

Obligation comme bien

Droit français et allemand

Christoph KRAMPE

Professeur à l'Université de Mannheim

RÉSUMÉ. — L'obligation comme *bien* ou *valeur patrimoniale* est considérée par la théorie française sous l'aspect que la créance partage avec la propriété des choses. Le droit allemand des biens (*Vermögensrecht*) se caractérise par une stricte distinction entre le droit des obligations (*Recht der Schuldverhältnisse*) et le droit des choses (*Sachenrecht*). En principe, le code civil allemand reconnaît la maxime française selon laquelle « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent » (art. 537 code civil). Mais, contrairement au droit français, la cession d'une créance peut être exclue par convention entre créancier et débiteur, et ceci aussi à l'égard du tiers, la créance étant considérée comme lien personnel entre créancier et débiteur. D'autre part, en 1994 le droit allemand s'est rapproché du droit français par le nouvel article 354a du code de commerce. Le droit de cession français, de son côté, s'était rapproché du droit allemand par la loi Dailly de 1981. Le problème général doit être résolu dans une perspective européenne.

I. — L'OBLIGATION COMME VALEUR

1. Le substantif *bien* signifie, d'une façon générale, une valeur économique¹. Le pluriel *les biens* dérivé du latin *bona* tel qu'on le rencontre par exemple aux articles 516 et 711 du code civil correspond en allemand au singulier *das Vermögen*, alors que la traduction littérale au pluriel *die Güter* est moins en usage. Le singulier français *le bien* se traduit par *Vermögensgegenstand* ou *Vermögensbestandteil*. Un bien est considéré comme élément du patrimoine. Pour cette notion spécifique de la théorie française signifiant le cadre des biens, le juriste allemand connaît également le mot *das Vermögen* ou *Vermögenseinheit*. Mais nous parlons des biens comme contenu du *patrimoine*². Un

¹ Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, Paris, 1992, p. 217.

² F. Terré, P. Simler, *Droit civil, Les biens*, 5e ed., Paris, 1998, p. 4 et s. ; M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, III, *Les biens*, Paris, 1926, p. 20 et s. ; M. Ferid, H. J. Sonnenberger, *Das französische Zivilrecht*, 2e ed., Heidelberg, 1986, p. 515, 523 ; A. Bürge, « Der Einfluß der Pandektenwissenschaft auf das französische Recht im 19. Jahrhundert : Vom Vermögen zum patrimoine », in R. Schulze (Hg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, [p. 205-215] Ch. KRAMPE Arch. phil. droit 44 (2000)

bien ne signifie pas seulement l'objet, mais aussi le droit sur cet objet. Dans la langue juridique française comme dans l'allemande *les biens* ou *das Vermögen* est une notion incluant les catégories de base du droit réel et du droit des obligations, à savoir la propriété et l'obligation. Ces deux notions renferment cependant dans les deux pays des idées différentes. Cela vient du fait que les théories de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) qui ont dominé la doctrine juridique du XIX^e siècle restent présentes dans la théorie allemande. Dans son ouvrage principal *Système de droit romain d'aujourd'hui*³, Savigny a défini les biens comme « ensemble des relations » qui « élargit le pouvoir du particulier ». Il fait une différence entre *le droit réel* qui, dans sa forme la plus pure et la plus complète, s'appelle *propriété* et *l'obligation* comme droit personnel. Cette dernière est définie en tant que « relation juridique particulière qui existe dans la domination d'une personne sans suppression de sa liberté », en tant que « relation de pouvoir sur une action déterminée retirée de la liberté de l'agissant et soumise à notre volonté »⁴. D'après Savigny, la notion allemande *das Vermögen* exprime immédiatement ce pouvoir du créancier, à savoir la maîtrise sur la personne du débiteur, alors que l'expression romaine *bona (biens)* serait moins percutante en ce qu'elle désigne d'abord une notion secondaire, celle du « bien-être » ou du « bonheur »⁵.

