriété privée. Toutefois, il faut noter que la notion de « propriété privée » n'a été introduite en droit chinois qu'en 2004, lors de la révision de la Constitution de 1949¹³³⁹. Quant à la protection de la propriété, selon l'article 73 des PGDC, « la propriété étatique est inviolable et sacrée ». En même temps, aux termes des articles 75 et 77 des mêmes principes, les propriétés collectives, individuelles, ainsi que les biens appartenant aux associations, notamment aux groupements religieux, sont protégés par la loi¹³⁴⁰. En outre, par rapport aux propriétés des citoyens, la propriété étatique et la propriété collective présentent quelques particularités. Certains biens, comme la terre, ne peuvent appartenir qu'à l'État ou aux organisations collectives rurales. Ce qui exclut de ce fait la transmission de ces biens aux particuliers. Par conséquent, ces derniers ne peuvent bénéficier que d'un droit d'usage sur la terre qui est généralement à long terme et renouvelable¹³⁴¹.

Ces particularités du droit chinois n'empêchent pas ce dernier de chercher l'inspiration dans les systèmes juridiques étrangers pour cerner la notion de propriété.

481. La définition légale de la notion de propriété. La notion de « propriété d'un bien » est définie à l'article 71 des Principes généraux du droit civil, lequel dispose que « la

¹³³⁷ Il s'agit de la propriété des organisations collectives qui appartient collectivement à tous leurs membres. V. une présentation précise de cette notion : Bin LI, *La protection de la propriété en Chine : Transformation du droit interne et influence du droit international*, thèse, Paris I, 2009, n° 157 et s, p. 175 et s. Les biens susceptibles d'appropriation par les organisations collectives sont énumérés à l'article 74 des Principes généraux du droit civil chinois.

¹³³⁸ L'article 75 des Principes généraux du droit civil chinois énumère les biens susceptibles d'appropriation par les citoyens. Cette énumération a été présentée dans la partie de cette étude relative à la notion de biens.

¹³³⁹ Désormais, au regard des deux premiers alinéas de l'article 13 de la Constitution, « la propriété privée acquise légalement des citoyens est inviolable » ; « l'État protège par la loi le droit de propriété privée des citoyens sur des biens et leur droit d'hériter de ces biens ». V. « La propriété », *Rev. La chine et le droit*, 2009, n° 5 Janvier-mars, p. 9, spéc. note n° (15), <http://www.ambafrance-cn.org/La-Propriete-en-Chine.html>.

¹³⁴⁰ Selon le deuxième alinéa de l'article 75 des Principes, « [I]es biens licites des citoyens bénéficient de la protection de la loi et aucune organisation ou individu ne peut s'en approprier, les violer ou détruire ou illégalement les mettre sous scellé, les saisir, les geler ou les confisquer ». Quant à la protection de la propriété collective, l'article 77 de cette loi dispose que « [I]es biens licites des organisations sociales, y compris les organisations religieuses, jouiront de la protection de la loi ». V. La traduction française des Principes généraux du droit civil proposée par Daniel Arthur LAPRE, <http://www.lapres.net/cntrpgdc.html>. Un tel principe a été repris par la LDR à son article 4 selon lequel « [I]es droits réels d'État, de collectivité, d'individu et d'autres titulaires sont protégés par les lois, aucun groupement, ni personne ne peut les empiéter ». V. ShiGang LI, «La loi de la République Populaire de Chine sur les droits réels : Principes fondamentaux et notations de base », *R.I.D.C.*, 2009, n° 7, p. 77.

¹³⁴¹ Par exemple, le droit d'usage des terrains à vocation résidentielle est enfermé dans une durée de 70 ans. Il sera renouvelable au moment de son expiration. La durée d'autres droits d'usage sur la terre peut varier de 40 à 70 ans. V. « La propriété », *Rev. La chine et le droit*, 2009, n° 5 Janvier-mars, p. 10, <http://www.ambafrance-cn.org/La-Propriete-en-Chine.html>.

propriété d'un bien désigne les droits du propriétaire de le posséder, d'en user, d'en tirer profit et d'en disposer. L'exercice du droit de propriété doit être conforme à la loi¹³⁴². De cette définition légale se dégagent les composantes classiques de la propriété : l'*usus* (le droit de se servir d'un bien), le *fructus* (le droit d'en percevoir les fruits) et l'*abusus* (le droit d'en disposer matériellement ou juridiquement). Cette méthode consistant à définir le droit de propriété semble analogue à celle du Code civil français dont l'article 544 énonce que « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue [...] ». Sauf qu'à la différence du droit français, selon lequel le droit d'user de la chose se déduit du droit de jouissance¹³⁴³, le droit chinois a distingué les quatre attributs de la propriété dont le propriétaire peut se prévaloir : la possession, l'utilisation, la jouissance et la disposition de la chose. L'utilisation correspondant au *jus utendi*, la jouissance, au *jus fruendi*, et la disposition, au *jus abutendi*. Tout comme en droit français, une telle appréhension de la notion de propriété a fait l'objet de critiques doctrinales en Chine, en particulier pendant la rédaction de la loi chinoise relative aux droits réels (LDR) de 2007.

482. La définition doctrinale de la propriété et sa nature exclusive. Certains auteurs chinois¹³⁴⁴ estiment qu'en énumérant seulement ses attributs, l'article 71 des Principes généraux du droit civil n'a pas pu saisir la substance de la propriété¹³⁴⁵. Selon ces mêmes auteurs, la propriété ne peut être définie uniquement par les utilités qu'une chose peut procurer au propriétaire. Sous l'influence du droit allemand, ils ont alors proposé de la définir comme le droit de maîtrise (§ 1), c'est-à-dire la puissance souveraine du propriétaire sur son bien. Ce critère de maîtrise est exigé dans la mesure où celle-ci est considérée comme l'essence même de la propriété. En outre, puisqu'il ne peut exister

¹³⁴² La même définition a été reprise par la Loi chinoise relative aux droits réels (LDR) en 2007 à l'article 39. Cependant, il convient de préciser qu'avant de présenter la définition de la propriété, au deuxième alinéa de l'article 2, cette nouvelle loi chinoise a d'abord donné une définition plus abstraite du droit réel. Le droit réel défini par la LDR est « le droit de maîtrise portant sur une chose déterminée dont un titulaire peut se prévaloir conformément à la loi. Il est non seulement direct mais aussi exclusif ».

¹³⁴³ Dans le Code civil français, l'*usus* a été omis par l'article 544. Cette solution a été choisie « peut-être parce qu'il (l'*usus*) a semblé virtuellement contenu dans jouir ». V. Jean CARBONNIER, *Droit civil, tome 3, Les biens*, PUF, 19^e éd. refondue, 2000, n° 68, p. 129.

¹³⁴⁴ *Études sur le droit réel*, dir. HuiXing LIANG, Édition de Droit, 1998, p. 228 et 229 ; *Le droit civil*, dir. Ping JIANG, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000, p. 347 ; *Le droit civil*, dir. WanLin PENG, Édition de droit, 1^e éd., 2000, p. 288 ; LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université de peuple de la Chine, 2007, p. 393 ; Xiao CHENG, LiMing WANG, Yin FEI, *Les droits réels*, Édition de la Cour populaire, 2^e éd., 2008, p. 136.

¹³⁴⁵ Cette approche rejoint celle défendue par certains auteurs français. Par exemple, v. Frédéric ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981, n° 310, p. 413 ; Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris I, Économica 2007.

plusieurs maîtrises sur un même bien, la propriété est alors caractérisée par une maîtrise exclusive (§ 2).

§ 1. LA DÉFINITION DE LA PROPRIÉTÉ : LE DROIT DE MAÎTRISE DE LA CHOSE

483. L'exigence de la maîtrise doit être prise en considération en droit chinois en ce qu'elle constitue la clef de voûte de la compréhension de la notion de propriété (A). Il importe de savoir que cette maîtrise comprend à la fois la maîtrise juridique et la maîtrise matérielle. En d'autres termes, il s'agit de la maîtrise de droit ainsi que de la maîtrise de fait. Il convient également de noter qu'en droit chinois, la maîtrise matérielle est particulièrement mise en valeur par la doctrine à tel point que la notion de propriété présente une nature corporelle. D'un côté, cela explique pourquoi la définition chinoise de la propriété porte uniquement sur les biens corporels ; d'un autre, c'est la raison pour laquelle une prérogative de possession a été intégrée parmi les attributs de la propriété. Encore faut-il savoir ce que recouvre ladite prérogative (B).

A. L'exigence de la maîtrise qualifiée d'essence de la propriété

484. Le droit de maîtrise de la chose est exigé par la doctrine comme l'essence de la propriété. L'examen de son origine permettra de préciser sa signification, son rôle ainsi que son contenu.

485. **Du *dominium* au droit de maîtrise.** À la notion romano-byzantine de *proprietas*, qui suggère l'idée d'une appartenance comme étant la qualité intrinsèque de la chose¹³⁴⁶, la doctrine chinoise préfère celle de *dominium* qu'elle considère comme l'origine romaine de la propriété¹³⁴⁷. Le *dominium* évoquait en droit romain la maîtrise du propriétaire¹³⁴⁸, c'est-à-dire la puissance (*potestas*) souveraine qu'il exerçait sur une

¹³⁴⁶ En fait, le terme « *proprietas* » désigne en droit romain la qualité intrinsèque de la chose, celle d'être propre à quelqu'un. V. Jean CARBONNIER, *Droit civil, tome 3, Les biens*, PUF, 19^e éd. refondue, 2000, n° 50, p. 129 ; Frédéric ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981, n° 157, p. 217 ; Aude LAQUERRIÈRE-LACROIX, *L'évolution du concept romain de propriété à l'époque post-classique*, thèse, Paris II, 2004, p. 31 ; Philippe CHAUVIRÉ, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, thèse, Paris I, LGDJ 2013, n° 88, p. 56.

¹³⁴⁷ YiFei LONG, JianWen YANG, « Étude sur la notion de propriété », *Rev. Magazine des sciences juridiques*, 2008, n° 2, p. 70 ; LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université de peuple de la Chine, 2007, p. 393.

¹³⁴⁸ Jean CARBONNIER, *Droit civil, tome 3, Les biens*, PUF, 19^e éd. refondue, 2000, n° 50, p. 128 et 129. V. aussi François TERRÉ, Philippe SIMLER, *Droit civil, Les Biens*, 9^e éd., Dalloz 2014, n° 78, p. 96.

chose¹³⁴⁹. Bartole, le romaniste du Moyen-Âge, en une formule célèbre, définit le *dominium* comme « le droit de disposer complètement d'une chose dans les limites de la loi »¹³⁵⁰. Cette formule a fortement influencé la doctrine chinoise par l'intermédiaire du droit allemand dont elle s'inspire.

La définition romaine de la propriété ainsi présentée est reprise par l'auteur allemand Martin Wolff. D'après lui, la propriété désigne le droit de maîtrise (*Herrschaftsrecht*) d'une chose de la manière la plus complète qui puisse être¹³⁵¹. Le terme allemand *Herrschaftsrecht* peut être traduit par « droit souverain »¹³⁵², apparaissant alors comme un concept se présentant « à un degré supérieur de la dogmatique privée »¹³⁵³. Sur ce point, un rapprochement entre le droit de maîtrise et l'idée de *dominium* peut être facilement esquissé. En droit privé allemand¹³⁵⁴, ce droit de souveraineté constitue une catégorie de droits subjectifs à part entière. Il permet à son titulaire de disposer (*Beherrschungs Funktion*) librement, directement et exclusivement d'une chose sans avoir besoin de l'intervention d'autrui¹³⁵⁵. Cette catégorie de droits subjectifs comprend les droits réels, les droits intellectuels ainsi que les droits de la personnalité. Elle s'oppose aux droits de créance (*Forderungen*). Le droit de propriété, l'un des droits réels par excellence, est donc caractérisé par ce droit de souveraineté¹³⁵⁶. Il s'agit alors d'une puissance personnelle ou d'une sorte de souveraineté légale sur le bien. D'où la définition de la propriété proposée par le Code civil allemand (BGB) au § 903 : « le

-
- ¹³⁴⁹ D'après la recherche effectuée par M. ZENATI, l'ancêtre du *dominium* est le *mancipium*, la puissance du *pater familias*, maître de la famille patriarcale, exercée tant sur les biens que sur les personnes. V. Frédéric ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981, n° 157, p. 217. V. aussi Philippe Chauviré, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, thèse, Paris I, LGDJ 2013, n° 87, p. 55-56.
- ¹³⁵⁰ BARTOLE, *Digeste*. 41, 2, 17, 1, n° 4 (cité par Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 166, p. 263).
- ¹³⁵¹ « Martin Wolff hat deshalb das Eigentum als das umfassendste Herrschaftsrecht bezeichnet, das man an einer Sache haben kann ». V. Jürgen F. BAUR et Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, Verlag C.H.Beck, 18^e Auflage, 2009, II § 24, n° 5, p. 307.
- ¹³⁵² Claude WITZ, *Droit privé allemand, I, Actes juridiques, droits subjectifs, BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires*, LITEC 1992, n° 583, p. 459.
- ¹³⁵³ Émilie BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, thèse, Nantes, 2009, n° 23, p. 10.
- ¹³⁵⁴ Dans la langue allemande, le terme « *die Herrschaft* » est souvent utilisé dans les domaines politique et sociologique. Dans le domaine politique, il signifie le pouvoir, la domination, le gouvernement, l'empire ou la souveraineté. V. *Grand Dictionnaire Français Allemand*, Larousse, 1989.
- ¹³⁵⁵ Huang LI, *Théories générales du droit civil*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2002, p. 65. Dans le même sens, v. aussi Émilie BOUCHET-LE MAPPIAN, *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français*, thèse, Nantes, 2009, n° 23, p. 11.
- ¹³⁵⁶ Erwin DEUTSCH, « *Das Eigentum als absolutes Recht und als Schutzgegenstand der Haftung* », *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1988, cahier 6, bibliographie, n° 336, p. 442.

propriétaire d'une chose peut, pour autant que la loi ou les droits des tiers ne s'y opposent pas, se comporter avec elle comme il l'entend et exclure sur elle toute intervention d'autrui [...] »¹³⁵⁷. À l'instar du *dominium* romain et du droit de souveraineté du droit allemand, un tel droit de maîtrise¹³⁵⁸ permet aussi à la doctrine chinoise de définir la notion de droit réel ainsi que celle de propriété.

486. Le droit de maîtrise présenté par la doctrine chinoise. Même s'il est clair que la doctrine et les rédacteurs des Principes généraux du droit civil n'ont pas adopté la théorie allemande du droit de souveraineté en tant que catégorie de droits subjectifs¹³⁵⁹, il n'en demeure pas moins que cette théorie est à l'origine de la définition chinoise de la propriété défendue par la doctrine. Selon le Professeur HuiXing Liang, « la propriété permet à son titulaire de maîtriser complètement la chose qui lui appartient dans la mesure où la loi ne s'y oppose pas et d'exclure les tiers de toute ingérence perturbatrice »¹³⁶⁰. L'expression de M. ZhongXie Mei est beaucoup plus synthétique : « la propriété est le droit de maîtrise »¹³⁶¹. Dès lors, l'essence de la propriété ne réside pas dans les prérogatives légales et concrètes dont le propriétaire peut se prévaloir, elle consiste en un « droit de maîtrise » ou « droit de souveraineté » sur un bien. Reste à savoir ce que signifie ce droit de maîtrise.

487. La signification du droit de maîtrise. En fait, le droit de maîtrise, qui permet de définir la propriété, ne contredit pas la définition de la propriété énoncée à l'article 71 des PGDC. Au contraire, non seulement ce droit de maîtrise contient tous les attributs du droit de propriété énumérés par cette loi, mais il permet de révéler certains caractères particuliers de la propriété. D'une part, le droit de maîtrise ainsi défini donne la possibilité à son titulaire de tirer profit des utilités de la chose impliquées par l'article 71 des PGDC, à avoir les droits de s'en servir personnellement, *l'usus*, et d'en percevoir les fruits, *le fructus*. Par ailleurs, en tant que « maître » de son bien, le propriétaire peut

¹³⁵⁷ V. *Code civil allemand, Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, par Gwendoline LARDEUX, Raymond LEGAIS, Michel PÉDAMON, Claude WITZ, Dalloz, 2010, p. 326.

¹³⁵⁸ L'expression en chinois est *Zhī Peì Quán* et signifie textuellement le droit de maîtriser.

¹³⁵⁹ C'est parce que la notion de droit réel a été totalement ignorée par les Principes généraux du droit civil.

¹³⁶⁰ La définition de propriété est extraite des *Études sur le droit réel* (dir. HuiXing LIANG, Édition de Droit, 1998, p. 228 et 229). V. aussi *Le droit civil*, dir. Ping JIANG, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000, p. 347.

¹³⁶¹ ZhongXie MEI, *Théorie générale du droit civil*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, éd. refondue, 1998, p. 522 ; V. aussi SHI ShangKuan, *Traité des droits réels*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000, p. 59.

également la consommer ou même porter atteinte à sa substance¹³⁶². Cette dernière faculté correspond à celle de l'*abusus*, c'est-à-dire au droit de disposer de la chose. Il en ressort que le droit de maîtrise forme un faisceau complet des prérogatives conférées au propriétaire. Le propriétaire, maître de son bien, est libre d'accomplir les actes d'administration, d'exploitation normale, et de gestion. En même temps, défini par la puissance souveraine de son titulaire, le droit de maîtrise implique à la fois la jouissance effective de la chose et sa possibilité ou sa potentialité. En un mot, le droit de maîtrise réunit les diverses prérogatives, actuelles ou potentielles, conférées au propriétaire dans leur plénitude. D'autre part, le droit de maîtrise invite à dégager certains caractères fondamentaux de la propriété. Tout d'abord, il ne peut y avoir qu'un seul maître par bien, mises à part les hypothèses exceptionnelles de copropriété¹³⁶³. Le droit de maîtrise est donc exclusif et le propriétaire peut s'opposer à ce que les tiers empiètent sur son droit¹³⁶⁴. Ensuite, puisque le droit de maîtrise est associé à la chose maîtrisée, la subsistance de la maîtrise dépend alors de l'existence de celle-ci. En ce sens, on peut dire que le droit de propriété dure tant que la chose existe. Selon la doctrine chinoise, la propriété est non seulement perpétuelle mais aussi imprescriptible¹³⁶⁵. L'imprescriptibilité du droit de propriété est également disposée à l'article 2227 du Code civil français¹³⁶⁶. Ainsi, le droit de maîtrise suppose un pouvoir exclusif et perpétuel sur la chose. Or, il est important de signaler qu'en droit chinois, la propriété est certes prévue par la loi, mais celle-ci pose également des restrictions¹³⁶⁷. Son exercice doit par conséquent être conforme aux dispositions légales. Cette approche rejoint la théorie de Jeremy Bentham. Selon cet auteur, « il n'y a point de propriété

¹³⁶² Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Définition et notion juridique de la propriété », *RTD civ.*, 1905, n° 4, p. 443, *préc.* p. 484.

¹³⁶³ Les Principes généraux du droit civil de 1986 n'ont pas prévu de dispositions relatives aux copropriétés. Mais ces dernières sont consacrées par la loi chinoise relative aux droits réels de 2007 au huitième chapitre de cette loi situé dans son Livre II.

¹³⁶⁴ On traitera spécifiquement de l'exclusivisme de la propriété prochainement dans (b).

¹³⁶⁵ SHI ShangKuan, *Traité des droits réels*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000, p. 61 ; *Le droit civil*, dir. Ping JIANG, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000, p. 349 ; LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université de peuple de la Chine, éd., 2007, p. 396.

¹³⁶⁶ L'article 2227 du Code civil français dispose que « le droit de propriété est imprescriptible ».

¹³⁶⁷ Ces restrictions résultent en particulier des relations que peuvent avoir les propriétaires entre eux, par exemple, les servitudes et les troubles de voisinage. En vertu de l'article 83 des Principes généraux du droit civil, « celui qui crée une obstruction ou cause un préjudice à son voisin devra cesser l'atteinte, éliminer l'obstruction et réparer le préjudice ». Il peut aussi s'agir des rapports entre les propriétaires et l'État : c'est l'hypothèse de l'expropriation.

naturelle [...], elle est uniquement l'ouvrage des lois »¹³⁶⁸. Au vu de sa signification, la doctrine chinoise regarde le droit de maîtrise du propriétaire comme l'essence de la propriété.

488. Le droit de maîtrise considéré comme étant l'essence de la propriété. Étant donné que le droit de maîtrise de la chose fait ressortir la qualité propre et nécessaire de la propriété, il permet de la définir. Autrement dit, il est l'essence même de la propriété¹³⁶⁹. Cela ne signifie pas pour autant qu'il doive être considéré comme son seul caractère. Les auteurs chinois, dans leurs travaux consacrés à la notion de propriété, s'intéressent de plus en plus à d'autres systèmes juridiques que le droit allemand¹³⁷⁰. Ils sont souvent tentés de définir la notion de propriété à l'aide de divers concepts, tels que la disposition¹³⁷¹, l'appartenance¹³⁷², le faisceau de droits susceptibles d'être exercés par le propriétaire¹³⁷³, ou le plus grand intérêt possible reconnu par la loi au propriétaire d'une chose¹³⁷⁴. Il est vrai que ces concepts permettent tous de caractériser partiellement le droit de propriété. Cependant, aucun d'entre eux ne peut être regardé comme le caractère propre ou indispensable de la propriété. Tout d'abord, le concept de disposition signifie que le propriétaire peut non seulement abandonner ou aliéner sa

¹³⁶⁸ Cité par Simon GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1973, p. 202 et s.

¹³⁶⁹ *Études sur le droit réel*, dir. HuiXing LIANG, Édition de Droit, 1998, p. 228 et 229 ; *Le droit civil*, dir. Ping JIANG, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000, p. 347 ; *Le droit civil*, dir. WanLin PENG, Édition de droit, 1^{er} éd., 2000, p. 288 ; LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université de peuple de la Chine, 2007, p. 393 ; Xiao CHENG, LiMing WANG, Yin FEI, *Les droits réels*, Édition de la Cour populaire, 2^e éd., 2008, p. 136.

¹³⁷⁰ Par exemple, Yong WANG, « Analyse de la notion du droit de propriété », *Rev. Science juridique en Chine et à l'étranger*, 2000, n^o 5, p. 513 ; YiFei LONG, JianWen YANG, « Étude sur la notion de propriété », *Rev. Magazine des sciences juridiques*, 2008, n^o 2, p. 70 ; XinYan MA, « Le développement moderne de la théorie de la propriété en droit romain », *Rev. Étude en droit*, 2006, n^o 2, p. 114 ; Song HAN, « Recherche relative au procédé de la définition du droit de propriété », *Rev. Journal de l'Institut de Sciences politiques et juridiques de GanSu*, 2007, n. 3, p. 1 et s.

¹³⁷¹ Par exemple, selon le professeur JianZe WANG, la propriété est le droit de disposer d'une chose dans les limites fixées par la loi. V. JianZe WANG, *Droit civil, Les droits réels, La propriété*, Édition Taïwan, 1992, p. 127.

¹³⁷² YiFei LONG, JianWen YANG, « Étude sur la notion de propriété », *Rev. Magazine des sciences juridiques*, 2008, n^o 2, p. 70 ; WanLin PENG, *Le droit civil*, Édition de droit, 1^{er} éd., 2000, p. 288.

¹³⁷³ V. Joseph WILLIAM SINGER, *Introduction property*, Aspen publishers, 2^e éd., 2005, p. 2 (« *Ownership does not mean the absolute right to control what one owns; rather, it is the fullest bundle of rights that the law will recognize* »). V. ShiYang WEN, HuanGuo LIAO, *Les principes généraux du droit réel*, Édition de la Cour populaire, 2005, p. 217.

¹³⁷⁴ « *Ownership is the greatest possible interest in a thing which a mature legal system recognizes* ». V. Anthony Maurice (Tony) HONORÉ, *Ownership, in Making Law Bind*, Clarendon Press. Oxford, 1987, p. 161. Cette définition de la propriété est mentionnée par Yong WANG dans l'objectif de proposer une définition de la notion de propriété. V. Yong WANG, « Analyse de la notion du droit de propriété », *Rev. Science juridique en Chine et à l'étranger*, 2000, n^o 5, p. 513.

chose, mais aussi transférer d'autres attributs de la propriété à une tierce personne. Dans ce sens, le concept de disposition relève effectivement du pouvoir souverain sur la chose, c'est-à-dire du droit de maîtrise. Cependant, si la disposition présente le caractère primordial de la souveraineté du propriétaire, elle ne peut la remplacer. Ensuite, l'appartenance consiste à justifier le droit de maîtrise du propriétaire : l'objet maîtrisé lui appartient. Elle ne peut être considérée comme l'essence du droit de propriété, d'autant plus qu'en droit romain, la qualité d'être propre (la *proprietas*) n'était qu'une qualité de la chose¹³⁷⁵. Enfin, s'agissant des autres concepts ainsi présentés, l'essence de la propriété ne peut résider dans les intérêts ou les utilités de la chose dont toutes les prérogatives du propriétaire témoignent. La preuve en est que ceux-ci peuvent être temporairement accordés en tout ou en partie à un tiers.

Dès lors, « il est unanimement admis par les auteurs chinois que la maîtrise exclusive du propriétaire est l'essence de la propriété »¹³⁷⁶. Toutefois, en droit chinois, ce droit de maîtrise revêt deux aspects : la maîtrise juridique et la maîtrise réelle et effective sur la chose.

489. Le contenu du droit de maîtrise : la maîtrise de droit et de fait. Selon certains auteurs chinois, maîtriser une chose peut se manifester de deux manières : l'une juridique, l'autre matérielle¹³⁷⁷. D'un côté, le droit de maîtrise permet au propriétaire de recourir à des actes juridiques afin de jouir de son bien. Il peut par exemple transférer à autrui, en tout ou partie, le droit de jouissance sur la chose qui lui appartient. Plus précisément, il peut créer sur son bien un usufruit, une emphytéose ou une servitude, ou bien même constituer une hypothèque. En même temps, au moyen d'un contrat de vente, le propriétaire peut également aliéner la totalité de son pouvoir sur la chose à une autre personne. Ainsi, la maîtrise de droit est en effet une maîtrise juridique du bien appartenant à son maître. Cependant d'un autre côté, le droit de maîtrise suppose aussi que le propriétaire puisse procéder aux actes matériels d'utiliser la chose, de l'aménager à son gré, voire de la détruire. Il s'agit ici d'une maîtrise effective ou de la réelle mise

¹³⁷⁵ D'après la notion de *proprietas* clarifiée par M. Zenati, celle-ci, qui n'apparaît que dans le droit de Justinien, n'a rien à voir avec le droit réel de propriété ni même avec le droit de nue-propriété. Elle est une qualité ou une utilité de la chose. Précisément, elle est la qualité de la chose d'être propre qui subsiste nécessairement quand toutes les utilités d'une chose ont été accordées à un tiers. V. Frédéric ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981, n° 157, p. 217.

¹³⁷⁶ *Études sur le droit réel*, dir. HuiXing LIANG, Édition de Droit, 1998, p. 228 et 229.

¹³⁷⁷ Xiao CHENG, LiMing WANG, Yi WANG, et LiXin YANG, *Le droit civil*, Édition de Droit, 2^e éd., 2008, p. 11 ; LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université de peuple de la Chine, éd., 2007, p. 396 ; Xiao CHENG, LiMing WANG, Yin FEI, *Les droits réels*, Édition de la Cour populaire, 2^e éd., 2008, p. 137- 138.

en œuvre des différentes prérogatives prévues par la loi. Celles-ci consistent, selon la doctrine chinoise, en la possession, l'utilisation, la jouissance et la disposition de la chose, constituant les 4 attributs de la propriété. Pour certains auteurs chinois, il convient d'accorder une attention particulière à cette maîtrise matérielle, puisque c'est au travers de celle-ci que la volonté du propriétaire se manifeste, volonté qui d'ailleurs doit être respectée¹³⁷⁸. La maîtrise de droit et la maîtrise de fait constituent donc ensemble la plénitude du droit de maîtrise.

490. Les rapports entre la maîtrise de droit et la maîtrise de fait. En ce qui concerne les maîtrises de droit et de fait, on peut constater qu'elles se complètent afin de former le droit de maîtrise. Dans les circonstances ordinaires, le propriétaire a, à la fois la maîtrise de droit, et la maîtrise de fait. Toutefois, le propriétaire peut, tout en exerçant juridiquement son droit de maîtrise, « démembrer sa propriété »¹³⁷⁹, c'est-à-dire céder à autrui tout ou partie des utilités de la chose. Par exemple, il peut établir un droit d'usufruit sur la chose, au profit d'une autre personne. Dans cette hypothèse, bien que la maîtrise de fait soit temporairement cédée, le droit de maîtrise dans son ensemble demeure intact. La propriété est conservée, bien que démembrée. Pour cette raison, le propriétaire peut toujours exercer sa maîtrise de droit, c'est-à-dire vendre son bien, le donner ou le grever d'hypothèque, et lorsqu'il s'agit d'un immeuble, moyennant des actes juridiques.

Il en est autrement dans l'hypothèse inverse. Si le propriétaire a cédé la propriété en retenant uniquement l'usufruit, bien qu'il eût gardé la maîtrise de fait, il a perdu l'ensemble du droit de maîtrise. Il s'en suit que sans la maîtrise de droit, la maîtrise de fait demeure toujours un fait. Elle ne peut ainsi constituer à elle seule le droit de propriété¹³⁸⁰ dans la mesure où ni la doctrine ni le législateur en Chine continentale n'autorisent l'acquisition de la propriété par voie de prescription acquisitive. Une simple possession, qu'elle soit mobilière ou immobilière, ne peut en aucun cas rendre le possesseur propriétaire. Il en est de même dans l'hypothèse où les objets sont *res derelictae*, c'est-à-dire qu'ils sont « des choses volontairement abandonnées », ils

¹³⁷⁸ LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université de peuple de la Chine, éd., 2007, p. 10.

¹³⁷⁹ Gérard CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13^e éd., Montchrestien 2007, n° 27, p. 68.

¹³⁸⁰ Il convient de noter qu'en droit chinois, la possession d'un meuble, définie comme une maîtrise de fait, peut tenir lieu de publicité du droit de propriété. Ladite publicité non seulement constitue la condition du transfert de propriété, mais permet également une présomption du titre de propriété. Il en résulte que dans les ventes successives d'un bien mobilier, la propriété est accordée à l'acquéreur qui est entré en possession le premier, puisqu'il a effectué la publicité du transfert de propriété le premier. Cependant, cette hypothèse ne permet pas de penser que la maîtrise de fait peut constituer en elle-même le droit de propriété.

reviennent alors à l'État et non à leur découvreur ou occupant¹³⁸¹, et ceci par application de l'article 79 des Principes généraux du droit civil qui énonce que « lorsque le propriétaire d'un objet enseveli ou occulté est inconnu, l'État en deviendra propriétaire [...] »¹³⁸².

491. L'aspect matériel de la conception de la propriété en droit chinois. Puisque la propriété est définie par le droit de maîtrise de la chose, elle comprend dans des situations normales, à la fois la maîtrise de droit et celle de fait. Des suites de ce deuxième aspect de la maîtrise, et bien qu'il puisse être temporairement détaché du premier, la conception de la propriété en droit chinois est dotée d'une nature matérielle.

B. La nature matérielle de la notion de propriété

492. Le droit de maîtrise de la chose, qualifié d'essence même de la propriété en droit chinois, permet de justifier la corporalité du droit de propriété¹³⁸³ (1) ainsi que l'intégration de la prérogative de possession au contenu de la propriété (2).

1. La corporalité du droit de propriété

Les objets corporels, seuls susceptibles d'appropriation. En droit chinois la propriété, comme tous les autres droits réels, porte sur une chose corporelle. Les dispositions des Principes généraux du droit civil relatives au droit de propriété et à ses démembrements font apparaître comme choses susceptibles d'appropriation les seuls objets corporels. Le même principe se retrouve également dans la LDR de 2007. En vertu du deuxième alinéa de l'article 2 de cette loi, « les choses susceptibles d'être l'objet d'un droit réel sont des meubles ou des immeubles. Sauf disposition légale

¹³⁸¹ Contrairement au droit français, la Loi chinoise relative aux droits réels n'a pas considéré l'occupation comme un mode originaire d'acquisition. Cette solution est contestée par une partie de la doctrine chinoise. V. LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2007, p. 478 et s.

¹³⁸² V. La traduction française des Principes généraux du droit civil proposée par Daniel Arthur LAPRE, <http://www.lapres.net/cntrpgdc.html>. Une telle solution a été reprise par la Loi chinoise relative aux droits réels (LDR) à son article 114. En fait, selon ce dernier article, en ce qui concerne l'épave ainsi qu'un objet enseveli ou occulté, la LDR renvoie aux dispositions relatives aux meubles perdus énoncées par les articles 109 à 111 de la même loi. Le principe est que celui qui trouve un objet perdu doit le restituer à son véritable propriétaire. Dans l'hypothèse où personne ne le réclame, cet objet reviendra à l'État. V. Bin LI, *La protection de la propriété en Chine : Transformation du droit interne et influence du droit international*, thèse, Paris I, 2009, n° 198, p. 211 et 212.

¹³⁸³ Le droit de propriété, selon les Principes généraux du droit civil ne peut porter que sur des choses corporelles et donc serait lui-même par essence, corporel. D'où le terme de « corporalité » du droit de propriété.

contraire, un droit réel ne peut porter que sur une chose corporelle »¹³⁸⁴. Cette solution est l'héritière du paragraphe 90 du Code civil allemand (BGB) : « sont choses au sens de la loi les seuls objets corporels »¹³⁸⁵. En droit allemand, au sens du Code civil, la propriété (*Eigentum*) ne peut porter sur les choses incorporelles, telles que des brevets ou des marques, bien que le droit d'auteur soit qualifié en droit allemand de « propriété intellectuelle » (*geistiges Eigentum*)¹³⁸⁶. En fait, cet axiome de l'objet corporel de la propriété remonte au droit romain. Ainsi, pour Bartole, l'expression de « *dominium* des droits » est « impropre », car il est difficile d'expliquer le fait que la maîtrise puisse être à la fois puissance de maître et objet maîtrisé. De cette contestation, il s'avérerait que le seul vrai *dominium* soit celui qui porte sur les choses corporelles¹³⁸⁷.

Mais en droit chinois, le caractère corporel de l'objet de propriété peut être justifié de deux manières. Tout d'abord, rappelons que la propriété est définie comme le droit de maîtriser la chose. Puisque la maîtrise, du moins la maîtrise effective, doit s'associer à l'objet maîtrisé, on peut en déduire que la propriété est « incorporée dans la chose, absorbée par elle »¹³⁸⁸. Ensuite, comme la vraie maîtrise doit être, avant tout, une maîtrise physique sur une chose corporelle, il est impossible que la propriété puisse porter sur autre chose que les objets corporels. En bref, puisque la propriété s'identifie à la maîtrise de la chose, et surtout à la chose susceptible d'être maîtrisée, elle ne peut porter que sur les objets corporels.

¹³⁸⁴ La disposition légale contraire concerne « le gage des droits », correspondant au « nantissement de meubles incorporels » du droit français. En vertu de l'article 223 de la LDR, « peuvent être donnés en gage, la lettre de change, le chèque, le billet à ordre, le titre d'emprunt, le certificat de dépôt, le récépissé-warrant, le connaissance, les parts d'un fonds commun de placement et parts sociales cessibles, les droits patrimoniaux de propriété intellectuelles, tels que le droit exclusif de marque commerciale déposée, droit de brevet ainsi que les droits auteur ». <http://www.cnfr-notaire.org/Article.List5.f.asp?id=683>; ShiGang LI, « La loi de la République Populaire de Chine sur les droits réels : Principes fondamentaux et notations de base », *R.I.D.C.*, 2009, n° 19, p. 86.

¹³⁸⁵ V. *Code civil allemand, Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, par Gwendoline LARDEUX, Raymond LEGAIS, Michel PÉDAMON, Claude WITZ, Dalloz, 2010, p. 41.

¹³⁸⁶ « *Nicht Eigentum im zivilrechtlichen Sinne sind deshalb die Rechte an unkörperlichen Gegenständen, die Imaterialgüterrechte (z. B. Patente, Markenrechte) oder die Urheberrechte, auch wenn diese häufig als 'geistiges Eigentum' bezeichnet werden* ». V. Jürgen F. BAUR et Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, Verlag C.H.Beck, 18^e Auflage, 2009, II § 24, n° 4, p. 307.

¹³⁸⁷ V. Frédéric ZENATI-CASTAING, Thierry REVET, *Les biens*, Puf. 3^e éd., 2008, n° 166, p. 263. Cependant, selon M. ZENATI, l'axiome de BARTOLE est contestable parce qu'il est fondé sur une supposition erronée. BARTOLE a estimé que les *jura* (le droit) en droit romain auraient la même nature que le *dominium* (une puissance ou un pouvoir). C'est pour cette raison que pour lui, les droits et la propriété seraient tous définis comme des maîtrises. Pourtant, « ce présupposé rend incompréhensible l'idée qu'une maîtrise puisse s'exercer sur une autre maîtrise [...] ». (Frédéric ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981, n^{os} 35, p. 60 et 61).

¹³⁸⁸ Frédéric ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981,

Au moment de l'adoption des Principes généraux du droit civil, la créance et les droits portant sur les biens intellectuels étaient déjà considérés comme des objets de commerce. Ils ont donc été pris par la suite en considération par le droit. C'est la raison pour laquelle ils sont tous consacrés, comme le droit de propriété, par les Principes généraux du droit civil dans le Cinquième livre de ceux-ci. Il est alors tentant de reconnaître au créancier ou à l'auteur d'une œuvre un droit sur la créance ou sur son œuvre, assimilable au droit de propriété. Pourtant, pour la doctrine majoritaire, cette thèse doit être écartée. Elle considère d'une part qu'il convient de respecter la distinction traditionnelle entre droit de créance et droit réel. Or la maîtrise n'est pas seulement considérée comme l'essence de la propriété, mais aussi comme le principal critère de distinction entre ces deux catégories de droits subjectifs. De ce fait, la réalisation d'une créance, contrairement au droit de propriété, dépend forcément de la prestation du débiteur. À défaut de cette dernière, le créancier, en vertu de sa créance, ne peut recourir qu'au « droit de prétention »¹³⁸⁹ pour exiger de son débiteur une prestation ou une inaction. Utiliser les termes de « droit de propriété sur une créance » s'avère alors inutile. De plus, cela contribue à brouiller la distinction entre les deux catégories de droits subjectifs décrites. D'autre part, cette doctrine estime que le droit d'auteur (ou *copyright*) qu'un auteur a sur son œuvre ne lui permet que de déterminer les conditions d'exploitation de son œuvre au profit des tiers. Étant par nature immatérielles et ubiquitaires, les pensées échappent ainsi à la maîtrise perpétuelle et exclusive.

2. L'intégration de la prérogative de possession au contenu de la propriété

493. La prérogative de possession comprise dans le droit de propriété. La doctrine chinoise et le législateur ont fait de la possession l'un des attributs de la propriété. C'est ainsi que l'article 71 des Principes généraux du droit civil énonce que : « la propriété d'un bien désigne les droits du propriétaire de le posséder, de l'utiliser, d'en tirer profit et d'en disposer [...] ». Pour certains auteurs, qu'ils soient français ou chinois, l'influence des codes civils adoptés par la République socialiste fédérative soviétique de Russie en 1922 puis en 1964, est à l'origine de l'intégration de la possession parmi les attributs du droit de propriété en droit chinois¹³⁹⁰. Cette influence apparaît également à

¹³⁸⁹ L'*Anspruch*, en droit allemand, *Qīng qiú quán*, en droit chinois.

¹³⁹⁰ V. Thierry PAIRAULT, « Droit de propriété et réforme du secteur d'État », *Rev. Études Chinoises* 20, 1-2 (2001), p. 16-17. Consultation sur : <http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/07/65/79/PDF/20-1.Pairault.pdf>. L'auteur cite LiMing WANG qui fait le même constat de l'influence du droit soviétique sur

l'alinéa premier de l'article 209 du nouveau Code civil de la République de Russie de 1995¹³⁹¹ : « le propriétaire a le droit de posséder son bien, d'en jouir et d'en disposer »¹³⁹².

494. La signification de la prérogative de possession. Il faut préciser que dans la formule de l'article 71 ainsi présentée, « le droit de posséder » ne constitue pas un droit réel. En revanche il s'agit simplement de l'une des prérogatives¹³⁹³ attachées à la chose, et octroyées au propriétaire. Cette prérogative de possession est définie par la doctrine comme étant « le pouvoir de réaliser une maîtrise de fait, un contrôle ou une administration réelle sur la chose »¹³⁹⁴. Il en résulte qu'au regard de la définition du droit de propriété donnée par les Principes généraux du droit civil, le propriétaire est en droit d'agir directement sur le bien qui lui appartient.

Afin d'assurer l'efficacité de cette prérogative de possession, une action réelle en restitution au profit du propriétaire a été envisagée par la doctrine chinoise. Le propriétaire, troublé dans l'exercice de sa prérogative de possession, peut aussi mettre en œuvre une action possessoire à condition qu'il prouve qu'il en est effectivement le propriétaire. Cette action a également été consacrée au § 985 du Code civil allemand (BGB) qui dispose que le propriétaire « peut réclamer au possesseur¹³⁹⁵ la restitution de la chose »¹³⁹⁶. La même protection existe aussi en droit français, sous la forme de la réintégration (ou réintégrande)¹³⁹⁷, l'une des actions possessoires qui s'ouvrent en cas de trouble actuel apporté à la possession immobilière¹³⁹⁸. Cette action réelle en restitution est dorénavant consacrée par l'article 34 de la LDR¹³⁹⁹.

le droit chinois (LiMing WANG, *Les problématiques du droit civil dans période de réforme en Chine*, Édition ChangChun, 1992, p. 122-131).

¹³⁹¹ Ce Code civil de la Fédération de Russie est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995 pour la première partie. Les trois autres parties sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 1996, le 1^{er} mars 2002 et le 1^{er} janvier 2008.

¹³⁹² V. *Code civil de la fédération de Russie*, Traduction du texte à jour au 25 mars 2005 par Dusan KITIC, Catherine KRIEF-SEMITKO, Raymond LEGEAIS, Édition Juriscope, 2005, p. 140.

¹³⁹³ *Quán Néng*, en phonétique chinoise, qui signifie une prérogative ou une faculté.

¹³⁹⁴ Huabin CHEN, *Théorie générale du droit réel, Édition de l'institution de politique de Chine*, 1998, p. 787. Voir aussi Xiao CHENG, LiMing WANG, Yin FEI, *Les droits réels*, Édition de la Cour populaire, 2^e éd., 2008, p. 548.

¹³⁹⁵ Il peut être également détenteur au sens du droit français. En droit allemand, la possession s'identifie à une simple maîtrise de fait, il n'y a donc pas lieu de la distinguer de la détention précaire. Par conséquent, le possesseur en droit allemand est celui qui a la maîtrise réelle et matérielle d'un bien.

¹³⁹⁶ V. *Code civil allemand, Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, par Gwendoline LARDEUX, Raymond LEGEAIS, Michel PÉDAMON, Claude WITZ, Dalloz, 2010, p. 347.

¹³⁹⁷ François TERRÉ, Philippe SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd., Dalloz 2014, n° 202, p. 189.

¹³⁹⁸ En droit français, aux termes de l'article 2278 du Code civil, « [l]a possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace ». Cependant, selon la jurisprudence,

.../...

