

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

De l'acte et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain*

Benoît MOORE**

Résumé

Abstract

Si la classification des obligations en acte juridique et fait juridique est maintenant devenue classique, la distinction entre ces deux notions ne fait toujours pas l'unanimité. Cons- tantant l'intégration de la notion d'acte juridique dans plusieurs arti- cles du Code civil du Québec, l'auteur procède à une revue des *It has now become common to classify obligations as juridical acts or juridical facts, however there seems to be no general consensus as to the way to distinguish those two notions. Having noticed the inclusions of the notion of juridical acts in many sections of the Quebec Civil Code, the author then reviews*

* Le texte a initialement été écrit en fonction du seul droit français. Nous avons ajouté *a posteriori* quelques références au droit québécois. Les sources demeurent majoritairement françaises, mais l'essence théorique du sujet rend le présent texte transposable en droit québécois.

Alors que le présent texte était terminé, l'auteur a pris connaissance de l'oeuvre originale et majeure du professeur Popovici (*La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995), qui aborde certaines questions touchant l'acte et le fait juridique. Nous nous sommes limités à ajouter de courtes références à cet ouvrage. Il est évident qu'un livre si riche et si dense aurait mérité un traitement plus approfondi. Nous recommandons donc, aux lecteurs intéressés au sujet, de lire cet ouvrage.

** Avocat et chargé de cours à l'Université de Montréal, LL.M., D.E.A. Ce texte est une version légèrement modifiée de notre mémoire de fin d'études au D.E.A. de droit privé de l'Université de Paris I et représente une première étape d'une recherche plus approfondie sur ce sujet. L'auteur tient à remercier le professeur Jacques Ghestin, qui a dirigé ce travail, ainsi que le centre de droit des obligations de Paris I. Il tient également à remercier le fonds F.C.A.R. pour l'octroi d'une subvention et les professeurs Serge Gaudet, Didier Lluelles, Ghislain Massé et Adrian Popovici pour avoir bien voulu lire ce texte.

différents critères proposés afin de le distinguer du fait juridique. Il applique ensuite un de ces critères à différentes notions, particulièrement à l'offre et au paiement, pour constater que celui-ci ne permet pas une distinction claire entre ces deux catégories.

different criteria put forward to distinguish those two notions. He then applies one of those criteria to different notions, namely to the offer to contract and to the payment, to conclude that the said criterion does not allow to clearly distinguish those two categories.

Plan de l'article

Introduction	281
I. Le rôle de la volonté dans les actes et les faits juridiques : critère de distinction	285
A. Les thèses de la volonté dirigée.....	288
1. La volonté simplement dirigée	288
2. La puissance de la volonté	290
B. La thèse de la volonté nécessaire.....	292
1. Présentation du critère.....	292
2. Opinions critiques	293
II. Essai d'application du critère retenu	295
A. Les succès du critère retenu.....	295
1. Classification générale succincte.....	295
2. Deux exemples particuliers.....	297
a. La gestion d'affaires.....	297
b. La possession	298
B. Les limites du critère retenu.....	300
1. L'offre de contracter	300
a. L'offre est un acte juridique	301
<i>i. L'offre est un avant-contrat</i>	301
<i>ii. L'offre est un engagement unilatéral de volonté</i>	301
b. L'offre est un fait juridique.....	304
c. Essai de synthèse.....	305
2. Le paiement	307
a. Le paiement est un acte juridique	307
b. Le paiement est un fait juridique.....	309
<i>i. L'exécution</i>	309
<i>ii. L'extinction</i>	309

c. Essai de synthèse	310
Conclusion	312

Il est fréquent de constater que les juristes manipulent les principes fondateurs du droit sans nécessairement en connaître l'exacte teneur. Car avec le temps, la certitude scientifique étant acquise, les notions semblent simples et comprises. Pourtant, malgré leur ampleur et leur fonction fondamentales, les principes fondateurs du droit apparaissent réduits bien souvent à des notions floues et peu définies. Il n'apparaît alors que de courtes lignes à leurs propos dans les différents traités. Tel est le cas de la distinction entre l'acte juridique et le fait juridique. C'est ainsi qu'un auteur écrivait que « dans la vaste demeure du droit, l'acte juridique occupe une pièce obscure, et l'on y entre plus aisément qu'on n'en ressort »¹. Mais encore faut-il y entrer !