Avec cette objection Savigny vise moins le droit romain que le code civil. Dans son écrit programmatique *De la vocation de notre temps pour la législation et la science juridique* de 1814, il relevait déjà la conception du Droit des biens comme erreur cardinale du code civil. Il écrit⁶ :

« La théorie du droit des biens est dans son ensemble la théorie romaine. Mais comme c'est bien connu, le droit romain des biens repose sur deux notions de base, celle des droits réels et celle des obligations, et chacun sait ce que les Romains ont atteint avec la rigueur et la précision de ces notions. Ce n'est pas que ces notions de base ne soient ici nulle part définies, ce que je ne voulais pas du tout blâmer, mais il ne les connaît pas dans cette généralité, et cette méconnaissance obscurcit tout l'ouvrage plus qu'on le croit. »

2. Puisque la notion *les biens* inclut la propriété ainsi que l'obligation, la doctrine française a toujours souligné les aspects communs aux deux, s'appuyant sur l'article 711 : « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire et par l'effet des obligations. » C'est ainsi que la

Berlin, 1991 (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, 3), p. 221 et s. ; F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, Contribution à la théorie du droit subjectif, t. 1, Thèse Lyon 1981, p. 34 et s.

³ F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts* I, Berlin, 1840, p. 339 et s.

⁴ F.C. von Savigny, *Das Obligationenrecht* I, Berlin, 1851, p. 6 et s.

⁵ F.C. von Savigny, *System* (v. *supra* note 2), p. 340 (b).

⁶ F.C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, p. 66 et s. ; H. Hattenhauer (ed.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, Munich, 1973 ; cf. J. Stern (Hg.), *Thibaut und Savigny*, Berlin, 1914, p. 109 ; cf. A. Bürge (v. *supra* note 2), p. 221.

notion de propriété s'applique aussi à la relation entre créancier et débiteur caractéristique pour l'obligation. On parle de la *propriété* d'une créance. Je cite Aubry et Rau dans leur *Droit civil français*⁷ :

« Le mot *propriété* est pris ici dans l'acception étendue que lui attribue l'article 711. Quoique, de prime abord, il paraisse étrange de voir employer, en fait de créances, les expressions *propriété* et *propriétaire*, ces expressions se justifient cependant, lorsqu'on considère les créances, non plus en elles-mêmes et d'après leur nature propre, mais comme des biens, c'est-à-dire, comme des éléments constitutifs du patrimoine. »

Le juriste allemand disciple de Savigny ne saurait s'exprimer ainsi. Même si la propriété tout comme la créance sont éléments constitutifs du patrimoine, il ne connaît pas de *propriété* d'une créance. Il n'y a propriété qu'envers des choses, et ce qu'est une chose se trouve défini dans le code civil allemand (article 90), comme suit⁸ : « Par chose, dans le sens de la loi, on n'entend que les objets corporels. »

En cas d'une créance comme objet incorporel on se sert, pour éviter la notion *propriété*, de l'expression *Inhaber* (*porteur*). On ne parle pas non plus de *propriétaire* mais de *porteur* des biens. De cette façon, dans la doctrine allemande, ce ne sont pas tant les aspects communs à la propriété et à l'obligation qui sont soulignés par la langue juridique mais les différences de principe.

Sous le thème *l'obligation comme bien* on considère par contre l'obligation sous l'aspect qu'elle partage avec la propriété, à savoir, d'après la définition d'Aubry et Rau, « comme des éléments constitutifs du patrimoine ». Dans sa *Théorie générale des obligations* de 1937, Eugène Gaudemet a mis cette idée en avant pour montrer les modifications de caractère juridique de l'obligation dans le droit français moderne. Il constate⁹ : « L'obligation est une valeur patrimoniale. »

II. — L'OBLIGATION COMME LIEN DE DROIT

Le point de départ de la discussion sur le caractère de l'obligation est le droit romain. Dans les *Institutes* de Justinien¹⁰ nous la trouvons définie comme « un lien de droit par lequel nous sommes astreints par la nécessité d'effectuer quelque chose conformément au droit de notre cité. »

⁷ Aubry, Rau, *Droit civil français*, 6e ed. (Esmein), Paris, 1952, p. 143 (1) ; S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créances*, Paris, 1960.