Toutefois, selon la trilogie classique des romanistes, la propriété se compose du *jus utendi*, du *jus fruendi*, et du *jus abutendi*, autrement dit, l'*usus*, le *fructus*, l'*abusus*. Ces trois attributs correspondent aux droits du propriétaire prévus par les PGDC et la LDR qui sont, respectivement, d'utiliser une chose, d'en tirer profit et d'en disposer. La question qui se pose maintenant est de savoir pourquoi la doctrine chinoise maintient encore aujourd'hui l'idée d'ajouter la prérogative de possession à ces trois attributs traditionnels ainsi précisés. On peut trouver des éléments de réponse dans le besoin d'accentuer la maîtrise effective, aspect matériel de la notion de propriété en droit chinois.

495. Les fondements de l'intégration. Les fondements de cette intégration peuvent être de trois ordres. Premièrement, d'après M. Thierry Pairault, le régime politique et économique du système socialiste peut venir justifier la nécessité de cette intégration¹⁴⁰⁰. Comme dans tous les pays socialistes, le système de propriété en Chine se fonde sur l'appropriation publique de la majorité des moyens de production. Cette forme d'appropriation ne doit pas être confondue avec l'appropriation effective des moyens de production. Par exemple, dans le secteur des entreprises d'État, coexistent la propriété étatique, c'est-à-dire l'expression juridique de l'appartenance à la société tout entière de ses moyens de production, et leur gestion effective (ou administration) consistant en l'exercice des droits de possession¹⁴⁰¹, d'usage et de disposition. Il en résulte donc que les entreprises d'État, en tant que personnes morales, ont le droit de posséder, d'user et de disposer des moyens de production d'une part ; et que le véritable propriétaire de ces derniers est l'État et non ces entreprises, bien qu'elles soient dotées de la personnalité morale d'autre part. Ce système de propriété permet alors d'expliquer pourquoi, en droit chinois, la personne morale n'a pas *de facto* la qualification de propriétaire. À ce titre, la notion de propriété ne sert ici qu'à déterminer à qui appartient tel ou tel bien. Elle est par conséquent dissociée de toute gestion effective de ces entreprises. Pour M. Thierry Pairault, la faculté de possession, basée sur cette coexistence de l'appropriation publique des moyens de production et de la gestion effective, a non

la protection possessoire ne concerne que les immeubles. V. Cass. 1^{re} civ., 6 février 1996, *Bull. civ. I*, n° 57.

¹³⁹⁹ Aux termes de cet article, « le titulaire d'un droit réel peut exiger de l'auteur du trouble la restitution du bien ».

¹⁴⁰⁰ Thierry PAIRAULT, « Droit de propriété et réforme du secteur d'État », *Rev. Études Chinoises* 20, 1-2 (2001), p. 16-17. Consultation sur : <http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/07/65/79/PDF/20-1.Pairault.pdf>.

¹⁴⁰¹ Dans son article, M. Thierry PAIRAULT a employé l'expression « appropriation » afin de traduire le terme chinois « *Zhanyou* » qui désigne la possession en droit chinois. Cf., Thierry PAIRAULT, *idem*.

seulement été introduite comme attribut du droit de propriété mais aussi incluse dans le droit de gestion effective des entreprises étatiques. Au demeurant, l'intégration de la possession en tant qu'attribut du droit de propriété a pour objet de mettre davantage en valeur la gestion effective des entreprises d'État. L'explication de M. Thierry Pairault est fort éclairante. Cependant, elle ne constitue pas le seul argument de cette intégration.

Ensuite, du point de vue conceptuel, la possession est en fait « une maîtrise de fait sur la chose » (*tatsächliche Sachherrschaft*)¹⁴⁰². Insérer délibérément la prérogative de possession, pouvoir de fait, dans le contenu même de la propriété permet de compléter la puissance du propriétaire. Si la propriété est définie par un droit de maîtrise, à la fois la maîtrise de droit et de fait, la propriété peut donc être la traduction d'une puissance à la fois effective et potentielle de jouissance complète d'une chose¹⁴⁰³. Au regard de cette conception, la propriété doit absorber toutes les utilités d'un bien dont le propriétaire peut se prévaloir. De cette manière, rien n'empêche de dire que le droit de propriété ainsi définie contient la faculté de possession. De plus, l'intégration de la prérogative de possession conforte la mise en valeur de la maîtrise effective, l'aspect matériel de la propriété définie en droit chinois. Mais étant définie comme la maîtrise effective, la possession recouvre sans doute différentes actions susceptibles d'être accomplies au titre du droit de jouissance de la chose, dont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Insérer la possession parmi ceux-ci risque alors de constituer une redondance.

Enfin, au vu de la définition proposée par le droit chinois, dans la pratique, la propriété porte uniquement sur les objets susceptibles d'être maîtrisés dans un espace donné. Les choses peuvent être appropriées tant qu'elles peuvent être matériellement appréhendées. La prérogative de posséder symbolise, surtout dans des situations ordinaires, la plénitude de la puissance du propriétaire sur sa chose. En outre, du point de vue de l'analyse économique de la propriété, les droits de propriété peuvent être considérés comme étant « les droits de faire usage des ressources rares »¹⁴⁰⁴. L'utilisation efficiente de ressources rares se trouve au cœur même de l'analyse économique des droits de propriété. En se plaçant d'un tel point de vue, dans la vie économique, il convient de s'intéresser davantage aux moyens permettant de faire le

¹⁴⁰² *Introduction au droit allemand république fédérale, tome III Droit privé*, dir. Michel FROMONT et Alfred RIEG, Éditions Cujas 1991, p. 160. En droit français, cette idée de la possession a été défendue par Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris I, Économica 2007, n° 79, p. 89.

¹⁴⁰³ Cette thèse rejoint celle proposée par M. DANOS. V. Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris I, Économica 2007, n° 27 et s, p. 27 et s.

¹⁴⁰⁴ Cette définition de la propriété est proposée par Ronald Coase, (cité par Bruno DEFFAINS, « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste », *LPA.*, 19 mai 2005 n° 99, p. 6).

meilleur usage d'une ressource¹⁴⁰⁵, telle que la possession en tant que le droit de jouissance direct sur la chose. Ainsi, l'introduction de la possession dans la notion de propriété permet en effet de faire la lumière sur son aspect matériel défendu par la doctrine chinoise. Suivant ces raisonnements, l'intégration de la prérogative de posséder est un choix délibéré. Un tel parti pris confère à la propriété un caractère exclusif.

§ 2. LA PROPRIÉTÉ CARACTÉRISÉE PAR LA MAÎTRISE EXCLUSIVE SUR LA CHOSE

496. Au deuxième alinéa de l'article 2 de la LDR, le droit réel est défini comme « le droit de maîtrise portant sur une chose déterminée dont le titulaire peut se prévaloir conformément à la loi. Il est non seulement direct mais aussi exclusif ». Dès lors, en droit chinois, l'exclusivité est reconnue pour la première fois comme une caractéristique commune des droits réels¹⁴⁰⁶. La propriété, droit réel par excellence, désigne d'abord un rapport privatif établi entre le propriétaire et la chose maîtrisée. En outre, ce droit souverain de maîtriser la chose est également doté d'un caractère exclusif¹⁴⁰⁷. Sur un même bien déterminé, il ne peut coexister deux droits de souveraineté. Toute personne autre que le propriétaire est par conséquent exclue de l'exercice du droit de propriété. Cette exclusion des tiers permet de mettre en avant l'aspect intersubjectif de la propriété : celui qui consiste dans un rapport existant entre le propriétaire et tous les tiers et se rapportant à l'appartenance et à l'utilisation d'un bien déterminé¹⁴⁰⁸. Selon la doctrine chinoise, l'exclusivité de la propriété provient directement de la notion de droit de propriété¹⁴⁰⁹ (A). Contrairement au droit français, une telle exclusivité de la propriété n'est pas inconditionnée en droit chinois, elle est fondée sur la connaissance des tiers (B).

¹⁴⁰⁵ Inciter à rechercher l'usage le plus valorisé est considéré par l'analyse économique comme une des deux fonctions les plus importantes de la propriété. V. Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz et Thémis, 2^e éd., 2008, n° 775, p. 210.

¹⁴⁰⁶ Bin LI, *La protection de la propriété en Chine : Transformation du droit interne et influence du droit international*, thèse, Paris I, 2009, n° 141, p. 161.

¹⁴⁰⁷ Certains auteurs chinois parlent d'une maîtrise exclusive. V. *Études sur le droit réel*, dir. HuiXing LIANG, Édition de Droit, 1998, p. 228 et 229 ; *Le droit civil*, dir. Ping JIANG, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000, p. 347. D'autres parlent d'une appartenance exclusive du bien. V par exemple, WanLin PENG, *Le droit civil*, Édition de droit, 1^e éd., 2000, p. 288.

¹⁴⁰⁸ V. Xiao CHENG, Fei YIN, LiMing WANG, *Leçons de droit chinois des biens*, Édition de la Cour populaire, 2007, p. 3-4. Dans le même sens, v aussi : XianZhong SUN, *Les droits réels*, 2^e éd., 2011, Édition Social Sciences Academic Press (China), p. 20 ; LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2007, p. 41-s.

¹⁴⁰⁹ Tian YIN, *Quelques réflexions et commentaires sur les théories relatives aux droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2004, p. 148.

A. L'exclusivité inhérente à la notion de propriété

497. L'exclusivité, corolaire du droit de maîtrise. En droit chinois, la propriété est considérée comme un droit de maîtrise sur une chose corporelle de manière non seulement directe mais également exclusive. L'exclusivité de la propriété a en effet pour corollaire la nature matérielle de cette notion de propriété. Seule une personne peut se voir investie d'un pouvoir souverain sur une chose corporelle car cette dernière, par elle-même, détermine un espace privatif au profit de son maître tout en interdisant aux tiers d'y pénétrer. Le caractère exclusif de la propriété est l'expression de la plénitude des prérogatives que cette chose pourra fournir à son maître. L'intervention des tiers dans l'exercice du droit de propriété constitue aussitôt une atteinte matérielle qui diminue l'utilité de la chose. Afin de permettre au propriétaire de jouir d'un véritable monopole sur la chose, il est alors nécessaire d'exclure tous les autres individus de cette chose et d'exiger de la part de ces derniers un devoir de se retenir de la troubler¹⁴¹⁰. En un mot, l'exclusion des tiers est commandée par la nature même de la chose corporelle¹⁴¹¹. Elle constitue de la sorte le présupposé d'une maîtrise souveraine et efficace sur cette chose. À défaut, l'exercice, voire l'existence¹⁴¹² des prérogatives matérielles du propriétaire, ne peut être garanti. En même temps, l'exclusivité contribue aussi à la structure de la propriété.

498. L'exclusivité, participant de la structure de la propriété. Par son caractère exclusif, la propriété est opposable *erga omnes*. Cela dit, tout le monde est tenu de s'abstenir de tout acte qui porterait un trouble matériel ou juridique au droit de

¹⁴¹⁰ V. Fei YIN, « L'importance de l'éclaircissement sur l'opposabilité *erga omnes* du droit réel », l'article publié in *Procuratorial Daily*, 2005-08-01. Consulté : <http://www.china.com.cn/chinese/law/929621.htm>. Il est intéressant de constater que contrairement à la doctrine française, peu d'auteurs chinois ont pris en considération ce devoir d'abstention imposé aux tiers. Lorsque les auteurs chinois étudient la notion d'exclusivité, au lieu de relever l'importance d'un tel devoir des tiers, ils ont mis alors plus d'accent sur les diverses actions réelles que le propriétaire pourra faire valoir en présence d'un trouble causé par un tiers.

¹⁴¹¹ V. l'explication concernant l'exclusivité de la propriété en droit romain qui peut être révélatrice. À cette époque, la propriété absorba la matière même des choses et se confond avec elle dans tous ses prolongements et ses utilités. Elle est donc l'expression même de l'exclusivisme, exclusion des autres. V. Anne-Marie PATAULT, Introduction historique au droit des biens, PUF 1989, n°71, p. 85. En droit français, M. DANOS a affirmé de la même manière. Selon cet auteur, l'exclusivité de la propriété n'est qu'un caractère de la chose, celui d'appartenir en propre à quelqu'un. V. Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris I, Économica 2007, n° 128, p. 136. V. aussi Robert WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, thèse Paris I, LGDJ 2004, spéc. n° 146, p. 133.

¹⁴¹² M. DANOS a expliqué que l'exclusion des tiers constitue le fait générateur du pouvoir du propriétaire sur sa chose. Il en résulte que l'existence du droit de propriété se détermine par la pleine effectivité du lien d'opposabilité. V. Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris I, Économica 2007, n° 192, p. 210 et n° 324, p. 360.

propriété. Vue sous un tel angle, la propriété ne peut être dessinée par un seul rapport entre le maître et son objet maîtrisé. Elle tisse de surcroît une relation entre le propriétaire et le monde extérieur¹⁴¹³. Comme M. Danos l'estime à juste titre, la propriété est en effet « formée par la réunion de plusieurs rapports juridiques mettant en relation une chose, un sujet attributaire et les tiers »¹⁴¹⁴. En fait, le pouvoir du propriétaire portant immédiatement sur la chose permet de constituer seulement un des aspects de la propriété¹⁴¹⁵. Le rapport entre le propriétaire et les tiers, relatif à l'appartenance et à l'utilisation de la chose constitue également le droit de propriété. En droit chinois, la doctrine insiste sur le fait que tout droit ramène à des rapports juridiques entre les hommes, y compris le droit de propriété. Se dessine ici l'influence de Kant sur la doctrine chinoise. En effet selon les enseignements de Kant, « il est clair qu'un homme qui serait tout seul sur la terre ne pourrait à proprement parler avoir pour sien ou acquérir aucun objet extérieur, parce qu'entre lui comme personne et tous les autres objets extérieurs comme choses, il n'y a absolument aucun rapport d'obligation. Il n'y a donc non plus, à proprement parler et pris à la lettre, aucun droit (direct) sur une chose [...] »¹⁴¹⁶. Dès lors, la notion de propriété adoptée par le droit chinois est composée de deux éléments constitutifs : le pouvoir direct et immédiat du propriétaire sur la chose, et le rapport entre celui-ci et les tiers, relatif à la chose c'est-à-dire l'exclusivité¹⁴¹⁷. Ainsi, en droit chinois, l'exclusivité de la propriété est en effet interne à

¹⁴¹³ V. par exemple, Xiao CHENG, LiMing WANG, Yin FEI, *Les droits réels*, Édition de la Cour populaire, 2^e éd., 2008, p. 4 -5.

¹⁴¹⁴ Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris I, Économica 2007, n° 130 et s., p. 138.

¹⁴¹⁵ Autrement dit, un rapport interne de la propriété, si l'on emprunte la distinction entre le rapport interne et le rapport externe de la propriété défendue par certains auteurs français. V. par exemple, Louis RIGAUD, *Le droit réel, Histoire et théories, Son origine institutionnelle*, Toulouse, Nauze, 1912, p. 116.

¹⁴¹⁶ Emmanuel KANT, *Œuvres philosophiques, III Les derniers écrits, Métaphysique des mœurs, I. Doctrine universelle du droit*, §20, VI, 261, p. 515. Éditions Gallimard, 1986. Édition publiée sous la direction de Ferdinand ALQUIÉ avec, pour ce volume, la collaboration d'Alexandre J.-L. DELAMARRE, Luc FERRY, Pierre JALABERT, François MARTY, Joëlle MASSON, Olivier MASSON, Alexis PHILONENKO, Alain RENAUT, Jacques RIVELAYGUE, Heinz WISMANN. Éditions Gallimard, 1986. En droit français, v. dans le même sens, René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Édition La Mémoire du droit, 2001, dans deuxième partie : La Technique, II applications ; chap. IV, « Droit absolu et droits relatifs », p.405, s ; Claude LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, 1967, p. 100. (Cité par René ROBAYE, « Du "dominium ex iure Quiritium" à la propriété du Code civil des Français », *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1997, p. 314).

¹⁴¹⁷ Regardant la chose de cette manière, le droit chinois a bien regroupé au sein de la notion de propriété le *dominium*, (en tant que pouvoir immédiat et direct sur la chose appropriée), et le *jus*, au sens des rapports juridiques entre les Hommes. Rappelons que, « pour décrire la propriété quiritaire, les Romains utilisaient le terme *dominium* (*dominium ex jure quiritium*), alors que pour tous les autres types de possession et de droits réels ou personnels, ils se contentaient du mot *jus* qui ne contient pas l'idée de maîtrise ni de souveraineté présentes dans le terme *dominium*. V. Drieu GODEFRIDI, « ROMA AETERNA ? Controverse sur la filiation de la propriété napoléonienne », <http://bcs.fltr.ucl.ac.be/FE/12/Godefridi.htm>. V. aussi Anne-Marie PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF 1989, n°8, p. 21-22 ;

.../...

la notion de propriété, en d'autres termes, elle participe de la structure de la propriété. Grâce à cette exclusivité, une protection efficace à l'égard du propriétaire peut être mise en place.

499. La protection efficace du propriétaire issue de l'opposabilité *erga omnes* de la propriété. Tout comme en droit français, l'exclusivité de la propriété en droit chinois permet au propriétaire d'opposer tout empiètement des tiers. S'inspirant du BGB, le législateur chinois a prévu une double action issue directement de l'exclusivité de la propriété : l'action en revendication dont le propriétaire peut se prévaloir contre un possesseur de la chose¹⁴¹⁸, ainsi que la prétention réelle, lorsqu'un trouble est apporté dans l'exercice du droit réel d'un titulaire par un tiers¹⁴¹⁹. Cette prétention réelle a pour but de faire disparaître ce trouble et de rétablir la situation conforme au droit réel. La protection spécifique au bénéfice du propriétaire s'avère efficace. En ce qui concerne l'action en revendication, elle lui permet de suivre son bien en quelques mains qu'il se trouve. C'est ce qu'on appelle en droit français le droit de suite, l'une des particularités inhérentes à l'absolutisme du droit réel. En outre, par application d'une telle prétention réelle, le propriétaire peut exiger la cessation du trouble causé et dans l'hypothèse où de nouveaux troubles sont à craindre, agir pour contraindre leur auteur à s'en abstenir dans l'avenir. Cette mesure de protection peut être automatiquement mise en œuvre par la seule présence d'un trouble constitutif d'une atteinte au droit de propriété, et ce, indépendamment de l'appréciation de son comportement et de l'existence du préjudice. L'automatisme de la mise en œuvre de cette protection du propriétaire assure alors son efficacité et lui permet de se démarquer d'autres protections sur le fondement de la responsabilité civile¹⁴²⁰. Sur ce point, on voit poindre une convergence entre les droits

Frédéric ZENATI-CASTAING, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981, n^{os} 155, p. 214 et s.

¹⁴¹⁸ V. l'article 34 de la LDR.

¹⁴¹⁹ La prétention réelle est prévue à l'article 35 de la LDR. Elle ne se limite pas à la protection du propriétaire. Il s'agit en droit chinois d'une protection dite réelle au profit de tout titulaire d'un droit réel. Aux termes de cet article, « en présence d'un trouble, réel ou potentiel, apporté à l'exercice d'un droit réel, le titulaire du droit peut exiger de l'auteur du trouble de l'éliminer ou de supprimer tout risque de trouble ». Comparé au premier alinéa du § 1004 du BGB : « [s]'il est porté atteinte à la propriété autrement que par éviction ou rétention de la possession, le propriétaire peut exiger de l'auteur de cette atteinte qu'il l'élimine. Si de nouvelles atteintes sont à redouter, le propriétaire peut agir en justice en vue d'obtenir leur cessation ». V. *Code civil allemand, Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, par Gwendoline LARDEUX, Raymond LEGEAIS, Michel PÉDAMON, Claude WITZ, Dalloz, 2010, p. 350-351.

¹⁴²⁰ Eu égard à l'article 37 de la LDR, « lorsqu'un préjudice a été causé par l'atteinte à un droit réel, le titulaire de ce droit peut poursuivre également la responsabilité civile de son auteur en lui demandant l'octroi des dommages-intérêts ». Il convient de rappeler que le droit chinois n'interdit pas au titulaire d'un droit réel lésé de se prévaloir cumulativement de diverses protections prévues par la loi.

français et chinois. Il convient toutefois de noter que selon la doctrine chinoise, tout comme l'action en revendication, la prétention dite « réelle » résulte aussi directement de la nature exclusive du droit de propriété. Elle est par conséquent associée à la propriété et sera transmise avec elle à un nouveau propriétaire¹⁴²¹. En revanche, contrairement au droit français, en Chine l'exclusivité du droit réel, étant le fondement de la protection efficace à l'égard du titulaire du droit réel, est soumise au principe de publicité.

B. L'exclusivité de propriété conditionnée par sa publicité

500. Le principe de publicité. Sous l'influence du droit allemand, la doctrine chinoise a admis l'idée selon laquelle, en tant que droit exclusif et absolu, le droit réel doit être rendu reconnaissable à tout le monde pour être respecté par tous¹⁴²². En conséquence, il est nécessaire pour le titulaire de recourir à certaines mesures de publicité de sorte à informer les tiers. En fonction de la nature de la chose sur laquelle le droit réel porte, deux formes d'extériorisation sont alors exigées : la possession et le registre foncier. Un tel principe a été consacré par la LDR¹⁴²³. Du fait de ce principe, l'exclusivité de la propriété en droit chinois est soumise à sa publicité : le droit de propriété ainsi que sa transmission sont opposables aux tiers à partir du moment où ces derniers sont informés de son existence ou de cette transmission. Ce concept d'exclusivité trouve son fondement dans la structure même de la propriété définie en droit chinois.

501. L'exclusivité fondée sur l'implication des tiers dans la structure de la propriété. En vertu de la notion de propriété adoptée par le droit chinois, l'on voit se former au sein de la structure du droit réel un rapport entre le titulaire et les tiers. En ce sens, ces derniers ne sont pas totalement étrangers à la notion de propriété. Au contraire, ils sont impliqués dans sa structure. Cette implication ne reste pas uniquement théorique, elle se manifeste également dans la pratique. D'un côté, l'abstention des tiers contribue à garantir la pleine efficacité du droit de propriété, et de l'autre, l'exercice du droit de propriété par le propriétaire peut aussi avoir des incidences sur leur propre intérêt¹⁴²⁴. Par exemple, un acquéreur *a non domino* risque d'être évincé par le véritable

¹⁴²¹ Xiao CHENG, LiMing WANG, Yin FEI, *Les droits réels*, Édition de la Cour populaire, 2e éd., 2008, p. 58.

¹⁴²² V. l'article 4 du Projet de la Loi chinoise relative aux droits réels du 22 octobre 2005. (Cité par ShiGang LI, «La loi de la République Populaire de Chine sur les droits réels : Principes fondamentaux et notations de base », *R.I.D.C.*, 2009).

¹⁴²³ La présentation dudit principe et sa mise en œuvre, v. *supra*. n° 425 et s.

¹⁴²⁴ LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université de peuple de la Chine, 2007, p. 42.

propriétaire. Toutefois, introduire les tiers dans la structure de la propriété nécessite la connaissance par eux concernant à la fois son existence et sa modification.

502. La connaissance des tiers comme condition de l'exclusivité. L'exclusivité est alors la traduction de l'aspect intersubjectif de la propriété. Plus précisément, elle est l'expression d'un pouvoir d'exclure toute autre personne du monopole réservé au propriétaire. À la fois dans les intérêts du propriétaire et des tiers, cette exclusion des tiers doit postuler leur connaissance¹⁴²⁵, et ce pour au moins trois raisons. D'abord, du côté du propriétaire, afin que les tiers respectent son droit, il apparaît juste de les informer préalablement de l'existence ainsi que des contours des privilèges du propriétaire¹⁴²⁶. Cela est d'autant plus vrai lorsque cette exclusivité est susceptible de leur imposer un devoir d'abstention. Cette idée rejoint celle défendue par certains auteurs français, tel que M. Danos. Ce dernier a expliqué à juste titre que « [c]ette abstention ne peut être imposée aux tiers, et ceux-ci ne peuvent adopter ce comportement et le respecter que s'ils sont avertis du devoir qui leur est ainsi imposé ou du moins s'ils sont en mesure de le connaître »¹⁴²⁷. Ce devoir d'abstention qui leur est imposé constitue alors la deuxième raison de considérer la connaissance par les tiers comme une condition de l'exclusivité de la propriété. Enfin, du côté des tiers, étant inclus dans la structure de la propriété, sa construction et surtout sa modification se répercutent nécessairement sur les intérêts des tierces personnes¹⁴²⁸. Vu que l'exercice du droit de propriété, notamment s'il est fait de manière occulte par le propriétaire, pourrait leur faire subir des conséquences parfois préjudiciables, sa révélation est d'autant plus indispensable à leur protection. Il ressort de ces trois raisons que l'opposabilité *erga omnes* de la propriété n'est possible qu'à partir du moment où le droit de propriété est porté à la connaissance des tiers. La nécessité de la connaissance des tiers fait donc ressortir le besoin de publicité. La subordination de l'exclusivité à la publicité découle en effet du pragmatisme dont le législateur chinois fait preuve.

¹⁴²⁵ En d'autres termes, « qui dit exclusion dit publicité ». V. Jean Baptiste Auguste HUREAUX, « Étude historique et critique sur la transmission de la propriété par actes entre-vifs », *Rev. prat. dr. fr.*, t. III, Paris : A. MARESCQ AINÉ 1846, p. 688.

¹⁴²⁶ En droit français, Edmond MARTOU a expliqué que « [l]e droit réel s'exerçant à l'encontre de tous, il est juste qu'il puisse être connu de tous : on ne peut équitablement imposer à la société le devoir de le respecter que pour autant qu'il se révèle par des signes certains ». V. Edmond MARTOU, *Des privilèges et des hypothèques, ou Commentaire de la loi du 10 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire*, tome 1, Paris, Bruxelles, 1863, n° 4, p. 26.

¹⁴²⁷ Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris I, Économica 2007, n° 301, p. 332.

¹⁴²⁸ V. par exemple : XianZhong SUN, *Les droits réels*, 2^e éd., 2011, Édition Social Sciences Academic Press (China), p. 88 ; LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2007, p. 173-s.

503. La nécessité de la publicité inhérente au concept pragmatique du droit chinois.

Il résulte de nos analyses que l'exclusivité de la propriété adoptée par le droit chinois est fondée sur la connaissance des tiers. Cette règle est distincte du droit français où le seul fait de savoir que la chose sur laquelle un droit réel porte ne lui appartient pas peut suffire à déclencher son opposabilité à l'égard d'un tiers¹⁴²⁹. Du fait de ce concept d'exclusivité astucieusement élaboré par la doctrine française, il n'y a pas lieu de rechercher si ce dernier a été réellement informé et il lui est inutile d'alléguer son ignorance. L'exclusivité de la propriété est donc inconditionnée. C'est justement en ce sens que l'opposabilité de la propriété peut être considérée comme étant automatique¹⁴³⁰. Cette approche est ingénieuse car théoriquement, elle s'avère suffisante pour garantir une pleine protection du propriétaire sans aucune condition requise. Cependant, cette exclusivité inconditionnée semble moins pragmatique étant donné que la sécurité qu'elle garantit n'est que statique¹⁴³¹. Précisément, dans les transactions, un tel concept d'exclusivité ne facilite pas la sécurité des échanges en ce qu'il ne permet pas aux acquéreurs d'identifier les véritables propriétaires des biens qu'ils se décident à acquérir¹⁴³². Une sécurité dynamique ne peut être préservée que par la technique du formalisme.

Contrairement au droit français, le droit chinois a adopté une idée plus pragmatique selon laquelle, le droit réel n'est opposable à tous qu'autant que le public a été en mesure de le connaître par certaines mesures de publicité. La propriété révélée et connue du public constitue en effet le présupposé du rapport intersubjectif de la propriété, autrement dit, le présupposé de l'exclusion des tiers fondée sur leur connaissance. Dans son rôle informatif, la publicité doit fournir aux tiers des moyens sûrs de s'informer et d'être averti quant à l'état juridique des biens. Le caractère exclusif de la propriété est alors justifié une fois que les tiers ont été préalablement prévenus. Ainsi, à partir du moment où le droit de propriété est porté à la connaissance de tous, le propriétaire peut s'opposer à toute intervention des tiers. En voyant la chose de cette manière, on peut constater qu'en plus de son rôle d'information des tiers, la publicité exerce également un rôle de protection à l'égard du propriétaire. Toutefois, il

¹⁴²⁹ V. par exemple, José DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, thèse Rennes I, LGDJ 1983 ; Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris I, Economica 2007.

¹⁴³⁰ V. *supra*. n° 484 et s.

¹⁴³¹ La distinction entre la sécurité statique (qui consiste dans la protection du titulaire du droit) et la sécurité dynamique (ayant pour objectif d'inciter à l'action) a été proposée par DEMOGUE. V. René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Édition La Mémoire du droit, 2001, p. 72.

¹⁴³² V. *supra*. n° 500 et s.

convient d'admettre que, comparée au concept idéaliste d'exclusivité précédemment analysé, notamment en dehors des transactions, cette technique du formalisme ne revêt pas une très grande importance. D'où l'attraction du système de l'exclusivité idéaliste du droit français.

C'est uniquement dans les transactions que l'importance du rôle de la publicité se révèle pleinement¹⁴³³. L'une de ses fonctions essentielles est d'accroître la sécurité du commerce. Avec les informations révélées par la publicité, chaque acquéreur peut vérifier avec certitude la situation juridique du bien qu'il a voulu acquérir. De ce fait, les divers résultats des aliénations sont devenus prévisibles : les acquéreurs ne risquent plus de voir systématiquement leurs droits de propriété remis en cause par des cessions antérieures clandestines. La sécurité du marché est dès lors préservée dans la mesure où l'acquéreur est assuré de devenir effectivement propriétaire, titulaire d'un droit réel opposable à tous. En même temps, dans le but de restaurer la confiance sur les marchés, une telle technique du formalisme permet également aux acquéreurs de prêter foi à la forme extérieure du droit de propriété publié. Ce faisant, la protection des acquéreurs de bonne foi est alors bien garantie¹⁴³⁴. Tout cela facilite nécessairement les transactions. D'où l'importance accordée à la publicité dans le commerce. C'est pour cette raison que le législateur chinois a choisi d'adopter un concept plus pragmatique d'exclusivité, en le subordonnant au principe de publicité.

504. Ainsi, définie en droit chinois comme le droit de maîtrise de la chose, la propriété confère à son titulaire un droit souverain portant sur une chose corporelle. Cette notion conduit la doctrine chinoise à regrouper un double rapport dans la structure de la propriété : un rapport direct entre le maître et la chose maîtrisée et un rapport intersubjectif entre le propriétaire et autrui. De ces deux rapports résulte le pouvoir d'exclure du propriétaire. Contrairement au droit français, l'exclusivité en droit chinois est soumise au principe de publicité. Il s'agit d'une solution pragmatique. Sa mise à l'épreuve dans les transactions permettra de démontrer que par anticipation, le système chinois établit une sécurité parfaite du commerce tout en satisfaisant à la fois l'intérêt du propriétaire et celui des tiers.

¹⁴³³ Il convient de ne pas oublier que selon la doctrine chinoise, la première fonction exercée par le principe de publicité est de réaliser le transfert de propriété dans les transactions.

¹⁴³⁴ V. *infra*. n° 443 et s.

SECTION II.

LA MISE À L'ÉPREUVE DU SYSTÈME CHINOIS DANS LES TRANSACTIONS

505. Les difficultés rencontrées par l'exclusivité inconditionnée dans les transactions.

Selon nos analyses, malgré les avantages qu'il peut présenter, le concept d'exclusivité inconditionnée rencontre quelques difficultés dans les transactions. Ces difficultés résident dans le fait qu'il ne permet pas par lui-même de résoudre les conflits de droits concurrents entre les acquéreurs successifs du même vendeur. Ces derniers conflits sont en réalité suscités même par l'idéalisme de cette exclusivité inconditionnée. Pour remédier à cette faille et préserver la sécurité du marché, la technique du formalisme est alors employée exceptionnellement comme une solution permettant de trancher lesdits conflits. Dès lors, si par principe, le transfert de propriété opéré par un contrat de vente est automatiquement opposable à tous, dans les ventes successives, parmi les acquéreurs successifs du même vendeur, l'emporte celui qui a accompli une extériorisation de son droit en premier¹⁴³⁵. En effet, en tant qu'exception au droit commun, une telle solution peut offrir à un acquéreur *a non domino* une protection bien meilleure que celle du premier acquéreur en date, devenu déjà propriétaire légitime. D'où les critiques formulées à son encontre pour son illogisme et pour son manque d'équité¹⁴³⁶. Demogue a même avancé en ce sens que « l'idée de sécurité se retourne contre elle-même »¹⁴³⁷.

506. Plan. En adoptant un concept différent d'exclusivité, celui qui est soumis au principe de publicité, le droit chinois réussit par l'anticipation à surmonter ces difficultés ainsi analysées. Deux moyens peuvent conduire à ce résultat. D'une part, la publicité permet de réduire les sources de conflits de droits concurrents portant sur un même bien (§ 1). D'autre part, dans les ventes successives, cette même technique peut également contribuer à une conciliation entre l'intérêt du propriétaire légitime et ceux des autres acquéreurs (§ 2). En conséquence, une sécurité parfaite des transactions pourrait donc être envisagée.

¹⁴³⁵ V. *supra*. n° 500.

¹⁴³⁶ V. par exemple, René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Édition La Mémoire du droit, 2001, Première partie, chap. II, « La sécurité », p. 63 ; en matière mobilière, v. William Dross, « Le singulier destin de l'article 2279 du Code », *RTD civ.*, 2006, p. 27 ; en matière immobilière, v. Itsuyo TAKIZAWA, « La publicité foncière française : le pourquoi de sa difficulté », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle GOBERT*, Économica, 2004, p. 377.

¹⁴³⁷ René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Édition La Mémoire du droit, 2001, p. 73.

§ 1. LA RÉDUCTION DES SOURCES DE CONFLITS DE DROITS CONCURRENTS

507. Les conflits de droits concurrents suscités par le concept idéaliste d'exclusivité.

Comme cela a été expliqué, étant réputée inconditionnée, l'exclusivité définie en droit français n'est pas soumise à la connaissance réelle ou présumée des tiers. Dans les transactions, cette notion d'exclusivité ne favorise nécessairement pas l'extériorisation publique de l'état juridique des biens qui sont l'objet de transactions. Les acquéreurs risquent donc de se fier à l'apparence trompeuse mais raisonnable du droit de propriété pour réaliser une acquisition. Afin de permettre d'assurer la sécurité du commerce et de faciliter les transactions, ces acquéreurs de bonne foi méritent une certaine protection. Les conflits par la suite provoqués sont entre le véritable propriétaire d'un bien et un acquéreur de bonne foi mais *a non domino*. Cependant, ces conflits peuvent être réduits, si l'on parvient à rendre l'apparence raisonnable du droit de propriété conforme à la réalité. La technique du formalisme est justement élaborée dans ce but.

508. La contribution de la publicité à la réduction des sources de conflits de droits.

Contrairement au concept d'exclusivité défini en droit français, l'exclusivité en droit chinois est conditionnée par le principe de publicité. La même règle s'applique également au moment du transfert de propriété. En vertu du modèle chinois du transfert de propriété dit « l'accord + la publicité », dans les transactions, la publicité exerce une double fonction : la fonction constitutive et la fonction informative¹⁴³⁸. À la différence du droit français, dans la vente en droit chinois, la conclusion du contrat ne peut opérer le transfert de propriété. Pour pouvoir devenir nouveau propriétaire du bien à acquérir, l'acquéreur doit accomplir une certaine mesure de publicité, à défaut de laquelle, aucun transfert de propriété ne peut être réalisé. La publicité imposée par la loi contribue alors à la constitution et à la transmission du droit de propriété. D'où son rôle constitutif. Cette fonction constitutive de la publicité assure en même temps l'efficacité de son rôle d'information des tiers. Par sa fonction informative, la publicité est destinée à faire connaître à tous, de façon exacte et complète, l'état des droits portant sur un bien. Si un intéressé veut connaître l'identité du propriétaire d'un bien, il lui suffit de se référer aux informations révélées par la publicité que le propriétaire a préalablement effectuée. Pour être plus précis, il peut consulter le registre foncier, s'il s'agit d'un bien immobilier, ou chercher qui est le possesseur, lorsque le bien qui leur intéresse est un meuble. Puisque la publicité est imposée par la loi, elle fournit alors au propriétaire un moyen de donner

¹⁴³⁸ Du principe de la publicité consacré par la LDR, se dégage la troisième fonction de la publicité : la fonction de présomption. On précisera cette fonction dans la partie concernant l'acquisition de bonne foi du droit chinois. V. *infra*. n° 443 et s.

à son droit la seule apparence qui sera prise en considération par les tierces personnes. Par ce moyen, s'écarte le décalage qui peut éventuellement exister entre l'apparence du droit de propriété et la réalité. Dès lors, « [l]'apparence raisonnable du droit, dans les rapports avec les tiers, produit le même effet que le droit lui-même »¹⁴³⁹. Par conséquent, les sources de conflits susceptibles d'être déclenchés par l'apparence raisonnable du droit de propriété en droit français peuvent être réduites¹⁴⁴⁰. La sécurité du commerce est donc préservée par anticipation dans le système du droit chinois.

509. Néanmoins, le mécanisme chinois du transfert de propriété n'est pas non plus sans inconvénient. Comme nous l'avons précédemment expliqué, il semble très favorable aux ventes successives¹⁴⁴¹. Pourtant, grâce à la technique du formalisme, le droit chinois réussit à trancher les conflits entre les acquéreurs successifs du même vendeur tout en conciliant leurs intérêts.

§ 2. LA CONCILIATION ENTRE LA SÉCURITÉ DU PROPRIÉTAIRE LÉGITIME ET CELLE DES ACQUÉREURS SUCCESSIFS DU MÊME AUTEUR

510. L'opposition de la sécurité du propriétaire légitime et celle des tiers. Comme nos analyses le démontrent, une exclusivité inconditionnée favorise les cessions occultes. Cette situation peut s'avérer dangereuse pour les acquéreurs successifs d'un même auteur. Imaginons qu'un vendeur peu scrupuleux vende deux fois un même bien à deux acquéreurs. Après la conclusion de la première vente, le premier acquéreur devient sitôt le propriétaire en vertu du principe du transfert de propriété *solo consensu*. En revanche, la deuxième vente, qui est *a non domino*, ne permet au deuxième acquéreur d'acquérir aucun droit sur ce bien. Cependant, ce deuxième acquéreur n'est pas responsable de cette situation car il n'est pas en mesure de connaître l'existence de la première cession. Il est *de facto* la victime de cette même exclusivité idéaliste et inconditionnée. Dans le souci de préserver la sécurité du commerce, une règle de conflit de droits s'y applique : pour que la propriété acquise par le premier acquéreur soit opposable au deuxième acquéreur de bonne foi, il faut que le premier effectue en premier les mesures de publicité prévues par la loi. Le défaut de publicité de la part du premier acquéreur peut

¹⁴³⁹ René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Édition La Mémoire du droit, 2001, p. 68.

¹⁴⁴⁰ Il convient de mentionner ici que la publicité ne permet pas pour autant d'exclure tout décalage existant entre l'apparence du droit et la réalité. La publicité peut être erronée. Par exemple, une erreur du registre foncier peut survenir et modifierait la situation juridique d'un bien immobilier au détriment du titulaire des droits sur celui-ci.

¹⁴⁴¹ V. *supra*. n° 355 et s.

lui coûter très cher : car en l'occurrence c'est le deuxième acquéreur qui sera reconnu comme propriétaire. Si tel est le cas, on dit que le premier acquéreur a été sanctionné par sa propre négligence¹⁴⁴². Une telle règle oppose en effet la sécurité du premier acquéreur, propriétaire légitime, à celle de l'acquéreur *a non domino* de bonne foi. La sécurité de l'un doit conduire à l'insécurité de l'autre. Une véritable sécurité des transactions devrait permettre de les concilier.

511. La contribution de la publicité à la conciliation entre la sécurité du titulaire légitime et celle des acquéreurs successifs. Conformément au principe de publicité consacrée par la LDR, sans l'accomplissement d'une certaine publicité, aucune transmission de la propriété n'est opérante. C'est pourquoi, dans le système du droit chinois, le même vendeur peut, du moins théoriquement, vendre un même bien à plusieurs acquéreurs, pourvu qu'aucun d'entre eux n'ait effectué la publicité. Étant toujours propriétaire, toutes ces ventes successives sont valables, et ce même sans déroger à l'adage «*nemo plus juris...* ». Parmi ces acquéreurs successifs, seul celui qui a publié son droit en premier peut devenir propriétaire du bien en question. Son acquisition est alors réalisée conformément au mécanisme du transfert de propriété prévu par la LDR : d'une part, le contrat de vente consenti entre lui et son vendeur est parfaitement valable ; d'autre part, il a accompli la publicité. En tant que propriétaire, son droit de propriété est naturellement opposable aux autres acquéreurs qui ne sont que les créanciers de ce même vendeur. Dès lors, l'opposition formée en droit français entre la sécurité du propriétaire légitime et celle d'un acquéreur *a non domino* est totalement écartée.

Conclusion du Chapitre II

512. Ainsi, au cours de la rédaction de la LDR, le législateur chinois a fait le choix d'adopter une exclusivité de la propriété conditionnée par la publicité. Par comparaison au concept idéaliste d'exclusivité consacré en droit français, le droit chinois a incarné une parfaite sécurité dans la notion d'exclusivité. Le titre de la propriété est alors sécurisé dans les transactions. Concrètement, cette solution permet de réduire les sources de conflits de droits concurrents portant sur un même bien et de résoudre les

¹⁴⁴² En droit français, l'inopposabilité est définie comme la sanction d'une irrégularité contemporaine de la conclusion du contrat. V. « Inopposabilité » in *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard CORNU, PUF., 10^e éd. ; Jacques FLOUR, Jean-luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey 2014, n° 322, p. 329.

éventuels conflits entre les acquéreurs successifs sans pour autant porter préjudice à leurs intérêts respectifs.

CONCLUSION DU TITRE I

- 513.** En droit français, par le principe du transfert de propriété *solo consensu*, l'acheteur peut devenir propriétaire du bien acheté dès la conclusion du contrat de vente et ce, indépendamment de tout formalisme. En outre, le transfert de propriété réalisé automatiquement par l'effet du contrat est en principe opposable à tous, sous réserve de certaines exceptions en matière immobilière. Cette solution prend appui sur une notion d'exclusivité de la propriété inconditionnée, c'est-à-dire qui n'est soumise à aucune condition de forme. La protection de cet acheteur résultant d'une telle notion d'exclusivité est théoriquement parfaite, mais elle est devenue perfectible dans les ventes successives. En rejetant une telle notion idéaliste d'exclusivité, le législateur chinois a adopté une solution plus pragmatique.

Conformément au modèle chinois, le transfert de propriété est soumis à sa publication. Cette subordination a pour finalité d'assurer la protection du propriétaire. En droit français comme en droit chinois, la propriété se caractérise par sa nature exclusive. Par cette exclusivité de la propriété, se révèle l'aspect intersubjectif de la notion de propriété. En d'autres termes, en droit chinois la propriété ne doit pas être regardée uniquement comme un rapport entre le propriétaire et son bien. L'exclusion des tiers de son pouvoir sur son bien permet de mettre en avant des relations entre le propriétaire et les tiers. Si on voit la question sous cet angle, les tiers sont bien impliqués dans la structure même de la propriété. Du fait de cette notion de propriété, à la différence du droit français, l'exclusivité de la propriété en droit chinois est conditionnée par la publicité. La protection du propriétaire nécessite que l'existence de son droit ainsi que ses contours soient portés à la connaissance des tiers. Les avantages de cette protection tribulaire de la publicité se manifestent dans la pratique, notamment dans les ventes successives : elle permet de protéger les acquéreurs tout en prenant en considération les intérêts du propriétaire légitime.