L'acte juridique est la réalisation matérielle du pouvoir de la volonté sur le droit. Il se présente dans tous les domaines juridiques : en droit civil par le contrat, en droit public par le vote d'une loi ou, en droit international, par les traités bilatéraux ou multilatéraux². En philosophie politique, l'acte juridique a également joué un rôle prédominant, particulièrement avec les philosophes du contrat social, pour lesquels l'État et le pouvoir législatif prennent leur source dans l'acte juridique liant les citoyens (volonté générale)³.

En droit civil, sujet de cet article, l'acte juridique, opposé au fait juridique, constitue le binôme des sources des droits subjectifs. Cette classification est reconnue comme une *summa divisio*⁴. Malgré cela, elle constitue une construction artificielle du logicien ; elle ne s'impose pas⁵.

¹ Jean COMBACAU, « L'acte juridique — Ouverture », (1988) 7 *Droits* 3.

² Voir notamment Jean-Luc AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux en droit civil*, 5^e éd., Paris, Armand Collin, 1992, p. 202; Jean-Paul JACQUE, « L'acte juridique : Réflexions d'un internationaliste », (1987) 7 *Droits* 95.

³ Christophe GRZEGORCZYK, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », (1988) 7 *Droits* 47, 49.

⁴ Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations — L'acte juridique*, 6^e éd., Paris, Armand Colin, 1994, p. 32.

⁵ Voir sur le problème de classification en droit et plus précisément sur la distinction entre acte et fait juridique, Jean HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J. 1971, p. 24 et suiv.; Charles EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions

Pour preuve, cette classification est relativement récente. Dans les *Institutes* de Gaius, les obligations sont regroupées entre les contrats et les délits (*ex contractu* et *ex delictu*)⁶. Gaius inclut également une catégorie subsidiaire : les sources diverses des obligations (*variae causarum figurae*)⁷. De ce schéma, Justinien, dans ses compilations, développe quatre catégories : il ajoute ce qui allait devenir les quasi-délits et quasi-contrats⁸. Pothier reprend cette construction et la complète avec une cinquième source : la loi⁹. Cette division classique a été intégrée en 1866 dans le *Code civil du Bas Canada* à l'article 983 et l'est toujours dans le Code civil français à l'article 1370.

Cette classification a été contestée par les auteurs, notamment en ce qui concerne le caractère inutile de la distinction entre délit et quasi-délict et sur l'imprécision de la notion de quasi-contrat. Planiol a alors proposé le retour à une classification dualiste : le contrat et la loi (classification se rapprochant de celle retenue à l'article 1372 C.c.Q.). Cette proposition, suivie d'ailleurs de plusieurs autres¹⁰, montrait l'inconfort ressenti par les auteurs envers la division classique. Malgré cela, la division de Planiol a été critiquée et n'a pas été retenue par la doctrine majoritaire. Elle « prouve trop » en ce qu'elle regroupe toutes les obligations sous la loi, exception faite du contrat¹¹. En fait, retenant la conception de Planiol, on peut voir en la loi la seule source d'obligations. Le contrat, pour être reconnu et sanctionné par le pouvoir judiciaire, doit respecter les règles impératives de

et des classifications en science juridique », (1966) *Arch. Philo du Droit* 25; Jean-Jacques BIENVENU, « Actes juridiques et classification », (1988) 7 *Droits* 21.

⁶ Eugène GAUDEMET, H. DESBOIS et J. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965, p. 18; Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Obligations — Théorie générale, 8^e éd., par François CHABAS, Paris, Montchrestien, 1992, p. 44.

⁷ André Edmond Victor GIFFARD, Robert VILLIERS, *Droit romain et ancien droit français — Les obligations*, Paris, Dalloz, 1958, p. 10.

⁸ *Id.* En fait, les notions de quasi-contrat et de quasi-délict existaient déjà dans les *Institutes* de Gaius. Justinien n'en a que modifié le rôle.

⁹ POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, Cosse et Marchal, 1821, n° 123, p. 59; François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil — Les obligations*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1993, p. 20.

¹⁰ Jean CARBONNIER, *Droit civil-t. IV — Les obligations*, 16^e éd., Paris, PUF, 1992, p. 33 et suiv.

¹¹ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 4, p. 34 et suiv.

fond ou de forme, règles que les législateurs édictent de plus en plus fréquemment. La loi intervient donc même dans le contrat¹². Il s'agit là d'une véritable consécration du légalisme juridique : « il n'y a de droit que par la loi »¹³.

Il en résulte la nécessité de distinguer entre la source immédiate et la source première. La loi est toujours la source première mais elle ne peut intervenir seule. Elle a besoin d'un stimulus pour s'appliquer. Ce stimulus, fait matériel, pourra être différent selon les cas : c'est la source immédiate¹⁴. La doctrine a donc finalement développé la distinction entre acte juridique et fait juridique, qui est la prise en considération de cette source immédiate.