⁸ § 90 BGB : « Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände. »

⁹ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, publ. par H. Desbois et J. Gaudemet, Paris, 1937 (réimpr. 1965), p. 12.

¹⁰ Inst. 3,13 pr. : ... *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*

Dans le *Digeste*, le juriconsulte classique Paul nous offre dans ses *Institutes*¹¹ la définition suivante : « La substance des obligations ne consiste pas à nous faire acquérir la propriété d'une chose ou à nous attribuer une servitude, mais à contraindre quelqu'un à nous donner, à nous faire ou à répondre de quelque chose à notre égard. »

À ces deux définitions correspond partiellement la définition du contrat dans le code civil (article 1101) : « 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. » D'après ces textes l'obligation est considérée comme droit personnel au point de vue passif, comme « un lien de droit par lequel une personne est tenue envers une autre d'une prestation, d'un fait ou d'une abstention »¹².

Avec cette définition traditionnelle, la caractérisation de l'obligation comme *bien*, comme « une valeur patrimoniale », n'est pas incompatible. Mais contrairement à l'image d'un lien de droit, la nouvelle théorie française considère la personnalité du créancier et du débiteur comme « un élément secondaire dans l'obligation ». Je cite à nouveau Eugène Gaudemet¹³ :

« En effet, le créancier n'a plus aucun droit sur la personne physique du débiteur, et, dans tous les cas, il possède le droit de gage général, qui met à sa disposition, en cas d'inexécution, tout le système des saisies du code de procédure. La créance est devenue une valeur ou un assignat sur les biens.

C'est en ce sens qu'on a pu dire que la créance et la dette modernes sont un rapport entre deux patrimoines, en même temps et plus encore qu'entre deux personnes ; que le créancier et le débiteur, ne sont plus que les représentants juridiques de leurs biens. »

Dans la notion romaine de l'obligation, l'idée archaïque selon laquelle le débiteur s'est soumis à la saisie directe du créancier reste présente. Même, dès l'époque républicaine, le *nexum* comme acte formel de gage personnel cautionnant la restitution d'un emprunt par la personne même du débiteur a été supprimé, les juristes romains de l'époque classique ont tenu la personnalité des relations obligatoires des parties contractantes. D'autre part, pour eux, une « obligation comme bien » ne serait pas anachronique. Au II^e siècle après J. C., Gaius introduit le second livre de ses *Institutes*¹⁴ en examinant « ce qui concerne les choses qui sont soit dans notre patrimoine, soit en dehors de celui-ci ». Un peu plus loin l'auteur différencie les choses en *res corporales* et

¹¹ Paulus 2 inst. : *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitute nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*. Pour la traduction française cf. B. Schmidlin, C.A. Cannata, *Droit privé romain*, II, 2e éd., Lausanne, 1991, p. 11.

¹² E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 9. Sur la classification « donner, faire, ne pas faire », cf. N. Kanayama, *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, 1998, p. 375 et s. ; F. Zenati, *op. cit.*, p. 658.

¹³ E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 13.

¹⁴ Gai. 2,1 : *modo videamus de rebus, quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur*.

res incorporales selon qu'on peut toucher une chose ou non ¹⁵. Les obligations relèvent donc des choses. Ainsi, d'après Gaius, l'obligation est une chose incorporelle, qui est dans notre patrimoine.