TITRE II.

LA SÉCURISATION DU TIERS DE BONNE FOI PAR LA PUBLICITÉ

514. La publicité des droits réels exigée par la LDR a pour objectif de faciliter l'information des tiers. D'où vient le rôle essentiel de cette publicité. À ce rôle informatif, s'ajoute une autre fonction de la publicité, qui n'est d'ailleurs pas moins cruciale : celle consiste à garantir la sécurité dans la circulation des biens. Contrairement au titre précédent, relatif essentiellement à la sécurité offerte au propriétaire et à l'acquéreur *a domino* par le mécanisme chinois du transfert de propriété, nous envisagerons ici plus spécifiquement l'assurance de la sécurité plus dynamique. Il s'agira de la protection des tiers de bonne foi dans les transactions, notamment dans l'hypothèse d'une acquisition *a non domino*. Si la sécurité du titre peut être assurée par le caractère constitutif de la publicité des droits réels, celle d'un tiers acquéreur de bonne foi doit puiser son fondement dans la foi publique de cette publicité conférée par la LDR.

Pour le législateur chinois, la protection des tiers de bonne foi consacrée par la LDR peut s'avérer tout à fait satisfaisante (Chapitre I) à tel point qu'un recours à la prescription acquisitive à leur profit semble devenir superflu (Chapitre II).

CHAPITRE I.

LA PROTECTION SATISFAISANTE DU TIERS DE BONNE FOI A *NON DOMINO*

- 515. L'acquisition a non domino, inefficace en droit chinois selon des règles normales.** En droit chinois, en vertu du caractère causal du modèle chinois du transfert de propriété, l'invalidité du contrat de vente empêche la réalisation du transfert de propriété. Suivant ce principe, doit être exposée au risque d'annihilation rétroactive une acquisition *a non domino*, c'est-à-dire émanant d'un non-propriétaire. Cela est dû au fait qu'en droit chinois, la vente de la chose d'autrui peut être frappée d'inefficacité¹⁴⁴³. Comme cela a été précisément présenté dans le chapitre préliminaire de cette partie d'étude, en vue de faciliter les vérifications des acquéreurs sur la qualité de propriétaire des personnes avec lesquelles ils ont voulu traiter, et de minimiser les risques d'échec de l'acquisition, à l'instar des systèmes juridiques allemand et suisse, le législateur chinois a mis en place le principe de publicité au sein même de la LDR.
- 516. La légitimité d'une acquisition de bonne foi a non domino.** Or, ne sont pas totalement exclues les circonstances dans lesquelles, au moment de l'acquisition, un tiers acquéreur s'est trompé par une apparence trompeuse créée directement par la publicité des droits réels. En pratique, ces exemples ne sont malheureusement pas rares en droit chinois. Une illusion du titre de propriété peut être donnée par une inscription au registre foncier indument publiée ou par une personne détenant un meuble pour autrui, à titre de dépositaire par exemple. Il en va de même dans l'hypothèse où, après l'acquisition en faveur dudit acquéreur, son auteur a perdu son droit de propriété consécutivement à la nullité ou à la résolution du contrat consenti entre lui et son propre aliénateur. Dans ces cas de figure précis, les acquéreurs sont souvent dans l'impossibilité de savoir ou de prévoir que son auteur n'était pas ou ne sera plus le *verus dominus*. Leur acquisition, réputée pourtant de bonne foi, mérite de ce fait d'être protégée¹⁴⁴⁴. C'est justement dans cet objectif que, par exception au principe de causalité, la LDR a institué l'acquisition de bonne foi *a non domino* en son article 106.

¹⁴⁴³ Rappelons qu'en vertu l'article 51 de la Loi chinoise relative aux contrats, « dans les cas où un contrat est souscrit par une personne afin de disposer d'un bien d'autrui, si le véritable propriétaire l'a ratifié ou que celle-ci a obtenu postérieurement le droit d'en disposer, ledit contrat est valable ». V. *supra*. n° 319 et s.

¹⁴⁴⁴ V. *supra*. le bien-fondé de cette acquisition de bonne foi *a non domino* analysé dans le chapitre préliminaire de cette partie d'étude : n° 445, 446, 447.

517. L'acquisition de bonne foi a non domino érigée par la LDR. Aux termes de cet article : « lorsqu'un meuble ou un immeuble est aliéné par une personne qui n'a pas le droit d'en disposer, le véritable propriétaire peut intenter une action en revendication. Cependant, sous réserve de dispositions contraires, l'acquéreur ne peut malgré tout devenir propriétaire de ce bien aliéné, qu'autant qu'il satisfait aux trois conditions suivantes : tout d'abord, il faut qu'il soit de bonne foi au moment de cette aliénation, ensuite que cette acquisition ait été réalisée à un prix raisonnable et enfin, que l'acquéreur ait déjà accompli les mesures de publicité appropriées. Après l'acquisition de cet acquéreur de bonne foi, le véritable propriétaire peut toujours intenter une action en dommages et intérêts contre l'aliénateur non propriétaire. Les dispositions prévues par cet article sont applicables par analogie à l'acquisition de bonne foi d'autres droits réels émanant d'un non titulaire ». Ainsi, pour la première fois, l'acquisition de bonne foi *a non domino* fut adoptée en droit chinois par le législateur¹⁴⁴⁵. À la différence du droit français, elle est applicable tant en matière mobilière qu'immobilière ; mais tout comme dans le droit français, sont exclus les cas de la perte ou du vol¹⁴⁴⁶.

518. Une institution satisfaisante pour le législateur chinois. L'acquisition de bonne foi *a non domino* ainsi instituée résulte en effet de la force probante absolue de la publicité des droits réels¹⁴⁴⁷. De cette manière, malgré le silence de la LDR, la bonne foi d'un tiers acquéreur tient donc au fait qu'il a acquis le droit de propriété sur la foi du droit de son auteur publié conformément à la loi. Si l'on voit la chose sous cet angle, l'acquisition de bonne foi *a non domino* du droit chinois vise en réalité à préserver la foi publique des droits réels publiés conférée par la LDR, pour pouvoir ensuite protéger l'intérêt général du commerce¹⁴⁴⁸. Cette solution permet d'une part d'altérer au minimum le mécanisme chinois du transfert de propriété instauré par la LDR, et d'autre part de concilier au minimum les intérêts respectifs du titulaire et des tiers de bonne foi. C'est pour cette raison que cette règle posée à l'article 106 de la LDR est considérée comme une protection satisfaisante.

C'est dans ce but qu'à l'effet de satisfaire les deux objectifs susmentionnés, le législateur chinois a attaché la bonne foi des tiers acquéreurs à leur croyance

¹⁴⁴⁵ Il convient de signaler qu'une telle institution a été déjà autorisée dans une Interprétation publiée par la Cour suprême et le Parquet suprême, à savoir l'Explication du Code pénal publié le 8 mai 1998 par la Cour Suprême et le Parquet suprême relative aux automobiles volées.

¹⁴⁴⁶ V. *supra*. n° 448.

¹⁴⁴⁷ V. *supra*. n° 443 et s.

¹⁴⁴⁸ Les précisions, v. *supra*. n° 445.

légitimement engendrée sur le fondement de la foi publique des droits réels publiés (Section I), et a subordonné leur protection au risque d'une perte matérielle de leur intérêt expectatif (Section II).

SECTION I.

LA BONNE FOI ATTACHÉE À LA FOI PUBLIQUE DES DROITS RÉELS PUBLIÉS

519. Tant en droit français qu'en droit chinois, la bonne foi est toujours exigée du tiers acquéreur pour réaliser dans une acquisition *a non domino*. En droit chinois, cette exigence est clairement posée à l'article 106 de la LDR. Du côté du droit français, bien qu'elle ne soit pas explicitement précisée par le Code civil, selon la doctrine majoritaire, la bonne foi est nécessaire à l'application de la maxime « en fait de meubles, la possession vaut titre », devenue le premier alinéa de l'article 2276 du Code (l'ancien article 2279)¹⁴⁴⁹. En matière immobilière, les tribunaux peuvent valider une acquisition *a non domino*, sous la condition que l'acquéreur ait commis une erreur commune, tout en prêtant foi aux apparences trompeuses¹⁴⁵⁰. La bonne foi de ce dernier est alors également exigée¹⁴⁵¹. Néanmoins, ces deux systèmes juridiques ne s'accordent guère quant à la question relative aux critères d'appréciation de la bonne foi. En droit chinois, selon la doctrine, la bonne foi d'un tiers acquéreur, notamment en vente immobilière, peut s'apprécier de manière objective dans la mesure où elle est liée directement à la foi publique dont bénéficie le registre foncier. Cette appréciation de la bonne foi, dite « objective », souffre cependant d'exceptions en matière mobilière compte tenu de la nature publicitaire imparfaite de la possession. Cela dit : dans ce cas précis, est exigée, de surcroît, l'attitude non négligente d'un acquéreur d'un bien mobilier.

¹⁴⁴⁹ V. William DROSS, « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », *RTD civ.* 2006, n°39 et s., p. 48 et s. V. aussi Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de Pierre VOIRIN, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n° 728, p. 801.

¹⁴⁵⁰ V. par exemple, Cass. 1^{re} civ., 2 novembre 1959 concernant la validité d'un bail de douze ans consenti par un propriétaire apparent.

¹⁴⁵¹ V. Cass. 1^{re} civ., 2 novembre 1959, *D.* 1960. Somm. 65 ; *JCP.* 1960. II. 11456, note Esmein ; *RTD civ.* 1960, p. 327, *obs.* Jean CARBONNIER. Selon la Cour de cassation, la bonne foi et l'existence d'une erreur commune constituaient les deux conditions nécessaires à la validité d'un acte consenti par une personne autre que le véritable propriétaire. V. aussi Evelyne LEROUX, « Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945 », *RTD civ.* 1974, n° 56, p. 524. Toutefois, selon Henri MAZEAUD, l'erreur commune suppose la bonne foi de l'apparence. V. Henri MAZEAUD, « La maxime "error communis facit jus" », *RTD civ.* 1924, p. 953.

Ainsi, l'exposé d'une appréciation objective de la bonne foi dans l'acquisition d'un bien immobilier *a non domino* (§ 1) précédera les analyses sur une appréciation plus subjective lorsque l'objet acquis est un meuble (§ 2). On constatera que par rapport au système juridique français, si dans la première hypothèse les critères de la bonne foi d'un acquéreur *a non domino* sont moins strictes, en droit chinois, la situation peut être totalement inverse dans la deuxième.

§ 1. L'APPRÉCIATION OBJECTIVE DE LA BONNE FOI EN MATIÈRE IMMOBILIÈRE

520. Afin de mieux appréhender les règles posées par le droit chinois, il convient de présenter préalablement la solution consacrée en droit français.

521. La protection d'ordre jurisprudentiel de l'acquéreur immobilier a non domino en droit français. Le Code civil français ne contient aucune règle autorisant une acquisition *a non domino* en matière immobilière sans avoir recours à la prescription acquisitive prévue à son article 2272¹⁴⁵². Quant à la publicité foncière, en vertu de sa nature juridique, elle ne saurait faire présumer l'exactitude des droits réels inscrits au registre foncier¹⁴⁵³. Sur ce point, le droit français se distingue du droit chinois. Obligatoire en vente immobilière, la publicité foncière est traditionnellement consacrée en droit français comme la règle de conflits de droits réels concurrents entre les ayants cause successifs du même aliénateur¹⁴⁵⁴. En dehors de cette hypothèse spécifiquement prévue par la loi, elle n'a pas vocation à valider une acquisition réalisée entre un acquéreur et un non propriétaire. Cependant, la jurisprudence, soutenue par la doctrine, vient au secours d'un acquéreur qui, n'étant pas en mesure de connaître la vérité, a acquis un immeuble d'un non titulaire, mais ne peut recourir ni à la prescription acquisitive, ni aux règles de la publicité foncière. Cette protection prétorienne est en effet basée sur la théorie de la propriété apparente.

¹⁴⁵² Aux termes de cet article, « [l]e délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans. Toutefois, celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans ».

¹⁴⁵³ Rappelons que contrairement au caractère constitutif de la publicité foncière en droit chinois, en droit français, le rôle de la publication dans le registre foncier est seulement déclaratif et confortatif. V. *supra*. n° 409.

¹⁴⁵⁴ Il semble qu'une telle solution pourrait remonter jusqu'à la Loi du 11 brumaire an VII, laquelle faisait, de l'accomplissement de la formalité de publicité, la condition de l'opposabilité des actes aux tiers, définis comme titulaires de droit soumis à la publicité et les ayant publiés. Cette même solution a ensuite été reprise par la Loi du 23 mars 1855. V. Michelle GOBERT, « La publicité foncière française, cette mal aimée », in *Études offertes à Jacques FLOUR*, Defrénois, 1979, p. 208 ; William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 32-2, p. 58. V. *supra*. n° 409.

522. La propriété apparente, fait générateur de la protection de l'acquéreur de bonne foi. Les relations entre le droit et les faits constituent une des préoccupations communes de tous les systèmes juridiques. En droit français, s'est développée depuis la fin du XIX^e siècle¹⁴⁵⁵, la théorie de l'apparence selon laquelle dans certaines circonstances, l'apparence peut l'emporter sur la réalité¹⁴⁵⁶. Sur le fondement de cette théorie, les juges motivent des décisions qui font prévaloir les situations de fait, visibles aux yeux de tous, sur la réalité dissimulée ou même obscure dès l'origine¹⁴⁵⁷. Pour ce faire, la réalité sera artificiellement corrigée pour qu'elle puisse ensuite coïncider avec les situations de fait, et ce même au prix d'une violation de la règle de droit. Ainsi, l'application de la théorie de l'apparence par la jurisprudence « corrige le jeu rigoureux des règles juridiques ordinaires »¹⁴⁵⁸ et de ce fait, « constitue un des éléments importants de l'ensemble des procédés gardant le droit de ses propres excès »¹⁴⁵⁹. En vertu de la théorie de la propriété apparente, peuvent être jugés valables les actes de dispositions accomplis par un propriétaire apparent d'un immeuble, et passant pour tel aux yeux de tous¹⁴⁶⁰. Par voie de conséquence, son acquéreur, victime de cette illusion, peut en être reconnu, à son tour, définitivement propriétaire.

¹⁴⁵⁵ Georges MILLIET, *Des effets de la propriété apparente en droit civil*, thèse Paris, 1901 ; Gaston MORIN, *La sécurité des acquéreurs de bonne foi et les droits du véritable propriétaire dans les transactions immobilières, Étude critique du code civil et des projets de réforme*, thèse Paris, 1902 ; Alfred LONIEWSKI, *Essai sur le rôle actuel de la maxime Error communis facit Jus*, thèse Aix, 1905 ; Étienne FONTAINE, *La propriété apparente et le crédit réel, Étude critique de jurisprudence*, thèse Lille, 1910 ; Étienne RENAULT, *Des actes accomplis par le titulaire apparent d'un droit*, thèse Bordeaux, 1917 ; Basile JONESCO, *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, thèse Strasbourg, 1927 ; François GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, thèse Paris, 1928 ; Jean-Charles LAURENT, *L'Apparence dans le problème des qualifications juridiques, étude de droit privé français*, thèse Caen, 1931 ; Robert VOUIN, *La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé*, thèse Bordeaux, 1939 ; Jean CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, thèse Montpellier, LGDJ 1959.

¹⁴⁵⁶ La théorie de l'apparence a été formulée par Jean-Charles LAURENT en termes suivants : « [l]es actes qu'a passés une personne trompée par une situation juridique contraire à la réalité mais présentant certaines caractéristiques extérieures de la situation véritable sont définitifs et opposables comme le seraient des actes ayant leur fondement dans des situations entièrement régulières ». V. Jean-Charles LAURENT, *L'Apparence dans le problème des qualifications juridiques, étude de droit privé français*, thèse Caen, 1931, p. 5.

¹⁴⁵⁷ V. Michel BOUDOT, *Dalloz. Rép. dr. civ.*, V^o Apparence, spéc. n^o 14, la notion de théorie de l'apparence.

¹⁴⁵⁸ José DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, thèse Paris, LGDJ 1984, n^o 369, p. 387. V aussi Michel BOUDOT, *Dalloz. Rép. dr. civ.*, V^o Apparence, spéc. n^o 151 et s ; Évelyne Leroux, « Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945 », *RTD. Civ.* 1974, p. 509 ; Henri MAZEAUD, « La maxime error communis facit jus », *RTD. Civ.* 1924, p. 929.

¹⁴⁵⁹ Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 3^e éd., LGDJ 1990, n^o 770, p. 761.

¹⁴⁶⁰ Il se peut que le propriétaire apparent n'ait pas le droit de disposer dès l'origine, ou l'ait perdu postérieurement à cause de la nullité ou de la résolution d'un autre acte de disposition auquel il avait été partie. Dans la première hypothèse, v. par exemple l'arrêt du 26 janvier 1897 rendu par la Chambre civile

.../...

523. L'application de cette théorie par les juges français dans le but de valider une acquisition *a non domino* peut se justifier doublement. Tout d'abord, cette solution, dérogoire au principe « *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* »¹⁴⁶¹, a pour finalité de protéger les acquéreurs diligents. Si le législateur français n'a pas voulu alourdir les formalités dans les transactions immobilières, il n'est pourtant pas question que cette tendance législative porte atteinte à leur intérêt. Dans l'hypothèse où ils ont cru en la qualité de propriétaire de leur auteur, justement parce qu'ils n'étaient pas en mesure de connaître la vérité, une protection particulière accordée en leur faveur s'avère alors tout à fait légitime, voire nécessaire¹⁴⁶². En outre, cette même protection est également exigée pour répondre aux besoins de « crédit public »¹⁴⁶³ et de sécurité dans les transactions des biens immobiliers¹⁴⁶⁴. Toutefois, si une situation apparente peut fonder une acquisition émanant d'un non-propriétaire, c'est parce qu'elle est susceptible de provoquer une erreur commune. Comme la maxime le dit : « *error communis facit jus* », l'erreur commune fait droit.

524. **L'erreur commune de l'acquéreur, source de son droit acquis.** Toutes les situations de fait ne méritent pas d'être particulièrement prises en considération par la loi. En fait, la théorie de l'apparence « s'est constituée à partir d'une maxime de la tradition savante *error communis facit jus* »¹⁴⁶⁵. En effet, si les tribunaux attachent certaines conséquences juridiques à une propriété apparente, c'est parce que cette

de la Cour de cassation (la célèbre affaire la Boussinière) qui a reconnu la validité des aliénations immobilières consenties par un héritier apparent : Cass. civ., 26 janvier 1897, *DP.* 1900, I, p. 33 ; *S.* 1897, I, p. 313. Dans le même sens, v. aussi l'arrêt rendu par la troisième chambre de la Cour de cassation qui a validé des ventes portant sur des lots de terrains consenties par un propriétaire apparent : Cass. 3^e civ., 22 mars 1968, *Bull. civ.* III, n^o 123. S'agissant de la deuxième hypothèse, dans un arrêt de principe, la première chambre de la Cour de cassation a affirmé que « [...] la nullité du titre du propriétaire apparent, serait-elle d'ordre public, est sans influence sur la validité des aliénations [...], dès lors que la cause de la nullité est demeurée et devait nécessairement être ignorée de tous ». Cass. 1^{er} civ., 3 avril 1963, *D.* 1964, p. 306, note Jean CALAIS-AULOY ; *JCP* 1964, II, 13502, note Jean MAZEAUD.

¹⁴⁶¹ D'où le rôle correctif de la propriété apparente.

¹⁴⁶² V. Michel BOUDOT, *Dalloz. Rép. dr. civ.*, V^o Apparence, *spéc.* n^o 8 et 9.

¹⁴⁶³ Jean-Louis SOURIOUX, « La croyance légitime », *JCP*, 1982, I, 3058, n^o 4 et 124 ; Henri MAZEAUD, « La maxime *error communis facit jus* », *RTD. Civ.* 1924, p. 940.

¹⁴⁶⁴ Michel BOUDOT, *Dalloz. Rép. dr. civ.*, V^o Apparence, *spéc.* n^o 44 ; Évelyne LEROUX, « Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945 », *RTD. Civ.* 1974, n^o 2, p. 511 ; René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Édition La Mémoire du droit, 2001, dans la première partie : Notion et bases du droit, chap. II, « Sécurité », p.63 et s ; Gaston MORIN, « La sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime *error communis facit jus* », in *Annales des facultés de droit et des lettres d'Aix* 1906, t. II., p. 1. L'article consulté sur <https://archive.org/stream/annalesdesfacul00fragoog#page/n333/mode/2up>.

¹⁴⁶⁵ V. Jean CARBONNIER, *Droit civil, t. 1, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple* ; PUF 2004, n^o 163, p. 317.

dernière est source d'une « erreur commune »¹⁴⁶⁶. L'erreur est commune, lorsqu'elle est « partagée par la plupart, sinon par tous »¹⁴⁶⁷. Autrement dit, n'importe qui, même s'il est raisonnable et suffisamment diligent, ne pourrait éviter le piège de l'apparence et devrait tenir cette dernière pour la vérité¹⁴⁶⁸. Si c'est le cas, elle est aussi insurmontable¹⁴⁶⁹. Compte tenu de la nature invincible de l'erreur, la légitimité de la protection de l'errant est donc mise en évidence. L'acquisition sur le fondement de la propriété apparente a en effet pour finalité de protéger l'acquéreur de bonne foi¹⁴⁷⁰.

525. L'exigence de la bonne foi de l'acquéreur caractérisée par son erreur commune.

La bonne foi du tiers acquéreur, dont le contenu n'est pas précisé par la jurisprudence, peut consister dans l'ignorance de la réalité juridique, si l'on se réfère à la bonne foi du possesseur définie par l'article 550 du Code civil¹⁴⁷¹. Un acquéreur est de bonne foi car, sous l'empire de l'erreur commune, il a inéluctablement cru que son auteur était le véritable propriétaire. En effet, la bonne foi de l'acquéreur peut être entendue comme la croyance d'avoir contracté avec le véritable propriétaire. Concrètement, dans une acquisition immobilière, en se fiant à l'apparence que son auteur a pu donner, est provoquée une « croyance erronée »¹⁴⁷² chez cet acquéreur qui ignore la réalité juridique. La jurisprudence reconnaît un effet acquisitif de droit à cette croyance en lui permettant de suppléer le défaut du droit de propriété de l'aliénateur et de faire acquérir

¹⁴⁶⁶ V. Cass. civ., 26 janvier 1897, *DP*. 1900, I, p. 33, note Louis SARRUT, *S.* 1897, I, p. 313. Selon la Cour de cassation, « dès que l'erreur commune et invincible ainsi que la bonne foi du tiers sont établies, les aliénations consenties par l'héritiers apparent échappent à toute action en résolution dirigée par l'héritier véritable ».

¹⁴⁶⁷ Henri MAZEAUD, « La maxime *error communis facit jus* », *RTD. civ.* 1924, p. 936.

¹⁴⁶⁸ En un mot, l'erreur commune est « une erreur qu'un homme normalement raisonnable n'aurait pas pu surmonter, compte tenu d'investigation et de vérifications normale auxquelles il convient de procéder ». V. Christian LARROUMET, *Droit civil, t. III, Les obligations, Le contrat*, 5^e éd., Economica, 2003, n° 174, p. 145 et 146.

¹⁴⁶⁹ Selon la jurisprudence, il s'agit d'une erreur invinciblement produite par un état des choses, et contre laquelle aucune prudence humaine ne pourrait prémunir. V. Cass. civ., 3 juillet 1877, *DP* 1877. 1. 428. Une telle exigence, tout à fait compréhensible dans l'acquisition de bonne foi *a non domino* en matière immobilière, a été assouplie par la jurisprudence dans d'autres domaines.

¹⁴⁷⁰ Gérard LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.*, 1946, p. 106.

¹⁴⁷¹ Selon cet article, « [l]e possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus ».

¹⁴⁷² Jean-Louis SOURIOUX a contesté l'idée que ce qui a été accompli dans l'ignorance de la vérité relève du seul domaine de l'erreur. Autrement dit, selon cet auteur, la croyance de la victime provoquée par l'apparence est en réalité une « croyance légitime » et elle ne peut être assimilée à une erreur. V. Jean-Louis SOURIOUX, « La croyance légitime », *JCP* 1982, I, 3058, n° 5 et 110.

le droit de propriété au croyant¹⁴⁷³. En ce sens, bien qu'en réalité erronée, la croyance peut être source de droit¹⁴⁷⁴. En raisonnant ainsi, on peut dire que la croyance de l'acquéreur constitue à elle-même un véritable mode originaire d'acquisition¹⁴⁷⁵.

526. L'appréciation de la bonne foi de l'acquéreur. En règle générale, aux termes de l'article 2274 du Code civil, « [l]a bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». Cependant, l'application de cette solution dérogatoire au principe de la force de la loi ne peut être absorbée dans la contemplation de l'intérêt d'une seule personne. Il ne faut pas perdre de vue que la nécessité de cette protection tient au fait que l'acquéreur de bonne foi a commis une erreur dans laquelle un très grand nombre aurait pu tomber. De cette manière, cette acquisition *a non domino* sur le fondement de la propriété apparente ne s'applique qu'à des conditions très strictes dont l'appréciation doit demeurer nécessairement subjective.

527. L'insuffisance d'examen matériels. Les premiers examens de la bonne foi de l'acquéreur consistent à analyser l'apparence du droit de son auteur. Cette apparence constitue « une condition propice de l'apparition de la bonne foi dans l'esprit de ceux qui s'y laissent prendre »¹⁴⁷⁶ : Pour pouvoir invoquer la propriété apparente, l'acquéreur doit au premier chef prouver que la situation de fait établit *ipso facto* une croyance en la propriété de son auteur. Et pour ce faire, l'apparence doit être suffisamment significative de la vérité. Les preuves peuvent consister en certains comportements de l'aliénateur ou dans la notoriété de la situation de fait. Par exemple, le droit de propriété de l'aliénateur régulièrement publié dans le registre foncier peut créer une apparence trompeuse. S'étant laissé tromper par une publication inexacte, l'acquéreur a commis une erreur, une erreur susceptible d'être partagée par la masse. La publicité foncière peut par conséquent contribuer à la détermination de sa bonne foi¹⁴⁷⁷. Cependant, si les éléments matériels sont si ostensibles pour prouver l'erreur chez ce dernier, ils sont

¹⁴⁷³ Par exemple, dans l'arrêt du 3 avril 1963, la première Chambre civile de la Cour de cassation affirme dans un attendu de principe que « les tiers de bonne foi qui agissent sous l'empire de l'erreur commune ne tiennent leur droit ni du propriétaire apparent, ni du propriétaire véritable ; qu'ils sont investis par l'effet de la loi [...] ». Cass. 1^{re} civ., 3 avril 1963, *D.* 1964, p. 306, note Jean CALAIS-AULOY ; *JCP* 1964, II, 13502, note Jean MAZEAUD.

¹⁴⁷⁴ Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 3^e éd., LGDJ 1990, n° 778 et s., p. 766 et s.

¹⁴⁷⁵ Jean-Louis SOURIOUX, « La croyance légitime », *JCP G* 1982, I, 3058, n° 78 et s.

¹⁴⁷⁶ Gérard LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.*, 1946, p. 106.

¹⁴⁷⁷ V. par exemple, des décisions dans lesquelles les juges ont reconnu le titre, régulièrement publié, du propriétaire apparent comme facteur de l'erreur commune, citées par Evelyne LEROUX. Evelyne LEROUX, « Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans le jurisprudence depuis 1945 », *RTD civ.*, 1974, n° 77 et s., p. 530 et s.

souvent insuffisants à eux seuls à lui faire acquérir la propriété immobilière. Reprenons l'exemple de la propriété apparente engendrée par une information publiée au registre foncier. Étant donné que cette publication n'a aucune force probatoire au regard de la législation française, elle n'est pas de nature à créer une situation apparente à laquelle chacun aurait pu légitimement se fier¹⁴⁷⁸. Ainsi, le seul fait de croire au contenu inexact de la publicité foncière ne doit pas légitimer la croyance de l'acquéreur. Dans ce cas, un examen de l'état psychologique du croyant doit donc intervenir.

528. La nécessité des investigations psychologiques du croyant. Afin d'alléguer l'erreur commune, l'attitude de celui qui prétend bénéficier de la protection fondée sur la propriété apparente doit en outre être parfaitement avisée et raisonnable. En fait, le tiers acquéreur ayant commis une erreur de fait, ne mérite d'être protégé qu'autant qu'il aurait accompli une certaine diligence dans le but d'ôter toute incertitude sur le véritable titulaire du droit à acquérir. Pour ce faire, il lui faut démontrer qu'ont bien été prises les précautions que les circonstances exigeaient. Les doutes et l'équivoque dus aux comportements de son auteur ou à l'irrégularité d'un acte ou de sa publication exigent davantage d'investigations et de vérifications. La publicité des demandes en justice concernant la résolution et l'annulation de droits réels soumis à la publicité foncière participe donc de cette exigence¹⁴⁷⁹. Si, en prenant les renseignements ou en procédant à une simple vérification, il lui était tout à fait possible de connaître la vérité, ce tiers acquéreur ne peut alors échapper à la revendication du véritable titulaire. De plus, selon la jurisprudence, la difficulté de vérifier l'existence du droit à la propriété en la personne du vendeur et la garantie de la présence des notaires n'étaient pas, à elles seules, susceptibles de valider une acquisition *a non domino*¹⁴⁸⁰. C'est seulement dans l'hypothèse où, malgré toute la diligence, l'erreur reste encore impossible à dissiper que cette protection exceptionnelle peut être fondée. Si cette appréciation psychologique relève du pouvoir souverain du juge du fond, la Cour de cassation exerce certains contrôles sur le raisonnement qui y conduit¹⁴⁸¹.

Cette protection prétorienne basée sur la théorie de la propriété apparente semble analogue à l'acquisition de bonne foi *a non domino* consacrée par la LDR en la matière.

¹⁴⁷⁸ Cela confirme la nature déclarative de la publicité foncière en droit français : du fait de cette nature, elle ne peut purger les vices dont est entachée une acquisition.

¹⁴⁷⁹ Michel BOUDOT, *Dalloz. Rép. dr. civ.*, V° Apparence, spéc. n. 99.

¹⁴⁸⁰ Cass. 1^{er} civ., 2 novembre 1955, *Bull. civ.* 1955, I, n° 370.

¹⁴⁸¹ V. Michel BOUDOT, *Dalloz. Rép. dr. civ.*, V° Apparence, spéc. n°150.

529. L'acquisition de bonne foi *a non domino* d'un bien immobilier en droit chinois.

En droit chinois, un non-titulaire d'un droit immobilier est dans la possibilité d'en disposer valablement au profit d'un acquéreur de bonne foi, en raison de l'apparence de droit créée par la publicité foncière. Toutefois, eu égard aux dispositions énoncées à l'article 106 de la LDR précédemment cité, une acquisition émanant d'un non propriétaire ne peut être valable qu'autant que l'acquéreur est de bonne foi au moment de cette acquisition. Cependant, cette même loi a omis de définir la bonne foi exigée et de déterminer ses critères d'appréciation. Pour ce qui est de la définition de la bonne foi de l'acquéreur, la doctrine chinoise admet unanimement qu'elle tient au fait que ce dernier n'avait pas eu ou ne pouvait pas avoir connaissance du défaut de droit de propriété en la personne de son auteur¹⁴⁸², ou des vices affectant l'acquisition précédente entre ce dernier et son propre aliénateur¹⁴⁸³. En un mot, la bonne foi est la croyance légitime de l'acquéreur à la qualité de propriétaire chez son auteur¹⁴⁸⁴. Elle est légitime parce qu'elle est appuyée sur l'apparence trompeuse du droit de propriété publié conformément à la loi.

530. La publicité des droits réels, le facteur de l'apparence des droits réels publiés.

Comme cela a été mentionné, la LDR a mis en place le principe de publicité en droit des biens. Moyennant la publicité des droits réels, ces derniers doivent se manifester publiquement. Étant le seul mode légal d'extériorisation, la publicité foncière en droit chinois est réputée fournir à un acquéreur tous les signes matériels et concrets d'un droit réel immobilier. Ces informations publiées faciliteront l'identification de son titulaire et des vérifications sur son état juridique. C'est pour cette raison que la publicité foncière peut être considérée comme étant l'expression des droits publiés. De cette manière, les droits réels deviennent tout à fait ostensibles aux yeux de tous. Toutefois, peut être conséquemment provoquée l'apparence des droits inscrits au registre foncier. En pratique, cette apparence donne facilement lieu à une croyance de la part d'un tiers acquéreur lorsqu'il a réalisé une acquisition sur la foi de la publication. Une telle croyance est non seulement encouragée mais aussi protégée par la LDR.

531. La foi publique des droits publiés, le fondement de la protection de la croyance légitime d'un tiers acquéreur. Afin de renforcer l'efficacité de la publicité foncière, la

¹⁴⁸² V. par exemple, Xiao CHENG, Fei YIN, LiMing WANG, *Leçons de droit chinois des biens*, Édition de la Cour populaire, 2007, p. 146 ;

¹⁴⁸³ XianZhong SUN, *Les droits réels*, 2^e éd., Édition Social Sciences Academic Press (China), 2011, p. 54.

¹⁴⁸⁴ V. par exemple, LiMing WANG, *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2007, p. 441.

LDR a explicitement établi une présomption d'exactitude des droits réels publiés au registre foncier¹⁴⁸⁵. Cela dit, l'inscription des droits immobiliers est censée révéler la vérité. En conséquence, il est nécessaire pour les bureaux fonciers chargés des inscriptions de garantir efficacement la conformité entre l'apparence des droits réels inscrits et leur réelle situation juridique. Ladite présomption, qui peut être réfragable pour le titulaire du droit réel publié, est irréfragable pour les tiers. D'où le principe selon lequel la publicité foncière fait foi publique. En effet, la LDR autorise, voire incite, les éventuels acquéreurs à croire en l'apparence constituée par la publicité foncière tout en leur permettant de ne pas aller au-delà de cette apparence et de ne pas effectuer plus de vérifications. Du fait de ce dernier principe, devient logiquement légitime la croyance d'un tiers acquéreur qui s'est fié aux inscriptions dans le registre foncier. Cette règle s'applique sans aucune discrimination, alors même que la publication est en réalité erronée. Dans cette dernière hypothèse, le propriétaire inscrit n'est certes qu'un titulaire apparent, en réalité non titulaire, mais la croyance d'un tiers acquéreur qui y a prêté foi ne sera pas moins protégée : la LDR vient valider l'acquisition réalisée de ce dernier, bien qu'elle soit *a non domino*. Dès lors, il semblait tout à fait exact de dire que la croyance légitime de cet acquéreur supplée d'abord le défaut du droit de propriété chez son auteur puis réalise son acquisition. Cependant, contrairement à la solution française et de son fondement sur la propriété apparente, en droit chinois la bonne foi de cet acquéreur, traduite comme la croyance légitime, peut s'apprécier en tenant compte uniquement des éléments matériels liés à la publicité foncière.

532. Les critères matériels d'appréciation de bonne foi. En droit chinois, les éléments d'appréciation de la bonne foi d'un acquéreur *a non domino* d'un bien immobilier peuvent être attachés directement à la publicité foncière. Pour alléguer sa bonne foi, il lui suffit de démontrer les trois éléments suivants. Le premier tient au fait que son auteur est bien inscrit au registre foncier en tant que propriétaire de l'immeuble, objet de son acquisition. Le deuxième consiste en un constat selon lequel l'inscription effectuée est en outre régulière, c'est-à-dire qu'elle est conforme aux dispositions légales et administratives prévues à cette fin. Enfin, il est également important qu'il n'existe au même registre aucune inscription d'un contredit relatif à cet immeuble. Si ces trois conditions sont réunies, l'acquéreur *a non domino* est d'emblée présumé être de bonne foi. Pourtant, on peut se poser la question de savoir si l'acquisition serait refusée à un

¹⁴⁸⁵ Rappelons qu'aux termes de l'article 16 de la LDR, « l'inscription dans le registre foncier constitue le fondement du contenu et de l'appartenance d'un droit réel immobilier ». V. *supra*. n° 439.

acquéreur immobilier *a non domino* dont l'ignorance de la réalité serait imputable à sa propre négligence.

533. La négligence de l'acquéreur n'exclut pas la bonne foi de l'acquéreur immobilier. Rappelons qu'en droit français, la théorie de la propriété apparente protège l'acquéreur avisé, victime d'une erreur commune et invincible. Dans un tel système, la négligence de l'acquéreur tenant à son abstention malgré des doutes nés ou devant être nés des circonstances concrètes, exclut l'application de la théorie de l'apparence. Cependant, en tant que seul et unique mode légal d'extériorisation des droits réels immobiliers et en vertu de la foi publique conférée par la loi, la publicité foncière en droit chinois est de nature à dispenser l'acquéreur de tout devoir d'effectuer des vérifications supplémentaires. Cela reste inchangé même si, étant suffisamment vigilant et compte tenu des circonstances, il aurait dû douter de la véracité des inscriptions consultées. C'est pour cette raison que, en dépit du silence de la LDR sur cette question, une partie de la doctrine avance l'idée qu'en matière immobilière, la négligence¹⁴⁸⁶ de l'acquéreur ne doit pas être prise en considération dans l'appréciation de sa bonne foi¹⁴⁸⁷. Ce point de vue s'inspire de la règle posée au premier alinéa du § 892 du BGB¹⁴⁸⁸. Si l'on raisonne ainsi, l'investigation sur la bonne foi d'un acquéreur *a non domino* en matière immobilière consiste en un examen de la régularité de la publication du droit de propriété de son aliénateur. Les éléments matériels suffisent alors à caractériser la bonne foi et aucune analyse de la psychologie n'est en effet utile. C'est en ce sens que certains auteurs chinois préconisent qu'en se basant sur le principe de publicité, ainsi que sur la présomption légale de son exactitude, l'appréciation de la bonne foi de l'acquéreur dans une acquisition *a non domino* d'un immeuble est

¹⁴⁸⁶ Selon certains auteurs, la négligence ici mentionnée tient au fait que l'acquéreur n'avait pas consulté les inscriptions au registre foncier et n'avait pas effectué les vérifications nécessaires. V. par exemple, ChunYa LU, « Les conditions de bonne foi dans le principe de la foi publique des droits réels immobiliers publiés », *Rev. Peking University Law Journal*, 2011, n° 3, p. 559 ; JinQiang YE, « Les principes dans l'interprétation de l'article 106 de la LDR », *Rev. Étude en droit*, 2010, n° 6, p. 55.

¹⁴⁸⁷ V. par exemple Xiao CHENG, « L'étude sur la distinction entre la foi publique de la publicité et l'acquisition de bonne foi *a non domino* en matière mobilière », *Rev. Peking University Law Journal*, Vol. 22, n° 4 (2010), p. 524 et s. *Contra.* v. par exemple, HongLiang WANG, « La relativisation de la foi publique de la publicité », *Rev. Journal of Comparative Law*, 2009, n° 5, p. 31 et s ; QinGuo MENG, HuiWen SHEN, « La LDR n'a pas consacré la foi publique de la publicité », *Rev. Oriental Law*, 2009, n° 5, p. 92. Les adversaires de cette approche s'inspirent de la controverse doctrinale relative à cette même question en droit suisse. V. par exemple, ChunYa LU, « Les conditions de bonne foi dans le principe de la foi publique des droits réels immobiliers publiés », *Rev. Peking University Law Journal*, 2011, n° 3, p. 559.

¹⁴⁸⁸ Aux termes du § (1) 892 du BGB, « le contenu du Livre foncier est réputé exact en faveur de celui qui a acquiert par acte juridique un droit sur un immeuble ou un droit grevant un tel droit, à moins qu'un contredit à l'exactitude de ce livre ne soit inscrit ou que l'inexactitude ne soit connue de l'acquéreur ».

totalemment « objective »¹⁴⁸⁹. De fait, ce n'est pas la croyance personnelle de cet acquéreur, mais la foi publique des droits réels publiés qui le rend propriétaire définitif de l'immeuble concerné.

534. La foi publique des droits publiés, source de droit. À première vue, en matière immobilière, l'acquisition de bonne foi *a non domino* consacrée en droit chinois semble analogue à celle empruntée par la jurisprudence française. Elles ont toutes les deux pour finalité de protéger l'acquéreur de bonne foi qui est victime de la propriété apparente. Or, de nos analyses, il ressort qu'en droit chinois la bonne foi de l'acquéreur peut s'apprécier de manière purement objective, ce qui n'est pourtant pas le cas en droit français. Cette divergence est en effet due au fait que l'acquisition de l'acquéreur émanant d'un non propriétaire dans ces deux systèmes juridiques ne résulte en réalité pas du même mode d'acquisition de la propriété. En droit français, partant de la maxime « *error communis facit jus* », la situation de fait, bien qu'elle doive être prise en considération en tant que la cause d'une erreur commune et invincible, ne constitue pas directement un mode d'acquisition de la propriété. Et cette erreur commune, bien qu'elle soit objectivée en raison de sa nature « commune », c'est-à-dire partagée par tout le monde, demeure inévitablement personnelle et individuelle et nécessite donc une appréciation subjective de l'erreur. Cependant, contrairement à cette solution française, l'acquisition *a non domino* en droit chinois n'est pas fondée sur une erreur commune, mais sur la foi publique de la publicité foncière. C'est cette foi publique qui fait le droit et c'est pour cette raison qu'est exigée, de surcroît, la publication du droit acquis de l'acquéreur *a non domino*.

535. L'exigence de la publication du droit acquis *a non domino*. Contrairement au droit français, selon la LDR, pour être reconnu définitivement propriétaire, l'acquéreur doit avoir effectué à son tour l'inscription de son droit acquis dans le registre foncier. Cela dit, il faut qu'il soit inscrit comme le propriétaire de son bien aux yeux de tous. Son acquisition devient définitive une fois que la foi publique de cette acquisition est établie. À défaut de publicité, cet acquéreur ne peut s'opposer à la revendication du *verus dominus*. Cette exigence, conforme au principe de publicité, confirme l'idée selon laquelle la foi publique fait le droit. De ce fait, on peut même déduire que la LDR a

¹⁴⁸⁹ V. par exemple, Te MA, *Le transfert de propriété*, Édition China legal publishing house, 2007, p°274 ; XianZhong SUN, *Les droits réels*, 2^e éd., Édition Social Sciences Academic Press (China), 2011, p. 95 ; Xiao CHENG, « L'étude sur la distinction entre la foi publique de la publicité et l'acquisition de bonne foi *a non domino* en matière mobilière », *Rev. Peking University Law Journal*, Vol. 22, n° 4, p. 529 ; JinQiang YE, « La force probante de la publicité des droits réels et le caractère abstrait de l'acte de disposition dans le droit des biens », in *TsingHua Law Journal*, t. 6. 2005, p. 62, *spéc.* p. 75.

attaché l'effet acquisitif à la publicité des droits réels dans la mesure où elle revêt une force probante absolue à l'égard de tiers.

536. La connaissance de la réalité écarte l'application de la protection. Toutefois, la connaissance effective du tiers acquéreur sur le défaut de droit de son auteur rend impossible toute acquisition *a non domino*. Dans ce cas de figure, il ne peut donc plus invoquer l'application de la protection fondée sur la foi publique des droits publiés. La charge de la preuve incombe au revendiquant. En effet, l'ignorance de l'acquéreur constitue la prémisse de cette acquisition *a non domino* fondée sur la foi publique de la publicité foncière.