L'origine de la notion d'acte juridique a fait l'objet de peu d'études. Il semble qu'elle ait pris naissance dans les écrits des pandectistes allemands du XIX^e siècle. Par ailleurs, certains reconnaissent en Jean Bodin le véritable précurseur en ce domaine¹⁵. Quelles que soient les premières apparitions de l'acte juridique, aussi lointaines soient-elles, il reste que nous devons à la doctrine du XX^e siècle le développement de la *summa divisio* entre acte et fait juridique. Cette dénomination a été reprise par le législateur français dans la Loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 (art. 1341 et suiv. C. civ. fr.). Mais la présence de cette appellation, ajoutée au Code, y demeure dispersée. De plus, le terme « acte » est utilisé par le législateur français dans ses deux sens : acte *instrumentum* (terme référant à l'aspect purement matériel de l'acte) et acte juridique¹⁶. Le Code civil allemand (BGB), quant à lui, contient une théorie générale et coordonnée de l'acte juridi-

¹² Voir sur cette question Jacques GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990.chr.147; Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, t. I. La règle de droit — Le problème de l'État*, Paris, Boccard, 1927, p. 346 et suiv.

¹³ Citation de Kant puisée dans Simone GOYARD-FABRE et René SEVE, *Les grandes questions de philosophie du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 43.

¹⁴ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 4, p. 35.

¹⁵ Voir sur l'histoire de cette notion Georges ROUHETTE, « La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents », (1988) 7 *Droits* 29; Yvan THOMAS, « Une invention de la romanistique allemande : l'acte de transfert abstrait », (1988) 7 *Droits* 37. Également voir Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 381, à la note 887.

¹⁶ Voir par exemple les articles 481, 501, 894 et 1167 C.civ.fr., qui utilisent le terme « acte » au sens d'acte juridique et les articles 931 et 1336 C.civ.fr., qui l'utilisent au sens matériel. L'expression « acte juridique » apparaît à l'article 1348 C.civ.fr. — incorporation de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980.

que¹⁷. La Commission de réforme du Code civil français avait adopté cette position. Elle proposait d'ajouter à la théorie du contrat, qui suffisait en 1804, des dispositions générales et autonomes concernant l'acte juridique¹⁸. Les travaux n'ayant pas abouti, l'acte juridique n'est pas globalement reconnu dans le Code civil français et se voit appliquer les dispositions relatives au contrat. Il reste que cette notion, d'une ampleur plus large que le simple contrat, n'est maintenant plus contestée¹⁹.

Le *Code civil du Québec* ne reprend pas la classification entre acte et fait juridique, quoique nous retrouvions les termes « actes » et « faits » à l'article 1372 C.c.Q., ces termes n'étant pas utilisés dans le sens d'acte et de fait juridique. La division ainsi faite semble plutôt se rapprocher, dans une facture fort imparfaite, à la classification de Planiol : le contrat et la loi. Par ailleurs, la distinction entre fait et acte juridique apparaît dans le *Code civil du Québec*, par l'utilisation, à plusieurs reprises, du vocable « acte juridique » (articles 2130, 2861, 2862 et 2863 C.c.Q.).

La classification entre acte et fait juridique est reconnue par la doctrine majoritaire²⁰. Certains auteurs en font même la division principale de leurs ouvrages portant sur les obligations²¹. Malgré tout, la distinction n'est pas unanimement acceptée. Henri Mazeaud, il n'y a pas encore si longtemps, contestait le principe même d'une classification des obligations par leurs sources, classification fautive et inutile selon lui²². Plus récemment, le professeur Tancelin semble rejeter la classification entre acte et fait juridique pour en adopter une nouvelle : il distingue entre l'acte juridique légitime et l'acte juridique illégitime. Il critique la classification majoritaire, car elle n'est pas reconnue dans le Code et parce qu'elle crée une confusion de vocabulaire en ce que « dans l'usage juridique, le mot fait est un antonyme du mot droit. En l'employant également comme antonyme d'acte, on crée un risque

¹⁷ J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 10, p. 49.

¹⁸ *Id.*, p. 50; *Travaux Commission de révision du Code civil*, t. 1 (1945-1946), p. 112 et suiv.; t. 2 (1946-1947), p. 269; t. 3 (1947-1948), pp. 2-347.

¹⁹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 10, p. 38.

²⁰ J. HAUSER, *op. cit.*, note 5, p. 27 et suiv.

²¹ Voir entre autres le manuel de Flour et Aubert.