Par contre, la thèse de Savigny adoptée par le code civil allemand est surtout caractérisée par la notion spécifique de *chose* exclusivement comme objet corporel. En tant qu'objet incorporel, l'obligation n'est pas considérée comme une chose, mais comme une relation personnelle entre le créancier et le débiteur. En définissant cette relation comme pouvoir ou maîtrise du créancier sur une action du débiteur, mise à l'écart de la liberté de ce dernier, Savigny, à nouveau, ne suit pas la pensée des juristes romains. Sous ce rapport, la théorie de Savigny se révèle plutôt comme influencée par les idées des XVII^e et XVIII^e siècles sur le droit naturel, notamment celle de Hugo Grotius (1583-1645) ¹⁶. Dans son œuvre *De iure belli ac pacis* (1625), Grotius s'affranchit du principe romain « Le pacte nu ne crée pas d'obligation » ¹⁷ et établit sa théorie de la nature obligeante d'une promesse parfaite. Grotius part des sources du droit romain qui exigent les formalités de la stipulation, mais conclut ¹⁸ : « D'après la nature il peut y avoir d'autres signes d'une volonté délibérée. » Dans la pensée du savant néerlandais, « c'est la promesse parfaite qui a le même effet que le transfert de la propriété. Car, nous avons la possibilité de transférer, soit une chose, soit une partie de notre liberté. »

III. — LA PROPRIÉTÉ DES CHOSES ET LA CRÉANCE

Les conceptions différentes de l'obligation se manifestent dans les prescriptions des codes civils français et allemand concernant la protection des biens et le transport de ceux-ci.

1. En ce qui concerne la responsabilité aquilienne, le droit moderne vis-à-vis du droit romain est « le résultat d'une longue évolution qui a transformé une institution de

¹⁵ Gai. 2,12-14 : *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales sunt hae, quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicuti hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae*. Cf. G. Hoop, « Kodifikationsgeschichtliche Zusammenhänge des Abtretungsverbots, Die vermögensrechtliche Konzeption ausgewählter naturrechtlicher und pandektistischer Kodifikationen und deren Verflechtung » (ABGB, ALR, CC, ZGB, BGB, Liechtenstein), *Der weite Sachbegriff als Bindeglied zwischen Sachen- und Schuldrecht zum Oberbegriff Vermögensrecht*, Berlin, 1992 (Schriften zur Rechtsgeschichte, 58), p. 25 s.

¹⁶ Cf. L. Winkel, *Aspects historiques du droit néerlandais : Grotius, Journée du droit néerlandais, 11 mars 1994, Université Charles de Gaulle — Lille III*, 1995, p. 29 et s.

¹⁷ Ulpianus 4 ad ed. D.2,14,7,4 : ... *nuda pactio obligationem non parit, sed exceptionem*.

¹⁸ H. Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, Lib. II, Cap. XI, § 4, De Promissis. Cf. M. Diesselhorst, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Cologne, Graz, 1959 (Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte, 6), p. 34 et s. (50).

sauvegarde de la propriété en un moyen général de protection du patrimoine »¹⁹. Donc, la créance, étant un élément constitutif du patrimoine, ne devrait être protégée contre un acte illicite d'un tiers pas moins que la propriété des choses. Ainsi, sous ce rapport, on ne trouve pas de différence dans l'article 1382 du code civil. Par contre, l'article 823 al. 1 du code civil allemand prévoit la responsabilité délictuelle de celui qui porte illégalement atteinte « à la propriété ou à un autre droit d'une autre personne ». On interprète *l'autre droit* par analogie à la propriété mentionnée juste avant comme droit absolu. En conséquence, la créance considérée comme droit personnel et relatif n'est pas protégée d'après cet article²⁰.

2. Un trait caractéristique d'un bien est la transmissibilité ou la cessibilité²¹. Car : « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. » Ce postulat révolutionnaire du code civil (article 537) est concrétisé pour la propriété des choses (article 544), pour la vente (articles 1594 et 1598) et pour la cession d'une créance (article 1689). Le transfert d'un bien se constitue par le consentement des parties contractantes (articles 1138, 1583, 1689).

Sous ce rapport, le droit allemand se caractérise par une distinction stricte du droit réel et du droit des obligations. Ce n'est pas comme en France l'obligation qui rend le créancier propriétaire, par exemple l'obligation du vendeur de livrer la chose vendue à l'acheteur (articles 1138, 1583). Mais d'après l'article 929 du code civil allemand²² « pour la tradition de la propriété d'une chose mobilière, il est nécessaire que le propriétaire délivre la chose à l'acquéreur et que les deux soient d'accord que la propriété doit passer de l'un à l'autre. »

Cet accord se réfère au droit réel et n'est pas le même que le consentement qui établit l'obligation de livrer la chose. En France l'acheteur devient propriétaire par la vente, en Allemagne par le contrat réel juridiquement indépendant de la vente (principe de l'abstraction). Ni la solution française, ni celle du droit allemand ne sont reconnues par les autres codes civils européens qui ont adopté le principe de la *iusta causa traditionis* du droit romain pour le transfert de la propriété d'une chose mobilière²³.