537. Ainsi, en matière immobilière, le LDR a consacré une acquisition *a non domino* sur le fondement de la foi publique des droits réels régulièrement publiés. L'application de cette protection est soumise à la méconnaissance de l'acquéreur, bien que cette méconnaissance lui soit imputable. L'application de cette protection est plus assouplie en matière mobilière.

§ 2. L'APPRÉCIATION RELATIVEMENT OBJECTIVE DE LA BONNE FOI EN MATIÈRE MOBILIÈRE

538. Tant en droit français qu'en droit chinois, une fois entré en possession, l'acquéreur d'un meuble corporel qui l'a acquis d'un non propriétaire peut repousser l'action en revendication du véritable propriétaire à condition qu'il soit de bonne foi, excepté les cas où le revendiquant a été dépossédé involontairement par la perte ou le vol¹⁴⁹⁰. Pourtant, une telle solution ne repose pas sur le même fondement dans ces deux systèmes juridiques. En effet, en droit français, elle est basée sur la maxime « en fait de meubles, la possession vaut titre »¹⁴⁹¹, devenue le premier aliéna de l'article 2276 du Code civil ; tandis qu'en droit chinois, cette acquisition de bonne foi *a non domino* résulte du rôle publicitaire de la possession. Du fait de cette différenciation, l'appréciation de bonne foi de l'acquéreur n'est pas soumise aux mêmes critères.

539. Les différentes interprétations de la maxime « en fait de meubles, la possession vaut titre ». Jugée beaucoup trop équivoque¹⁴⁹², cette règle formulée à l'article 2276 du Code civil est sujette à différentes interprétations. Quant à la signification de cette règle,

¹⁴⁹⁰ V. *supra*. n° 448.

¹⁴⁹¹ C'est Bourjon qui a dégagé cette règle de la jurisprudence du Châtelet au milieu du XVIII^e siècle. V. William DROSS, « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », *RTD civ.*, 2006, n° 11-12, p. 33.

¹⁴⁹² Raymond SALEILLES, « De la possession des meubles, Études de droit allemand et droit français », in *Mélanges de droit comparé*, Paris, 1907, n° 2, p. 68.

Beudant a expliqué en ces termes : « dire que la possession vaut titre peut signifier ou bien que la possession fait présumer l'existence d'un titre translatif, ou bien qu'elle est par elle-même, en matière mobilière, un mode légal d'acquisition »¹⁴⁹³. D'où une dualité de fonction de la possession : fonction probatoire et fonction acquisitive. La validité de l'acquisition d'un possesseur *a non domino* est plutôt attachée à la deuxième interprétation. Dès lors, en vertu de cette règle, la possession investit le possesseur tenant un meuble d'un non propriétaire d'un nouveau titre de propriété portant sur le même meuble. Ce titre rend irrecevable la revendication de l'ancien propriétaire qui demeure pourtant légitime. Plusieurs explications permettent de comprendre cet effet acquisitif de la possession.

540. L'acquisition du possesseur de bonne foi se justifie par la propriété apparente.

Beudant a bâti l'acquisition du possesseur *a non domino* sur la propriété apparente qu'a créée la détention matérielle de son aliénateur¹⁴⁹⁴. Selon cet auteur, en matière mobilière, il n'est pas d'usage de dresser acte des transmissions de meubles. Il est par conséquent très difficile voire impossible pour l'acquéreur de vérifier la qualité de propriétaire de son auteur. En créant la propriété apparente du meuble à acquérir, la détention matérielle de l'aliénateur est susceptible de provoquer chez cet acquéreur une erreur sur son droit de disposer. Cette erreur constitue par la suite une source de croyance légitime. Afin de protéger la croyance dudit acquéreur, la loi attache à cette apparence un effet translatif de la propriété : l'apparence vaut alors titre de propriété. Dès lors, ce même auteur peut considérer que la bonne foi du possesseur « a trait uniquement à la croyance qu'il a eue, au moment de son entrée en possession, à la qualité de propriétaire chez celui avec qui il a traité »¹⁴⁹⁵. En raisonnant ainsi, la bonne foi doit s'apprécier comme une erreur commune et invincible, comme en matière immobilière.

Toutefois, ces explications qui font de l'article 2276 une application de la théorie de l'apparence en matière mobilière ne sont pas incontestables. Tout d'abord, comme cela

¹⁴⁹³ Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de Pierre VOIRIN, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n° 723, p. 796.

¹⁴⁹⁴ Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de Pierre VOIRIN, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n° 732, p. 806. Dans le même sens, voir aussi Henri et Léon MAZEAUD, *Leçon de droit civil, t. 2/II, Biens (Droit de propriété et ses démembrements)*, 6^e éd., par Michel DE JUGLART, [puis] François GIANVITI, Montchrestien 1984, n° 1620.

¹⁴⁹⁵ Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de Pierre VOIRIN, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n° 728, p. 802.

est précisé précédemment, selon la jurisprudence française, soutenue par la doctrine, l'acquisition *a non domino* sur le fondement de la propriété apparente repose sur un autre adage « *error communis facit jus* ». Si la règle « en fait de meubles, la possession vaut titre » se justifie par la théorie de l'apparence, sa fonction acquisitive devrait être attachée à une erreur commune et invincible provoquée par la propriété apparente, c'est-à-dire directement à la croyance légitime de l'acquéreur, et non à la possession de l'aliénateur. C'est justement en ce sens que selon Jean-Louis Souriou, « ce que la doctrine contemporaine dénomme la fonction acquisitive de la règle de l'article 2279 n'est pas autre chose, fondamentalement, que la fonction acquisitive de la croyance légitime »¹⁴⁹⁶. En outre, l'application de la théorie de la propriété apparente nécessite à la fois la détention matérielle de l'aliénateur et la bonne foi de l'acquéreur *a non domino*, mais indépendamment de toute mise en possession de ce dernier. En revanche, même Beudant a clairement enseigné que seul celui qui est en possession *animo domini* du meuble peut invoquer la protection de l'article 2276¹⁴⁹⁷. La théorie de l'apparence ne permet aucunement d'expliquer cette exigence de mise en possession de l'acquéreur. En fait, si l'acquéreur d'un meuble peut être reconnu propriétaire c'est parce qu'il le possède pour soi et à titre de propriétaire. Autrement dit, c'est sa propre possession qui lui donne le titre de propriété sur le meuble acquis¹⁴⁹⁸. L'article 2276 du Code civil constitue en effet un moyen d'acquisition par l'effet de la possession de l'acquéreur.

541. La possession des meubles considérée comme réalisant au profit du possesseur une prescription acquisitive. En droit français, depuis la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, la règle « en fait de meubles, la possession vaut titre » est insérée dans une nouvelle section du Code civil intitulée « De la prescription acquisitive en matière mobilière ». Dès lors en droit français en fait de meubles la possession opère officiellement une « prescription acquisitive instantanée », et ce, malgré les contestations doctrinales¹⁴⁹⁹. De cette manière, la mise en possession au

¹⁴⁹⁶ Jean-Louis SOURIOUX, « La croyance légitime », *JCP*, 1982, I, 3058, n° 80.

¹⁴⁹⁷ Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de Pierre VOIRIN, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n° 727, p. 800. V. aussi Raymond SALEILLES, « De la possession des meubles, Études de droit allemand et droit français », in *Mélanges de droit comparé*, Paris, 1907, n° 8, p. 76 ; William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 305, p. 547 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 436, p. 350.

¹⁴⁹⁸ Selon un arrêt rendu le 5 octobre 1972 par la première chambre de la Cour de cassation, si un acquéreur d'un véhicule l'a restitué volontairement en apprenant son origine frauduleuse, il n'est plus en droit d'invoquer le bénéfice des dispositions de l'article 2276 du Code civil. Cass. 1^{re} civ., 5 octobre 1972, *Bull civ.* I, n° 197, p. 172.

¹⁴⁹⁹ Cette explication de cette règle a été déjà défendue par certains auteurs. V. Victor-Napoléon MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil, contenant l'analyse critique des auteurs et de la*

.../...

profit de l'acquéreur est devenue en l'occurrence le mode originaire et légal d'acquisition de la propriété. Par conséquent, la maxime consacrée à l'article 2276 doit être interprétée de la manière suivante : le seul fait d'être en possession d'un meuble aliéné rend immédiatement son nouveau possesseur propriétaire, bien qu'il l'ait acquis d'un non propriétaire. Le recours à l'application de la théorie de l'apparence est alors écarté. Deux conditions sont donc requises pour l'application de cette prescription acquisitive instantanée : la possession et la bonne foi de l'acquéreur. La première est exigée car elle peut permettre de caractériser la deuxième.

542. Les conditions de la prescription acquisitive de la propriété mobilière. Le premier alinéa de l'article 2276 n'a pas mentionné les conditions requises de la règle « en fait de meubles, la possession vaut titre ». L'exigence de la possession effective est une évidence car la loi l'énonce. Pour être reconnu propriétaire, l'acquéreur doit avoir le meuble à sa disposition. En même temps, la possession requise, qui recouvre une fonction d'usucapion¹⁵⁰⁰, semble devoir être exempte de vices¹⁵⁰¹ étant donné qu'en vertu de l'article 2261 du Code civil, « [p]our pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire ». Cependant, puisqu'il s'agit d'une prescription instantanée, c'est-à-dire que l'acquéreur/possesseur devient propriétaire dès son entrée en possession, la condition d'une possession continue et non interrompue est donc sans application. De même, une possession publique n'exerce pas non plus d'influence directe sur la nature de la possession en tant que mode originaire d'acquisition. En effet en principe, l'acquisition de la propriété n'est pas soumise à son extériorisation. *A contrario*, il est tout à fait compréhensible que son caractère non-équivoque, affectant directement l'*animus* de la possession, soit exigé car l'équivocité suppose le caractère précaire de la

jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre, t. XII, 6^e éd., Paris : Delamotte et fils, 1867, sur les articles 2279 et 2280 ; Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, Traité de la distinction des biens, t. I, Auguste Durand & L. Hachette, 1881, n^o 622, p. 535 et 537. Cependant, l'expression « une prescription acquisitive instantanée » a été jugée contradictoire, voire absurde du fait que, selon certains auteurs, l'usucapion suppose nécessairement l'écoulement d'un certain laps de temps. V. par exemple Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de Pierre VOIRIN, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n^o 724, p. 797 ; Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, D'après la méthode de Zachariae*, t. II, 4^e éd., Paris, 1869, § 183, p. 108, note n^o 3.

¹⁵⁰⁰ Selon M. Dross, « historiquement, l'article 2276 n'est que l'ultime avatar de l'usucapion abrégée ». William DROSS, « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », *RTD civ.*, 2006, n^o38, p. 49.

¹⁵⁰¹ Cette question divise les auteurs français. V. les auteurs cités par William DROSS, « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », *RTD civ.*, 2006, n^o33, p. 46.

possession et empêche l'acquisition du possesseur¹⁵⁰². Si la qualité de la possession de l'acquéreur est quelque peu indifférente à la fonction acquisitive de l'article 2276¹⁵⁰³, elle peut néanmoins contribuer à prouver sa bonne foi, tel est le cas de son caractère paisible.

543. L'exigence de la bonne foi et son appréciation. En dépit du silence de l'article 2276 du Code civil, la propriété n'est attribuée qu'au possesseur de bonne foi¹⁵⁰⁴, et ce nonobstant la définition générale de la prescription acquisitive de l'article 2258 du même code¹⁵⁰⁵. En fait, la bonne foi d'un possesseur se définit ici comme la méconnaissance du défaut du droit de son auteur. Selon la doctrine majoritaire, l'exigence de bonne foi résulte en effet de l'article 1141¹⁵⁰⁶ qui n'en est que l'application¹⁵⁰⁷. Ce point de vue n'a pourtant pas pris en considération les fondements respectifs de l'effet acquisitif de la possession consacré par ces deux articles. Dans l'article 1141, la possession est conçue comme le formalisme d'opposabilité qui permet

¹⁵⁰² Cependant, la jurisprudence, soutenue par la doctrine, a admis l'opposabilité du droit du créancier gagiste au véritable propriétaire. Ce dernier peut alors invoquer l'article 2276 pour repousser la revendication du meuble qui lui a été donné en gage. V. Req. 12 mars 1888, *DP.* 1888. I. 404 ; S, 1888. I. 264 ; Cass. com., 28 novembre 1989, *D.* 1989, *IR.* 324. Dans cette hypothèse, le créancier qui est mis en possession par son débiteur d'un meuble d'autrui à titre de gage ne le possède pas *animo domini*.

¹⁵⁰³ En revanche, les vices de la possession pourraient jouer un rôle important dans le cadre de la fonction probatoire de l'article 2276. V. François TERRÉ, Philippe SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 435, p. 349 ; William DROSS, « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », *RTD civ.*, 2006, n°34, p. 46.

¹⁵⁰⁴ Cette exigence de bonne foi est admise par la jurisprudence et par la plupart des auteurs. Cependant, certains auteurs pensent que les effets de la possession sont en général indépendants de la bonne ou de mauvaise fois du possesseur. V. par exemple, Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, D'après la méthode de Zachariae*, t. II, 4^e éd., Paris, 1869, § 183, note n° 5, p. 109 et les auteurs cités par ces mêmes auteurs, note n° 29, p. 116.

¹⁵⁰⁵ Aux termes de l'article 2258 du Code civil, « [l]a prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ». Il en résulte que ni un juste titre, ni la bonne foi du possesseur ne soient en principe exigés.

¹⁵⁰⁶ Cet article énonce que « [s]i 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, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi ».

¹⁵⁰⁷ V. par exemple, Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. I, Auguste Durand & L. Hachette, 1877, n° 469 ; Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de Pierre VOIRIN, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n° 728, p. 801 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 436, p. 350 ; Philippe SIMLER, « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *Jur.-Class. Civ.*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10, 11, n° 63. Il convient de noter que selon ce dernier auteur, le principe selon lequel « en fait de meubles, la possession vaut titre », n'est qu'une « dérogation limitée au cas de conflit entre deux acquéreurs successifs, subordonnée, de plus, à la condition de bonne foi du possesseur ».

de résoudre le conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même auteur, tandis que celle prévue à l'article 2276 réalise la prescription acquisitive¹⁵⁰⁸. En effet, l'exigence de bonne foi du possesseur tient directement à la *ratio legis* de cette maxime : elle protège l'acquéreur d'un meuble qui n'était pas en mesure de vérifier le droit de propriété de son auteur¹⁵⁰⁹. C'est pour cette raison que selon la jurisprudence, la bonne foi du possesseur « s'entend de la croyance pleine et entière où s'est trouvé le possesseur, au moment de son acquisition des droits de son auteur, à la propriété des biens qu'il lui a transmis »¹⁵¹⁰. En effet, la bonne foi consiste en « la croyance d'être ou de devenir propriétaire »¹⁵¹¹. Comme en matière immobilière, la bonne foi du possesseur est aussi présumée exister en vertu de l'article 2274 du Code civil¹⁵¹². Elle doit exister au moment de l'entrée en possession et la survenance ultérieure de la mauvaise foi n'empêche pas le possesseur de bénéficier de cette protection. Cette solution n'a rien d'étonnant, compte tenu de la fonction acquisitive de l'usucapion. Par rapport à la théorie de la propriété apparente, la bonne foi du possesseur exigée par la maxime « en fait de meubles, la possession vaut titre » s'apprécie beaucoup plus souplesment.

Étant donné que la fonction acquisitive de l'article 2276 du Code civil n'est pas fondée sur l'existence d'une erreur commune, comme c'est le cas en matière immobilière, les critères d'appréciation de la bonne foi d'un possesseur s'avèrent en effet beaucoup moins stricts. Elle s'appréciera sans avoir besoin de démontrer que celui-ci avait agi sous l'empire d'une erreur invincible que tout le monde ne pourrait éviter même avec les précautions suffisantes. L'appréciation de la bonne ou de la mauvaise fois du possesseur est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation¹⁵¹³. Toutefois, une possession entachée de violence exclura la bonne foi dudit possesseur¹⁵¹⁴.

¹⁵⁰⁸ De plus, selon le professeur Dross, la solution retenue par l'article 1141 était déjà en vigueur à Rome où la maxime énoncée à l'article 2276 était pourtant ignorée. V. William DROSS, « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », *RTD civ.*, 2006, n°39, p. 49.

¹⁵⁰⁹ V. William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 309 et s, p. 555 et s.

¹⁵¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1965, Bull civ. I, n° 206.

¹⁵¹¹ V. Raymond SALEILLES, « De la possession des meubles, Études de droit allemand et droit français », in *Mélanges de droit comparé*, Paris, 1907, n° 2, p. 69. Consulté sur le site : http://dlib-pr.mpij.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22196696_00000077.gif%22.

¹⁵¹² Cet article dispose que « [l]a bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ».

¹⁵¹³ Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1965, Bull civ. I, n° 206.

¹⁵¹⁴ Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de Pierre VOIRIN, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n° 728, p. 801 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 435, p. 349.

De même, sa propre négligence d'après les circonstances de la cause peut également lui interdire de se prévaloir de l'article 2276. Par exemple, il ne pourrait être considéré de bonne foi s'il avait douté du droit de son auteur en l'absence de la possession de ce dernier ou en raison du fait que sa possession est viciée. Ainsi, on peut même dire que « c'est la possession qu'a l'aliénateur du meuble qui rend l'acquéreur de bonne foi »¹⁵¹⁵. Dans le même sens, la publicité mobilière permettant au possesseur de connaître le défaut de droit de son aliénateur peut aussi l'empêcher d'alléguer sa bonne foi. Il convient pourtant de noter ici que dans ces dernières hypothèses, bien que la possession de l'aliénateur et la publicité en matière mobilière soient utiles pour caractériser la bonne foi de l'acquéreur mobilier, leur importance doit être bien limitée : elles ne sont qu'indicielles et ne peuvent en aucun cas par elles-mêmes justifier l'acquisition *a non domino* du possesseur. Ce constat tient au fait que la possession n'est pas consacrée en droit français en tant que publicité des droits réels organisée par la loi¹⁵¹⁶, comme le font pourtant les droits allemand et chinois.

544. L'acquisition du possesseur de bonne foi se justifie par la vertu publicitaire de la possession de l'acquéreur. Puisque les dispositions relatives à l'acquisition de bonne foi *a non domino* prévues à l'article 106 de la LDR sont applicables tant en matière immobilière qu'en matière mobilière, le fondement et les conditions de cette protection devraient aussi être les mêmes tant pour l'acquisition d'un immeuble que celle d'un meuble. Ainsi, contrairement au mécanisme français qui repose sur la possession de l'acquéreur d'un meuble, l'acquisition de bonne foi *a non domino* en droit chinois doit être regardée comme conséquence directe de la foi publique de la possession.

En tant que la mesure de publicité en matière mobilière imposée par la LDR, la possession sert pour l'essentiel à publier aux yeux de tiers la propriété d'un meuble corporel. En vertu de cette loi, elle est indispensable à la constitution et la mutation de la propriété mobilière. La possession déploie alors les mêmes fonctions que la publicité

¹⁵¹⁵ William DROSS, « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », *RTD civ.*, 2006, n°40, p. 50.

¹⁵¹⁶ Néanmoins, selon Saleilles, la possession « est la publicité à l'état brut et inorganique, sous sa forme élémentaire et naturelle, telle que la vie nous la présente ». C'est pour cette raison que l'auteur a pensé que l'article 2276 du Code civil « est la consécration, on pourrait presque dire extrême, d'un système de publicité et de légalité en matière de meubles, analogue à ce qu'est en Allemagne l'immatriculation pour les immeubles ». Raymond SALEILLES, « De la possession des meubles - Études de droit allemand et de droit français », n° 1, p. 67 et 68.

foncière et fait foi publique¹⁵¹⁷. Par conséquent, la possession qu'a l'aliénateur d'un meuble corporel devrait aussi faire présumer son droit exclusif portant sur le meuble en question. Celui qui, sur la foi de cette possession, croit en sa qualité de propriétaire doit être protégé, notamment lorsqu'il est à son tour entré en possession du même meuble et en est devenu aux yeux de tous le propriétaire.

Cette solution, inspirée du système juridique allemand, correspond parfaitement à la notion matérielle de la propriété définie par la LDR. D'après cette loi, d'une part la propriété, en droit chinois, ne peut porter que sur des choses corporelles, d'autre part la possession est considérée comme étant l'une des prérogatives de la propriété. Il ressort d'une telle notion que contrairement au droit français, la possession en tant qu'une maîtrise matérielle d'un meuble corporel, semble pouvoir tout à fait avoir vocation à révéler son appartenance au possesseur. Cependant, en réalité, les discordances sont souvent inévitables entre ce que la possession peut démontrer et la vérité juridique.

545. Les défaillances de la fonction publicitaire de la possession dans certaines circonstances. Dans tous les systèmes juridiques modernes, la propriété se distingue définitivement de la possession. Cette différenciation est également prise en considération par le droit chinois¹⁵¹⁸. De même, il arrive dans la pratique et ce, même très fréquemment, que le propriétaire n'ait pas la jouissance matérielle de son bien. À titre d'exemple, il peut bien le posséder mais de manière indirecte par le biais d'un tiers détenteur dont la possession est *corpore alieno*¹⁵¹⁹. En droit chinois, la personne (créancier gagiste, dépositaire ou locataire) qui, en vertu d'un contrat, dispose temporairement d'un bien corporel dont elle a seulement l'usage ou la garde, est considérée comme étant possesseur direct ou immédiat. Celui dont ce possesseur direct tient la chose (le propriétaire) en est le possesseur médiat ou indirect¹⁵²⁰. Dans ces cas de figure particuliers, la maîtrise matérielle du bien, c'est-à-dire la possession immédiate, ne publie pas vraiment la propriété. La fonction publicitaire de la possession est par

¹⁵¹⁷ V. par exemple ShangKuan SHI, *Traité des droits réels*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000, p. 559 ; HuaBin Chen, *Théorie générale du droit des biens*, Press of Chinese Academy of Governance, 1998, p. 116.

¹⁵¹⁸ Les dispositions concernant la propriété et la possession sont respectivement classées par la LDR dans son deuxième titre et son cinquième titre.

¹⁵¹⁹ Il convient de signaler ici que pareillement au le droit allemand et à la différence du droit français, le *corpus* suffit en droit chinois pour caractériser la possession. La distinction française entre la possession et la détention n'est pas reconnue par la doctrine chinoise.

¹⁵²⁰ V. par exemple, XianZhong SUN, *Les droits réels*, 2^e éd., Édition Social Sciences Academic Press (China), 2011, p. 354 ; Xiao CHENG, Fei YIN, LiMing WANG, *Leçons de droit chinois des biens*, Édition de la Cour populaire, 2007, p. 551-552.

conséquent affaiblie. En même temps, la défaillance de la fonction publicitaire de la possession se manifeste davantage dans les transactions portant sur les biens mobiliers en raison de la pratique de la clause de réserve de propriété qui est pourtant interdite en matière immobilière.

Rappelons que la clause de réserve de propriété, qualifiée de clause suspensive du transfert de propriété en droits français et chinois, permet au vendeur de conserver la propriété du bien vendu jusqu'au paiement complet du prix. Le vendeur peut revendiquer ce bien dont il reste toujours propriétaire, lorsque l'acheteur ne s'acquitte pas du prix, même si celui-ci l'a déjà cédé à une autre personne. Pour protéger les tiers acquéreurs des risques d'être exposés aux caducités du titre d'acquisition de leur aliénateur, causes de l'anéantissement rétroactif de leur propre acquisition, le droit chinois interdit l'utilisation de la clause de réserve de propriété dans la vente immobilière¹⁵²¹. Cette interdiction devient néanmoins inopérante dans la vente mobilière. Du fait d'une telle clause, la vente est conclue sous condition suspensive. En effet, avant d'être payé, le vendeur réservataire demeure propriétaire du meuble vendu mais est tenu de le livrer à l'acheteur. Une fois la livraison effectuée, ce dernier en est donc devenu le possesseur direct. Puisque la pratique de cette clause est si fréquente dans la vente mobilière, l'acquéreur ne doit pas se fier uniquement à la possession réelle de son aliénateur pour être sûr de son titre de propriété.

De plus, il ne faut pas perdre vue que le défaut de la possession immédiate chez l'aliénateur ne fait pas obstacle à l'acquisition d'un meuble corporel. Lorsqu'une tierce personne, possesseur direct, le possède à titre précaire, il lui suffit de procurer la possession directe du bien à l'acquéreur pour que ce dernier puisse être investi de droits exclusifs portant sur ce même meuble. En droit chinois, la possession réelle de l'aliénateur n'est pas non plus requise pour valider une acquisition émanant d'un non propriétaire, si l'acquéreur a cru que son auteur était propriétaire et possesseur indirect. Si tel est le cas, l'acquéreur *a non domino* est reconnu propriétaire du meuble acquis dès qu'il en est réellement mis en possession par le possesseur direct. Dans cette hypothèse, la bonne foi de cet acquéreur ne peut être fondée sur la possession matérielle, mais sur

¹⁵²¹ Aux termes de l'article 34 des « Explications concernant la question de l'application de la loi soulevée à l'occasion de litiges résultant du contrat de vente tranchés par la Cour suprême » votées par la Cour Suprême chinoise du 31 mars 2012, la clause de réserve de propriété ne peut être applicable en matière immobilière. Cette solution s'inspire des dispositions énoncées par le deuxième alinéa du § 925 du BGB et par le premier alinéa de l'article 217 du Code civil suisse selon lesquelles : étant assorti d'une condition ou d'un terme, un accord de transfert de propriété immobilière est privé de tout effet.

la possession médiate de son auteur. Les défaillances de la fonction publicitaire de la possession remettent en cause sa foi publique.

546. La remise en cause de la foi publique de la possession. En matière mobilière, étant donné qu'il est impossible d'organiser un système de publicité légale des droits réels, la possession est censée assurer cette fonction. Or, il ressort de nos analyses précédentes qu'un examen empirique reposant uniquement sur la possession ne permet que dans très rares cas de révéler avec certitude la propriété d'un meuble corporel. C'est pour cette raison que certains auteurs chinois estiment que la possession n'est dotée que d'une valeur indicielle et par conséquent n'a pas de notoriété suffisante pour établir la foi publique¹⁵²². Ce point de vue semble être justifié de manière implicite par le législateur chinois. Contrairement aux dispositions énoncées à l'article 16 de la LDR qui a établi une présomption d'exactitude de la publicité foncière¹⁵²³, aucune présomption de propriété n'a été attachée à la possession par cette même loi. La foi publique de la possession est alors remise en cause en droit chinois. De ce fait, la possession de l'aliénateur ne peut être considérée comme étant un mode légal d'acquisition de la propriété en faveur d'un acquéreur *a non domino*. Ainsi, cette protection des tiers acquéreurs de bonne foi n'obéit pas à la même logique en matière de propriété mobilière qu'immobilière.

547. Le mécanisme singulier de l'acquisition de bonne foi en matière mobilière en droit chinois. Puisque, contrairement à la publicité foncière, la possession est inapte à faire présumer la propriété d'un meuble corporel, la possession d'un non propriétaire ne peut constituer la source de droit de l'acquéreur *a non domino*. En même temps, selon l'article 106 de la LDR, afin de pouvoir se prévaloir d'une acquisition *a non domino* l'acquéreur qui a acquis un meuble d'un non propriétaire doit faire preuve de sa bonne foi, c'est-à-dire sa croyance erronée au droit de propriété de l'aliénateur. Du fait de ces deux constatations, il est possible de penser que cette protection spéciale pourrait se baser sur la croyance légitime dudit acquéreur dont l'appréciation ne peut être que subjective. De cette manière, il semble que les fondements et les conditions d'application de l'acquisition de bonne foi *a non domino* soient totalement différents en fonction de la nature du bien acquis. Dès lors, l'acquisition de bonne foi en matière

¹⁵²² Xiao CHENG, Fei YIN, LiMing WANG, *Leçons de droit chinois des biens*, Édition de la Cour populaire, 2007, p. 51 ; GuangXin ZHU, « La portée limitée de l'acquisition de bonne foi a non domino en matière immobilière », *Rev. Recherche sur la théorie juridique*, 2009, n°4, p. 40-43.

¹⁵²³ Aux termes de l'article 16 de la LDR, en matière immobilière, « l'inscription dans le registre foncier constitue le fondement du contenu et de l'appartenance d'un droit réel immobilier ».

mobilière est devenue une protection singulière étant donné qu'elle est complètement indépendante du principe de publicité posé par la LDR.

Or, une telle assertion est contestable en ce qu'elle revient à remettre en question l'efficacité du principe de publicité de la LDR et par la suite à ébranler la cohérence du système instauré par cette loi. Consacré comme l'un des principes généraux dans le cadre du droit des biens, le principe de publicité doit s'appliquer sans discrimination en matière mobilière et immobilière. En tant que mesure légale de publicité, la possession doit être revêtue des mêmes fonctions que la publicité foncière : extérioriser les droits réels dans le but de protéger les titulaires des droits réels et des tiers. Si les défaillances de la fonction publicitaire de la possession dans certaines circonstances doivent être mises en évidence, il ne faut pas perdre vue qu'elles ne constituent qu'une exception. Par conséquent, il convient de ne pas dénier en bloc l'application dudit principe en matière mobilière. Il serait alors souhaitable que le législateur chinois établisse une présomption de titre de propriété résultant de la possession¹⁵²⁴ en adoptant par exemple les mêmes dispositions énoncées au § 1006 du BGB¹⁵²⁵. De la sorte, on arrive à faire de l'article 106 de la LDR une application du principe de publicité même en matière mobilière. La cohérence de la LDR serait alors maintenue. Toutefois, compte tenu des différentes fonctions déployées par la publicité foncière et la possession, les conditions d'application de cet article 106 doivent s'avérer plus strictes en matière mobilière¹⁵²⁶.

548. Les conditions strictes d'application de l'acquisition de bonne foi *a non domino* en matière mobilière. Si l'on admet que le possesseur peut être présumé propriétaire, cette présomption s'avère moins forte que celle résultant de la publicité foncière. Pour être plus précis, il s'agit d'une présomption simple, c'est-à-dire qu'elle tombera devant la preuve contraire. Du fait de la nature de cette présomption dans les transactions, la loi fait en effet peser sur les acquéreurs des meubles corporels un certain devoir de vérification¹⁵²⁷ : ils ne doivent pas se contenter de prêter foi à la possession de leur

¹⁵²⁴ V. XianZhong SUN, *Les droits réels*, 2^e éd., Édition Social Sciences Academic Press (China), 2011, p. 94.

¹⁵²⁵ Aux termes du premier alinéa du § 1006 du BGB : « [i]l est présumé que le possesseur d'une chose mobilière en est propriétaire. Cette présomption ne joue pas à l'égard d'un précédent possesseur auquel la chose a été volée, qui l'a perdue ou qui l'a autrement égarée, à moins qu'il s'agisse d'argent ou de titre au porteur ».

¹⁵²⁶ Xiao CHENG, Fei YIN, LiMing WANG, *Leçons de droit chinois des biens*, Édition de la Cour populaire, 2007, p. 51 ; GuangXin ZHU, « La portée limitée de l'acquisition de bonne foi *a non domino* en matière immobilière », *Rev. Recherche sur la théorie juridique*, 2009, n°4, p. 40-43.

¹⁵²⁷ V. par exemple ZeJian WANG, *Le droit civil, Les biens*, Édition de l'Université de Pékin, 2009, p. 88 ; GuangXin ZHU, « La portée limitée de l'acquisition de bonne foi *a non domino* en matière immobilière », *Rev. Recherche sur la théorie juridique*, 2009, n°4, p. 40 ; LeiMing SHENG, « L'étude sur la condition de bonne foi dans l'acquisition de bonne foi *a non domino*, Essai sur les interprétations et sur les

.../...

auteur pour connaître le propriétaire des biens qu'ils ont convoités. Selon la doctrine chinoise, l'inobservation d'un tel devoir peut constituer une *culpa lata*¹⁵²⁸, c'est-à-dire une négligence grave de leur part. Certains auteurs chinois proposent d'introduire l'absence de négligence grave dans l'appréciation de la bonne foi de l'acquéreur qui a tenu un meuble d'un non propriétaire¹⁵²⁹. Dès lors, cette appréciation devient plus exigeante qu'en matière immobilière.

549. L'appréciation subjective de la bonne foi de l'acquéreur en matière mobilière.

La raison d'être de la protection des tiers acquéreurs qui ont acquis un bien d'un non propriétaire réside dans le fait qu'au moment de l'acquisition, la vérité juridique ne peut en être connue. Si la LDR dispense de vérification tout acquéreur qui traite avec celui qu'il croit propriétaire parce qu'il est inscrit au registre foncier comme tel, la possession n'octroie pourtant pas la même faveur aux tiers acquéreurs mobiliers. Puisque l'article 106 de la LDR, qui a consacré l'acquisition de bonne foi *a non domino*, n'a pas différencié les conditions d'application de cette institution pour les immeubles et pour les meubles, cette différence ainsi mentionnée semble devoir se manifester dans l'appréciation de la bonne foi de l'acquéreur¹⁵³⁰. Un auteur¹⁵³¹ s'est rallié à la notion de la bonne foi définie par le Code civil suisse dans le but d'attacher à la bonne foi une certaine attention. Selon cette définition, « [n]ul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui »¹⁵³². Par cette exigence d'attention, on entend un devoir de prudence. Si ce devoir est dispensé en raison de la présomption absolue d'exactitude de la publicité foncière à l'égard des tiers, il peut en revanche constituer le caractère intrinsèque de la bonne foi

améliorations de l'article 106 de la LDR », *Rev. Oriental Law*, 2012, n° 4, p. 27 ; MeiLin YAN, « L'étude sur les critères de l'application de la bonne foi dans l'acquisition de bonne foi a non domino en matière immobilière », *Rev. Journal of Wenzhou University, Social Sciences*, 2013, Vol. 26, n° 1, p. 85.

¹⁵²⁸ LeiMing SHENG, « L'étude sur la condition de bonne foi dans l'acquisition de bonne foi a non domino, Essai sur les interprétations et sur les améliorations de l'article 106 de la LDR », *Rev. Oriental Law*, 2012, n° 4, p. 27.

¹⁵²⁹ ChunYa LU, « La condition de bonne foi dans le principe de la foi publique des droits réels immobiliers publiés », *Rev. Peking University Law Journal*, 2011, n° 3, p. 559 ; Xiao CHENG, « L'étude sur la distinction entre la foi publique de la publicité et l'acquisition de bonne foi a non domino en matière mobilière », *Rev. Peking University Law Journal*, Vol. 22, n° 4 (2010), p. 524 ; LeiMing SHENG, « L'étude sur la condition de bonne foi dans l'acquisition de bonne foi a non domino, Essai sur les interprétations et sur les améliorations de l'article 106 de la LDR », *Rev. Oriental Law*, 2012, n° 4, p. 27.

¹⁵³⁰ LiMing WANG, « Étude sur les conditions requises dans l'acquisition de bonne foi a non domino en matière immobilière », *Rev. Politique et Loi*, 2008, n° 10, p. 6.

¹⁵³¹ V. ChunYa LU, « La condition de bonne foi dans le principe de la foi publique des droits réels immobiliers publiés », *Rev. Peking University Law Journal*, 2011, n° 3, p. 559 ;

¹⁵³² Cette règle a été énoncée au deuxième alinéa de l'article 3 du Code civil suisse.

de l'acquéreur d'un bien mobilier, vu le rôle informatif affaibli de la possession. Le manquement à un tel devoir démontre que l'ignorance dudit acquéreur est due à sa propre incurie. La bonne foi de ce dernier est par conséquent écartée.

Cependant, sachant que la doctrine chinoise, s'inspirant du droit anglais-saxon¹⁵³³, distingue trois degrés de négligence dans lesquelles le degré de prudence varie par ordre décroissant d'intensité : une négligence légère qui consiste à ne pas user de toute l'attention qu'apportent les gens circonspects et prévoyants à la conservation de leurs biens et effets ; une négligence ordinaire, consistant à manquer du soin que tout homme d'une prudence commune, et capable de gouverner une famille, prend de ses propres intérêts ; et enfin une négligence grossière, qui est l'omission du soin que tout homme d'un sens ordinaire prend de sa chose, quelque inattentif qu'il soit¹⁵³⁴. Une question s'impose alors : quel est le degré d'attention qui doit être exigé d'un tiers acquéreur pour qu'il soit de bonne foi ? Pour la doctrine chinoise majoritaire, eu égard à l'adage « *culpa lata dolo malo aequiparatur* », la négligence grave exclut la bonne foi de son auteur. Ainsi, c'est une exigence de prudence la moins élevée qui est alors imposée. Ici, la négligence de l'acquéreur est répréhensible uniquement lorsqu'il n'a pas agi comme l'aurait fait une personne de sens ordinaire devant un risque raisonnablement prévisible. Cette solution s'inscrit dans la lignée du droit allemand¹⁵³⁵.

Certes, cette manière d'apprécier la bonne foi paraît beaucoup plus exigeante par rapport à celle appliquée en matière immobilière, mais elle demeure moins exigeante que la solution adoptée en droit français. L'erreur commune et invincible exigée par la jurisprudence française pour faire appliquer la théorie de la propriété apparente doit exclure toute négligence de la part de l'acquéreur. En même temps, une négligence ordinaire ou légère de l'acquéreur *a non domino* n'est pas forcément légitime en droit français, mais elle peut ne pas être prise en considération en droit chinois. En effet, en cas d'acquisition *a non domino*, une très grande partie du devoir de prudence de l'acquéreur est dispensée en droit chinois même en matière mobilière. Ces dispenses de

¹⁵³³ V. la distinction de ces trois degrés de négligence citée par William BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises*, t. III, avec des notes de Edward CHRISTIAN, traduits de l'anglais sur la quinzième édition par Nicolas Maurice CHOMPRÉ, Paris, 1823, p. 454, *spéc.* note n° 1.

¹⁵³⁴ Le droit romain distingua aussi trois degrés de négligence : la négligence grave (*culpa lata* : l'omission du soin que les hommes ont coutume d'apporter à leurs affaires dans de semblables circonstances) ; la négligence légère (*culpa levis* : c'est-à-dire l'omission du soin ordinaire aux personnes prudentes) ; et la négligence très légère (*culpa levissima* : c'est la négligence de celui qui n'omet que les soins recherchés, propres aux gens les plus sages).

¹⁵³⁵ Selon le deuxième alinéa de l'article 932 du BGB : l'acquéreur d'une chose corporelle « n'est pas de bonne foi s'il sait ou s'il ignore par suite d'une négligence grossière que l'aliénateur n'est pas propriétaire ».

vérification en faveur de l'acquéreur ne peuvent résulter que de la force probante de la possession de l'aliénateur qui semble plus forte en droit chinois qu'en droit français. L'appréciation de la négligence grave relève dans le droit chinois du pouvoir souverain du juge du fond. Elle doit être liée à des faits concrets relatifs par exemple au profil personnel ou professionnel de l'acquéreur et nécessite donc une analyse au cas par cas de la situation en cause.

- 550. L'absence de présomption de bonne foi au bénéfice de l'acquéreur d'un meuble *a non domino*.** Contrairement aux droits français et allemand, la bonne foi de l'acquéreur d'un bien mobilier n'est pas présumée en droit chinois. Selon le principe du droit commun : « *actori incumbit probatio* », celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention. L'acquéreur qui invoque l'acquisition de bonne foi devra donc faire la preuve de sa bonne foi. Concrètement, il doit établir qu'il ne connaît pas la vérité juridique et que cette ignorance ne provient pas d'une grave négligence de sa part. Cette solution a suscité de nombreuses critiques¹⁵³⁶ car, en tant que fait psychologique, la bonne foi peut s'avérer très difficile à établir. L'absence de présomption de bonne foi de l'acquéreur favorise certes la protection du droit de propriétaire mais au détriment de l'intérêt d'un tiers acquéreur tenant un meuble corporel d'un non propriétaire.
- 551. Le moment de l'existence de la bonne foi de l'acquéreur.** Aux termes de l'article 106 de la LDR, la bonne foi de l'acquéreur *a non domino* doit exister au moment de l'acquisition. Puisque, selon la même loi, toute acquisition de la propriété mobilière ne peut être définitive qu'à partir de la mise en possession de l'acquéreur, la bonne foi de ce dernier doit s'apprécier à cet instant précis. Cependant, pour certains auteurs chinois, cette disposition énoncée à l'article 106 de la LDR n'est pas sans ambiguïté en ce que le moment de l'acquisition peut signifier soit le moment de conclure le titre d'acquisition, soit celui de l'entrée en possession dudit acquéreur. En attendant une explication officielle de la part de la Cour suprême, les débats sur cette question restent vifs en droit chinois.
- 552.** Ainsi, la LDR a fondé la protection des tiers acquéreurs de bonne foi sur la foi publique des mesures de publicité des droits réels imposées par la même loi, lorsqu'ils ont acquis un bien d'un non propriétaire. Cette démarche permet de dispenser certains

¹⁵³⁶ V. DiYu XU, DongHai HU, « La conception du système de l'acquisition de bonne foi *a non domino* sous l'angle de la répartition de la charge de la preuve, Commentaires sur l'article 106 de la LDR », *Rev. journal of comparative law*, 2009, p. 52-66. *Contra.*, ZeYong WU, « L'étude sur la preuve de la bonne foi dans l'acquisition de bonne foi *a non domino* », *Rev. Science juridique en Chine*, 2012, p. 149 et s.

de leur devoir de vérification dans l'acquisition. Cependant, cela ne signifie pas que le législateur chinois ne prenne pas en considération l'intérêt légitime du véritable propriétaire. En fait, la protection des tiers de bonne foi est subordonnée à la perte matérielle de leur intérêt expectatif, c'est-à-dire l'intérêt qu'ils pourraient légitimement attendre dès la conclusion du titre d'acquisition.

SECTION II.

LA SUBORDINATION DE LA PROTECTION DU TIERS DE BONNE FOI À LA PERTE RÉELLE DE L'INTÉRÊT EXPECTATIF

- 553.** Grâce à l'acquisition de bonne foi *a non domino*, un tiers peut acquérir le droit de propriété d'un non propriétaire. Cette protection entraîne de graves conséquences : le véritable titulaire du droit est en effet sacrifié sur l'autel de la sécurité des transactions. Une protection des tiers acquéreurs de bonne foi ne peut s'avérer satisfaisante que lorsqu'elle permet aussi de rétablir l'équité tout en conciliant au maximum l'intérêt de l'acquéreur *a non domino* avec celui du *verus dominus*. C'est justement dans cette perspective que la LDR a consacré une institution spécifique de l'acquisition de bonne foi *a non domino* en son article 106.
- 554.** **L'expectation de l'acquéreur de bonne foi, le fondement économique de la protection des tiers acquéreurs de bonne foi.** Dans la recherche d'un fondement juridique de la protection des tiers acquéreurs de bonne foi, il était important de ne pas ignorer le sens économique de cette protection, ce que n'a pas manqué de faire le législateur chinois. En fait, ce dernier a pris en considération l'intérêt expectatif de l'acquéreur qui aurait cru en la qualité de propriétaire de son auteur. Selon la doctrine majoritaire chinoise, une telle croyance peut faire naître chez cet acquéreur une certaine « expectation », définie comme l'espérance de profit qu'il compte titrer d'un contrat translatif de propriété¹⁵³⁷. Puisque, selon le droit chinois, cette expectation est née de la croyance légitime de l'acquéreur qui a contracté sur la foi de la publicité des droits réels

¹⁵³⁷ En droit chinois, les études doctrinales concernant spécialement la protection de l'expectation d'une partie contractante fondée sur la confiance légitime sont nombreuses. V par exemple, XinYan MA, *La règle de la confiance légitime du droit contemporain*, Édition Social Sciences Academic Press (China) 2010 ; GuangXin ZHU, *L'étude sur la responsabilité fondée sur la confiance légitime, sous l'angle de la formation du contrat*, Édition de Droit 2007 ; YongSong TU, *L'étude sur la réparation des dommages causés du fait de la violation de la protection de la confiance légitime*, Édition de Droit 2010 ; JinQiang YE, *La constitution en droit civil du principe du respect de la confiance légitime*, thèse de l'Université de Tsinghua, 2005 ; Kun WANG, *La responsabilité du fait des droits apparents*, thèse de Southwest University of Political Science & Law, 2008 ; XiaoHua LIU, *L'étude sur le principe de la protection de la confiance légitime en droit civil*, thèse de l'Université de Shandong, 2013.

conférée par la LDR, on peut dire qu'en réalité, elle est de nature législative. Corollairement, la loi doit satisfaire les attentes du croyant¹⁵³⁸, en assurant la perspective d'un éventuel transfert de propriété en sa faveur. Cependant, l'expectation de l'acquéreur de bonne foi ne peut être regardée comme une notion purement psychologique qui relève de la mentalité de l'acquéreur. Dans la pratique, elle offre souvent à ce dernier un droit d'expectative doté d'une valeur économique.

555. La doctrine chinoise relative au respect du droit d'expectative. En fait, ce droit d'expectative¹⁵³⁹ est la traduction littérale d'*Anwartschaftsrechte*, une théorie élaborée par le droit civil allemand. Si l'on se réfère aux explications fournies par Monsieur István SZÁSZY, il peut arriver que « [l]es situations fondamentales n'exercent des effets juridiques qu'après l'entrée de certains faits déterminés. Jusqu'à ce que les faits nécessaires à l'entrée des effets juridiques ne se soient pas encore entièrement réalisés, il n'existe qu'un espoir aux effets légaux dont l'intensité s'augmente au fur et à mesure que la réalisation successive des faits s'avance. Ces situations juridiques sont des droits d'expectative (*Anwartschaftsrechte*). Elles possèdent une certaine valeur de probabilité ; c'est pourquoi ni la vie, ni l'ordre juridique ne sauraient les ignorer »¹⁵⁴⁰. De ce droit, naissent certains intérêts expectatifs qui peuvent se concrétiser économiquement et méritent donc une protection particulière.

Dans les rapports entre les parties à un contrat, une partie est autorisée à invoquer son droit d'expectative contre son cocontractant. Cependant, lorsqu'une telle expectation est due à une confiance légitime d'un tiers acquéreur *a non domino*, les auteurs chinois¹⁵⁴¹ préfèrent faire appel à l'expression anglaise « *reliance interest* » - c'est-à-dire les intérêts nés d'une croyance légitime – afin de déployer une doctrine spéciale qui ne se borne d'ailleurs pas au droit des contrats. En vertu de cette doctrine,

¹⁵³⁸ La notion d'attente légitime a également été introduite en droit français des contrats. V. Jean CARBONNIER, « Introduction », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René SAVATIER*, 24-25 octobre 1985, PUF 1985, p. 29 et s, *spéc.* p. 35 ; Hélène AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *R.I.D.C.* 3-2005, p. 627 et s ; Denis MAZEAUD, « La confiance légitime et l'estoppel », *R.I.D.C.* 2-2006, p. 363 et s.

¹⁵³⁹ Il semble qu'un tel droit puisse être analogue au « droit du respect dû aux anticipations légitimes d'autrui », une doctrine élaborée en droit belge. V. Xavier DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse un principe général de droit*, Collection de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1995.

¹⁵⁴⁰ V. István SZÁSZY, « La règle juridique, le droit subjectif et le sujet de droit en droit international. Essai d'une nouvelle théorie », in *Mélanges offerts à Juraj ANDRASSY, Essays in international law in honour of Juraj Andrassy : Festschrift für Juraj Andrassy*, texte rédigé par Vladimir IBLER, Martinus Nijhoff, La Haye, 1968, p. 307 et s, *spéc.* p. 316.

¹⁵⁴¹ V. par exemple XinYan MA, *La règle de la confiance légitime du droit contemporain*, Édition Social Sciences Academic Press (China), 2010.

toute croyance légitime, peu importe qu'elle soit provoquée par la promesse donnée d'une partie contractante¹⁵⁴² ou par une apparence trompeuse, peut donner naissance à une certaine attente légitime chez les croyants. Cette attente, susceptible de donner lieu à des intérêts expectatifs à leur profit, permet de justifier la protection d'un tiers acquéreur de bonne foi. L'atteinte portée à ces intérêts, dès l'instant où la vérité sera dévoilée, se traduira par une réelle perte¹⁵⁴³ au détriment de cet acquéreur. De cette manière, son attente est d'autant plus digne de protection dans les transactions.

Ainsi, c'est dans l'intérêt expectatif de devenir propriétaire que réside le fondement économique de l'acquisition *a non domino* du système juridique chinois au bénéfice d'un tiers acquéreur de bonne foi¹⁵⁴⁴.

556. Les deux éléments constitutifs de l'intérêt expectatif de l'acquéreur de bonne foi. Selon le droit chinois, pour que l'intérêt expectatif d'un acquéreur de bonne foi soit pris en compte par la loi, deux conditions cumulatives doivent être réunies : dans un premier temps, il doit correspondre à la volonté de cet acquéreur (c'est-à-dire qu'il doit être réellement poursuivi par ce dernier) puis dans un second temps, pouvoir être valorisé économiquement en prenant appui sur une contrepartie raisonnable de son acquisition, cette dernière lui étant imposée par la LDR. Du fait de ces deux éléments, devenir propriétaire – ce qui était le résultat visé par l'acquéreur - lui semble dès lors tout à fait escomptable et assurable.

557. La volonté d'être propriétaire. En droit chinois comme en droit français, la volonté d'être propriétaire est indispensable à l'acquisition de l'acquéreur de bonne foi *a non domino*. Bien que cette condition ne soit pas explicitement mentionnée à l'article 106 de la LDR, elle doit pourtant être requise car cette volonté est un élément constitutif de la bonne foi de l'acquéreur. En droit chinois, puisque l'acte de disposition en tant que contrat autonome de transfert de propriété n'a pas été adopté officiellement par le législateur, l'existence de cette volonté doit être révélée par un titre d'acquisition,

¹⁵⁴² Tel est le cas de la règle de l'*estoppel* (c'est-à-dire l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui) dans le système juridique anglo-saxon. V. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Rapport Général » in *La confiance légitime et l'estoppel*, dir. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Société de Législation comparée, 2007, p. 9 et s, *spéc.* p. 14-28.

¹⁵⁴³ En anglais : *reliance damages*.

¹⁵⁴⁴ Cette protection du droit d'expectative de l'acquéreur de bonne foi *a non domino* relève selon la doctrine chinoise de la protection générale de la confiance légitime, dont le domaine d'application ne se limite pas en droit chinois au domaine du droit des contrats. V. par exemple XiaoHua LIU, *L'étude sur le principe de la protection de la confiance légitime en droit civil*, thèse de l'Université de Shandong, 2013.

autrement dit un contrat translatif de propriété à titre particulier¹⁵⁴⁵ conclu entre cet acquéreur et son auteur. Afin d'alléguer son droit d'expectative, l'acquéreur, tant en matière mobilière qu'immobilière, doit donc être en mesure d'en fournir la preuve. En outre, ce titre d'acquisition doit exister réellement et être dépourvu de vice.

558. La volonté de l'acquéreur de bonne foi fondée sur un titre d'acquisition valable.

La validité du titre d'acquisition est à l'origine de l'intérêt expectatif de l'acquéreur. Selon la doctrine chinoise majoritaire, le titre d'acquisition de l'acquéreur doit être « valable »¹⁵⁴⁶, c'est-à-dire qu'excepté le défaut de droit de l'aliénateur, il ne doit pas être entaché d'autres vices, tels qu'un vice de forme ou toute cause de nullité¹⁵⁴⁷. En d'autres termes, ni la publicité foncière réalisée par l'acquéreur *a non domino* ni sa mise en possession ne permet de purger ces vices qui risquent d'affecter son titre d'acquisition. Cette solution peut se justifier de trois manières. Tout d'abord, la volonté d'acquisition manifestée dans un contrat frappé de nullité absolue ne peut être protégée par la loi. Ensuite, l'existence de certains vices peut affecter le consentement donné par l'acquéreur. Par exemple, en tant que victime d'un vice de consentement, en vertu des articles 54 et 55 de la Loi chinoise relative aux contrats, l'acquéreur de bonne foi est en droit de renoncer à l'acquisition tout en exerçant son droit d'annulation du contrat dans le délai prévu par la loi¹⁵⁴⁸. La protection fondée sur l'acquisition de bonne foi *a non domino* est par conséquent écartée. Enfin, ces vices peuvent également compromettre la bonne foi de l'acquéreur si celui-ci a contribué à les créer. Dans ce cas de figure, ledit acquéreur ne peut non plus se prévaloir de son droit d'expectative pour invoquer une acquisition *a non domino*. À ces considérations s'ajoute également le fait que l'existence des vices susmentionnés ne serait pas la conséquence de la foi publique des droits réels légalement publiés, considérée comme étant le fondement juridique de cette

¹⁵⁴⁵ Rappelons que selon la LDR, le principe de publicité est limité à l'acquisition volontaire et conventionnelle de la propriété. Considérée comme étant l'un des effets juridiques de ce principe, l'acquisition de bonne foi d'un acquéreur *a non domino* suppose que le titre d'acquisition conclu par ce dernier ne doive pas être un titre d'acquisition à titre universel relevant de l'acquisition en vertu de la loi.

¹⁵⁴⁶ La validité d'un contrat translatif conclu par un non propriétaire semble contradictoire en ce qu'en vertu de l'article 47 de la loi chinoise relative aux contrats, ce contrat est susceptible d'être sanctionné par l'efficacité incertaine. C'est pour cette raison que la validité dudit contrat a suscité de vifs débats parmi les auteurs chinois. L'admission de la vente de la chose d'autrui permettrait de mettre un terme à toutes les discussions doctrinales. V. *supra*. n° 326.

¹⁵⁴⁷ En droit français, si la validité d'un titre d'acquisition (un juste titre) peut être exigée pour l'application de la théorie de la propriété apparente en matière immobilière, la doctrine estime majoritairement que cette exigence ne saurait être transposée en matière mobilière. Autrement dit, elle n'est pas une condition requise à l'application de la maxime « en fait de meubles, la possession vaut titre ».

¹⁵⁴⁸ V. *supra*. n° 120 ; n° 326, 327.

protection des acquéreurs de bonne foi. C'est une raison de plus pour que la publicité des droits réels ne les couvre pas.

Un tel parti pris permet de placer un acquéreur de bonne foi, bien qu'*a non domino*, dans une situation identique à celle dans laquelle il aurait traité avec le véritable propriétaire. Dès lors, c'est la volonté de devenir propriétaire de l'acquéreur d'être propriétaire, traduite par sa bonne foi, qui vient compenser le défaut de droit de son auteur et légitimer son attente consistant en l'acquisition définitive du bien cédé. En même temps, pour être protégée, l'acquéreur de bonne foi doit avoir acquis à titre onéreux le bien d'un non propriétaire.

559. L'exigence d'une acquisition à titre onéreux. La raison d'être de l'acquisition de bonne foi *a non domino* est de protéger l'intérêt du commerce. Or, les actes juridiques translatifs à titre gratuit ne participent pas du commerce des biens. Par conséquent, cette solution protectrice au bénéfice des acquéreurs de bonne foi ne devrait être applicable qu'aux acquisitions à titre onéreux¹⁵⁴⁹. De ce fait, le legs particulier et la donation ne pourraient fonder une acquisition *a non domino*, bien que l'acquéreur soit réputé de bonne foi.

Une telle règle peut en outre reposer sur l'esprit d'équité. En effet, la protection d'une acquisition à titre gratuit émanant d'un non propriétaire est susceptible de créer une situation de déséquilibre voire d'injustice à l'égard du *verus dominus* évincé, et ce, du moins du point de vue économique¹⁵⁵⁰. Le déséquilibre se manifeste de la manière

¹⁵⁴⁹ En droit français, cette question a été abordée par quelques rares auteurs. Parmi eux, v. par exemple, Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de Pierre VOIRIN, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938, n^o 733, p. 807 ; William DROSS, « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », *RTD civ.* 2006, n^o28, p. 43 ; William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n^o 308-1, p. 554. Cependant, s'agissant des actes de l'héritier apparent, Beudant nous a expliqué que la jurisprudence française avait pourtant refusé le bénéfice de l'apparence à l'acquéreur à titre gratuit, au motif que la valeur de l'intérêt de ce dernier paraissait moins respectable que celle de l'intérêt de l'héritier véritable. V. Req. 3 juillet 1877, *D.P.* 1877. I. 429 ; Cass. civ., 13 mai 1879. I. 417 ; Req. 10 avril 1888, *D.P.* 1889. I. 278 ; Cass. civ., 26 janvier 1897, *D.P.* 1900. I. 33, note Louis SARRUT ; Req. 6 janvier 1930, *D.P.* 1931. I. 43 (les arrêts cités par Beudant. V. Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. V^{bis}, *Les successions ab intestat*, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE avec la collaboration de Robert Le Balle, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1936, n^o 276 et 268).

¹⁵⁵⁰ De même, d'un point de vue juridique, un non propriétaire peut aussi avoir pour but frauduleux d'aliéner à titre gratuit le bien d'autrui. Précisément, le détenteur du bien d'autrui (ou l'indivisaire d'un bien indivis) ne devrait pas être encouragé, aux fins d'éluder la loi, à le céder gratuitement au profit d'un acquéreur de bonne foi, soit dans le but d'enrichir ce dernier au détriment du véritable propriétaire, soit avec l'intention ultime de s'en emparer postérieurement. Par exemple, si la donation d'un immeuble, bien commun mais inscrit sur le registre foncier sous le nom du mari, est faite par ce dernier au bénéfice de sa concubine mais sans l'autorisation de sa femme, selon le droit chinois, le donataire, bien qu'il soit de bonne foi, ne peut être reconnu propriétaire de cet immeuble. En outre, l'acquéreur à titre gratuit, bien

.../...

suivante : d'un côté, un propriétaire est « exproprié » sans aucune indemnisation, de l'autre, son bien perdu est tombé dans le patrimoine d'un acquéreur *a non domino* sans qu'aucune charge n'ait été retenue à son encontre. L'enrichissement sans aucune contrepartie de cet acquéreur conduit directement à une lourde perte du propriétaire dépouillé, d'où le sentiment d'injustice qui peut être ressenti. Cependant, l'on peut constater que l'acquéreur à titre gratuit ne subira pas de diminution de son patrimoine dans le cas où le véritable propriétaire est autorisé à revendiquer le bien concerné. De cette manière, il est tout à fait possible de penser que, du fait de la gratuité de l'acquisition, la protection de l'acquéreur *a non domino* perd économiquement de sa nécessité.

Compte tenu de toutes les raisons mentionnées ci-dessus, le législateur chinois, à l'article 106 de la LDR, a fait de l'existence d'une contrepartie raisonnable une condition de l'application de l'acquisition de bonne foi *a non domino*.

560. L'exigence d'un prix raisonnable versé par l'acquéreur de bonne foi. Selon le droit chinois, non seulement l'acquisition d'un acquéreur *a non domino* doit être réalisée à titre onéreux, mais la contrepartie octroyée par celui-ci pour réaliser une telle acquisition doit aussi être raisonnable. Rappelons qu'aux termes de l'article 106 de la LDR, afin d'être reconnu définitivement propriétaire, un acquéreur doit avoir obtenu un bien d'un non propriétaire en contrepartie d'un prix raisonnable. La référence au « raisonnable » impose nécessairement une appréciation objectivée. En fait, par ce « prix raisonnable », le législateur chinois exige que l'acquéreur doive avoir déjà versé une contrepartie cohérente par rapport à la valeur économique du bien acquis. En matière immobilière, un prix raisonnable s'apprécie en référence au marché immobilier local au moment de l'acquisition. Les prix symboliques ou dérisoires peuvent alors équivaloir à une absence de contrepartie.

Une contrepartie raisonnable renforce la confiance de l'acquéreur pour ce qui est du résultat qu'il pourrait espérer de son acquisition. Le plus important est qu'elle permet également de concrétiser la valeur financière de l'intérêt expectatif de l'acquéreur. Dans l'hypothèse où son expectation ne serait pas satisfaite, cet acquéreur risquerait de subir de réelles pertes, d'où la raison économique de sa protection.

561. Le risque de la perte de l'intérêt expectatif, fondement économique de la protection des tiers acquéreurs de bonne foi. Selon les auteurs chinois qui se rallient

qu'il soit de bonne foi lors de son acquisition, peut devenir le complice d'un usurpateur qui rechercherait le moyen de parachever son entreprise.

au principe de protection de la confiance légitime, si l'expectation de l'acquéreur de bonne foi nécessite une protection, c'est parce que le non-respect de sa confiance légitime peut lui causer un ou plusieurs préjudices¹⁵⁵¹. En effet, si la loi n'accordait pas d'effet à l'acquisition émanant d'un non propriétaire, on le priverait de son intérêt expectatif et il perdrait de ce fait le titre de propriété du bien qu'il a voulu acquérir. En outre, dès la conclusion de l'acte translatif avec son auteur, il a connu à son détriment une « modification de position »¹⁵⁵². Celle-ci peut être économique en ce qu'elle témoigne des dépenses encourues par ce même acquéreur pour réaliser l'acquisition, et qui comprennent notamment la contrepartie raisonnable qu'il a déjà octroyée. Le non-respect de cette attente légitime provoquerait alors un préjudice quantifiable en termes de pertes matérielles et financières équivalant à ses dépenses. Et puisque la perte du titre de propriété entraîne nécessairement ce type préjudice, ces deux éléments constituent l'ensemble de la perte de l'intérêt expectatif de l'acquéreur de bonne foi. De cette manière, le risque de perte de cet intérêt expectatif peut être considéré comme le fondement économique de l'acquisition de bonne foi *a non domino*.

562. La recherche d'une protection équitable des tiers acquéreurs de bonne foi en droit chinois. La doctrine relative à l'intérêt expectatif fournit un moyen concret de concilier les intérêts du véritable propriétaire et ceux des tiers acquéreurs. Le recours à cette doctrine permet au législateur chinois d'adopter une solution équitable dans le but de protéger l'acquisition de bonne foi *a non domino*. En effet, préférer l'intérêt d'un acquéreur de bonne foi - faisant appel à l'acquisition *a non domino* - à l'intérêt du véritable propriétaire et lui accorder des avantages au sacrifice de ce dernier, n'est justifiable que s'il est nécessaire de le protéger contre un risque de dommage. Compte tenu du risque de perte de l'intérêt expectatif de l'acquéreur de bonne foi, la balance de ces intérêts penche alors en faveur de ce dernier, notamment si l'on admet que tout propriétaire est censé être tenu de prendre soin de ses propres biens¹⁵⁵³. C'est donc dans la recherche d'équité que l'acquisition de bonne foi *a non domino* est subordonnée en droit chinois à l'existence d'un risque de pertes portant sur l'intérêt expectatif de

¹⁵⁵¹ En droit anglo-saxon, la notion de « *detrimental reliance* » implique l'existence d'un préjudice concret qu'un croyant pourra éventuellement subir en se fondant sur une croyance créée par autrui. Les auteurs chinois parlent alors des préjudices dus au non respect de la croyance légitime. V. XinYan MA, *La règle de la confiance légitime du droit contemporain*, Édition Social Sciences Academic Press (China) 2010.

¹⁵⁵² En anglais : *change of position*.

¹⁵⁵³ En fait, selon l'auteur chinois GuoZhe WU, tout propriétaire a le devoir de prendre soin de ses propres biens. C'est le manquement à un tel devoir de la part d'un propriétaire qui entraîne sa propre perte. V. GuoZhe WU, *Les droits apparents et les solutions en droit civil*, thèse de l'Université de Politique et Juridique de Chine, 2006.

l'acquéreur¹⁵⁵⁴. Et l'équilibre que le législateur chinois a poursuivi réside dans le fait que le véritable propriétaire ne peut tenter une action en revendication contre un tiers acquéreur de bonne foi qui a payé une somme raisonnable en contrepartie de son acquisition, bien que celle-ci demeure *a non domino*.

Conclusion du Chapitre I

563. Ainsi, du fait des fondements juridique et économique de l'acquisition de bonne foi *a non domino*, la protection des tiers acquéreurs de bonne foi instaurée par la LDR s'avère suffisante et satisfaisante. Un recours à la prescription acquisitive est par conséquent devenu superflu en droit chinois.

¹⁵⁵⁴ Un tel préjudice est d'autant plus nécessaire si l'on fonde la protection de la confiance légitime dudit acquéreur sur les règles de responsabilité (qui n'est pourtant pas nécessairement contractuelle), comme c'est le cas en droit allemand. V. Florian FAUST, Volker WIESE, « Protecting legitimate expectations : the German perspective », in *La confiance légitime et l'estoppel*, dir. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Société de Législation comparée, 2007, p. 99 et s. V. aussi, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Rapport Général » du même livre, p. 53.

CHAPITRE II.

LE RÔLE SUPERFÉTATOIRE DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE

564. L'absence de mécanisme de prescription acquisitive en droit chinois. Dans la LDR, le législateur chinois n'a pas adopté la prescription acquisitive. Ce mécanisme, dénommé également usucapion¹⁵⁵⁵ en droit romain, est pourtant présent dès le Titre XXI¹⁵⁵⁶ du Livre III du Code civil français. Selon l'article 2285 de ce même Code, la prescription acquisitive est définie comme « un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ». Il s'agit en fait d'un mode légal d'acquisition de la propriété par l'usage¹⁵⁵⁷ : la loi investit de la qualité de propriétaire le possesseur qui a exercé sur ce dernier une maîtrise matérielle pendant un certain laps de temps. Par application de cette institution, est alors évincé le *verus dominus* qui néglige trop longtemps son droit de propriété.

L'absence d'un tel mécanisme en droit chinois peut s'expliquer de différentes manières. Tout d'abord, d'un point de vue historique, dans le droit chinois traditionnel s'appliquant à la société féodale chinoise et, où tout droit et pouvoir étaient concentrés dans les mains de l'Empereur¹⁵⁵⁸, le mécanisme de l'usucapion était totalement méconnu. Il fut consacré par le Code civil de 1930, à l'instar du BGB. Cependant, après la création de la République populaire de Chine, sous l'influence du droit soviétique, le législateur chinois a voulu établir un système juridique complètement distinct de celui de l'ancien régime politique¹⁵⁵⁹. La prescription acquisitive a donc été écartée des

¹⁵⁵⁵ À l'origine, l'institution « *usucapio* » consacrée par la loi des Douze Tables comme moyen d'acquérir la propriété quiritaire par la possession d'un fonds italique se distingue de la *praescriptio longi temporis* (la prescription acquisitive). En droit romain, cette dernière, conçue comme une technique équivalente de l'*usucapio*, était quant à elle applicable aux fonds provinciaux et invocable par les pérégrins, c'est-à-dire ceux qui ne disposent pas de citoyenneté romaine. La disparition des distinctions entre fonds italiques et provinciaux, entre *res Mancipi* et *res nec Mancipi* conduisit finalement à la fusion de ces institutions romaines. V. par exemple, François BROCHU, *La publicité foncière et la prescription acquisitive en droit civil québécois, À la lumière du droit français, suisse, allemand et australien*, thèse Aix-Marseille, 1997, p. 16 et s ; William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 268-2, p. 496.

¹⁵⁵⁶ Le titre est intitulé « De la possession et de la prescription acquisitive ».

¹⁵⁵⁷ Benoît GRIMONPREZ, « Prescription acquisitive », *Rép. civ. Dalloz*, n° 1.

¹⁵⁵⁸ V. Jean-François GERKENS, *Droit privé comparé*, 2^e éd., Larcier 2013, p. 219 et s.

¹⁵⁵⁹ La prescription acquisitive a été consacrée dans le Code civil chinois de 1930 par le gouvernement de la république de Chine. Ce code est toujours en vigueur à Taïwan et le mécanisme de la prescription acquisitive est institué à partir de son article 768.

Principes généraux du droit civil (PGDC), et ce, d'autant qu'il s'agit là d'un mécanisme favorable à la spoliation, se heurtant certainement aux bonnes mœurs. Pourtant, la question relative à la réintroduction de la prescription acquisitive dans le droit chinois continental divise encore aujourd'hui la doctrine chinoise.

565. Les débats doctrinaux concernant l'incorporation de la prescription acquisitive.

Le développement du droit chinois a témoigné d'une décroissance de l'influence du droit soviétique. En effet, dès la fin des années 80, les auteurs chinois se sont intéressés davantage au droit romano-germanique. L'usucapion, dérivant d'une importante institution du droit romain, a ainsi attiré leur attention et de nombreuses études lui ont été consacrées¹⁵⁶⁰. La question de savoir s'il était nécessaire de la réintroduire au sein du système juridique chinois a alimenté de vifs débats doctrinaux, jusqu'à l'adoption de la LDR et même encore maintenant. Les partisans de cette réintroduction mettaient souvent en avant des arguments d'ordre social, économique, juridique et philosophique ayant déjà été formulés par la doctrine française aux fins de légitimer la prescription acquisitive.

566. Les arguments en faveur de la prescription acquisitive, invoqués par les auteurs chinois.

L'usucapion correspond à l'intérêt général social. Elle contribue à l'assurance de « la paix sociale »¹⁵⁶¹, dans la mesure où elle permet de résorber, avec le temps, le conflit des droits entre le possesseur d'un bien et son propriétaire. Par le jeu de cette institution, celui qui le maîtrise réellement de manière paisible et durable l'emporte sur celui qui le délaisse. C'est de cette manière que les situations de fait durablement établies peuvent enfin être cristallisées et que les éternelles contestations ou incertitude de l'apparence sont évitées¹⁵⁶². De plus, par le biais de cette solution qui encourage et récompense ceux qui ont mis les biens en valeur, la prescription acquisitive remplit alors un rôle d'ordre économique : favoriser la bonne exploitation des richesses tout en évitant l'improductivité des biens.

En outre, la prescription acquisitive recouvre également un rôle d'intérêt général de sécurité juridique. En effet, cette institution relève des règles permettant de faire

¹⁵⁶⁰ ZhongXie MEI, *Théorie générale du droit civil*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, éd. refondue, 1998, p. 522 ; *Études sur le droit réel* (dir. HuiXing LIANG, Édition de Droit, 1998, p. 522 et 526). V. aussi *Le droit civil*, dir. Ping JIANG, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000, p. 347.

¹⁵⁶¹ V. William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012, n° 268-3, p. 497.

¹⁵⁶² Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSCHI, Sylvie CIMAMONTI, *Les biens*, 2^e éd., LGDJ, 2010, n° 198, p. 239.

coïncider le fait et le droit¹⁵⁶³. Face à une discordance entre le droit de propriété et le fait de la possession, si ce dernier est suffisamment avéré pour recevoir une quelconque considération juridique, la prescription acquisitive réalise « un retour du droit au fait » ou « une érection du fait en droit »¹⁵⁶⁴.

Enfin, la prescription acquisitive ne manque pas de fondement philosophique. Bien qu'il semble injuste de protéger le possesseur contre le véritable propriétaire, surtout lorsque celui-ci est de mauvaise foi, la prescription acquisitive peut tout de même être justifiée par l'inertie dudit propriétaire. Celui contre lequel on prescrit se comporte par son inaction comme s'il abandonnait son bien. En raisonnant ainsi, il ne s'agit plus de le priver de son droit de propriété¹⁵⁶⁵, mais de redistribuer les biens à ceux qui en ont le plus besoin¹⁵⁶⁶.

Tous ces arguments paraissent suffisamment convaincants pour justifier la nécessité de la prescription acquisitive au sein même du système juridique chinois. C'est pour cette raison que cette institution a été consacrée dans les deux projets de la LDR¹⁵⁶⁷ ainsi que dans les trois différents projets de Code civil chinois proposés par la

¹⁵⁶³ Sur ce point, les auteurs chinois n'hésitent pas à citer les explications des professeurs Zenati et Fournier. Selon ces auteurs français, « [l]e droit civil régit le monde des biens et organise les relations qu'ont les personnes à leur égard. Ces relations peuvent consister en un droit de propriété ou en un droit sur la chose d'autrui. Les prérogatives juridiques qu'elles constituent sont tributaires des relations de fait qu'établissent les personnes avec les biens. Le fait, pour une personne, d'exercer sur une chose un droit qu'elle n'a pas, ou d'omettre d'exercer un droit qu'elle a, crée une apparence. Le sujet pourra être considéré par les tiers comme propriétaire en raison de son comportement, ou la chose pourra être réputée en plus être grevée d'une charge parce que son propriétaire ne supporte plus aucune concurrence dans la jouissance de son bien. Ce sont ces situations de fait, caractérisées par la possession, que la prescription tend à consacrer dans un dessein de stabilité sociale ». Frédéric ZENATI et Stéphanie FOURNIER, « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », *RTD civ.* 1996, p. 339-340.

¹⁵⁶⁴ Frédéric ZENATI et Stéphanie Fournier, « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », *RTD civ.* 1996, p. 339 ; V. aussi, Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^e éd, Dalloz, n° 278 et s. *spéc.* n° 281.

¹⁵⁶⁵ Dans un arrêt du 30 août 2007, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme a confirmé que la prescription acquisitive de douze ans n'avait pas porté atteinte au droit au respect des biens. La grande chambre a estimé que « un délai de prescription de douze ans pour les actions en revendication poursuit en soi un but légitime d'intérêt général ». V. CEDH 30 août 2007, J.A. Pye [Oxford] Ltd et J.A. Pye [Oxford] Land Ltd c/ Royaume-Uni, *RTD civ.* 2007, p. 727, obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 2008, p. 507, obs. Thierry REVET ; *AJDA* 2007. 1928, obs. Jean-François FLAUSS, *JCP* 2008. I. 110, obs. Frédéric SUDRE ; *JCP* 2008. I. 127, obs. Hugues PÉRINET-MARQUET ; *D.* 2008. 2458, obs. Blandine MALLET-BRICOUT.

¹⁵⁶⁶ Selon le professeur Dross, la prescription acquisitive est bien un « instrument au service de la justice distributive ». William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 268-3, p. 497.

¹⁵⁶⁷ Le projet de 2000, mené par un group de travail dirigé par le professeur HuiXing LIANG et le projet de 2001, rédigé sous la direction du LiMing WANG.

doctrine¹⁵⁶⁸. Cependant, au moment de l'adoption de la LDR, le législateur chinois n'avait toujours pas répondu au souhait des partisans de la prescription acquisitive.

567. Le recours à la prescription acquisitive exclu de la LDR. Dans la LDR, le recours à la prescription acquisitive a été encore une fois rejeté par le législateur chinois, mais cette fois pour une tout autre raison. En effet, ce rejet est dû à la consécration du principe de publicité par cette même loi. Rappelons qu'il y a plus d'un siècle, le professeur Cornil a conclu à juste titre que : « [...] l'usucapion subsiste donc partout, comblant, dans une certaine mesure, les lacunes des différents systèmes de publicité de la propriété ; mais plus la publicité augmente, plus le rôle de l'usucapion s'efface »¹⁵⁶⁹. En effet, si la prescription acquisitive constitue en droit français une institution essentielle du droit des biens, elle semble beaucoup moins utile dans les pays où le droit des biens est soumis à un principe de publicité dont la Chine fait partie. Par application dudit principe, toutes les fonctions essentielles de la prescription acquisitive peuvent être parfaitement remplies par la publicité des droits réels. Dans certains de ces systèmes juridiques de ces pays (par exemple les droits allemand et suisse), même si l'institution de la prescription acquisitive a été consacrée, elle ne peut avoir qu'un rôle complémentaire, tout à fait subsidiaire. Cela explique pourquoi son domaine d'application reste également très réduit.

568. Plan. Ainsi l'on examinera dans un premier temps les raisons pour lesquelles le législateur chinois a refusé d'intégrer la prescription acquisitive dans la LDR (Section I) ; puis dans un second temps, le rôle limité que cette institution pourrait exercer dans le système juridique chinois (Section II).

SECTION I.

LES MOTIFS DE REFUS DU RECOURS AU MÉCANISME DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE PAR LE LÉGISLATEUR CHINOIS

569. Le principe de publicité et la prescription acquisitive. Comme cela fut précédemment présenté, le législateur chinois a consacré le principe de publicité comme l'un des principes fondamentaux de la LDR. En vertu de ce principe, l'existence des

¹⁵⁶⁸ Ces trois projets sont : le *Projet du Code civil chinois* (qui contient 2029 articles) rédigé sous la direction du professeur HuiXing LIANG dont la première édition a été publiée en 2003, la deuxième en 2011 et la troisième en 2013 ; le *Projet d'un Code civil chinois vert* (ou *the Draft of green civil code*), contenant 5267 articles et rédigé sous la direction du professeur GuoDong XU, publié en 2004 ; le projet du Code civil chinois sous la direction du professeur LiMing WANG, contenant 2056 articles et publié en 2004.

¹⁵⁶⁹ Gorges CORNIL, *Étude sur la publicité de la propriété dans le droit romain*, thèse, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1890, note n° 3, p. 70.

droits réels ainsi que leurs modifications doivent être publiées moyennant des mesures légalement prescrites. Dès l'entrée en vigueur de cette loi chinoise, la publicité des droits réels fut utilisée non seulement comme un mode de preuve de la propriété mais aussi comme un mode d'acquisition des droits réels. La prescription acquisitive, qui a été consacrée en droit français pour remplir ces deux fonctions peut être alors complètement supplantée (§ 1). De plus, si l'on laissait la prescription acquisitive concurrencer le principe de publicité, elle risquerait de le bafouer (§ 2).

§ 1. LES FONCTIONS DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE ASSURÉES PAR LA PUBLICITÉ DES DROITS RÉELS

570. Nos analyses se développeront en fonctions du rôle probatoire (A) et acquisitif (B) que l'usucapion exerce dans le système juridique français.

A. Le mode de preuve

571. **Le caractère « occulte » du modèle moniste de l'acquisition de la propriété.** La prescription acquisitive remplit en droit français une fonction probatoire très importante. Rappelons que, par principe, les droits réels en droit français se constituent, se transfèrent et s'éteignent par la volonté des parties. Il s'agit d'un modèle moniste de constitution ou d'acquisition des droits réels. Dès leur réalisation, la constitution, la transmission et l'extinction des droits réels sont d'emblée opposables *erga omnes*, et ce sans qu'aucune formalité de publicité prescrite par la loi ne soit nécessaire. À titre d'exemple, dans un acte d'acquisition de la propriété d'un bien corporel et non-immatriculé, en vertu du principe du transfert de propriété *solo consensu*, la propriété de ce bien peut être transmise de l'aliénateur à son acquéreur directement par l'effet réel de cet acte. La formalité de publicité, telle que la possession ou la publicité foncière, bien que celles-ci soient parfois bien indispensables, n'a rien de constitutive en droit français. Dans les circonstances où elles sont exigées par la loi, elles ne servent qu'à trancher le conflit de droits s'élevant entre les ayants-cause d'un même auteur. Malgré tous les avantages que le principe du transfert de propriété *solo consensu* peut offrir, ce modèle d'acquisition de la propriété est réputé « obscur » en ce qu'il présente un inconvénient majeur résidant dans l'établissement de la preuve de la propriété.

572. **La *probatio diabolica*.** En pratique, afin de prouver l'existence de son titre de propriété allégué, le propriétaire d'un bien est tenu de démontrer qu'il le tient d'une personne qui était elle-même propriétaire en tant qu'elle l'avait elle-même acquis d'un

auteur qui était aussi propriétaire et ainsi de suite¹⁵⁷⁰. Pour ce faire, il convient nécessairement de remonter à contre-courant la chaîne de toutes les transmissions successives du même droit. Et le défaut du droit de propriété de l'un des anciens auteurs peut entraîner non seulement l'échec de son propre acquéreur dans son acquisition¹⁵⁷¹, mais aussi l'échec du dernier acquéreur, le dernier maillon de cette chaîne. Cependant, il ne faut pas oublier que les causes de résolution ou d'annulation d'un acte d'acquisition peuvent également détruire toute la chaîne des transmissions. C'est pour cette raison que l'on parle de *probatio diabolica*.

573. Les difficultés de preuve dues à l'obscurité du transfert de propriété. Il convient de noter qu'établir la preuve du droit de propriété est une tâche encore plus pénible en droit français en raison de son modèle moniste du transfert de propriété. Conformément au principe de transfert de propriété *solo censensu*, l'opposabilité des droits réels en droit français n'est soumise à aucune condition de forme. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que la constitution et la modification des droits réels soient révélées au public. En conséquence, la preuve de la propriété doit alors être cherchée uniquement dans l'acte d'acquisition. Or, ce dernier n'est aucunement ostensible pour les tiers. Du fait de l'obscurité du transfert de propriété, la preuve de la propriété qu'un acquéreur doit établir s'avère alors difficilement satisfaite. Cependant, le recours à la prescription acquisitive peut venir conforter les droits d'un possesseur et mettre un terme à toutes les incertitudes provoquées par cette « preuve diabolique ».

574. Le fonctionnement de la prescription acquisitive en tant que mode de preuve. En droit français, la prescription acquisitive constitue un moyen légal de preuve de la propriété. Cette fonction probatoire de la prescription acquisitive résulte de la fonction rudimentaire de la possession¹⁵⁷². Son origine peut remonter jusqu'au droit romain¹⁵⁷³. Ici, la prescription acquisitive exerce cette fonction probatoire d'une double manière.

¹⁵⁷⁰ François TERRÉ, Philippe SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd., Dalloz 2014, n. 456, p. 365 et 366.

¹⁵⁷¹ C'est parce qu'en vertu de l'adage : *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, personne ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même.

¹⁵⁷² « La possession joue un rôle essentiel dans la preuve de la propriété, sans lequel cette preuve serait, comme le disaient les anciens auteurs, diabolique ». Frédéric ZENATI-CASTAING, Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF 2008, n° 451, p. 659.

¹⁵⁷³ En droit romain, « [l]a prescription, qui depuis longtemps avait servi à compléter la preuve fournie par le formalisme de la mancipation et de l'*in jure cessio*, devint de plus en plus important ; elle assurait, grâce à la présomption qu'elle tirait de la possession d'un bien pendant une certaine durée, la preuve des droits transmis de manière occulte par la tradition ». François BROCHU, *La publicité foncière et la prescription acquisitive en droit civil Québécois, à la lumière du droit français, suisse, allemand, et australien*, thèse dactylographiée, Aix-Marseille III, 1997, p. 26.

D'une part, une possession utile prolongée pendant un certain laps de temps permet de révéler le droit du possesseur et d'établir en sa faveur une présomption légale de propriété. Au bout d'un certain temps de possession, la prescription acquisitive lui fournit un moyen de prouver la titularité de son droit. En droit français, le rôle probatoire de la prescription acquisitive est d'autant plus important en matière immobilière. Rappelons qu'en vertu de l'article 2276 du Code civil, le droit français a consacré une « usucapion immédiate des meubles »¹⁵⁷⁴. Il s'agit d'une « prescription instantanée », par laquelle en matière mobilière, sous réserve de certaines exceptions¹⁵⁷⁵, la possession peut être considérée comme un indice fiable de propriété. En revanche, en matière immobilière, « [i]l n'existe pas, en France, de preuve préconstituée de la propriété immobilière »¹⁵⁷⁶. La publicité foncière, dotée d'un caractère déclaratif, ne peut prouver le droit de propriété. C'est la prescription qui sert de preuve irréfutable à la propriété foncière. En ce sens, la prescription acquisitive est au service des intérêts du propriétaire légitime.

D'autre part, quand le titre d'acquisition ne suffit pas à prouver le droit de propriété de tous ses auteurs successifs et le sien, la prescription acquisitive aide l'acquéreur à éviter la *probatio diabolica* susmentionnée. Plus précisément, par application de la prescription acquisitive, la loi a fixé un délai au-delà duquel le possesseur est dispensé d'apporter la preuve de son titre d'acquisition et de prouver la légitimité du droit de propriété de son ayant-cause¹⁵⁷⁷. Ainsi, à l'issue de ce délai de prescription, toute discussion relative à son droit de propriété prendra fin. Par cette institution, la loi soulage le possesseur de la charge de prouver son droit. La paix sociale est alors rétablie. En ce sens, la prescription acquisitive joue dans le système juridique français « un office légitimateur et pacificateur »¹⁵⁷⁸.

575. La prescription acquisitive, l'auxiliaire indispensable du modèle moniste d'acquisition de la propriété. Il ressort de nos analyses que la prescription acquisitive constitue un auxiliaire du modèle moniste d'acquisition de la propriété. Elle est même un auxiliaire indispensable en ce qu'en droit français, les mesures de publicité, à savoir la possession et la publicité foncière, ne sont pas considérées comme des moyens légaux

¹⁵⁷⁴ L'expression employée par le professeur Dross. V William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, p. 534.

¹⁵⁷⁵ En droit français, l'adage « en fait de meubles, la possession vaut titre » ne peut être applicable aux meubles soumis à immatriculation et aux meubles perdus ou volés.

¹⁵⁷⁶ Gérard CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13^e éd., Montchrestien 2007, n° 116, p. 296.

¹⁵⁷⁷ Benoît GRIMONPREZ, « Prescription acquisitive », *Rép. civ. Dalloz*, n° 155.

¹⁵⁷⁸ Benoît GRIMONPREZ, « Prescription acquisitive », *Rép. civ. Dalloz*, n° 2.

de preuve de l'existence des droits réels. Cependant, la sécurité des transactions nécessite que le véritable propriétaire puisse être identifié. Pour ce faire, les acquéreurs sont obligés de s'en tenir à l'apparence du droit de son auteur qui, la plupart du temps, n'est pas totalement fiable. En droit français, la prescription acquisitive sert à répondre au besoin de sécurité des transactions tout en comblant l'absence de mesures légales de publicité des droits réels. Non seulement, elle fournit un moyen de prouver la propriété, mais elle permet aussi de protéger un possesseur qui a acquis son droit d'un non-propriétaire. Ainsi, l'on peut même dire qu'exercer une possession ouverte et publique (durablement pour les immeubles, mais pas nécessairement pour les meubles) devient en droit français la mesure la plus importante de publicité des droits réels. C'est de cette manière que la prescription acquisitive remédie à l'inconvénient du mécanisme obscur d'acquisition de la propriété. Toutefois, le rôle probatoire de la prescription acquisitive s'amenuiserait voire s'effacerait en face d'autres mesures spécialement prescrites par la loi dans le but de publier les droits réels¹⁵⁷⁹. Cette approche est d'autant plus justifiée en droit chinois.