¹⁹ B. Schmidlin, C.A. Cannata, *op. cit.* (*supra* note 11) p. 179 ; E. Gaudemet, p. 15.

²⁰ E. von Caemmerer, « Wandlungen des Deliktsrechts », *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960*, II, p. 49 et s., 82.

²¹ E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 14, 449 et s.

²² § 929 Satz 1 BGB : *Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll.*

²³ E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 15 s. ; W. Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis, Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn, 1990, p. 53 et s. ; A. Roth, « Abstraktions- und Konsensprinzip und ihre Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Kaufvertragsparteien – eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, österreichischen, schweizer, französischen und italienischen Recht », *Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft* 92, 1993, p. 371 et s. ; K.-H. Schindler, « Kausale und abstrakte Übereignung, Wirkungen europäischer Rechtskultur », *Festschrift K. Kroeschell*, Munich, 1997, p. 1033 et s. ; E. Bucher, « Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen. Das "Woher" und "Wohin" dieses Modells des Code Civil », *ZEuP* 1998, p. 615 et s. ; [p. 205-215] Ch. KRAMPE *Arch. phil. droit* 44 (2000)

Par contre, une cession de la créance par convention entre cédant et cessionnaire sans consentement du débiteur-cédé n'est pas connue en droit romain ²⁴. Le droit de cession allemand se distingue du droit français dans les détails. Par exemple, pour que le cessionnaire obtienne la créance à l'égard du débiteur-cédé une signification formelle du cédant comme en France (article 1691) n'est pas prévue. L'article 398 du code civil allemand prévoit tout simplement : « Par la conclusion du contrat le nouveau créancier est subrogé aux droits de l'ancien. » Mais, tout en considérant les conditions différentes, dans les deux pays le principe de la libre disposition des particuliers est reconnu aussi en cas de créances ²⁵.

3. Cependant, nous constatons une différence principale qui s'explique à nouveau comme conséquence dérivée des conceptions différentes de l'obligation. En France on ne peut pas déroger aux articles du code civil concernant la libre disposition des biens par conventions particulières, parce que ces articles, semble-t-il, intéressent l'ordre public ²⁶. Par contre, en Allemagne, il faut faire une distinction. D'une part, l'article 137 du code civil prévoit ²⁷ : « Le droit de disposition d'un droit cessible ne peut être exclu ni limité par un acte juridique. La validité d'une obligation spéciale de ne pas vouloir disposer d'un droit de cette espèce reste entière. »

D'autre part, en cas de créance, s'applique la réglementation spéciale de l'article 399 ²⁸ : « Une créance ne peut être cédée lorsque la prestation ne peut être faite à un autre qu'au créancier primitif sans altérer son contenu ou lorsque par convention avec le débiteur le créancier s'est interdit de la céder. » Alors, par convention entre le créancier et le débiteur, la cession de la créance peut être exclue, et ceci non seulement au moment de la conclusion du contrat qui crée la créance mais après, et surtout non seulement à l'égard des parties contractantes, mais aussi à l'égard d'un cessionnaire. Une cession par convention contraire entre cédant et cessionnaire sans consentement du débiteur-cédé ne serait pas valable. Bien que controversé, cet effet à l'égard d'un tiers

L. Vacca, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, I-II, Milan, 1991 ; A. Stadler, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts*, Tübingen, 1996.

²⁴ Gaius 2, 38 :... *quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum ; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris ; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. quae dicitur novatio obligationis*. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, 2^e ed., Munich, 1971, p. 652.