576. Le recours inutile à la prescription acquisitive en tant que mode de preuve de la propriété en droit chinois. La LDR a consacré le principe de publicité en vertu duquel la possession pour les meubles et la publicité foncière pour les immeubles sont conçues en droit chinois comme les éléments constitutifs des droits réels. Par application de ce principe de publicité, les droits réels sont naturellement dotés d'un moyen d'extériorisation, servant à révéler au public leur existence ainsi que leurs titulaires. Corollairement, la possession ainsi que l'inscription au registre foncier permettent à un possesseur ou à une personne inscrite comme propriétaire de prouver son titre de propriété. Dès lors, contrairement au droit français, la preuve de la propriété en droit chinois ne doit pas être cherchée dans l'acte d'acquisition, mais dans sa publication. Mais, plus important encore, à ces deux mesures légales de publicité des droits réels, le législateur chinois a conféré une foi publique. Leur force probante est donc devenue « absolue » à l'égard des tiers. Dès lors, un tiers acquéreur est autorisé à se fier à la publicité d'un droit réel afin de connaître son état juridique, y compris l'identité de son titulaire. En effet, grâce à la publicité des droits réels, les incertitudes provoquées par la

¹⁵⁷⁹ En droit français, certains meubles immatriculés (comme les navires, les aéronefs, hors véhicules automobiles) échappent à l'application de la règle « en fait de meubles, la possession vaut titre », dans la mesure où seule l'inscription sur un registre public atteste de leur acquisition. Benoît GRIMONPREZ, « Prescription acquisitive », *Rép. civ. Dalloz*, n° 18 ; Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. III, Les biens*, par Maurice PICARD, 2^e éd., LGDJ, 1952, n° 690, p. 699. Toutefois, selon le professeur Dross, ces meubles immatriculés susmentionnés n'échappent pas à la prescription trentenaire. William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 301-2, p. 538.

probatio diabolica, bien qu'elle ne soit pas complètement exclue en droit chinois, peuvent être facilement surmontées.

Si la constitution et la mutation des droits réels ont fait l'objet d'une manifestation publique, et que la loi protège efficacement les tiers acquéreurs qui ont effectué leur acquisition sur la foi de la publicité des droits réels, pourquoi alors devoir attendre l'écoulement d'un certain délai ? La fonction probatoire, dévolue en droit français à la prescription acquisitive, est, par conséquent, logiquement attribuée aux mesures de publicité des droits réels prescrites par la LDR.

577. La prescription acquisitive est réputée comme inutile en droit chinois car sa fonction acquisitive peut également être exercée par la publicité des droits réels.

B. Le mode d'acquisition de la propriété

578. **L'usucapion, mode légal d'acquisition en droit français.** Aux termes de l'article 712 du Code civil français, la propriété s'acquiert aussi par prescription. En effet, l'usucapion est un mode légal d'acquisition. L'effet acquisitif de l'usucapion suppose que le possesseur d'un bien l'ait tenu d'un non propriétaire. Mais le fait qu'il l'ait possédé durablement lui permet d'en acquérir la propriété, et ce même s'il était de mauvaise foi au moment où il est entré en sa possession. Certes, l'usucapion a pour résultat de dépouiller le vrai propriétaire, mais il ne s'agit pas pour autant d'une règle injuste car l'inaction du véritable propriétaire durant ce temps fait présumer qu'il s'était désintéressé de son droit de propriété, voire y a renoncé. En outre, l'effet acquisitif de l'usucapion s'appuie sur par son fondement social et économique : satisfaire le désir de stabiliser au bout d'un temps plus ou moins long les situations de fait¹⁵⁸⁰ et favoriser la production et l'exploitation des richesses. L'usucapion en tant que mode légal d'acquisition joue ainsi un rôle encore plus important en droit français en raison du modèle obscur du transfert de propriété consacré par le Code civil.

579. **L'importance de l'usucapion en tant que mode d'acquisition en droit français.** Le modèle français du transfert de propriété ne facilite pas l'identification du propriétaire. C'est en ce sens qu'il n'est pas suffisamment pragmatique notamment du point de vue de la protection des tiers acquéreurs. Dans les transactions, faute de moyens certains de s'informer, ceux-ci sont obligés de se contenter de l'apparence dont la vérification est parfois fastidieuse voire impossible. Par conséquent, les acquisitions

¹⁵⁸⁰ François TERRÉ, Philippe SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd., Dalloz 2014, n° 457, p. 376.

de bonne foi mais *a non domino* ne peuvent être efficacement évitées. Aux fins de colmater cette faille de sécurité juridique, plusieurs solutions ont été mises en place.

À titre d'exemple, certaines « formalités d'opposabilité aux tiers », c'est-à-dire la possession prévue à l'article 1141 du Code civil et la publicité foncière imposée par l'article 30-1 du Décret du 4 janvier 1955, permettent de trancher le conflit de droits entre acquéreurs successifs d'un même auteur¹⁵⁸¹. De même, en matière mobilière, la règle « en fait de meubles, la possession vaut titre » protège aussi efficacement l'acquéreur de bonne foi contre le défaut de droit de son auteur¹⁵⁸². Néanmoins, la même règle ne peut s'appliquer à l'acquisition d'un bien immobilier. Pour se protéger, un acquéreur de bonne foi ne peut qu'éventuellement prendre appui sur la théorie de la propriété apparente. Cependant, sa demande d'être maintenu dans son acquisition risque d'être rejetée en raison des conditions très strictes d'application des règles relatives à la propriété apparente¹⁵⁸³. Dans un tel cas de figure, la prescription acquisitive peut venir à son secours en lui ouvrant une voie de recours. Elle permet en effet au possesseur d'un bien immobilier, qui a acquis son bien *a non domino*, d'en devenir définitivement propriétaire par la possession de longue durée et non contestée¹⁵⁸⁴. Dès lors, la sécurité du commerce juridique, notamment en matière immobilière est réputée parfaitement préservée.

Ainsi, en droit français, la prescription acquisitive est consacrée comme un important instrument de garantie de la sécurité du commerce. Son importance se révèle sous deux aspects. D'une part, celui qui a possédé un bien immobilier depuis longtemps comme propriétaire est en droit d'être reconnu comme tel. Par la prescription acquisitive, la situation de fait qui a existé jusqu'alors peut finalement correspondre à l'exercice d'un véritable droit de propriété. D'autre part, les tiers acquéreurs sont autorisés à se fier à l'apparence du droit de son auteur et lorsqu'ils ont possédé un bien acquis *a non domino* pendant une durée suffisamment longue mais sans entrave, leur droit ne doit pas être démenti par une réalité occultée de manière immémoriale¹⁵⁸⁵. Par ailleurs, en droit français le rôle sécurisant de la prescription acquisitive est d'autant plus marqué en matière immobilière. Compte tenu du rôle limité de la publicité foncière, l'usucapion,

¹⁵⁸¹ Pour plus de détails, v. *supra*. n° 409.

¹⁵⁸² V. *supra*. n° 539 -543.

¹⁵⁸³ V. *supra*. n° 524-528.

¹⁵⁸⁴ Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSCHI, Sylvie CIMAMONTI, *Trait de droit civil, Les biens*, 2^e éd., LGDJ 2010, n° 198, p. 238.

¹⁵⁸⁵ Frédéric ZENATI-CASTAING, Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF 2008, n° 458, p. 664.

complété par la publicité foncière, permet d'échapper à l'application de la règle « *plus juris ad alium transferre non potest quam ipse habet* » et de protéger les intérêts légitimes des tiers acquéreurs de bonne foi mais *a non domino*.

580. En tout état de cause, la publicité foncière mise en pratique par le législateur chinois peut parvenir à remplir toute fonction de sécurité assurée en droit français par la prescription acquisitive.

581. La protection chinoise des tiers acquéreurs fondée sur la publicité des droits réels. Le législateur chinois a adopté le principe de publicité. L'objectif de cette démarche est de permettre au système chinois de disposer d'une capacité d'informer et de protéger les tiers acquéreurs dans les transactions. En effet, la protection des tiers acquéreurs en droit chinois n'est que la conséquence logique de l'application du principe de publicité.

582. La protection chinoise des tiers acquéreurs de bonne foi en matière mobilière analogue à « la prescription acquisitive instantanée » du Code civil français. En matière mobilière, la possession est consacrée par la LDR comme la mesure légale de la publicité des droits réels portant sur les mobiliers corporels. L'acquisition de bonne foi d'un meuble corporel *a non domino* fondé sur le principe de publicité est une acquisition réalisée directement par la possession. Elle peut alors être analogue à « la prescription acquisitive instantanée » prévue à l'article 2276 du Code civil français. Or, dans les transactions immobilières, contrairement au droit français, l'acquisition de bonne foi *a non domino* en droit chinois y est fondée sur la foi publique de la publicité foncière.

583. L'important rôle de la possession, remplacé en matière immobilière par celui de la publicité foncière. Selon la LDR, si la possession exerce une fonction de sécurité primordiale en matière mobilière, en tant que mesure légale de publicité, ce n'est plus le cas en matière immobilière où le registre foncier en prend le relais. En vertu de la LDR, la validité de la constitution des droits réels immobiliers, de leur transmission ainsi que de leur extinction est soumise à leur inscription au registre foncier. C'est pourquoi un office du registre foncier unique devrait être établi prochainement en Chine afin de recueillir et publier toutes les données relatives aux droits réels juridiquement valables ainsi que celles relatives aux annotations et aux mentions existant sur un immeuble déterminé. Par le principe de publicité de la LDR, une inscription dans le registre foncier fait présumer le titre de propriété. Cependant, par le principe de la foi publique dudit registre posé par la même loi, cette présomption légale du titre de propriété établie par la publicité foncière est irréfragable à l'égard des tiers. Dans un tel système

juridique, la publicité foncière est consacrée par la loi comme le seul et unique signe extérieur du droit de propriété. C'est pour cette raison que la possession, étant toujours le pouvoir de fait exercé sur des immeubles, n'est nullement apte à faire présumer le titre de propriété du possesseur. De plus, elle n'est pas non plus par elle-même un mode légal d'acquisition.

En revanche, tout tiers acquéreur est autorisé à croire en l'état juridique d'un immeuble inscrit dans un registre foncier. Il est par suite dispensé de vérifier s'il existe ou non un vice qui pourrait affecter le droit de propriété de son auteur. Une fois la publicité foncière accomplie, elle peut apporter une sécurité aux tiers acquéreurs potentiels. Précisément, dans un premier temps, celui qui n'est pas inscrit comme propriétaire ne peut prétendre l'être, bien qu'il s'agisse d'une possession paisible, publique et non équivoque de l'immeuble en question. Et dans un second temps, celui qui a acquis une propriété ou un autre droit réel sur la foi d'une inscription du registre foncier sera maintenu dans son acquisition, mais à condition qu'il soit inscrit à son tour comme propriétaire de l'immeuble acquis. Partant de ces considérations, en matière immobilière, c'est la publicité foncière qui sert de mode légale d'acquisition de la propriété. Dès lors, le registre foncier remplit la fonction acquisitive assurée par la prescription acquisitive en droit français, notamment en matière immobilière.

584. Le recours inutile de la prescription acquisitive en tant que mode d'acquisition de la propriété en matière immobilière. Étant donné que la possession ne joue aucun rôle dans l'acquisition d'un bien immobilier, le recours à la prescription acquisitive, un mode d'acquisition de la propriété par la possession prolongée, devient totalement inutile en la matière pour le droit chinois. C'est justement pour cette raison que la prescription acquisitive est écartée de la LDR. En même temps, la mise à l'écart de cette institution est également due à une autre raison qu'on doit prendre soin de signaler : en matière immobilière, l'existence de la prescription acquisitive ne semble pas compatible avec la force probante de la publicité foncière ; la première institution risque même de porter atteinte à la foi publique de la seconde.

§ 2. L'INCOMPATIBILITÉ ENTRE LES FONCTIONS DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE ET CELLES DE LA PUBLICITÉ DES DROITS RÉELS

585. Le principe de publicité, notamment sa force probante absolue à l'égard des tiers peut sembler peu compatible avec l'existence de la prescription acquisitive. Cette approche se justifie non seulement quant au rôle probatoire de l'usucapion (A), mais aussi en raison de la fonction acquisitive de cette institution (B).

A. L'incompatibilité entre l'usucapion et la force probante de la publicité des droits réels

- 586. La raison de l'incompatibilité.** L'incompatibilité entre la prescription acquisitive et la force probante de la publicité des droits réels tient avant tout au fait que le rôle probatoire de la possession prolongée peut combattre l'effet publicitaire de mesures de publicité, et renverser la foi publique que la loi lui a conférée.
- 587. L'incompatibilité voilée en matière mobilière.** Il est vrai que cette incompatibilité est pourtant parfaitement voilée dans les transactions mobilières. En matière mobilière, la possession, en tant que la situation de fait sur laquelle se fonde la prescription acquisitive, est prescrite en droit chinois telle une mesure légale de publicité des droits réels mobiliers. Dans une acquisition de bonne foi *a non domino* d'un meuble corporel, on peut simplement penser que cette acquisition est réalisée en droit français comme en droit chinois par l'effet de la possession. Il n'y a pas lieu de distinguer les deux fonctions de la possession exercées respectivement par ces deux systèmes juridiques. En l'occurrence, par la possession, ces deux institutions conduisent à un même effet : faire acquérir la propriété d'un meuble corporel, bien qu'au fond leur fondement juridique ne soit pas le même. En conséquence, l'acquisition sur le fondement de la publicité des droits réels mobiliers en droit chinois peut être assimilée à la prescription acquisitive dite instantanée consacrée par le Code civil français. Cela est en effet possible, car la fonction probatoire de la possession qui sert de fondement à cette prescription acquisitive instantanée ne contredit pas l'apparence du droit de propriété révélée par elle (c'est-à-dire la possession) en tant que mode légal d'extériorisation de la propriété. Cependant, cette incompatibilité peut devenir indéniable en matière immobilière.
- 588. L'incompatibilité dévoilée en matière immobilière.** Dans les systèmes juridiques qui ont adopté le caractère constitutif de la publicité foncière, l'usucapion, le mode d'acquisition de la propriété par la possession peut avoir pour rôle de combattre et même de remettre en cause les inscriptions au registre foncier. Rappelons que la mise en pratique d'un Livre foncier constitutif des droits réels en droit chinois (tout comme en droit allemand) a pour finalité d'inciter les acquéreurs potentiels à consulter le registre foncier et notamment à se fier au contenu de celui-ci. Il s'agit d'une solution pragmatique afin d'assurer la fiabilité des transactions immobilières. Pour ce faire il est indispensable que l'inscription au registre foncier soit conçue comme étant la seule et unique mesure officielle de publicité des droits réels immobiliers. Cependant, la garantie du bon fonctionnement d'un tel système nécessite que la loi confère une foi publique à la publicité foncière. Les inscriptions au registre foncier sont alors destinées à faire connaître de manière exacte et complète l'état juridique des immeubles

concernés. Pour aboutir à cet objectif, des services étatiques du registre foncier ainsi que de nombreux fonctionnaires ont été mis en place par l'État chinois. Du fait de ce caractère de la publicité foncière, la loi doit venir protéger les tiers acquéreurs qui y ont prêté foi. En raisonnant ainsi, protéger ces acquéreurs de bonne foi revient à renforcer l'efficacité du principe de publicité posé par la LDR.

Or, la prescription acquisitive fondée sur la possession va, en certaines circonstances, à l'encontre des inscriptions du registre foncier¹⁵⁸⁶. Lorsque la possession est également autorisée à exercer une fonction probatoire, la publicité foncière serait en effet concurrencée et sa force probante serait remise en cause. Par conséquent, tous les efforts du législateur chinois dans le but de préserver la confiance du marché immobilier seraient vains. Au demeurant, c'est le principe de publicité du droit des biens qui serait finalement menacé par le mode de preuve et d'acquisition de la propriété fondé sur la possession prolongée.

B. L'incompatibilité entre l'usucapion et l'effet acquisitif de la publicité des droits réels

589. **La prescription acquisitive, incompatible avec les fondements de la protection des tiers de bonne foi offerte par le LDR.** En droit chinois, afin de protéger un tiers acquéreur de bonne foi, la publicité foncière peut servir de mode légal d'acquisition de la propriété. Cette protection n'est possible que s'il n'a pas été en mesure de connaître les vices du droit réel inscrit au registre foncier. *A contrario*, un tiers acquéreur qui a prétendu avoir prêté foi à la fausse apparence ne mérite pas d'être protégé s'il s'avère qu'il connaissait la réalité juridique. Lorsque le registre foncier est considéré comme une publicité des droits réels immobiliers à caractère non seulement officiel mais aussi constitutif, les tiers sont censés être informés de tous les droits réels immobiliers inscrits au registre foncier, bien qu'en réalité ils ne l'aient pas consulté en raison de leur propre négligence. Par conséquent, ils ne peuvent aucunement invoquer leur ignorance de la réalité.

590. C'est pour cette raison qu'« il paraîtrait injuste qu'un possesseur, nécessairement au courant de l'existence des droits réels d'un titulaire inscrits au registre foncier, puisse, sur la seule base de sa possession, obtenir un titre au mépris des inscriptions contenues au registre foncier et qu'il dépouille ainsi le titulaire de son bien »¹⁵⁸⁷. Ce sentiment

¹⁵⁸⁶ Dans ce sens, v. aussi Michel DAGOT, « Livres fonciers et publicité foncière », *JCP*, N, 1972. I. 2448.

¹⁵⁸⁷ François BROCHU, *La publicité foncière et la prescription acquisitive en droit civil Québécois, à la lumière du droit français, suisse, allemand, et australien*, thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1997, p. 129.

d'injustice est d'autant plus vif dans le système juridique chinois où la protection des tiers de bonne foi est fondée sur leur intérêt expectatif¹⁵⁸⁸. Le législateur chinois fait de l'intérêt expectatif d'un acquéreur de bonne foi l'idéal régulateur d'équité dans les conflits entre ce dernier et le véritable propriétaire. Ainsi, protéger un bénéficiaire de la prescription acquisitive, qui n'a pourtant nullement investi dans son acquisition et n'éprouve aucune perte économique, n'est donc pas compatible avec la protection consacrée par la LDR sur le fondement de la foi publique des droits réels. D'où l'abandon de cette ancienne institution de la part du législateur chinois.

De nos analyses, on peut conclure avec raison que la prescription acquisitive peut concourir à neutraliser l'efficacité du système de publicité des droits réels mise en place en droit chinois, à moins qu'elle ne joue un rôle complémentaire du principe de publicité.

SECTION II.

LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE, AUXILIAIRE DE LA PUBLICITÉ DES DROITS RÉELS

- 591. La possibilité de faire coexister la prescription acquisitive et le principe de publicité des droits réels.** Il est vrai que le recours à la prescription acquisitive risque de remettre en cause dans certaines circonstances la publicité des droits réels mise en place par la LDR, notamment en ce qui concerne les informations inscrites dans le registre foncier. Malgré l'incompatibilité indéniable entre ces deux institutions, elles peuvent tout de même coexister dans un même système juridique, mais à condition que la première serve à compléter et à conforter la fonction de la deuxième, au lieu de la combattre. C'est justement pour cette raison que les partisans chinois de la prescription acquisitive ont alors proposé de l'introduire, *de lege ferenda*, en droit chinois afin de tirer profit de son rôle complémentaire.
- 592. Plan.** Il convient donc de se pencher sur le rôle complémentaire de la prescription acquisitive d'abord en matière mobilière (§ 1) et puis en matière immobilière (§ 2).

¹⁵⁸⁸ V. *supra*, n° 533 et s.

§ 1. LE RÔLE COMPLÉMENTAIRE DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE EN
MATIÈRE MOBILIÈRE

593. La protection incomplète des tiers acquéreurs dans les transactions des biens mobiliers en droit chinois. Rappelons que selon la LDR, la protection du tiers peut être assurée par l'acquisition de bonne foi *a non domino* fondée sur le principe de publicité. Pourtant, l'application d'une telle protection est soumise à des conditions très strictes, à savoir la bonne foi d'un acquéreur¹⁵⁸⁹, l'existence d'une contrepartie raisonnable et le respect des mesures de publicité prescrites par la LDR, et ce dans le but de préserver un équilibre entre les intérêts des tiers acquéreurs et du *verus dominus*¹⁵⁹⁰. Lorsqu'un acquéreur *a non domino* ne remplit pas toutes les conditions requises, son acquisition est exclue. Par exemple, un acquéreur ne peut être qualifié de bonne foi, lorsqu'il a commis une *culpa lata*, c'est-à-dire une négligence grave. En effet, avec un peu plus de vigilance, il aurait dû savoir que son auteur n'était pas le propriétaire¹⁵⁹¹. Il en va de même pour un acquéreur de bonne foi qui a tenu un meuble corporel d'un non-propiétaire mais avec un titre d'acquisition frappé de nullité ou bien que son acquisition a été faite à vil prix.

De plus, en vertu de l'article 107 de cette loi, le véritable propriétaire peut toujours revendiquer son bien perdu contre celui dans les mains duquel il la trouve, dans un délai de deux ans à compter du jour où il l'a identifié¹⁵⁹². Cette solution est aussi applicable aux automobiles volées¹⁵⁹³. Ainsi, pour un acquéreur d'un bien perdu ou d'un véhicule volé, bien qu'il soit de bonne foi, il ne peut l'acquérir avant l'expiration de ce délai préfix. En ce qui concerne les autres biens volés, l'acquisition de bonne foi est totalement exclue à leur égard. Il en ressort que pour ceux qui ne peuvent évoquer une acquisition de bonne foi *a non domino*, le droit chinois ne leur accorde aucun recours. En ce sens, on peut dire que la protection chinoise des tiers acquéreurs dans les transactions des biens mobiliers n'est pas tout à fait complète. Or, ce n'est pas le cas en droit français.

594. La protection complète des tiers en droit français. Contrairement au système juridique chinois, selon le Code civil français, ceux qui ne peuvent bénéficier d'une

¹⁵⁸⁹ En matière mobilière, l'acquéreur est de bonne foi

¹⁵⁹⁰ V. *supra*. n° 449 ; n° 560.

¹⁵⁹¹ V. *supra*. n° 593.

¹⁵⁹² V. *supra*. n° 448.

¹⁵⁹³ V. l'article 12 des Explications du Code pénal à propos des automobiles volées, publiées le 8 mai 1998 par la Cour Suprême et le Parquet suprême.

protection fondée sur la maxime « en fait de meubles, la possession vaut titre », pourraient alléguer la prescription trentenaire. En droit français, avant la Loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, l'usucapion était traditionnellement envisagée pour les biens immeubles¹⁵⁹⁴. Certains auteurs ont renvoyé directement les meubles à l'application de la maxime précédemment mentionnée, sans même vouloir reconnaître l'existence d'une « prescription instantanée »¹⁵⁹⁵. Toutefois dans le système juridique français, une usucapion mobilière existe toujours en dehors du champ de l'application de cette maxime, au profit d'un possesseur de mauvaise foi¹⁵⁹⁶, celui d'un meuble soumis à immatriculation¹⁵⁹⁷, ou bien celui qui a acquis un bien volé ou perdu en toute connaissance de cause¹⁵⁹⁸. Il s'agit d'une prescription trentenaire qui suit le régime général de cette institution applicable aux immeubles¹⁵⁹⁹. Certes, l'application de l'usucapion mobilière demeure peut-être très rare en droit français¹⁶⁰⁰, mais cette institution vient justement améliorer une protection incomplète et perfectible des tiers acquéreurs résultant de la maxime « en fait de meubles, la possession vaut titre ». La fonction complémentaire de la prescription acquisitive a d'ailleurs également été prise en considération par le législateur allemand.

595. La consécration de l'usucapion mobilière dans le BGB. Source d'inspiration de la LDR, le BGB a également érigé le principe de publicité en principe général de droit des biens. L'acquisition de bonne foi *a non domino* du droit allemand est aussi soumise à un tel principe. Mais, contrairement au droit chinois, à côté dudit principe, le BGB a

¹⁵⁹⁴ Par exemple, la prescription acquisitive est considérée par le professeur Gérard CORNU, comme l'une des trois fonctions essentielles de la possession des immeubles. Gérard CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13^e éd., Montchrestien 2007, p. 271. Il semble que cette tradition continue de subsister en droit français. Les auteurs comme Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSCHI, Sylvie CIMAMONTI, traitent de l'usucapion uniquement dans la partie de leur ouvrage concernant la propriété immobilière. Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSCHI, Sylvie CIMAMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, 2^e éd., LGDJ 2010, p. 237 et s.

¹⁵⁹⁵ Pour ces auteurs, la durée serait un élément essentiel de toute prescription. Une acquisition instantanée applicable aux meubles et prévue par l'article 2276 du Code civil ne peut donc être qualifiée de prescription. V. *supra*. n° 541-542.

¹⁵⁹⁶ Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. III, Les biens*, par Maurice PICARD, 2^e éd., LGDJ, 1952, n° 690, p. 698.

¹⁵⁹⁷ William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 301-2, p. 537 et 538.

¹⁵⁹⁸ V. William DROSS, *Droit civil, Les choses*, LGDJ 2012, n° 303-2, p. 543 et 544. En revanche, s'il était de bonne foi, il est en droit d'évoquer le second alinéa de l'article 2276, à condition que le véritable propriétaire n'ait pas intenté une action en revendication pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol.

¹⁵⁹⁹ Cass. 3^e civ., 8 déc. 1976, *Bull. civ.* III, n° 449 ; Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1993 : n° 90-21.982, *Bull. civ.* I, n° 197, *D.* 1994. 583, note Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *RTD civ.* 1994. 389, obs. Frédéric ZENATI ; Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2009, n° 07-12.290, *JCP* 2009. IV. 1693.

¹⁶⁰⁰ François TERRÉ, Philippe SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd., Dalloz 2014, n. 456, p. 365.

consacré l'usucapion mobilière. Le rôle de cette dernière institution est de compléter la protection des tiers acquéreurs en se fondant sur le principe de publicité.

Afin de mettre en relief ce rôle de la prescription acquisitive en matière mobilière, une brève présentation de l'acquisition de bonne foi *a non domino* du droit allemand nous semble indispensable.

596. L'acquisition de bonne foi *a non domino* en droit allemand. En droit allemand par principe, le transfert de propriété d'un meuble corporel est soumis à la réunion de deux éléments : l'accord entre le propriétaire et son acquéreur sur ce transfert et la remise matérielle du bien. Ce dernier élément dit « matériel » est parfois non-nécessaire car il peut être remplacé par des traditions fictives prévues spécifiquement par le BGB. Par exemple, si l'acquéreur est déjà en possession du meuble à acquérir, l'accord de volontés sur l'aliénation suffit¹⁶⁰¹. En outre, la remise matérielle exigée peut également être remplacée soit par le *constitut possessoire*¹⁶⁰², soit par une cession du droit à la restitution portant sur ce meuble en question, consenti par le propriétaire à l'acquéreur¹⁶⁰³.

En droit allemand, à l'instar du droit français, la maxime « *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* » est reconnue par la doctrine¹⁶⁰⁴. En revanche, en vertu du § 932 du BGB, l'acquisition de bonne foi *a non domino* est possible. Aux termes du premier alinéa de ce paragraphe, « [p]ar une aliénation opérée conformément au § 929 l'acquéreur devient propriétaire même si la chose n'appartient pas à l'aliénateur, à moins qu'il n'ait pas été de bonne foi au moment où il aurait acquis la propriété selon ces dispositions [...] ». La bonne foi du possesseur doit s'apprécier en vertu d'une lecture *a contrario* du second alinéa de ce même paragraphe : « [l]'acquéreur n'est pas de bonne foi s'il ignore par suite d'une négligence grossière que l'aliénateur n'est pas propriétaire ». Cette manière d'acquérir la propriété peut aussi être applicable aux navires non inscrits¹⁶⁰⁵.

¹⁶⁰¹ Ces dispositions sont énoncées au § 929 du BGB.

¹⁶⁰² Selon le § 930 du BGB, « [s]i le propriétaire est en possession de la chose, la remise matérielle peut être remplacée par une convention entre lui-même et l'acquéreur, en vertu de laquelle celui-ci obtient la possession médiate ».

¹⁶⁰³ Cette règle est posée au § 931 du BGB.

¹⁶⁰⁴ V. Fritz BAUR, Jürgen F. BAUR et Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, Verlag C. H. Beck, 18^e éd., 2009, § 52. *Der Erwerb vom Nichtberechtigten*, n° 1, p. 662.

¹⁶⁰⁵ Cette solution est prévue par le § 932 (a) du BGB

À noter que le législateur allemand n'a pourtant pas oublié les hypothèses où le transfert de propriété est réalisé par les traditions « fictives ». Eu égard au § 933 du même Code, l'acquisition *a non domino* est également possible en cas de *constitut possessoire* au bénéfice d'un acquéreur de bonne foi, « si la chose lui est remise matériellement par l'aliénateur, à moins qu'il ne soit pas de bonne foi à ce moment-là ». En outre, dans l'hypothèse de l'acquisition réalisée par la cession du droit à la restitution énoncée au § 931 du BGB susmentionné, selon le § 934 du BGB, « l'acquéreur devient propriétaire par la cession du droit à la restitution si l'aliénateur est possesseur médiat de cette chose et, dans le cas contraire, il devient propriétaire s'il obtient du tiers possesseur la possession, à moins qu'il ne soit pas de bonne foi au moment de cette cession ou de l'acquisition de la possession ».

De ces dispositions ainsi présentées, on peut dès lors déduire qu'en droit allemand, l'acquisition de bonne foi *a non domino* est soumise à une triple condition : 1) la bonne foi de l'acquéreur, qui supplée le défaut de qualité de propriétaire de son auteur, 2) la remise matérielle du meuble, indispensable selon le principe de publicité ou ses remplaçants, c'est-à-dire les traditions fictives, 3) l'accord de volontés des parties relatif à cette acquisition. Cependant, selon le BGB, l'acquisition de bonne foi ne s'applique pas aux hypothèses où le propriétaire est involontairement dépossédé de son meuble.

597. L'exclusion de l'acquisition de bonne foi des choses enlevées. Théoriquement en droit allemand, les meubles volés, perdus ou enlevés d'une autre manière¹⁶⁰⁶ à son propriétaire ne peuvent faire l'objet d'une acquisition de bonne foi fondée sur la foi publique de la publicité des droits réels. Cette règle, clairement posée au § 935 du BGB¹⁶⁰⁷, distingue le droit allemand des autres systèmes juridiques, comme les droits français (art. 2276 al. 2 du Code civil français), chinois (art. 107 de la LDR) et suisse (art. 934 al. 1 Code civil suisse)¹⁶⁰⁸. Ainsi, tous les acquéreurs de bonne foi ne sont pas protégés par le principe de publicité. Cependant, dans la pratique, cette lacune peut pourtant être comblée par recours à l'usucapion.

¹⁶⁰⁶ C'est le cas, par exemple, de l'employé du détenteur qui s'empare d'un meuble que ce dernier détient. Le propriétaire en est donc involontairement dépouillé.

¹⁶⁰⁷ Aux termes du premier alinéa de ce paragraphe du BGB, « [l']acquisition de la propriété sur le fondement des §§ 932 à 934 ne se produit pas si la chose a été volée, perdue ou enlevée d'une autre façon à son propriétaire. Il en est de même au cas où le propriétaire n'en était que le possesseur médiat et où la chose a été enlevée au possesseur ».

¹⁶⁰⁸ Selon le premier alinéa de l'article 934 du Code civil suisse, « [l]e possesseur auquel une chose mobilière a été volée ou qui l'a perdue, ou qui s'en trouve dessaisi de quelque autre manière sans sa volonté, peut la revendiquer pendant cinq ans ».

598. L'usucapion mobilière selon le BGB. À côté de l'acquisition de bonne foi *a non domino* résultant du principe de publicité, le Code civil allemand a aussi consacré l'usucapion mobilière dans le Titre III du troisième Livre du BGB relatif aux droits réels. Aux termes du premier alinéa du § 937 de ce Code, « [c]elui qui possède à titre de propriétaire une chose mobilière pendant dix ans en acquiert la propriété »¹⁶⁰⁹. Les modalités d'application de cette disposition sont réglées par le second alinéa de ce paragraphe, selon lequel « [l]'usucapion est exclue si l'acquéreur n'est pas de bonne foi au moment où il entre en possession *animo domini* de la chose ou s'il apprend plus tard que la propriété ne lui appartient pas ». Il en ressort que posséder un meuble corporel à titre de propriétaire pendant 10 ans permet à un possesseur d'en devenir propriétaire *ex lege*, à condition toutefois qu'il ignore pendant toute la durée de cette période le fait qu'il l'a tenu d'un non propriétaire. Ici, il convient de mettre en avant une divergence entre les droits français et allemand : les critères de la bonne foi. Ceux établis par le BGB semblent plus exigeants par rapport à ceux retenus habituellement en droit français. Selon la doctrine française, il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'entrée en possession et la connaissance ultérieure de la vérité n'est alors d'aucune conséquence. Ainsi, selon le BGB en matière mobilière, le possesseur de mauvaise foi ne peut en aucun cas invoquer la prescription acquisitive.

599. Le champ d'application limité de l'usucapion en droit allemand. Selon la doctrine allemande, le champ d'application d'une acquisition de la propriété d'un meuble par usucapion à l'expiration d'un délai de 10 ans est très limité en droit allemand¹⁶¹⁰. Cela est sans doute dû au fait qu'elle ne s'applique qu'en deux circonstances : pour les meubles volés ou perdus, d'une part ; et lorsque les conditions d'une acquisition de bonne foi *a non domino* des meubles ne sont pas toutes réunies d'autre part¹⁶¹¹. Dans ces dernières hypothèses, le défaut d'accord de volontés des parties sur le transfert de propriété peut faire obstacle à l'acquisition de bonne foi *a non*

¹⁶⁰⁹ « *Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigentum (Ersitzung)* ». En allemand, le terme « *Eigenbesitz* », qui est parfois traduit comme « posséder en propre », (V. *Code civil allemand, Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, par Gwendoline LARDEUX, Raymond LEGEAIS, Michel PÉDAMON, Claude WITZ, Dalloz & Juriscope 2010, p. 336), signifie une possession *animo domini* du meuble, autrement dit, avec la volonté de se comporter comme le véritable propriétaire. Il se distingue de « *Fremdbesitz* », qui peut être traduit en français comme une possession pour le compte d'autrui.

¹⁶¹⁰ Fritz BAUR, Jürgen F. BAUR et Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, Verlag C. H. Beck, 18^e éd., 2009, § 53. *Andere als rechtsgeschäftl. Eigentumserwerbsgründe*, n° 85, p. 739.

¹⁶¹¹ Il en est de même pour le Code civil suisse. En vertu de l'article 728 de ce Code, « [c]elui qui est de bonne foi, à titre de propriétaire, paisiblement et sans interruption, a possédé pendant cinq ans la chose d'autrui en devient propriétaire par prescription. La prescription acquisitive s'applique aux objets qui ont été acquis en vertu d'un acte juridique nul en raison de vices de forme ».

domino. Tel est le cas où le contrat réel de transfert de propriété est entaché d'inefficacité provenant de l'incapacité de l'aliénateur¹⁶¹².

600. De nos analyses, il ressort donc qu'en matière mobilière, l'usucapion peut s'avérer utile en ce qu'elle compense les lacunes de la protection des acquéreurs de bonne foi assurée par la publicité des droits réels. La coexistence de ces deux mécanismes différents ne pose pas de difficulté dans la mesure où ceux-ci se fondent tous les deux sur la possession, malgré le fait qu'en réalité la possession ne déploie pas la même fonction dans ces deux protections. De cette manière, l'introduction de l'usucapion en droit chinois semble tout à fait envisageable. Néanmoins, il en est autrement en matière immobilière où il est nécessaire de concilier la fonction de la possession immobilière et la stabilité du registre foncier. En d'autres termes, le recours à l'usucapion est possible à condition qu'elle vienne réconforter l'efficacité de la publicité foncière.

§ 2. LE RÔLE RASSURANT DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE EN MATIÈRE IMMOBILIÈRE

601. La possession immobilière en tant que moyen de protection en droit français. En droit français, la publicité foncière a une fonction déclarative et confortative. Elle n'est dotée d'aucune force probante. Or, elle est tout de même exigée dans les transactions immobilières, tout en permettant de rendre une aliénation opposable aux ayants cause d'un même vendeur. En dépit de cette fonction très limitée de la publicité foncière, la protection des acquéreurs de bonne foi en droit français n'est pourtant pas insuffisante. Ces derniers n'ont rien à craindre car les droits de leurs auteurs, même s'ils sont incertains dans leur origine, peuvent être consolidés par une possession paisible de longue durée. Il en résulte qu'en droit français, la possession immobilière exerce un rôle plus important que la publicité foncière. Parfois, elle peut même y suppléer. Cela n'est en revanche pas valable pour les droits chinois et allemand en raison du principe de publicité.

602. L'usucapion immobilière selon le BGB. En droit allemand, l'application du principe de publicité en matière immobilière exige que Livre foncier (c'est-à-dire le registre foncier en droit allemand) apporte une certitude à ceux qui le consultent. La question se pose alors de savoir s'il est possible de concilier la possession immobilière

¹⁶¹² Cependant, rappelons que l'incapacité de l'acquéreur ne conduit pas forcément à l'inefficacité du contrat réel de transfert de propriété. Selon le § 107 du BGB, un contrat réel de transfert de propriété conclu entre un mineur (âgé de 7 à 18) ans et son vendeur peut rester valable, et ce malgré l'inefficacité de leur contrat de vente. V. *supra*. n° 231.

et la publicité foncière pour pouvoir ensuite les faire valoir dans un même système juridique. Les expériences du droit allemand prouvent que la possession peut permettre de renforcer la stabilité de la publicité foncière tout en exerçant sa protection au profit des tiers acquéreurs. Plus précisément, dans certaines circonstances, elle sert à confirmer le droit de propriété inscrit au registre et dans d'autres, à permettre à un possesseur de procéder à une inscription pour ensuite devenir propriétaire. Dans les premières hypothèses, il s'agit d'une « usucapion par le livre foncier »¹⁶¹³ et dans les secondes, d'une acquisition par procédure d'exclusion.

603. L'usucapion par le livre foncier. À noter qu'en droit allemand, la publicité foncière peut faire présumer l'exactitude des droits réels inscrits au Livre foncier¹⁶¹⁴. Cependant, contrairement au système de publicité foncière développé en Australie¹⁶¹⁵, cette présomption n'est pas irréfragable : le contenu du Livre foncier, s'il ne correspond pas à la véritable situation juridique d'un droit réel inscrit, est susceptible de rectification¹⁶¹⁶. Par conséquent, le seul fait d'être inscrit comme propriétaire d'un immeuble ne permet pas, par principe, à une personne d'acquérir la propriété de cet immeuble. Or, celle-ci peut recourir à une usucapion prévue par le BGB. Selon le premier alinéa du § 900 de ce Code, une personne inscrite à tort comme propriétaire d'un immeuble dans le Livre foncier peut en être reconnue véritable propriétaire, à condition qu'elle l'a possédé à titre de propriétaire pendant 30 ans, que ce soit de bonne ou même de mauvaise foi¹⁶¹⁷. Consécutivement à cette usucapion, le véritable propriétaire, non inscrit au registre, ne pourra plus demander de rectifier le contenu erroné d'une inscription concernée. Il

¹⁶¹³ Alfred JOURDAN, *La prescription d'après le code civil allemand, Étude comparative et critique*, thèse, Aix-Marseille, 1906, note n° 781, p. 328-329.

¹⁶¹⁴ En vertu du premier alinéa du § 891 du BGB, « [l]orsqu'un droit est inscrit au Livre foncier en faveur d'une personne, il est présumé que ce droit lui appartient ».

¹⁶¹⁵ C'est-à-dire le « système *Torrens* », établi en grande partie par Robert Richard. Un tel système se caractérise par la force probante absolue de la publicité foncière. En d'autres termes, une fois inscrites, les énonciations du registre foncier sont devenues incontestables, et ce même à l'égard des véritables titulaires des droits réels. V. François BROCHU, *La publicité foncière et la prescription acquisitive en droit civil québécois à la lumière du droit français, suisse, allemand et australien*, thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1997, p. 110 et s ; Michel DAGOT, « Livres fonciers et publicité foncière », *JCP*, N, 1972. I. 2448, n° 6.

¹⁶¹⁶ Cependant, la présomption de l'exactitude des droits réels inscrits est devenue irréfragable à l'égard des tiers. Cette règle est énoncée par le premier alinéa du § 892 du BGB : « [l]e contenu du Livre foncier est réputé exact en faveur de celui qui acquiert par acte juridique un droit sur un immeuble ou un droit gravant un tel droit, à moins qu'un contredit à l'exactitude de ce livre ne soit inscrit ou que l'inexactitude ne soit connue de l'acquéreur [...] »

¹⁶¹⁷ Le premier alinéa du § 900 du BGB dispose que « [C]elui qui est inscrit au Livre foncier en qualité de propriétaire d'un immeuble sans en avoir obtenu la propriété acquiert cette propriété si l'inscription a duré 30 ans et s'il a possédé à titre de propriétaire cet immeuble durant tout ce temps-là [...] ».

perdra en conséquence son titre de propriété. Toutefois, le rôle de la possession immobilière de cette usucapion du BGB mérite une attention particulière.

604. Le rôle réduit de la possession immobilière de l'usucapion par le Livre foncier.

Certes, dans l'usucapion par le Livre foncier ainsi présentée, la possession immobilière de 30 ans est indispensable. Mais, à côté de la publicité foncière, la possession ne joue qu'un rôle de l'auxiliaire. Cela dit, contrairement à l'usucapion immobilière consacrée en droit français, la possession ne peut à elle seule produire l'effet acquisitif. Elle doit être combinée avec une inscription erronée, pour que la situation de fait concorde avec la publicité foncière. Aucune confusion entre la possession et la publicité n'est alors possible. En effet, le rôle de la possession immobilière ne consiste qu'à confirmer les énonciations du Livre foncier¹⁶¹⁸. De cette manière, c'est la publicité foncière qui constitue un véritable mode d'acquisition de la propriété et non la possession immobilière. On peut donc raisonner de la façon suivante : le droit du possesseur, propriétaire présumé inscrit indument au registre foncier, peut être consolidé par une inscription de longue durée, s'il correspond, durant tout ce temps, à la situation de fait. À l'expiration de 30 ans, il est finalement devenu incontestable, même à l'égard du véritable propriétaire. Il s'agit bien d'une acquisition par l'effet de la publicité des droits réels. C'est justement pour cette raison, l'usucapion prévue par le § 900 du BGB est nommée « usucapion par le Livre foncier » ou « usucapion tabulaire »¹⁶¹⁹ (*Tabularersitzung*) qui fait référence aux droits réels inscrits sur les « tables » qui composent le Livre foncier¹⁶²⁰. La raison d'être de cette usucapion est de conforter l'efficacité ainsi que la crédibilité de la publicité foncière et par suite, d'assurer la confiance des acquéreurs attachée aux droits réels publiés. Dès lors, l'usucapion par le Livre foncier rentre parfaitement dans la logique du principe de publicité.

Si dans l'usucapion par le Livre foncier, le rôle de la possession est en réalité bien réduit, elle pourra exercer pleinement sa fonction acquisitive dans l'acquisition par procédure d'exclusion, mais sous des conditions très strictes.

605. L'acquisition par procédure d'exclusion. Cette usucapion immobilière s'applique aux hypothèses où le possesseur n'est pas inscrit au Livre foncier. En vertu des

¹⁶¹⁸ V. Halük BURCUOGLU, *Les présomptions de droit attachées à la possession et leur application en droit suisse, en droit allemand, en droit turc*, thèse Genève, 1978, p. 37-39.

¹⁶¹⁹ Fritz BAUR, Jürgen F. BAUR et Rolf STÜRNER, *Sachenrecht*, Verlag C. H. Beck, 18^e éd., 2009, § 53. *Andere als rechtsgeschäftl. Eigentumserwerbsgründe*, n° 87, p. 740.

¹⁶²⁰ François BROCHU, *La publicité foncière et la prescription acquisitive en droit civil québécois à la lumière du droit français, suisse, allemand et australien*, thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1997, p. 160.

dispositions énoncées au premier alinéa du § 927 du BGB¹⁶²¹, celui qui a possédé, à titre de propriétaire, paisiblement et sans interruption peut, après 30 ans, faire déclarer forclos le véritable propriétaire de son droit par la voie d'une procédure de sommation publique (*Aufgebotsverfahren*). On est alors devant une véritable acquisition de la propriété par l'effet de la possession immobilière. La bonne foi de ce possesseur n'est pas prise en considération par le BGB. Cependant, l'application de cette prescription acquisitive est soumise à certaines conditions très strictes dans le but de maintenir la stabilité de la publicité foncière.

606. Les conditions d'application. Eu égard au BGB, la crédibilité du Livre foncier ne peut être remise en cause par une telle usucapion. Une prescription acquisitive n'est possible que dans deux circonstances très particulières. En premier lieu, le possesseur peut se prévaloir d'une prescription acquisitive si la personne inscrite au registre n'est pas véritable propriétaire. La possession suffisamment prolongée lui permet de consolider son droit. Il est donc autorisé à engager la procédure de sommation pour pouvoir demander la radiation des inscriptions erronées et de procéder à une nouvelle inscription en tant que véritable propriétaire. En second lieu, dans l'hypothèse où la personne inscrite au Livre foncier est le véritable propriétaire, l'acquisition par l'effet de la possession prolongée est possible à condition que celle-ci soit morte ou disparue et qu'aucune inscription qui aurait nécessité son accord n'ait été effectuée pendant l'écoulement du délai de 30 ans. Dans la situation contraire, c'est-à-dire, si la personne inscrite au Livre foncier est le véritable propriétaire et elle est toujours en vie, aucune usucapion ne sera possible.

607. Le rôle de la possession prolongée dans l'acquisition par procédure d'exclusion. Compte tenu des conditions d'application de l'acquisition par procédure d'exclusion ainsi mentionnées, se dessine le rôle rassurant de la possession immobilière à l'égard de la publicité foncière. Dans toutes ces hypothèses prévues par le BGB, du fait des erreurs dans l'inscription, du décès ou de la disparition du véritable propriétaire, le Livre foncier ne permet plus de révéler avec exactitude l'état juridique de l'immeuble en question. Après une période assez longue, au lieu de faire durer cette situation irrégulière, il s'avère important de procéder à une « mise à jour ». Consacrée par le BGB dans cet objectif précis, l'usucapion peut conduire à certaines modifications du

¹⁶²¹ « [l]orsqu'un immeuble est possédé à titre de propriétaire depuis 30 ans par un autre que le propriétaire, celui-ci peut être déchu de son droit par voie de sommation publique. La durée de la possession est calculée de la même manière que le délai d'usucapion d'une chose mobilière. Lorsque le propriétaire est inscrit au Livre foncier, la procédure de sommation n'est recevable que s'il est mort ou disparu et que si depuis 30 ans il n'a pas été pris d'inscription requérant son consentement ».

Livre foncier qui permettent de renforcer sa force probante. Dès lors, grâce à la prescription acquisitive, la crédibilité de la publicité des droits réels est alors assurée.

Ainsi, même en matière immobilière, l'usucapion peut exercer une protection des acquéreurs tout en concourant à la publicité foncière. Elle apporte l'assistance nécessaire à l'application du principe de publicité, en le confirmant et le renforçant. Ce rôle de l'usucapion pourrait être d'autant plus utile pour le droit chinois où le système de la publicité foncière reste à améliorer.

Conclusion du Chapitre II

- 608.** En Chine, le législateur a fait le choix d'écarter le recours à la prescription acquisitive. Dans un système juridique qui a déjà adopté le principe de publicité, les fonctions essentielles de la prescription acquisitive, en tant que mode de preuve et mode d'acquisition de propriété, peuvent être assurées par la publicité des droits réels. En outre, son adoption risque de menacer le bon fonctionnement dudit principe. Toutefois, il se peut qu'en tant qu'auxiliaire du principe de publicité, l'utilité de la prescription acquisitive ne puisse être totalement ignorée

CONCLUSION DU TITRE II

- 609.** Au terme de ce titre, il est possible de saisir la fonction de la publicité de droits réels dans la protection des tiers acquéreurs. Tout d'abord, par la publicité des droits réels, les tiers sont informés de l'existence des droits réels publiés et de leurs titulaires. Ensuite, dans les transactions, la publicité des droits réels, (la possession pour les meubles et la publicité foncière pour les immeubles) constitue un mode d'acquisition de la propriété en faveur de l'acquéreur de bonne foi qui a acquis un bien émanant d'un non-propriétaire mais sur la foi de cette publicité. Cette protection laisse peu de place pour la prescription acquisitive, qui est pourtant indispensable en droit français en raison de ses effets probatoire et acquisitif. C'est pour cette raison que le législateur chinois ne l'a pas consacrée dans la LDR.

Cependant, cette institution est intégrée dans le droit allemand où, à côté du principe de publicité, elle exerce une fonction secondaire tout en permettant de le compléter et de renforcer son efficacité.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

610. Le législateur chinois a pris soin d'adopter un mécanisme du transfert de propriété simple pour faciliter les circulations des biens. En même temps, le modèle chinois du transfert de propriété dans la vente répond également au besoin de sécurité dans les transactions. En Chine, si la validité du contrat de vente n'est soumise à aucune condition de forme, ce n'est pas le cas pour son exécution. En d'autres termes, sous l'influence du BGB, l'exécution de cette obligation de transférer la propriété doit respecter le principe de publicité posé par la loi chinoise relative aux droits réels. L'application dudit principe permet de révéler aux tiers les droits réels ainsi que leurs mutations tout en les incitant à faire preuve de vigilance et à s'abstenir d'y porter atteinte. La protection du propriétaire est ainsi renforcée. De même, par la publication de son droit acquis, l'acquéreur est dès lors efficacement protégé contre les troubles que quiconque lui fait subir, y compris les acquéreurs successifs de son aliénateur.

La publicité des droits réels est d'autant plus importante dans les transactions. Elle facilite les investigations des acquéreurs potentiels concernant l'état juridique du bien qui les intéressent, notamment sa titularité. En outre, le droit chinois confère la foi publique à la publicité des droits réels dans l'objectif d'assurer la protection des tiers acquéreurs de bonne foi. Cependant, dans le but de protéger au maximum les intérêts légitimes du *verus dominus*, le législateur chinois a subordonné une telle protection à des conditions strictes. De ce fait, dans la pratique, la sécurité des transactions est garantie par le modèle chinois de transfert.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Dans l'opération de vente, la question s'est vite posée : « qu'est-ce les parties contractantes doivent faire pour réaliser le transfert de propriété » ? La réponse à cette question peut être très différente, en fonction du modèle choisi par chaque système juridique. En droit français, le droit positif a admis un principe du transfert de propriété *solo consensu*. Il s'agit d'un modèle moniste du transfert de propriété car selon ledit principe, le transfert de propriété se réalise automatiquement par l'effet du contrat sans avoir recours à l'exécution d'une obligation quelconque. Cette approche reconnaît à la seule volonté des parties le pouvoir d'opérer le transfert de propriété. Cependant, il semble que le Code civil a prévu différemment : selon l'article 711 du Code, la propriété des biens s'acquiert et se transmet par l'effet des obligations, autrement dit, par l'exécution d'une obligation de donner née de la vente. Cette solution du Code civil ne correspond pas moins au principe du transfert de propriété *solo consensu*, en ce que l'exécution de l'obligation de donner se réalise de manière purement intellectuelle grâce à une tradition civile, une pratique très courante dans l'ancien droit français. D'où les controverses alimentées par un tel principe en droit français moderne.

À noter que cette dernière solution du Code civil se rapproche du modèle chinois du transfert de propriété. La loi chinoise relative aux droits réels a consacré un modèle dualiste et causal. Il est dualiste car à l'exemple du droit allemand, le transfert de propriété s'opère en deux étapes. La conclusion du contrat de vente qui donne naissance à une obligation de transférer la propriété à la charge du vendeur constitue la première étape et l'exécution de cette dernière obligation, la deuxième. En même temps, contrairement au modèle allemand du transfert de propriété, le contrat de vente en droit chinois sert de cause à ce transfert.

Les divergences entre ces trois systèmes juridiques en la matière sont incontestables et inconciliables. En poursuivant l'objectif de simplicité et de sécurité, le législateur chinois a pris une position intermédiaire. Cependant, nos analyses montrent bien que cette solution permet, certes, au droit chinois d'éviter certains inconvénients inhérents aux systèmes juridiques français et allemand, mais des faiblesses persistent.

Des analyses effectuées dans cette thèse, on peut conclure que, parmi les trois modèles de transfert de propriété, il semble difficile de soutenir que tel ou tel modèle est absolument meilleur comparé aux autres. Certes, le mécanisme chinois du transfert de propriété dans la vente se démarque par sa simplicité, en ce qu'il permet d'écarter toutes les complexités inhérentes au modèle allemand et toutes les controverses liées au principe du transfert de propriété *solo consensu*. Mais ce modèle présente indéniablement des faiblesses qui pourraient pourtant être évitées dans les systèmes

français (tel est le problème lié au risque des ventes successives) ou allemand (par exemple la nullité de la vente de la chose d'autrui).

Si l'on raisonne ainsi, les deux interprétations du principe du transfert de propriété *solo consensu* précédemment analysées sont l'une et l'autre envisageables dans le cadre de la prochaine réforme du Code civil français. Cependant, l'option de rester fidèle à l'esprit des codificateurs de 1804 me semble trop conservatrice, même si elle permet de préserver parfaitement la cohérence de l'ensemble du système établi par ce Code. Le modèle moniste de transfert de propriété qui témoigne de la tradition révolutionnaire du droit français me paraît plus pertinent, à condition que la prochaine réforme maintienne la cohérence d'un système rénové tout en permettant de garantir son bon fonctionnement. Et pour ce faire, les exemples des Codes civils italien et japonais qui ont clairement consacré le modèle moniste du transfert de propriété pourraient pour autant constituer des sources d'inspiration toutes aussi sérieuses.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

1. En langue française

- ACCARIAS (Calixte), *Précis de droit romain*, t I, 4^e éd., Paris, Librairie Cotillon et Pichon, 1886
- ANTONMATTEI (Paul-Henri) et RAYNARD (Jacques), *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7^e éd., LexisNexis, 2013
- ARGOU (Gabriel), *Institution au droit français*, liv. III, chap. XXII, 8^e éd., 1753
- ATIAS-LETREMY (Christian), *Les biens*, Litec, 10^e éd., 2009,
- AUBRY (Charles) et RAU (Charles), *Cours de droit civil français, D'après la méthode de Zachariae*, t. IV, 4^e éd., Paris, 1871
- AUBRY (Charles) et RAU (Charles), *Cours de droit civil français, D'après la méthode de ZACHARIAE*, t. II, 4^e éd., Paris, 1869
- AYNÈS (Laurent) et CROCQ (Pierre), *Les sûretés, La publicité foncière*, 8^e éd., LGDJ, 2014
- BAUDRY-LACANTINERIE (Gabriel) et BARDE (Louis), *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome premier, 3^e éd., Paris, L. Larose & L. Tenin, 1906
- BÉNABENT (Alain), *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., LGDJ & Lextenso, 2013
- BÉNABENT (Alain), *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., LGDJ&Lextenso, 2014
- BERGEL (Jean-Louis), *Théorie générale du droit*, 4^e éd, Dalloz 2004
- BERGEL (Jean-Louis), BRUSCHI (Marc), CIMAMONTI (Sylvie), *Traité de droit civil, Les biens*, 2^e éd., LGDJ 2010
- BEUDANT (Charles), *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de Pierre VOIRIN, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938
- BEUDANT (Charles), par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Gaston LAGARDE, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations* 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1936
- BEUDANT (Charles), par Robert BEUDANT, Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Jean BRETHER DE LA GRESSAYE, *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, le louage des choses*, 2^e éd., Paris Rousseau & C^{ie}, Éditeurs, 1938
- BRÉGI (Jean-François), *Droit romain, Les biens et la propriété*, Ellipses, 2009
- BRÉGI (Jean-François), *Droit romain, Les obligations*, Ellipses, 2006
- BRISSAUD (Jean), *Manuel d'histoire du droit privé*, rééd., Paris, E. de Boccard, 1935
- BUFFELAN-LANORE (Yvaine), LARRIBAU-TERNEYRE (Virginie), *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., Sirey, 2014
- BUGNET (Jean-Joseph), *Œuvres de Pothier, Tome deuxième, Traité des obligations*, Paris, 1861
- BUGNET (Jean-Joseph), *Œuvres de Pothier, Tome troisième, Traité du contrat de vente*, Paris, 1844
- CAPITANT (Henri), *Introduction à l'étude du droit civil*, 2^e éd., Paris, A. PEDONE, 1904
- CARBONNIER (Jean), *Droit civil, Introduction*, 20^e éd., PUF 1991
- CARBONNIER (Jean), *Droit civil, t. 1, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple* ; PUF 2004
- CARBONNIER (Jean), *Droit civil, Tome 3, Les biens*, 19^e édition refondue, PUF, 2000
- COLIN (Ambroise) et CAPITANT (Henri), *Traité de droit civil*, refondu par Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Tome II, Dalloz 1957
- COLLART- DUTILLEUL (François), DELEBECQUE (Philippe), *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz 2011
- CORNU (Gérard), *Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007

- CORNU (Gérard), (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF 2014
- CORNU (Gérard), *Droit civil, Les biens*, 13^e éd., Montchrestien 2007
- DABIN (Jean), *Le droit subjectif*, Dalloz 1952
- DEMANGEAT (Charles), *Cours élémentaire de droit romain, contenant : 1.°Un abrégé de l'histoire externe du droit romain. 2.°L'explication complète des Institutes de Gaius et des Institutes de Justinien. 3.°L'explication des principaux textes du Digeste et du Code ainsi que des Nouvelles qui s'y rapportent*, t. I, 2^e éd., Paris, Marescq aîné, 1866
- DEMANTE (Antoine-Marie), *Cours analytique de code Napoléon*, continué depuis l'article 980 par Édouard-Louis-Armand Colmet de Santerre, t.V, Paris, 1865
- DEMANTE (Antoine-Marie), *Cours analytique de code Napoléon*, continué par Édouard-Louis-Armand Colmet de Santerre, t. VII, Paris, 1865
- DEMOGUE (René), *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Édition La Mémoire du droit, 2001
- DEMOLOMBE (Charles), *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Auguste Durand & L. Hachette, 1877
- DEMOLOMBE (Charles), *Cours de Code Napoléon, Tome IX, Traité de la distinction des biens; De la propriété; De l'usufruit de l'usage et de l'habitation*, 3^e éd., Auguste Durant et L. Hachette et C^{ie}, 1866
- DROSS (William), *Droit civil, Les choses*, LGDJ & Lextenso, 2012
- DURANTON (Alexandre), *Cours de droit français suivant le code civil, Traité des obligations conventionnelles en général*, Tome premier, 3^e éd., Paris : Toussaint, 1846
- FENET (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XII, Paris, Videcoq, 1836
- FENET (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XIII, Paris, Videcoq, 1836
- FENET (Pierre-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome XIV, Paris, Videcoq, 1836
- FERRAND (Frédérique), *Droit privé allemand*, Dalloz 1997
- FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-luc), SAVAUX (Éric), *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014
- FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-luc), SAVAUX (Éric), *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8^e éd., Sirey, 2013
- FLOUR (Jacques), SAVAUX (Éric), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., Sirey, 2014
- FROMONT (Michel) et RIEG (Alfred), (sous la direction de), *Introduction au droit allemand république fédérale, tome III, Droit privé*, Éditions Cujas 1991
- GAUDEMET (Eugène), *Théorie générale des obligations*, rééd., Dalloz 2004
- GAUDEMET (Jean), *Le droit privé romain*, Armand Colin, 1974
- GAZZANIGA (Jean-Louis), *Introduction historique au droit des obligations*, 1^e éd., PUF 1992
- GERKENS (Jean-François), *Droit privé comparé*, 2^e éd., Larcier 2013,
- GHESTIN (Jacques), DESCHÉ (Bernard), *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990
- GHESTIN (Jacques), GOUBEAUX (Gilles) avec le concours de FABRE-MAGNAN (Muriel), *Traité de droit civil, Introduction générale*, 3^e éd., LGDJ, 1990
- GHESTIN (Jacques), JAMIN (Christophe), BILLIAU (Marc), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001
- GHESTIN (Jacques), LOISEAU (Grégoire), SERINET (Yves-Marie), *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. 1, Le contrat-Le consentement*, 4^e éd., LGDJ, 2013
- GIRARD (Paul Frédéric), *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1911
- GOYARD-FABRE (Simon), *La philosophie du droit de Montesquieu*, Paris, Klincksieck, 1973

- HALPÉRIN (Jean-Louis), *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008
- HUET (Jérôme), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, (sous la direction de Jacques GHESTIN), 2^e éd., LGDJ, 2001
- JHERING (Rudolf von), *L'esprit du droit romain, trad. de Octave de MEULENAERE*, t. 3, 3^e éd., Arnaldo Forni Editore, 2004
- JOSSERAND (Louis), *Cours de droit civil positif français, t. II, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les suretés*, 3^e éd., Sirey 1939
- LARROUMET (Christian) et BROS (Sarah), *Traité de droit civil, t. III, Les obligations, Le contrat*, 7^e éd., Economica, 2014
- LARROUMET (Christian), *Droit civil, Tome I, Introduction à l'étude du droit privé*, 5^e éd., Economica 2006
- LARROUMET (Christian), *Droit civil, Tome II, Les biens : Droits réels principaux*, 5^e éd., Economica 2006
- LAURENT (François), *Principe de droit français*, tome 16, Paris-Bruxelles, 1875
- LEHR (Ernest), *Traité élémentaire de Droit civil germanique (Allemagne et Autriche)*, Tome I, Paris, 1892
- LEPOINTE (Gabriel), *Droit romain et ancien droit français*, Dalloz 1958
- LÉVY (Jean-Philippe), CASTALDO (André), *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz 2010.
- LOCRÉ DE ROISSY (Jean-Guillaume), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Tome XIV, Paris, Treuttel et Würtz, 1827
- LOYSEL (Antoine), *Institutes coutumières d'Antoine LOYSEL ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France*, avec les notes d' Eusèbe de Laurière, Nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée par M. Dupin et Édouard Laboulaye, Tome II, Paris : Durand : Vidocq père et fils ; Leipsig : Franck et Michelsen, 1846
- MACKAAY (Ejan), ROUSSEAU (Stéphane), *Analyse économique du droit*, Dalloz et Thémis, 2e éd., 2008
- MALAURIE (Philippe), AYNÈS (Laurent), GAUTIER (Pierre-Yves), *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ & Lextenso, 2014
- MALAURIE (Philippe), AYNÈS (Laurent), STOFFEL-MUNCK (Philippe), *Les obligations*, 6^e éd., LGDJ & Lextenso 2013
- MALINVAUD (Philippe), FENOUILLET (Dominique), *Droit des obligations*, 13^e éd., LexisNexis 2014
- MARCADÉ (Victor-Napoléon), *Explication théorique et pratique du Code civil, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, t. III, 8^e éd., Paris : J. Delamotte, 1894
- MARCADÉ (Victor-Napoléon), *Explication théorique et pratique du Code civil, contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, t. XII, 6^e éd., Paris : Delamotte et fils, 1867
- MARTY (Gabriel), RAYNAUD (Pierre), *Droit civil, Les obligations, Tome I, Les sources*, 2^e éd., Sirey 1988
- MARTY (Gabriel), RAYNAUD (Pierre), JESTAZ (Philippe), *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 2^e éd., Sirey, 1987
- MAZEAUD (Henri) et MAZEAUD (Léon), *Leçon de droit civil, t. 2/II, Biens (Droit de propriété et ses démembrements)*, 6^e éd., par Michel DE JUGLART, [puis] François GIANVITI, Montchrestien 1984, n° 1620.
- MAZEAUD (Henri), MAZEAUD (Léon), MAZEAUD (Jean), CHABAS (François), *Leçons de droit civil, t. II, 1^e Volume, Obligations, Théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998
- MAZEAUD (Henri), MAZEAUD (Léon), MAZEAUD (Jean), CHABAS (François), *Leçons de droit civil, t. III, 1^e Volume, Sûretés, Publicité foncière*, par Yves PICOD, 7^e éd., Montchrestien, 1999
- MAZEAUD (Henri), MAZEAUD (Léon), MAZEAUD (Jean), *Leçons de droit civil, t. III, 2^{ème} Volume, Principaux contrats*, 3^e éd., par Michel de JUGLART, Montchrestien, 1968

- MONIER (Raymond), *Manuel élémentaire de droit romain*, tome I, 6^e éd., Paris : Domat-Montchrestien, 1947
- OLIVIER-MARTIN (François), *Histoire de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, tome II, Paris, 1922
- PATAULT (Anne-Marie), *Introduction historique au droit des biens*, PUF 1989
- PÉDAMON (Michel), *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ 2004
- PETIT (Eugène), *Traité élémentaire de droit romain, contenant le développement historique et l'exposé général des principes de la législation romaine, depuis l'origine de Rome jusqu'à l'empereur justinien*, 8^e éd., Paris, Arthur Rousseau 1920
- PICHONNAZ (Pascal), *Les fondements romains du droit privé*, DGDJ, 2008
- PIEDELÈVRE (Stéphane), *Traité de droit civil, La publicité foncière, dir.*, Jacques GHESTIN, LGDJ, 2000
- PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges), *Traité pratique de droit civil français, t. III, Les biens*, par Maurice PICARD, 2^e éd., LGDJ, 1952
- PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges), *Traité pratique de droit civil français, t. X, Contrats civils*, 1^{re} Partie, par Joseph HAMEL, François GIVORD et André TUNC, 2^e éd., LGDJ, 1956
- PLANIOL (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil; t. I*, 6^e éd., LGDJ, 1911
- PUFENDORF (Samuel von), *Le droit de la nature et des gens, trad.* Jean BARBEYRAC, H. Schelte, 1706
- PUIG (Pascal), *Contrats spéciaux*, 6^e éd., Dalloz 2015
- RÉMY (Joseph), *Œuvres complètes de Jean Domat*, Tome premier, Paris, Alex-Gobelet, 1835
- REY (Alin) (sous la direction de), *Le Dictionnaire culturel en langue française*, éd. Le Robert, 2005
- RIGAUD (Ernest), *La règle de droit*, Lausanne, Rouge, 1899
- ROBAYE (René), *Le droit romain*, Academia-Bruylant, Bruxelles
- ROLAND (Henri), Laurent BOYER, *Droit civil, Obligations*, t. 2, 6^e éd., Litec, 1998
- ROUBIER (Paul), *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, réimpression de la 2^e édition de 1951, Dalloz 2005
- SAVIGNY (Friedrich Carl von), *Le droit des obligations*, Réédition de l'ouvrage imprimé en 1873, Tome I, LGDJ, 2012
- SAVIGNY (Friedrich Carl von), *Le droit des obligations*, Réédition de l'ouvrage imprimé en 1873, Tome II, LGDJ, 2012
- SIMLER (Philippe), DELEBECQUE (Philippe), *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^e éd., Dalloz, 2012,
- STARK (Boris), *Droit civil, Les obligations*, n° 1942
- STEINAUER (Paul-Henri), *Les droits réels*, Tome II, .3^e éd., Berne, 2007
- STRICKLER (Yves), *Les biens*, PUF, 2006
- TCHE-HAO (Tsien), *Le droit chinois, Presses universitaires de France*, 1982
- TERRÉ (François), (sous la direction de), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Dalloz 2009
- TERRÉ (François), SIMLER (Philippe), LEQUETTE (Yves), *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz 2013
- TERRÉ (François), SIMLER (Philippe), *Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014
- THÉRY (Philippe), *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., PUF, 1988
- WILLIAM SINGER (Joseph), *Introduction property, Aspen publishers*, 2e éd., 2005
- WITZ (Claude), *Droit privé allemand, I. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec 1992
- ZENATI-CASTAING (Frédéric) et REVET (Thierry), *Les biens*, 3^e éd., PUF 2008
- ZHUANG (Han), *Droit chinois des affaires, Édition bilingue chinois/français, Traduction en français des textes en vigueur au 1^{er} janvier 2013*

2. En langue chinoise

- Chen (HuaBin), *Théorie générale du droit des biens*, Press of Chinese Academy of Governance, 1998, p. 116
- CHEN (Huabin), *Théorie générale du droit réel*, Édition de l'institution de politique de Chine, 1998
- CHENG (Xiao), WANG (LiMing), WANG (Yi), et YANG (LiXin), *Le droit civil*, Édition de Droit, 2^e éd., 2008
- CHENG (Xiao), YIN (Fei), WANG (LiMing), *Leçons de droit chinois des biens*, Édition de la Cour populaire, 2007
- CUI (JianYuan), (sous la direction de), *Le droit des contrats*, Édition de Droit, 5^e éd., 2010
- CUI (JianYuan), *Théories générales concernant la nouvelle loi relative aux contrats et Analyses de certains arrêts*, Édition de l'université de Jilin, éd., 1999, tome II
- GAO (FuPing), *Théorie générale du droit des biens*, China Legal Publishing House, 2001
- HAN (ShiYuan), *L'étude sur le droit des contrats*, Presse de l'Enseignement supérieur, 2010
- HAN (ShiYuan), *Théorie générale des contrats*, 3^e éd., Édition de Droit, 2011
- HU (ChangQing), *Les principes généraux du droit civil*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 1997
- Hu (ChangQing), *Traité du droit civil chinois*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 1998
- HUANG (Li), *Théories générales du droit civil*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2002
- JIANG (Fan) et SUN (Peng) (sous la direction de), *La sécurité du commerce et le droit civil et commercial en Chine*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 1997
- JIANG (Ping), (sous la direction de), *Le droit civil*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000
- JIN (Ping), (sous la direction de) *Leçons du droit civil*, Presse de l'Université de Mongolie intérieure, 1987
- LI (Huang), *Théories générales du droit civil*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2002
- LIANG (HuiXing), (sous la direction de) *Études sur le droit réel*, Édition de Droit, 1998
- LIANG (HuiXing), *Études en droit civil sur les sources législatives et jurisprudentielles*, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 1996
- LIANG (HuiXing), *La lutte pour la codification du Code civil chinois*, Édition de Droit, 2002
- LIANG (HuiXing), *Théories générales du droit civil*, Édition de Droit, 2007
- LIANG (HuiXing), *Traité du droit civil*, 1^e éd., Édition de Droit, 2001
- LONG (WeiQiu), *Traité de droit des obligations*, Édition de Droit, 2001
- MA (JunJu), YU (YanMan), *Théories originales du droit civil*, t. I, Édition de Droit, 1998
- MEI (ZhongXie), *Théorie générale du droit civil*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, éd. refondue, 1998
- PENG (WanLin), (sous la direction de) *Le droit civil*, Édition de droit, 1^e éd., 2000
- SHI (ShangKuan), *Traité des droits réels*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000
- SHI (ShangKuan), *Traité du droit civil*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2000
- SU (HaoPeng), *Cours de droit des contrats*, 2^e éd., Édition de l'Université du Peuple de Chine, 2011
- SUN (XianZhong), *Les droits réels en droit allemand contemporain*, Édition de Droit, 1997
- SUN (XianZhong), *Les droits réels*, 2^e éd., Édition Social Sciences Academic Press (China), 2011
- SUN (XianZhong), *Théorie générale du droit des biens chinois*, Édition de Droit 2003
- TONG (Rou), (sous la direction de) *Théories générales du droit civil*, Édition de Droit, 1983

- TONG (Rou), (sous la direction de), *Le droit civil chinois*, Édition de Droit, 1990
- TONG (Rou), *L'encyclopédie du droit chinois, Droit civil*, Edition de l'inspecteur, 2003
- WANG (LiMing), (sous la direction de), *Le droit civil*, Édition de l'Université du Peuple de Chine, 2000
- WANG (LiMing), CUI (JianYuan), *Nouveau traité des contrats, Théorie générale*, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine 2000
- WANG (LiMing), *Étude sur les droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2007
- WANG (LiMing), GUO (MingRui), FANG (LiuFang), *Nouveau traité de droit civil*, (sous la direction de), Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 1988
- WANG (LiMing), *La présentation et des explications du projet de la loi chinoise sur les droits réels*, Édition de Droit, 2001
- WANG (LiMing), *Les problématiques du droit civil dans période de réforme en Chine*, Édition ChangChun, 1992
- WANG (LiMing), *Recherches du droit des contrats*, Édition de l'Université du Peuple de Chine, 2002
- WANG (ZeJian), *Le droit civil, Les biens*, Édition de l'Université de Pékin, 2009, p. 88
- WANG (ZeJian), *Le droit des biens, Théories générales : La propriété*, Taibei, 1996
- WEI (ZhenYing), (sous la direction de), *Le droit civil*, Édition de l'Université de Pékin et Édition de l'Éducation Supérieure, 1^e éd 2000
- WEN (ShiYang), LIAO (HuanGuo), *Les principes généraux du droit réel*, édition de la Cour populaire, 2005
- YIN (Tian), *Quelques réflexions et commentaires sur les théories relatives aux droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 2004
- ZHANG (JunHao), (sous la direction de), *Théories générales du droit civil*, sous. dir., JunHao ZHANG, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 3^e éd., 2000
- ZHANG (JunHao), LIU (XinWen), YAO (XinHua), *Théories générales du droit civil*, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 3^e éd., 2000, p 350
- ZHENG (YuBo), *Les droits réels en droit civil*, éd. 12, Édition Taibei, 1988
- ZHENG (YuBo), *Les principes généraux du droit civil*, Édition de l'Université des Sciences politiques et juridiques de Chine, 2003
- ZHU (GuangXin), *Le principes généraux du droit des contrats*, Édition de l'Université du Peuple de Chine, 2008.

3. En langue allemande

- BAUR (Jürgen F.), STÜRNER (Rolf), *Sachenrecht, I*, Verlag C.H.Beck, 18^e Auflage, 2009
- LARENZ (Karl), *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband I, Besonderer Teil*, 13^e Auflage, Verlag C. H. Beck, 1986
- MEDICUS (Dieter), *Allgemeiner Teil des BGB*, 10^e Auflage, C.F. Müller Großes Lehrbuch, 2010
- MEDICUS (Dieter), *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 11^e Auflage, Verlag C.H.Beck, 2002

4. En langue anglaise

- HONNOLD (John O.), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4^e éd., Wolters Kluwer
- HONORÉ (Anthony Maurice), *Ownership, in Making Law Bind*, Clarendon Press. Oxford, 1987.
- SCHWENZER (Ingeborg), *Commentary on The UN Convention on The International Sale of Good (CISG)*, Oxford, 2010
- ZIMMERMANN (Reinhard), *The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University press, 1996

II. OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES MONOGRAPHIQUES

1. En langue française

- ALTER (Michel), *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, thèse Grenoble, LGDJ
- ATIAS-LETREMY (Christian), *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse dactyl., Poitiers, 1974
- AUBIN (Simon), *Le transfert de propriété dans la vente internationale de meubles corporels. Étude de droit comparé et de droit international privé*, thèse Rennes 2002
- BLANLUET (Gauthier), *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français : Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, LGDJ, 1999
- BLOUD-REY (Céline), *Le terme dans le contrat*, thèse Paris II, 2001, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 2003
- BOSSERT (Paul), *Des droits du vendeur d'effets mobiliers non payé*, thèse Paris 1899
- BOUCARD (Hélène), *L'agrégation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale*, LGDJ 2005
- BOUCHET-LE MAPPIAN (Émilie), *Propriété intellectuelle et droit de propriété en droits anglais, allemand et français*, thèse, Nantes, 2009
- BROCHU (François), *La publicité foncière et la prescription acquisitive en droit civil Québécois, à la lumière du droit français, suisse, allemand, et australien*, thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1997
- BUFNOIR (Claude), *Propriété et contrat*, Paris, 1924
- CALASTRENG (Simone), *La relativité des conventions, Étude de l'article 1165 du Code civil*, thèse Toulouse, Sirey, 1939
- Chauviré (Philippe), *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, thèse, Paris I, LGDJ 2013
- COLLART-DUTILLEUL (François), *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey 1988
- CORNELOUP (Sabine), *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, thèse Paris 1, LGDJ, 2003
- CORNIL (Gorges), *Étude sur la publicité de la propriété dans le droit romain*, thèse, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 1890
- CROCQ (Pierre), *Propriété et garantie*, thèse Paris II, 1992, LGDJ 1995
- DANOS (Frédéric), *Propriété, possession et opposabilité*, thèse Paris 1, Économica, 2007
- DE LA PRADELLE (Géraud), *Les conflits de lois en matière de nullités*, *Bibl. dr. inter. priv.*, vol. 8, Dalloz 1967.
- DIEUX (Xavier), *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse un principe général de droit*, Collection de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1995
- DUBARRY (Julien), *Le transfert conventionnel de propriété - Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, thèse Paris I, LGDJ 2014
- DUCLOS (José), *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, thèse Rennes I, LGDJ, 1983
- DUGAS (Henri), *Étude sur la publicité des transmissions de propriétés des biens mobiliers*, thèse Paris, 1902
- ETIENNEY (Anne), *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, thèse Paris I, LGDJ 2008
- Fábio KONDER COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse Paris, Dalloz 1964
- FONTAINE (Étienne), *La propriété apparente et le crédit réel, Étude critique de jurisprudence*, thèse Lille, 1910
- GARNIER (Aimé), *De la garantie d'éviction dans les ventes immobilières en droit français*, thèse Aix, 1896

- GINOSSAR (Samuel), *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, 1960
- GORPHE (François), *Le principe de la bonne foi*, thèse Paris, 1928
- GOYET (Charles), *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, thèse Strasbourg 3, 1981, LGDJ 1983
- GRANIER (Camille), *De la garantie en cas d'éviction en matière de vente immobilière*, thèse Toulouse, 1877
- GRISONI (Jean-Baptiste), *Les conceptions française et suisse de la publicité foncière et leurs effets*, thèse Lausanne, 1990
- GUELFUCCI-THIBIERGE (Catherine), *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse Paris I, LGDJ, 1992
- HOCHART (Catherine), *La garantie d'éviction dans la vente*, thèse Paris, LGDJ 1993
- JACQUOT (François), *Du contrat de vente au droit de la vente (réflexion de théorie générale sur un contrat spécial)*, thèse dactyl., Nancy II, 1988
- Jean ANEX (Jean), *L'intérêt négatif, sa nature, son étendue*, thèse Lausanne, 1977
- JONESCO (Basil), *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*, thèse Strasbourg, 1927
- LAMAZEROLLES (Eddy), *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, thèse Poitiers, LGDJ 2003
- LAQUERRIÈRE-LACROIX (Aude), *L'évolution du concept romain de propriété à l'époque post-classique*, thèse, Paris II, 2004
- LARIVIÈRE (Yvon), *Essai d'une théorie générale de la garantie en matière de transfert de droit, De la garantie d'éviction en fonction de la responsabilité*, thèse dactyl., Paris, 1944
- LAROCHE (Maud), *Revendication et propriété : Du droit des procédures collectives au droit des biens*, Defrénois, 2007
- LATINA (Mathias), *Essai sur la condition en droit des contrats*, thèse Paris II, LGDJ, 2009
- LAURENT (Jean-Charles), *L'Apparence dans le problème des qualifications juridiques, étude de droit privé français*, thèse Caen, 1931
- LEVIS (Marc), *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Économica, 1989.
- LI (Bin), *La protection de la propriété en Chine : Transformation du droit interne et influence du droit international*, thèse Paris I, 2009
- LONIEWSKI (Alfred), *Essai sur le rôle actuel de la maxime Error communis facit Jus*, thèse Aix, 1905
- LOUSSOUARN (Yvon), *Le transfert de propriété par l'effet des contrats*, Cour doctorat de droit civil, Paris, 1969-1970
- LUCAS-PUGET (Anne-Sophie), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, thèse Nantes, LGDJ, 2005
- LUZEAUX (Didier), *Vente et transfert de propriété en droit français et en droit allemande*, thèse dactyl., Paris II, 1994
- MARTIN DE LA MOUTTE (Jacques), *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Sirey, 1951
- MARTOU (Edmond), *Des privilèges et des hypothèques, ou Commentaire de la loi du 10 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire*, tome 1, Paris, Bruxelles, 1863
- MICHAS (Henri), *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, thèse Paris, 1900
- MILLIET (Georges), *Des effets de la propriété apparente en droit civil*, thèse Paris, 1901
- MIRABAIL (Solange), *La rétractation en droit privé français*, thèse Toulouse 1, LGDJ, 1997
- MORIN (Gaston), *La sécurité des acquéreurs de bonne foi et les droits du véritable propriétaire dans les transactions immobilières, Étude critique du code civil et des projets de réforme*, thèse Paris, 1902
- PÉDAMON (Michel), *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ 2004

- PEIRON (Alfred), *Droit romain. De la nature du juste titre en matière d'usucapion : Droit français. De*
- Pérochon (Françoise), *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, thèse Montpellier I, Litec, 1988
- PIQUET (Hélène Anne F.), *Les transferts de droit en Chine. Contribution à l'étude de la filiation romano-germanique en droit chinois contemporain*, thèse dactyl., Montréal, 2003
- PRYBYS GAVALDA (Natacha), *La notion d'obligation de donner*, thèse dactyl., Montpellier I, 1997
- RENAULT (Étienne), *Des actes accomplis par le titulaire apparent d'un droit*, thèse Bordeaux, 1917
- RIGAUD (Louis), *Le droit réel, Histoire et théorie, son origine institutionnelle*, Thèse Toulouse, édition Nauze, 1912
- SALEILLES (Raymond), *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand, rééd. de 1914*, La Mémoire du Droit, 2001
- VOUIN (Robert), *La bonne foi, notion et rôle actuel en droit privé*, thèse Bordeaux, 1939
- WAELBROECK (Michel), *Le transfert de la propriété dans la vente objets mobiliers corporels en droit comparé*, Bruxelles Etablissements Bruyant, 1961
- WEILL (Alex), *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Thèse Strasbourg, 1938
- WINTGEN (Robert), *Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Thèse Paris I, LGDJ, 2004
- ZENATI-CASTAING (Frédéric), *La nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse dactyl., Lyon 3, 1981

2. En langue chinoise

- DONG (AnSheng), *L'acte juridique en droit civil*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, éd., 1994
- LIU (JingJing), *Théorie sur les modèles du transfert de propriété et le choix du système chinois*, Édition de Science, 2008
- LIU (XiaoHua), *L'étude sur le principe de la protection de la confiance légitime en droit civil*, thèse de l'Université de Shandong, 2013
- MA (Te), *Le transfert de propriété*, Édition China legal publishing house, 2007
- MA (XinYan), *La règle de la confiance légitime du droit contemporain*, Édition Social Sciences Academic Press (China) 2010
- TIAN (ShiYong), *La recherche sur l'acte réel de disposition, étude comparée sur le transfert de propriété entre les droits allemand et chinois*, (son intitulé allemand est suivant : *Das Dingliche Rechtsgeschäfte, Insbesondere im Vergleich zwischen dem Eigentumserwerb im Chinesischen und Deutschen Recht*) Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 2002
- TU (YongSong), *L'étude sur la réparation des dommages causés du fait de la violation de la protection de la confiance légitime*, Édition de Droit 2010
- WANG (Kun), *La responsabilité du fait des droits apparents*, thèse de Southwest University of Political Science & Law, 2008
- WANG (Yi), *L'étude sur la mutation des droits réels*, Édition de l'Université du peuple de la Chine, 2001
- WU (GuoZhe), *Les droits apparents et les solutions en droit civil*, thèse de l'Université de Politique et Juridique de Chine, 2006
- YE (JinQiang), *La constitution en droit civil du principe du respect de la confiance légitime*, thèse de l'Université de Tsinghua, 2005
- ZHAO (YiTao), *La distinction entre l'acte créateur d'obligations et l'acte de disposition en droit allemand*, Édition de Droit 2006
- ZHU (GuangXin), *L'étude sur la responsabilité fondée sur la confiance légitime, sous l'angle de la formation du contrat*, Édition de Droit 2007

III. ARTICLES, RAPPORTS ET CHRONIQUES

1. En langue occidentale

- ANCEL (Pascal), « Exécution des contrats et exécution des décisions de justice », rapport au colloque des IEJ « L'Exécution », Lyon 3, novembre 1999, Paris : L'Harmattan, 2001, p. 156
- ANCEL (Pascal), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, oct-déc 1999, p. 771
- APPLETON (Charles), « L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine, Fr. 16 D. De cond. Causa Data. XII. 4 », in *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger*, novembre-décembre 1906, n° 4, p. 739
- AUBERT (Jean-Luc), « Le droit de disposer de l'immeuble », in *Études offertes à Jacques FLOUR*, p. 1
- AUBERT (Jean-Luc), « Le formalisme (Rapport de synthèse) », *Defrénois*, 15 août 2000, p. 931
- AUBRY (Hélène), « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *R.I.D.C.* 3-2005, p. 627
- AYNÈS (Laurent), « Publicité foncière et mauvaise foi de l'acquéreur : un revirement de jurisprudence radical et salutaire ». (note Cass. 3^e civ., 12 janvier 2011), *D.* 2011, p. 851
- BARRET (Oliver), « Vente (3^e effets) », *Rép. civ. Dalloz*, 2014,
- BLANLUET (Gauthier), « Le moment du transfert de la propriété », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 409.
- BLOCH (Pascale), « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD Civ.* 1988, p. 673
- BONNET (Émile), « Le vendeur obligé de donner », in *Mélanges GÉRARDIN*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1907, p. 43
- BORGHETTI (Jean-Sébastien), « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC.*, 2013, p. 1684
- BORIES (Anouk), « Condition, terme et potestativité, À propos d'une promesse unilatérale d'achat », (note Cass. 1^{re} civ., 13 juillet 2004 : *Juris-Data* n° 2004-024667 ; *Bull. civ.* 2004, I, n° 204), *D.* 2005. *jurispr.*, p. 1009
- BOUCARD (Hélène), « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause (droit français) », (Intervention aux 4^e Journées franco-allemandes organisées par l'Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV). *RDC.* Octobre 2013, p. 1669
- BOUDOT (Michel), « Apparence », *Rép. civ. Dalloz.* 2014
- BOUDOT (Michel), « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19^e et 20^e siècles », in *La théorie des nullités*, dir. BOUDOT (Michel) et VECCHI (Paolo Maria), LGDJ, 2008, p. 79
- BRUN (Henri), « Les origines du consensualisme en matière de transfert de propriété et des mitigations apportées au principe par le droit civil québécois », *Les Cahiers de Droit*, 1967-68, p. 273
- CARBONNIER (Jean), « Introduction », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René SAVATIER, 24-25 octobre 1985, PUF 1985, p. 29
- CARDILLI (Riccardo), « L'obligation de *praestare* et la responsabilité contractuelle en droit romain », *R.I.D.A* (Revue Internationale des Droits de l'Antiquité), 1996, p. 81
- CHALLAMEL (Jules), « Étude sur la partie du projet de BGB relative aux droits réels », in *Bulletin de la société de législation comparée*, Tome 18^e, 1888-1889, n° 4, p.404
- CHAZAL (Jean-Pascal), VICENTE (Serge), « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.*, 2000, p. 477
- COURDIER-CUISINIER (Anne-sylvie), « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner, Essai sur les causes d'une controverse doctrinale », *RTD civ.* juill/sept. 2005, p.521