²⁵ H. Kötz, A. Flessner, *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen, 1996, p. 399 et s.

²⁶ K. Arndt, *Zessionsrecht, I, Rechtsvergleichung*, Berlin, Leipzig, 1932 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 7), p. 14 ; G. Hoop, *op. cit.*, p. 117 et s.

²⁷ § 137 Satz 1 BGB : *Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden*.

²⁸ § 399 BGB : *Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist*. Cf. A.C. Raible, *Vertragliche Beschränkung der Übertragung von Rechten, Eine Untersuchung zum Verhältnis von §§ 413, 399 2. Alt. BGB zu § 137 Satz 1 BGB*, Diss., Tübingen, 1969 ; E. Wagner, *Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse*, Tübingen 1994.

correspond à la théorie de droit commun du *pactum de non cedendo*²⁹. L'obligation étant considérée comme relation personnelle entre créancier et débiteur, c'est à eux de disposer de la créance en excluant la cession. Les juristes français et une minorité en Allemagne qui attribuent l'obligation aux biens du créancier, obtiennent un résultat contraire. Il ne leur serait pas possible d'exclure la cessibilité d'une créance à l'égard du cessionnaire.

Cette opinion moderne sur la créance comme droit quasi-réel a été également soutenue par la 1^{ère} Commission préparatoire du code civil allemand qui a proposé un article spécial pour confirmer la cessibilité d'une créance non-excluable par convention comme la transmissibilité d'une chose. Mais la 2^e Commission est revenue à l'opinion traditionnelle qui considère la créance comme une relation juridique entre créancier et débiteur, comme une relation dépendant en tout cas de la volonté des deux. En conséquence, l'opinion selon laquelle une convention qui exclue la cessibilité est valable aussi à l'égard du cessionnaire, s'est imposée³⁰.

IV. — L'OBLIGATION COMME CRÉDIT

La pratique de la cession prouve l'importance économique et sociale de l'obligation comme bien. En établissant une obligation sans prestation immédiate le créancier fait crédit au débiteur. Ce dernier garde la libre disposition de ses biens. Cette observation est le point de départ de la *Théorie générale des obligations* d'Eugène Gaudemet. L'idée de crédit est son idée maîtresse, le thème central de son œuvre³¹ :

« L'obligation n'est qu'un aspect d'un phénomène social dont l'autre aspect est le crédit. L'obligation, c'est le crédit considéré au point de vue juridique ; le crédit, c'est l'obligation considérée au point de vue économique. »

La vie économique d'aujourd'hui, avec la complexité de ses relations obligatoires, exige un bon fonctionnement de la pratique de crédit dont fait partie la cession d'une créance à titre de garantie³². Un emprunteur qui est, à son tour, le créancier d'un tiers dispose de sa créance comme cautionnement en la cédant au prêteur, son créancier.

²⁹ B. Windscheid, T. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9e ed., Francfort/Main, 1906 (réimpr. 1963), p. 388 n. 5.

³⁰ B. Mugdan (ed.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1899, Erster Entwurf, p. XX, Motive, p. 66 s., Protokolle (2e Komm.), p. 573.

³¹ E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 7, v. aussi la préface de H. Capitant, p. VII.

³² S. Hollweg-Stapenhorst, *Sicherungsabtretung zugunsten des Geldgebers und Factoring nach deutschem und französischem Recht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Berlin, 1991 (Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, 74) ; W. Hadding, U. H. Schneider (ed.), *Die Forderungsabtretung insbesondere zur Kreditsicherung in ausländischen Rechtsordnungen*, Berlin, 1999 (Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, [p. 205-215] Ch. KRAMPE Arch. phil. droit 44 (2000)

En France, une telle cession à titre de garantie en faveur du cessionnaire exige, d'après le code civil, la signification au débiteur-cessé. Cela empêche certaines formes de la cession qui sont en usage en Allemagne depuis longtemps, à savoir une cession globale ou une cession de créances par voie de renouvellements successifs, de manière que leur montant total se maintienne à un certain niveau (« cession de manteau »). Mais entre temps cet obstacle a été partiellement éliminé par la *loi Dailly* de 1981, modifiée en 1984, facilitant le crédit aux entreprises, en introduisant la cession de créances professionnelles à un établissement de crédit par un bordereau³³. Cette loi donne également un nouveau fondement pour l'affacturage, qui est normalement réalisé par la subrogation conventionnelle prévue par l'article 1250 du code civil³⁴.

Dans la pratique allemande, des clauses contractuelles excluant ou limitant la cessibilité de la créance sont répandues. Des débiteurs puissants comme les fabricants d'automobiles, les entreprises d'assurances et l'état comme entrepreneur public, n'autorisent, par condition générale, la cession qu'avec leur consentement. La classe moyenne, en particulier les fournisseurs de l'industrie automobile et les entreprises artisanales, est défavorisée. D'après la jurisprudence du *Bundesgerichtshof* ces clauses sont valables à moins que le débiteur n'ait pas le moindre intérêt d'exclure la cession³⁵.

D'après les estimations de l'Association allemande de Sociétés de Factoring, entre 1992 et 1994 seulement plus de 200 milliards de Marks étaient bloqués pour la classe moyenne, dont les multiples entreprises fondées dans les nouveaux Bundesländer après la réunification de l'Allemagne.

Mais en 1994, la législation allemande a été modifiée par un article supplémentaire dans le code de commerce³⁶ :

Art. 354a : Lorsque la cession d'une créance d'argent est exclue par convention avec le débiteur d'après l'article 399 du code civil et lorsque l'acte juridique est un acte de commerce pour les deux parties, ou lorsque le débiteur est une personne morale de droit public ou un fonds spécial de droit public, la cession est quand même valable. Néanmoins, le débiteur

120), avec la contribution de J.-B. Blaise et R. Desgorges, « Die Forderungsabtretung, insbesondere zu Sicherungszwecken, im französischen Recht », p. 245 et s. (Traduction allemande de C. Summ).

³³ S. Hollweg-Stapenhorst, *op. cit.*, p. 25 et s. ; J.-B. Blaise, R. Desgorges, *op. cit.*, p. 280 et s.

³⁴ El-Mokhtar Bey, « Affacturage (Factoring) », *Juris-Classeur*, 1995, Fasc. 1535 ; S. Hollweg-Stapenhorst, *op. cit.*, p. 51 et s.

³⁵ BGHZ 102, 293 = JZ 1988, note E. Wagner ; BGH, Wertpapier-Mitteilungen 1997, 1258.

³⁶ § 354a HGB : « Ist die Abtretung einer Geldforderung durch Vereinbarung mit dem Schuldner gemäß § 399 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgeschlossen und ist das Rechtsgeschäft, das diese Forderung begründet hat, für beide Teile ein Handelsgeschäft, oder ist der Schuldner eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen, so ist die Abtretung gleichwohl wirksam. Der Schuldner kann jedoch mit befreiender Wirkung an den bisherigen Gläubiger leisten. Abweichende Vereinbarungen sind unwirksam ». Cf. E. Wagner, *Vertragliche Abtretungsverbote im kaufmännischen Geschäftsverkehr (§ 354a HGB)*, *Die Forderungsabtretung* (*op. cit.*, v. *supra* note 32), p. 27 et s.

[p. 205-215]

Ch. KRAMPE

Arch. phil. droit 44 (2000)

peut se libérer par la prestation faite au créancier antérieur. Des conventions contraires sont nulles.

D'après cet article, la non-cessibilité d'une créance est limitée dans certains cas. Ainsi le droit allemand s'est rapproché du droit français, qui s'était, de son côté, rapproché du droit allemand par la loi Dailly.

La nouvelle législation dans le secteur bancaire ne résout pas le problème de l'interdiction conventionnelle de la créance d'une façon générale. Ainsi, en concluant mon intervention sur l'obligation comme bien, je pose la question : Comme bien de qui ? Est-ce que la créance fait partie des biens du cessionnaire, parce que la cessibilité n'est pas excluable à son égard, ou, au contraire, est-ce qu'elle reste dans les biens du cédant, parce que la convention avec le débiteur exclut la cession aussi à l'égard du cessionnaire ? Surtout, en cas d'insolvabilité, est-ce que la créance fait partie ou non de ses biens malgré la cession ?