- CROCQ (Pierre), « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Situation du vendeur de meubles. – Clause de réserve de propriété », *J.-Cl. Commercial, Procédures collectives*, Fasc. 2545
- DAGOT (Michel), « Livres fonciers et publicité foncière », *JCP*, N, 1972. I. 2448 ; Alain Fournier, « Publicité foncière », *Rép. civ. Dalloz* 2014
- DE FOLLEVILLE (Daniel), « Essai sur la vente de la chose d'autrui », *Rev. prat. dr. fr.*, t. XXXII (p. 501) à XXXIII (p. 34), Paris : A. MARESCQ AINÉ, 1871-1872
- DEFFAINS (Bruno), « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste », *LPA.*, 19 mai 2005 n° 99, p. 6
- DELFORGE (Catherine), « La formation des contrats sous un angle dynamique, Réflexion comparative », in *Le processus de formation du contrat, contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, sous la direction de FONTAINE (Marcel), BRUYLANT et LGDJ, 2002, p. 138
- DROSS (William), « Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil », *RTD civ.* 2006, p. 27
- DROSS (William), « Le transfert de propriété en droit français », *RDC* 2013, p. 1694
- DROSS (William), « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.* 2012, p. 419
- FABRE MAGNAN (Muriel), « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.*, 1997, p. 583
- FABRE-MAGNAN (Muriel), « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85
- FAUST (Florian), WIESE (Volker), « Protecting legitimate expectations : the German perspective », in *La confiance légitime et l'estoppel*, dir. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Société de Législation comparée, 2007
- FLOUR (Jacques), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges RIPERT*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 93
- FOURNIER (Alain), « Insuffisances et incertitudes en droit de la publicité foncière », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles GOUBEAUX*, Dalloz-LGDJ 2009, p. 155
- FOURNIER (Alain), « Le malaise actuel dans le droit de la publicité foncière » : *Defrénois* 1980, art. 32401, p. 1089
- FOURNIER (Alain), « Publicité foncière », *Rép. civ. Dalloz*, 2014
- GAUTIER (Pierre-Yves), « “Bien-aimée” responsabilité civile : exercice de controverse doctrinale sur le thème de la publicité foncière », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004, p. 361
- GHESTIN (Jacques), « Nullité relative pour absence de cause et point de départ de la prescription quinquennale », *D.* 2007, p. 477 (notes. Cas. 3^e civ, 29 mars 2006)
- GHESTIN (Jacques), « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chron. p. 1
- GOBERT (Michelle), « La publicité foncière française, cette mal aimée », in *Études offertes à Jacques FLOUR*, Defrénois, 1979, p. 207
- GORÉ (François), « Le transfert de la propriété dans les ventes de choses de genre », *D.* 1954, chron. p. 175
- GRIMONPREZ (Benoît), « Prescription acquisitive », *Rép. civ. Dalloz*
- GUIHO (Pierre), « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTD civ.*, 1954, p. 1
- HUET (Jérôme), « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 425
- HUREAUX (Jean Baptiste Auguste), « De la transmission de la propriété par actes entre-vifs et des privilèges sur les immeubles, Première étude, De la transmission et de l'acquisition de la propriété par actes entre-vifs », *Revue pratique de droit français, jurisprudence, doctrine, législation (Rev. prat. dr. fr.)*, t. XXXII, Paris, A. MARESCQ AINÉ, 1871
- JURÉDIEU (Franck), « Les restitutions après annulation du contrat dans l'avant-projet de réforme de droit des obligations et de la prescription », in *La théorie des nullités*, dir. Michel BOUDOT et Paolo Maria VECCHI, LGDJ, 2008, p. 251

- KANAYAMA (Naoki), « Donner et garantir- un siècle après ou une autre histoire », in *Études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 473
- KENFACK (Hugues), « À la recherche des critères d'une promesse de vente qui ne vaut pas vente », *Revue Lamy Droit civil* 2006, n° 23, p. 5 (sous l'arrêt Cass. civ., 3^e, 10 mai 2005)
- LE GUIDE (Raymond), CHABOT (Gérard), « Vente. -Obligations du vendeur, -Garantie en cas d'éviction : étendue, conditions et exercice », *J.-Cl. civ.*, Articles 1625 et 1626, fasc. 240, 1995
- LEHMANN (Matthias), « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : leçon du droit allemand », (Intervention aux 4^e Journées franco-allemandes organisées par l'Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV), *RDC* 2013, p. 1654
- LEMAIRE (Hugues), « Formalité foncière (publicité ou inscription) : Étude des systèmes déclaratifs et constitutifs dans la CEE (communauté économique européenne), quant à leur effets », *JCP*, N, 1991, n° 58, p. 451
- LEROUX (Evelyne), « Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans le jurisprudence depuis 1945 », *RTD civ.*, 1974, p. 509
- LEROUX (Evelyne), « Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans le jurisprudence depuis 1945 », *RTD civ.*, 1974, p. 509
- LEVY (Jean-Philippe), « Vente et transfert de propriété : Réflexions sur l'origine du droit romain », in *Études offertes à Pierre JAUBERT, Liber Amicorum*, Presses universitaires de Bordeaux, p. 471
- LI (ShiGang), « La loi de la République Populaire de Chine sur les droits réels : Principes fondamentaux et notations de base », *R.I.D.C.*, 2009
- LIBCHABER (Rémy), « Action paulienne », *Deffrénois*, 15 avril 2005, n° 7, art. 38142, p. 612
- LIBCHABER (Rémy), « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois*, 2007, p. 1094
- LYON-CAEN (Gérard), « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.*, 1946, p. 106.
- MAINGUY (Daniel), « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD civ.* 2004, p. 1
- MAINGUY (Daniel), « Propriété et contrat », *Rev. Droit & Patrimoine*, n° 91-mars 2001, p. 73
- Malaurie (Philippe), Rapport de synthèse du colloque « Faut-il retarder le transfert de propriété ? », *Cah. dr. entreprise JCP* 1995, éd. E, supplément n° 5, p. 51
- MALLET-BRICOUT (Blandine), « Fiducie et propriété », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009, p. 297
- MAZEAUD (Denis), « La confiance légitime et l'estoppel », *R.I.D.C.* 2-2006, p. 363
- MAZEAUD (Denis), « Observations conclusive », in « La réforme du droit des contrats : projet et perspectives (Actes du colloque du 25 octobre 2005) », *RDC* 2006, p. 177
- MAZEAUD (Henri), « La maxime *error communis facit jus* », *RTD civ.* 1924, p. 929
- MEILLER (Éric), « La distinction du formalisme et de la formalité, Réflexion sur les prescriptions imposées au mandat de l'agent immobilier », *D.*, 2012, *chron.* p. 160
- MIGNOT (Marc), « Vente. - Obligations du vendeur. - Obligation de délivrance : généralités. Étendue », *J.-Cl. Civil*, art. 1603 à 1623, Fasc. 10
- MONIER (Raymond), « Le malentendu sur la *causa traditionis* », in *Studi in onore di Pietro Bonfante, nel XL anno d'insegnamento*, tome III, Milano Fratelli Treves, 1930, p. 219
- MORIN (Gaston), « La sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime *error communis facit jus* », in *Annales des facultés de droit et des lettres d'Aix* 1906, t. II., p. 1. L'article consulté sur <https://archive.org/stream/annalesdesfacul00fragoog#page/n333/mode/2up>
- NOSSEREAU (Marine), « Le terme, modalité de l'obligation », *Rev. Droit & Patrimoine*, n° 78-janvier 2000, p. 50
- ORTSCHIEDT (Pierre), « Possession et clause de réserve de propriété en droits français et allemand », *R.I.D.C.*, 1983, p. 767
- OST (François), « Validité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993

- PAIRAULT (Thierry), « Droit de propriété et réforme du secteur d'État », *Rev. Études Chinoises* 20, 1-2(2001), p. 16-17. Consultation sur : <http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/07/65/79/PDF/20-1.Pairault.pdf>
- PICOD (Yves), « Obligations », *Rép. civ. Dalloz*, 2000
- PIGNARRE (Geneviève), « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*, Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD civ.*, 2001, p. 41
- RADBRUCH (Gustav), « La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », *Arch. phil. dr et de soc. jur.* 1936, p. 86
- RAMPENBERG (René-Marie), « La vente est-elle translatrice de la propriété ? Variations franco-germaniques sur un thème romain », *Rev. d'hist. des Fac. de droit et de la science juridique*, 1998/19, p. 49
- RANIERI (Filippo), « La nouvelle partie générale du droit des obligations (dans le BGB) », *R.I.D.C.*, n° 4, Octobre-décembre 2002, p. 941
- REMY (Philippe), « L'effet translatif », in *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, (sous la direction de François TERRÉ), Dalloz 2009, p. 249
- REVET (Thierry), « Fraude paulienne à la créance de donner (Cass. com., 10 janvier 2006, n° 04-18.088) », *RTD civ.* 2006, p. 343
- ROCHÉ (Paul), « La *prénotation*, ou inscription provisoire, elle-elle compatible avec le système français de publicité foncière ? », *RTD civ.*, 1965, p. 22
- ROUBIER (Paul), « Les prérogatives juridiques », in *Archives de philosophie du droit*, 1960, p. 65
- SACCO (Rodolfo), « Le droit muet », *RTD civ.* 1995, p. 783
- SAINT-ALARY-HOUIN (Corinne), « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, 1985, p. 733
- SALEILLES (Raymond), « De la possession des meubles - Études de droit allemand et de droit français », consulté sur : <http://dlib-pr.mpij.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22196696%22>
- SCHMIDT (Joanna), « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.* 1974, p. 46
- SCHMIDT-SZALEWSKI (Joanna), « Le rôle de l'acte authentique dans la vente immobilière », *Rev. Droit immob.*, 1989, p. 147
- SERICK (Rolf), « La responsabilité civile en droit allemand », *R.I.D.C.* 1955, juillet-septembre, p. 560
- SERINET (Yves-Marie), « Actualisation de la valeur : Restitution des choses physique après annulation du contrat », in *Droit et Économie des contrats (dir. Christophe JAMIN)*, LGDJ, 2008, p. 75
- SERVOS (Joseph), « La vente sous réserve de propriété en droit allemand », *R.I.D.C.* 1965, p. 395
- SIMLER (Philippe), « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *Jur.-Class. Civ*, art. 1136 à 1145, Fasc. 10, 11
- SOURIOUX (Jean-Louis), « La croyance légitime », *JCP*, 1982, I, 3058
- STURM (Fritz), « Origine et évolution de la mancipation, Synthèse rétrospective de l'enseignement de Philippe MEYLAN », in *Mélanges Paul PIOTET*, 1990, p. 567
- SZÁSZY (István), « La règle juridique, le droit subjectif et le sujet de droit en droit international. Essai d'une nouvelle théorie », in *Mélanges offerts à Juraj ANDRASSY, Essays in international law in honour of Juraj Andrassy : Festschrift für Juraj Andrassy*, texte rédigé par Vladimir IBLER, Martinus Nijhoff, La haye, 1968
- TAKIZAWA (Itsuyo), « La publicité foncière française : le pourquoi de sa difficulté », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004, p. 377
- TAKIZAWA (Itsuyo), « Notion d'opposabilité dans la publicité foncière. Réflexions sur le fondement du système français » : *RRJ* 1993-3, p. 933
- TALLON (Denis), « Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix) », *D.* 1992, *chron.* p. 67.

- THOMAS (Yan), « Une invention de la romanistique allemande : L'acte de transfert abstrait », in *Droits (Revue française de théorie juridique)*, n° 7/ 1988, p. 37
- TRIGEAUD (Jean-Marc), « Réserve de propriété et transfert de propriété », *JCP.*, éd. C.I., 1982. II 13744, p. 157
- VAREILLES-SOMMIÈRES (Pascal de), « Définition et notion juridique de la propriété », *RTD civ.*, 1905, n° 4, p. 443
- VECCHI (Paolo Maria), « Catégories juridiques et faux amis : Le système des nullités dans les Codes civils italiens », in *La théorie des nullités*, sous dir., Michel BOUDOT et Paolo Maria VECCHI, LGDJ, 2008, p. 102
- WESTER-OUISSE (Véronique), « Le transfert de propriété *solo consensu* : principe ou exception ? », *RTD civ.*, avril/juin 2013, p. 299
- WINTGEN (Robert), « L'indemnité de jouissance en cas d'anéantissement rétroactif d'un contrat translatif », *Defrénois*, 2004, art. 37942, p. 692 ; note sous l'arrêt de Cass. ch. mixte, 9 juillet 2004 par Rémy LIBCHABER, *Defrénois* 2004, art. 38035, p. 1402
- WITZ (Claude), « Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière du droit allemand », in *Festschrift für Günther Jahr, zum siebzigsten Geburtstag*, Vestigia Iuris, Herausgegeben von Michael MARTINEK, Jürgen SCHMIDT, Elmar WADLE, J. C. B. Mohr Tübingen, 1993, p. 533
- ZENATI-CASTAING (Frédéric) et Fournier (Stéphanie), « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », *RTD civ.*, 1996, p. 339
- ZENATI-CASTAING (Frédéric), « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305
- ZENATI-CASTAING (Frédéric), « Transfert de propriété par l'effet des obligations », *RTD civ.*, 1994, p. 132

2. En langue chinoise

- CHENG (Xiao), « L'étude sur la distinction entre la foi publique de la publicité et l'acquisition de bonne foi *a non domino* en matière mobilière », *Rev. Peking University Law Journal*, Vol. 22, n° 4, p. 529
- CHENG (Xiao), « Les questions relative à la prénotation, Étude sur 'les Mesures de publicité foncière' III », *Rev. Les Biens immobiliers en Chine*, 2008, n° 6.
- CUI (JianYuan), « Débats concernant le contrat de disposition sur la chose d'autrui », *Rev. Étude en droit*, 2003, n° 1
- CUI (JianYuan), « La nature et la position de la garantie contre les défauts matériels », *Rev. Science juridique en Chine*, 2006, n° 6, p. 33
- GE (YunSong), « L'acte réel de disposition, oiseau immortel dans la légende », *Rev. de l'Institut des Sciences politiques et juridiques de l'Est de Chine*, 2007, vol.6, p. 102
- GE (YunSong), « La fonction de l'acte réel de transférer la propriété », *Rev. Science juridique en Chine et à l'étranger*, 2004, n° 6, p. 702-741
- GE (YunSong), « La recherche sur l'acte réel de disposition », *Rev. Droits chinois et étrangers*, 2004, n° 6
- GE (YunSong), « Le contrat de disposition sur la chose d'autrui », in *La compilation des recherches relatives aux droits civil et commercial, (Civil and commercial law review)*, Volume 21, sous la direction de HuiXing LIANG, Édition Culture de JinQiao (Hongkong), 2001, n° 4, 21, p. 189
- HAN (ShiYuan), « La garantie du vendeur contre les défauts matériels et la Loi chinoise relative aux contrats », *Rev. Science juridique en Chine*, 2007, n° 3, p. 179.
- HAN (Song), « Recherche relative au procédé de la définition du droit de propriété », *Rev. Journal de l'Institut de Sciences politiques et juridiques de GanSu*, 2007, n. 3, p. 1
- JIN (KeKe), « Les éléments constitutifs de la théorie relative à la distinction entre le droit de créance et le droit réel », *Rev. Recherche sur la théorie juridique*, 2005, volume 27, n° 1, p. 20-31

- LI (YongJun), « L'acte réel de transférer la propriété n'existe-il pas en réalité en droit chinois ? », *Rev. La Science juridique*, 1998, n° 4, p. 64
- LIANG (HuiXing), « Est-ce que le droit chinois a adopté l'acte réel de transférer la propriété ? », in *Théories du droit civil et Études législatives* du même auteur, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 1993, p. 127
- LIANG (HuiXing), « La notion de contrat dans le droit civil chinois », *Rev. Science juridique en Chine*, n° 2, 1992, p. 52
- LONG (YiFei), YANG (JianWen), « Étude sur la notion de propriété », *Rev. Magazine des sciences juridiques*, 2008, n° 2, p. 70;
- LU (ChunYa), « La condition de bonne foi dans le principe de la foi publique des droits réels immobiliers publiés », *Rev. Peking University Law Journal*, 2011, n° 3, p. 559
- MA (XinYan), « Le développement moderne de la théorie de la propriété en droit romain », *Rev. Étude en droit*, 2006, n° 2, p. 114
- MEI (RuiQi), « Les conséquences de l'annulation du contrat ». L'article consulté sur le site : http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=23296&Type=mod
- MENG (QinGuo), SHEN (HuiWen), « La LDR n'a pas consacré la foi publique de la publicité », *Rev. Oriental Law*, 2009, n° 5, p. 92
- NIU (ZhenYa), « Théories relatives à l'acte créateur d'obligation et à l'acte de disposition », *Forum de NanDu*, numéro I, 1990, p. 62
- SHENG (LeiMing), « L'étude sur la condition de bonne foi dans l'acquisition de bonne foi a non domino, Essai sur les interprétations et sur les améliorations de l'article 106 de la LDR », *Rev. Oriental Law*, 2012, n° 4, p. 27
- SUN (RuiXi), « Nouvelle recherche sur le concept de perte de la chose, l'objet du contrat de vente, et celui de répartition des risques ». L'article publié sur le site : http://article.chinalawinfo.com/article_print.asp?articleid=1500
- SUN (XianZhong), « L'origine et l'importance de la théorie relative à l'acte réel de transférer la propriété », *Rev. La science juridique en Chine*, 1996, n° 3, p. 89-90
- SUN (XianZhong), « Les principes de la protection des tiers dans la mutation des droits réels », in *Théories des droits réels*, Édition de Droit, 2001
- WANG (HongLiang), « La relativisation de la foi publique de la publicité », *Rev. Journal of Comparative Law*, 2009, n° 5, p. 31
- WANG (LiMing), « Des discussions sur les questions concernant l'acte réel de transférer la propriété », *Rev. Science juridique en Chine*, 1997, n° 3, p. 61 et 62
- WANG (LiMing), « Étude sur les conditions requises dans l'acquisition de bonne foi a non domino en matière immobilière », *Rev. Politique et Loi*, 2008, n° 10, p. 6
- Wang (LiMing), « Impossibilité d'exécution du contrat », in *Le droit romain et la codification du Code civil chinois, Théories sur le droits des obligations et le droits des biens*, dir. ZhenShan YANG et Sandro SCHIPANI, Édition d'Université de Politique et Juridique de Chine, 1995, p. 407-452
- WANG (XueYan), TIAN (ShuiNiu), « Essai sur la règle de répartition des risques en matière de vente », *Rev. Journal of Beijing city University*, 2007, n° 1. L'article consulté sur le site : <http://www.bcu.edu.cn/truekxyj/journal/77/17.htm>
- WANG (Yong), « La relation entre la LDR et la loi relative à la fiducie, Les problématiques liées à la fiducie dans le cadre du droit civil », *Rev. Journal of Peking University, (Philosophy and Social Sciences)*, 2008, n° 6, p. 93
- WANG (Yong), « Analyse de la notion du droit de propriété », *Rev. Science juridique en Chine et à l'étranger*, 2000, n° 5, p. 513.
- WANG (ZeJian), « La vente de la chose d'autrui et la disposition d'une chose sans avoir le droit d'en disposer », in *Théorie du droit civil et commentaires d'arrêts*, n° 5, Édition de l'Université du peuple de la Chine, 1^e éd., p. 43

- WEI (JianGuo), XIE (RuiNa), « Les actions en justice après l'inscription d'un contredit », in *Journaux de La Cour populaire*, 8 août 2012. Article consulté sur le site : http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2012-08/08/content_48975.htm?div=-1
- WEI (ZhenYing), « Étude sur la sanction de restitutions des biens, en comparaison avec la prétention à la restitution », *Rev. Droits chinois et étrangers*, 2011, n° 6, p. 1171
- WU (ZeYong), « L'étude sur la preuve de la bonne foi dans l'acquisition de bonne foi *a non domino* », *Rev. Science juridique en Chine*, 2012, p. 149
- WU (ZhiLiang), « Essai sur les conditions de validité de la vente immobilière », *Rev. presse du Parquet populaire suprême*, 1999, n° 1
- XIAO (JianGuo), « Les règles de preuve dans la Loi chinoise relative aux contrats », *Rev. Commentaires juridiques*, 2001, n° 5, p. 80
- XIE (HuaiShi), « Interpréter rigoureusement les Principes généraux de droit civil afin d'établir la science juridique en Chine », in *Œuvres choisies de HuaiShi XIE*, China legal publishing house 2002, p. 100
- XIE (HuaiShi), CHENG (Xiao), « L'analyse sur l'acte réel de transférer la propriété », *Rev. La science juridique en Chine*, 2002, n° 4.
- XIE (ZheSheng), « La révision de l'autonomie d'un acte réel de transférer la propriété », *Rev. Forum juridique de l'Université nationale de politique (Taïwan)*, n° 52, décembre 1994, p. 345
- XU (DiYu), HU (DongHai), « La conception du système de l'acquisition de bonne foi *a non domino* sous l'angle de la répartition de la charges de la preuve, Commentaires sur l'article 106 de la LDR », *Rev. journal of comparative law*, 2009, p. 52
- YAN (MeiLin), « L'étude sur les critères de l'application de la bonne foi dans l'acquisition de bonne foi *a non domino* en matière immobilière », *Rev. Journal of Wenzhou University, Social Sciences*, 2013, Vol. 26, n° 1, p. 85
- YANG (ShanFu), « La restitution en valeur consécutive à l'annulation du contrat est-elle basée sur la responsabilité pour faute ? ». L'article publié sur le site : <http://jxfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=3602>
- YANG (ShuMing), Ping ZHANG, « Étude sur les effets uniques entre les conditions de l'existence et de l'efficacité du contrat », *Rev. La Presse de l'Université de ZhongShan*, 2003, p. 95
- YANG (YuXi), « Le formalisme et le réalisme : la critique sur une approche dans la théorie relative à l'acte de disposition », in *Rev. Recherche sur la loi et le commerce*, 1997, n° 5, p. 21
- YE (JinQiang), « La force probante de la publicité des droits réels et le caractère abstrait de l'acte de disposition dans le droit des biens », in *TsingHua Law Journal*, t. 6. 2005, p. 62
- YE (JinQiang), « Les principes dans l'interprétation de l'article 106 de la LDR », *Rev. Étude en droit*, 2010, n° 6, p. 55
- YE (JinQiang), « La force probante de la publicité des droits réels et le caractère abstrait de l'acte de disposition dans le droit des biens », in *TsingHua Law Journal*, t. 6. 2005, p. 62
- YIN (Fei), « L'importance de l'éclaircissement sur l'opposabilité *erga omnes* du droit réel », l'article publié in *Procuratorial Daily*, 2005-08-01. Consulté : <http://www.china.com.cn/chinese/law/929621.htm>
- YU (HaiYong), « La perplexité suscitée par le contrat réel de transférer la propriété », in *Le registre foncier*, Édition de Droit, 2006
- YUE (ZhenHua), « L'étude sur les problèmes dans le stellionat », *Rev. Science juridique en Chine*, 1995, n° 5
- ZHAO (JinLong), « Quelques analyses sur les questions essentielles relatives à la restitution après annulation du contrat », *Rev. La science juridique contemporaine*, 1999, n° 3, p. 63
- ZHAO (YongShan), « Étude sur le contrat réel », *Rev. Théories du droit contemporaines*, n° 4, 1998
- ZHU (GuangXin), « La portée limitée de l'acquisition de bonne foi *a non domino* en matière immobilière », *Rev. Recherche sur la théorie juridique*, 2009, n°4, p. 40
- ZHU (GuangXin), « Le fondement et les conséquences de l'irrévocabilité de l'offre ». *Rev. Global law Bulletin*, édition chinoise 2012, n° 5

- ZHU. (GuangXin), « La portée limitée de l'acquisition de bonne foi a non domino en matière immobilière », *Rev. Recherche sur la théorie juridique*, 2009, n°4, p. 40

IV. CODES

- *Code civil allemand, Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, Gwendoline LARDEUX, Raymond LEGEAIS, Michel PÉDAMON, Claude WITZ, Dalloz 2010
- *Code civil général autrichien, Traduit de l'allemand* par Michiel DOUCET, Paris : Éditions A. PÉDONE, 1947
- *Code civil de la république de Chine, Livres I, II et III, suivis des Loi de mise en vigueur*, Traduits du chinois par HO Tchong-Chan, Imprimerie de l'Orphcliat & Librairie du Recueil Sirey, 1930
- *Code civil de l'Empire du Japon, Livres I, II et III*, promulgués le 28 avril 1896, Traduction par Ichiro MOTONO et Massa-akira TOMII, Réimprimé par le Shinsei-shuppan, Tokio, 1997
- *Code civil suisse et code des obligations annotés*, Pierre SCYBOZ, Georges SCYBOZ, Pierre-Robert GILLIÉRON, Andrea BRACONI, Helbing Lichtenhahn, 8^e éd., 2008

INDEX

N.B : Les numéros renvoient aux paragraphes

A

- Acquisition
 - — *a domino* : **459-514**
 - — *a non domino* mobilière : **515-537**
 - — *a non domino* immobilière : **538-551**
 - — à titre gratuit : **15, 175, 449, 559**
 - — à titre onéreux : **435, 559-560**
- Acte authentique : **169, 177, 214, 219, 223, 226, 263, 266-267, 276-277, 283-284**
- Acte translatif de propriété : **220, 244**
- Action
 - — confessoire : **440**
 - — paulienne : **170, 174-179**
 - — possessoire : **494**
 - — réintégration (réintégrande) : **494**
- *Animus* : **91, 192, 204, 240, 244, 311, 542**
- Annulabilité : **232, 372**
- Apparence (de propriété) : **332, 438, 459, 467, 470, 473, 507-508, 516, 519, 522-533, 540-542, 566, 589**
- Attributs de la propriété : **12, 115, 481, 487, 494, 495**

B

- Bonne foi : **515-537, 539-551, 562**

C

- Choses
 - — de genre (fongibles) : **122, 124, 169, 207-212, 271-272, 275, 336, 349, 352, 371, 375**
 - — futures : **169, 208-209, 274-276, 328, 336, 349, 352**
- Clause de dessaisine-saisine : **59, 76, 249**
- Clause de réserve de propriété : **161, 214, 219, 283-284, 545**
- Condition suspensive : **215-217, 219, 280-284, 545**
- Contrepartie raisonnable : **332, 449, 556, 559, 561, 593**

D

- Déclaration de volonté : **84, 224, 228-229, 231-232**
- Droit
 - —de disposer : **102, 120, 231, 234, 318, 328-331, 338, 341, 344-345, 353, 355, 449-450, 485, 487, 540**
 - Droit personnel : **146, 202, 204-206, 322, 401, 462-463**
 - Droits réels (notion) : **131-132**

E

- Effet translatif (contrat) : **71-76, 143-144, 183, 186, 189-201, 208-220, 284, 340-350, 352**
- Enrichissement sans cause : **245, 368, 371, 374-378**
- Erreur
 - — commune : **519, 523-524, 528, 533-534, 540, 543, 549**
 - — invincible : **543**
- Exclusivité (droit réel) : **13, 401, 407, 451-479, 496-513**

F

- Fiducie : **16, 17**
- Formalisme : **405-430, 435, 454-459, 463, 503-505, 513**

G

- Garantie d'éviction : **287-314, 332, 341, 346, 468**

I

- Intérêt expectatif : **553-556**
- Inopposabilité : **171, 179, 409-410, 473, 477**

J

- *Jus ad rem* : **42, 149**
- *Jus in re* : **42, 149**
- *Justa causa* : **26, 29-30, 32, 34-37, 81, 91, 201**

L

- Livre foncier : **97, 99, 105, 160, 226, 230, 359, 431, 440, 477, 588, 602-607**

M

- Mécanisme de transfert de propriété
 - — abstrait : **34-36, 87-102, 239-241, 243-245**
 - — causal : **32-36, 39, 81, 139, 241, 247, 364-372, 449, 515**
 - — dualiste : **23-28, 39, 56-67**
 - — moniste : **69-76**
- Maîtrise (droit réel) : **401, 427, 483-490**
- Mauvaise foi : **332, 357, 410, 477, 543, 564, 566, 578, 594, 598, 603**
- *Modus* : **10, 25, 31, 39, 54, 77, 79, 80, 82-83, 85, 87, 86, 89, 90, 91, 94, 102, 140**
- Modalités de l'obligation : **196, 211, 214-215**
- Modalité *sui generis* du transfert de propriété
 - — la clause de réserve de propriété : **219**
 - — la volonté des parties : **284**

N

- Nullité : **117, 224, 230, 325**
- Nullité de la vente de la chose d'autrui : **317-338**

O

- Obligation de délivrance : **47, 169, 177, 192, 297, 310, 311, 313**
- Obligation de donner : **44, 70, 74-75, 144-180, 211-213, 304, 308, 317, 346, 367, 372**
- Obligation de livrer
 - — définition de Domat : **42, 45**
 - — définition de Pothier : **44**
- Offre
 - — moment de transfert de propriété : **256-262**
 - — révocabilité : **258-259**
 - — rétractation : **261**
- Opposabilité : **168, 195, 204, 236, 359, 405-413**

P

- Perte : **561**
- Possession : **165, 427-428, 448, 538-552, 587, 593-600**
- Prescription acquisitive mobilière : **539, 541-542, 593-600**
- Prescription acquisitive immobilière : **600-609**
- Présomption (propriété) : **407, 409, 437, 439-442, 531, 547-549, 583, 603**
- Principe
 - — d'abstraction : **88-92, 101, 239-245**
 - — de séparation : **86, 222-232**
 - — de publicité : **99, 402, 418, 423, 425-449**
- Prix raisonnable : **516, 560**
- Promesse unilatérale de vente
 - — la levée de l'option : **262-263**
- Promesse synallagmatique de vente
 - — la promesse de vente vaut vente : **265**
 - — la promesse de vente ne vaut pas vente : **267**

- Publicité foncière : **109, 128, 299, 355, 360, 409-411, 429, 435, 470-474, 477, 521-537, 588, 601-609**

R

- Réserve de propriété : **161, 214, 219, 283-284, 545**
- Résolution du contrat : **363**
- Restitution : **368-391**

- Rétroactivité : **139, 241, 245, 281, 362, 364**
- Revendication : **33, 124, 185, 194, 245, 299, 318, 327, 332, 341, 346, 365, 371, 445, 499, 520-562**

T

- *Traditio*
- — dans l’Ancien droit français : **39, 41, 43, 44-50, 52-54, 56-57, 59-62, 64-67, 71, 75-76**
- — dans le Code civil français : **146-149, 159-161, 185, 191-192**
- — dans le Code civil prussien : **80-82**
- — en droit allemand : **85, 91-93, 224, 240**
- — en droit chinois : **109, 115-116, 122, 124, 160-161, 235, 420**
- — en droit romain : **11, 26-37, 159, 420**
- — en droit suisse : **382**
- — feinte(s) : **48, 50, 51, 59, 62, 67, 68, 71, 74, 76, 147-149**
- — fictive(s) : **26, 27, 52-53, 56, 142, 428, 596**
- — réelle : **49, 62, 67, 149, 195**
- Transfert
- — chose de genre : **371**
- — moment : **252-286**
- — différé : **277-286**
- — *solo contractu* : **183, 185, 194**
- Transfert de propriété anticipé : **273**
- Transfert des risques : **59, 148, 209, 360**
- — res perit domino : **59, 209, 271, 384**

U

- Usucapion : **564-609**

V

- Vente
- — de la chose d’autrui : **317-344**
- — nature juridique : **185, 217**

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire	7
Abréviations	9
INTRODUCTION	11
PREMIÈRE PARTIE. LA SIMPLICITÉ DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ EN DROIT CHINOIS.....	25
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. LES ORIGINES DU MÉCANISME CHINOIS DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ	29
Section I. L'origine romaine du mécanisme du transfert de propriété	29
§ 1. Le mécanisme dualiste du transfert de propriété en droit romain	29
§ 2. La nature controversée du mécanisme du transfert de propriété en droit romain	35
Section II. L'évolution historique du droit français	40
§ 1. Le mécanisme du transfert de propriété pratiqué dans l'Ancien droit français.....	40
A. Le rapprochement entre la vente et le transfert de propriété.....	42
B. Le dépérissement de la <i>traditio</i> par sa dématérialisation.....	48
§ 2. Le mécanisme du transfert de propriété dans le Code civil	53
A. Le mécanisme dualiste du transfert de propriété initialement consacré par le Code civil	54
B. Le modèle moniste du transfert de propriété dû à une interprétation « infidèle ».....	63
Section III. L'évolution historique du droit allemand.....	71
§ 1. Le modèle du <i>titulus-modus</i> du transfert de propriété avant la codification du Code civil allemand	72
A. Le modèle de transfert de propriété dans les Codes civils prussien et autrichien.....	72
B. Les doctrines consacrées au modèle du <i>titulus-modus</i> du transfert de propriété	74
§ 2. Le mécanisme dualiste et abstrait du transfert de propriété du Code civil allemand	78
A. L'apparition de la doctrine du mécanisme dualiste et abstrait de transfert de propriété	78
B. La mise en place du modèle dualiste et abstrait de transfert de propriété dans le Code civil allemand.....	83
Section VI. La réception du droit continental par le droit chinois	89
§ 1. Les réglementations concernant le transfert de propriété avant 1986	92
§ 2. Le mécanisme du transfert de propriété dans la vente entre 1986-2007	97
A. Le mécanisme du transfert de propriété prévu par les Principes généraux du droit civil	97
B. Les exceptions au mécanisme du transfert de propriété des Principes généraux du droit civil.....	102
§ 3. Les apports de la Loi chinoise relative aux droits réels en 2007 à l'appréhension du mécanisme du transfert de propriété.....	104
A. La présentation de la loi chinoise relative aux droits réels	105
B. La nature juridique du mécanisme du transfert de propriété dans la loi chinoise relative aux droits réels.....	109
Conclusion du Chapitre préliminaire	110
TITRE I. LA RECHERCHE DE LA SIMPLICITÉ DU DROIT CHINOIS.....	113

CHAPITRE I. LA MISE À L'ÉCART DES CONTROVERSES DU DROIT FRANÇAIS	117
Section I. L'éviction de la controverse relative à l'obligation de donner	119
§ 1. La consécration de l'obligation de donner dans le Code civil	119
§ 2. La condamnation de l'obligation de donner par la doctrine	124
§ 3. L'hésitation concernant l'existence de l'obligation de donner	129
A. L'obligation de donner soutenue par une partie de la doctrine	130
1. Le contenu substantiel de l'obligation de donner	131
2. L'exécution-résultat de l'obligation de donner	137
3. L'inexécution de l'obligation de donner	139
B. L'obligation de donner réveillée par la jurisprudence	143
1. L'exigence d'un prix déterminé et l'obligation de donner	143
2. L'action paulienne et la créance de donner	146
Section II. L'éviction de la controverse relative à l'effet translatif du contrat de vente	152
§ 1. L'association de l'effet réel et de l'effet obligatoire dans la vente en droit français	152
§ 2. Les difficultés à adopter l'effet translatif de la vente en droit chinois	159
A. Les difficultés soulevées en cas de transfert de propriété immédiat	159
1. L'absence de concordance avec les textes du Code civil	160
2. L'antinomie entre le transfert de propriété <i>solo consensu</i> et l'effet translatif du contrat	165
3. L'obscurcissement de la distinction entre les droits personnels et les droits réels	169
B. Les difficultés soulevées en cas de transfert de propriété différé	173
1. Les difficultés soulevées dans la vente de choses de genre ou futures	173
2. Les difficultés soulevées en cas de transfert de propriété différé volontairement par les parties à la vente	179
Conclusion du Chapitre I	185
CHAPITRE II. L'INFLUENCE PARTIELLE DU DROIT ALLEMAND	187
Section I. L'adoption douteuse de l'acte réel du transfert de propriété en droit chinois	187
§ 1. La complexité due à l'existence du contrat réel de transfert de propriété	190
A. La complexité inhérente aux rapports entre l'accord de volontés sur le transfert de propriété et la mesure de publicité	191
B. La complexité inhérente aux rapports entre l'efficacité de la vente et l'efficacité du contrat réel	194
§ 2. L'hésitation de la doctrine et du législateur sur le contrat réel de transfert de propriété	198
Section II. Le refus certain du principe d'abstraction en droit chinois	205
Conclusion du Chapitre II	213
Conclusion du Titre I	213
TITRE II. LES CONSÉQUENCES DE LA SIMPLICITÉ DU DROIT CHINOIS	215
CHAPITRE I. LES ATOUTS DE LA SIMPLICITÉ	219
Section I. La détermination certaine du moment du transfert de propriété	219
§ 1. Les difficultés de déterminer le moment de la formation du contrat de vente en droit français	220
A. Le transfert de propriété dès l'acceptation de l'offre	221
B. Le transfert de propriété dès la levée de l'option	227

C. Le transfert de propriété dès la conclusion de la promesse synallagmatique.....	229
1. Le principe.....	229
2. La dérogation au principe.....	231
§ 2. Les incertitudes dues à la variation du moment du transfert de propriété dissocié de la formation du contrat.....	234
A. Le transfert de propriété dissocié de la formation du contrat en vertu de la nature de la chose.....	234
1. La vente de choses de genre.....	235
2. La vente des choses futures.....	237
B. Le transfert de propriété aménagé par la volonté des parties.....	238
1. Le transfert de propriété lié à des événements extrinsèques aux volontés des parties.....	239
2. Le transfert de propriété lié à des événements intrinsèques aux volontés des parties.....	241
Section II. L'éclaircissement du mécanisme de la garantie d'éviction.....	245
§ 1. L'éclaircissement de l'objet de la garantie d'éviction.....	251
§ 2. L'éclaircissement sur le fondement de la garantie d'éviction.....	255
A. La garantie d'éviction fondée sur l'obligation de <i>dare</i>	255
B. Divers autres fondements à la garantie d'éviction.....	259
Conclusion du Chapitre I.....	263
CHAPITRE II. LES FAIBLESSES DE LA SIMPLICITÉ.....	265
Section I. La situation épineuse de la vente de la chose d'autrui.....	265
§ 1. La portée réduite de la nullité de la vente de la chose d'autrui.....	269
A. l'efficacité incertaine de la vente de la chose d'autrui en droit chinois.....	269
B. la nullité relative de la vente de la chose d'autrui en droit français.....	276
§ 2. Les contributions à la validité de la vente de la chose d'autrui.....	282
A. La validité de la vente de la chose d'autrui par le recours à l'obligation de <i>dare</i>	282
B. Le détachement de l'effet obligatoire de l'effet translatif du contrat de vente.....	288
Section II. Le risque des ventes successives.....	295
Section III. Les difficultés dues à l'anéantissement rétroactif du contrat de vente.....	302
§ 1. Les difficultés liées au fondement de restitution du bien.....	306
A. Les restitutions basées sur le droit de propriété restauré.....	307
B. Les restitutions fondées sur l'enrichissement sans cause.....	312
§ 2. Les difficultés liées aux modalités de restitution du bien.....	314
A. Le manque de précision des textes de la loi.....	316
1. Le manque de précision des textes relatifs au procédé de l'anéantissement du transfert de propriété.....	316
2. Le manque de précision des textes relatifs à la perte fortuite de la chose.....	318
3. Le manque de précision des textes à propos de la restitution des fruits civils.....	320
B. L'absence d'équité dans la restitution.....	322
Conclusion du Chapitre II.....	327
Conclusion du Titre II.....	328
Conclusion de la première partie.....	329
DEUXIÈME PARTIE. LA SÉCURISATION DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ EN DROIT CHINOIS.....	331
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. LE RÔLE ESSENTIEL DE LA PUBLICITÉ HÉRITÉ DU DROIT ALLEMAND.....	335

Section I. L'analyse comparative des notions de publicité en droits français et chinois	336
§ 1. La publicité envisagée comme un formalisme d'opposabilité	337
§ 2. La publicité envisagée comme une condition de constitution des droits réels	346
Section II. Mise en œuvre du principe de publicité du droit des biens chinois	354
§ 1. Le caractère constitutif des mesures de publicité	357
§ 2. La foi publique de la publicité des droits réels	363
A. La présomption simple d'exactitude de la publicité des droits réels	363
B. La force probante absolue des droits réels publiés à l'égard des tiers de bonne foi	366
Conclusion du Chapitre préliminaire	371
TITRE I. LA SÉCURISATION DU TITRE PAR LA PUBLICITÉ	373
CHAPITRE I. LE REJET DE L'EXCLUSIVITÉ DE LA PROPRIÉTÉ INCONDITIONNÉE	377
Section I. La protection idéaliste de l'acquéreur <i>a domino</i>	381
Section II. Une sécurité perfectible en cas de ventes successives	386
Conclusion du Chapitre I	395
CHAPITRE II. L'ADOPTION DE L'EXCLUSIVITÉ DE LA PROPRIÉTÉ TRIBUTAIRE DE LA PUBLICITÉ	397
Section I. L'exclusivité conditionnée par l'accomplissement de la publicité	397
§ 1. La définition de la propriété : le droit de maîtrise de la chose	400
A. L'exigence de la maîtrise qualifiée d'essence de la propriété	400
B. La nature matérielle de la notion de propriété	407
1. La corporalité du droit de propriété	407
2. L'intégration de la prérogative de possession au contenu de la propriété	409
§ 2. La propriété caractérisée par la maîtrise exclusive sur la chose	413
A. L'exclusivité inhérente à la notion de propriété	414
B. L'exclusivité de propriété conditionnée par sa publicité	417
Section II. La mise à l'épreuve du système chinois dans les transactions	421
§ 1. La réduction des sources de conflits de droits concurrents	422
§ 2. La conciliation entre la sécurité du propriétaire légitime et celle des acquéreurs successifs du même auteur	423
Conclusion du Chapitre II	424
Conclusion du Titre I	425
TITRE II. LA SÉCURISATION DU TIERS DE BONNE FOI PAR LA PUBLICITÉ	427
CHAPITRE I. LA PROTECTION SATISFAISANTE DU TIERS DE BONNE FOI A NON DOMINO	431
Section I. La bonne foi attachée à la foi publique des droits réels publiés	433
§ 1. L'appréciation objective de la bonne foi en matière immobilière	434
§ 2. L'appréciation relativement objective de la bonne foi en matière mobilière	444
Section II. La subordination de la protection du tiers de bonne foi à la perte réelle de l'intérêt expectatif	458
Conclusion du Chapitre I	465
CHAPITRE II. LE RÔLE SUPERFÉTATOIRE DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE	467
Section I. Les motifs de refus du recours au mécanisme de la prescription acquisitive par le législateur chinois	470

§ 1. Les fonctions de la prescription acquisitive assurées par la publicité des droits réels	471
A. Le mode de preuve	471
B. Le mode d'acquisition de la propriété	475
§ 2. L'incompatibilité entre les fonctions de la prescription acquisitive et celles de la publicité des droits réels.....	478
A. L'incompatibilité entre l'usucapion et la force probante de la publicité des droits réels	479
B. L'incompatibilité entre l'usucapion et l'effet acquisitif de la publicité des droits réels	480
Section II. La prescription acquisitive, auxiliaire de la publicité des droits réels.....	481
§ 1. Le rôle complémentaire de la prescription acquisitive en matière mobilière	482
§ 2. Le rôle rassurant de la prescription acquisitive en matière immobilière	487
Conclusion du Chapitre II	491
Conclusion du Titre II.....	491
Conclusion de la Deuxième Partie.....	493
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	495
BIBLIOGRAPHIE	499
I. Ouvrages Généraux	501
1. En langue française	501
2. En langue chinoise	505
3. En langue allemande	506
4. En langue anglaise	506
II. Ouvrages spéciaux et Thèses monographiques	507
1. En langue française	507
2. En langue chinoise	509
III. Articles, Rapports et Chroniques	510
1. En langue occidentale.....	510
2. En langue chinoise	514
IV. Codes.....	517
INDEX.....	518
TABLE DES MATIÈRES	523