V. — L'OBLIGATION COMME DEVOIR

Il s'agit là d'un problème juridique qui doit être résolu dans la perspective européenne ³⁷. En 1998, l'*Académie des privatistes européens* à Pavie, initiée par le romaniste et comparatiste Giuseppe Gandolfi, a publié un *Avant-projet d'un code européen des contrats* ³⁸ qui, conformément au code civil italien ³⁹, propose comme règle européenne un article qui ouvre une troisième voie :

Art. 121,4. : « Une interdiction conventionnelle est opposable au cessionnaire si le cédé prouve que le cessionnaire en avait connaissance au moment de la cession ; dans ce cas l'interdiction empêche que le cessionnaire acquière le droit envers le cédé, mais non à l'égard du cédant. »

D'autre part, le droit bancaire est considéré par la Commission comme droit particulier ⁴⁰. La solution différenciée de l'article 121,4. est basée sur l'autonomie contractuelle des parties, sur la disposition libre du créancier en ce qui concerne sa créance et sur la bonne foi du cessionnaire. Ces critères nous mènent à une conception de l'obligation qui n'est plus seulement une relation entre le créancier et le débiteur, une conception, qui n'établit plus seulement un bien, une valeur économique du créancier, mais d'une

³⁷ H. Kötz/A. Flessner, *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen, 1996, p. 415 et s. ; G. Hoop, *op. cit.* (*supra* note 15), p. 15 et s.

³⁸ Académie des privatistes européens (Coordinateur : G. Gandolfi), *Code européen des contrats. Avant-projet*, Milan, 1998.

³⁹ Art. 1260 codice civile : *Le parti possono escludere la cedibilità del credito ; ma il patto non è opponibile al cessionario, se non si prova che egli lo conosceva al tempo della cessione.*

⁴⁰ Art. 122, 8. : Aux cessions de créances effectuées à des banques ou bien à des entreprises qui exercent le *factoring* ne s'appliquent pas les articles qui précèdent, mais les dispositions de loi en vigueur ou les règles uniformes des secteurs économiques concernés et, à défaut, les usages.

obligation au sens de devoir juridique, à savoir basée sur le droit et sur l'équité⁴¹. Cela correspond parfaitement à la *Théorie générale* de Eugène Gaudemet⁴² : « Nous verrons que notre droit moderne, et surtout la jurisprudence, sont pénétrés de plus en plus de facteurs moraux et sociaux. » En se référant à la distinction allemande « entre la dette, *Schuld* (point de vue économique), et l'obligation ou *Haftung* (point de vue personnel et moral) »⁴³, il résume :

« En somme, en devenant une valeur l'obligation reste un lien personnel, ayant un caractère moral et social... Ce ne sont pas là deux choses distinctes, mais deux points de vue. »

Universität Mannheim
Lehrstuhl für bürgerliches Recht
Schloß W 240
D - 68131 Mannheim
christoph.krampe@jura.uni.mannheim.de

⁴¹ G. Gandolfi, « Verso il tramonto del concetto di 'obbligazione' nella prospettiva di un codice unico per l'Europa », *Riv. di diritto civile* 41, 1995, p. 203 et s. ; *Accademi dei giusprivatisti europei*, Pavia, *Atti accademici 1992-1994* (a cura di P. Stein), *Convegno accademico su "Codificazione europea sui contratti e sorte del concetto di obbligazione"*, Pavia, 15-16 ottobre 1994, Milan, 1996, p. 195 et s. ; v. aussi R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, p. 4 et s.

⁴² E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 14.

⁴³ Cf. B. Diestelkamp, *Die Lehre von Schuld und Haftung, Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, VI, ed. H. Coing et W. Wilhelm, Francfort/Main, 1982, p. 21 et s. ; R. Zimmermann, *op. cit.*, p. 5 note 18.