²² Henri MAZEAUD, « Essai de classification des obligations : Obligations déterminées et obligation générale de prudence et de diligence », *Rev. trim. dr. civ.* 1936.1.

de confusion entre les mots acte et droit »²³. Cette opinion est isolée et critiquable. Le contrat étant un acte légitime, il semble alors qu'un contrat violant l'ordre public serait dans ce sens un acte légitime. Ce qualificatif semble alors ambigu. De plus, l'utilisation du seul terme « acte » ne réduit pas le risque de confusion, bien au contraire. L'acte juridique est un type de fait juridique qui a la particularité d'être volontaire. Donner ce vocable à tous les faits juridiques — même involontaires — correspond à modifier radicalement cette notion et, par conséquent, à accroître l'incertitude s'y rapportant.

Ce débat est parallèle à celui qui nous intéresse. Si la distinction est contestée encore par quelques auteurs en amont, elle pose un problème en aval. La doctrine fonde la distinction sur le rôle de la volonté dans la création du droit. Mais ce critère cause des problèmes aigus d'application. Cela n'est pas sans intérêt pratique puisque le mode de preuve et les conditions de validité sont différents selon les deux catégories. Ainsi, la preuve de l'offre ou du paiement pourra se faire par tout moyen si l'on considère que ce sont là des faits juridiques, alors qu'elle devra se faire par écrit si l'on considère que ce sont là des actes juridiques. Également, l'acte juridique étant utilisé pour définir le mandat (art. 2130 C.c.Q.), la qualification de différentes notions deviendra essentielle afin de savoir si le contrat en est un de mandat. Nous tenterons alors, en examinant les différents critères proposés, de distinguer les deux notions (I) pour ensuite appliquer ce critère à certains cas critiques (II).

I. Le rôle de la volonté dans les actes et les faits juridiques : critère de distinction

S'il est vrai que « la classification est à la base de toute science, de la science juridique comme des autres »²⁴, il n'est pas nécessairement facile d'y procéder. Il est naturel et fréquent de trouver dans les classifications un sujet fort et de définir le second par une simple négation du premier. Cette réalité se manifeste bien dans la classification entre l'acte et le fait juridique.

²³ Maurice TANCELIN, *Sources des obligations : L'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, p. 12. L'auteur utilise tout de même, de façon complémentaire, les vocables « acte et fait juridiques ».

²⁴ H. MAZEAUD, *loc. cit.*, note 22, 1.

Dans l'ascendance du premier, le second est bien souvent relégué à un rôle mineur, à une pure opposition de celui-là, regroupant ainsi plusieurs notions distinctes, faisant du fait juridique un concept flou et relatif²⁵. Par conséquent, la classification devient subjective et aléatoire, soumise à des distinctions entre les différents systèmes de droit. Ce constat est *a priori* surprenant et critiquable pour une classification aussi fondamentale. Malgré ce constat critique, nous utiliserons l'acte juridique afin d'établir notre base de comparaison. En y étudiant le rôle de la volonté, nous pourrions le distinguer du fait juridique.

Malgré l'aspect théorique et le traitement doctrinal prédominant de l'acte juridique, ce dernier est une espèce de fait juridique. En effet, pris dans son sens large, le fait juridique est tout événement de la vie humaine et sociale, qu'il soit volontaire ou non²⁶.

De cette réalité découle une première difficulté dans la distinction entre acte et fait juridique. L'un (l'acte) faisant partie de l'autre (fait), il n'y a pas de transition brutale entre les deux²⁷. Les deux sont à la base des faits matériels munis de la spécificité de pouvoir produire des effets de droits permis par le droit objectif.

Une seconde complication s'ajoute : le rôle de la volonté dans chacune des catégories. Initialement, la doctrine voyait dans l'acte juridique, la source volontaire des obligations et dans le fait juridique, la source involontaire, imposée par le droit objectif. Mais cette distinction nécessitait d'être raffinée, car le fait juridique peut aussi être volontaire (citons l'exemple classique du délit).

La doctrine a alors élaboré des définitions plus précises de ces deux notions. Les actes juridiques sont « des manifestations de volontés individuelles émises en vue de produire des effets de droit ». Les faits juridiques sont, quant à eux, « des événements quelconques auxquels une règle de droit attache des effets juridiques qui n'ont pas été spécialement et directement voulus par les

²⁵ Mario ROTONDI, « Considérations en fait et en droit », *Rev. trim. dr. civ.* 1977.1.4.

²⁶ J. HAUSER, *op. cit.*, note 5, p. 28; François TERRE, *Introduction générale au droit*, 1^{re} éd., Paris, Dalloz, 1994, p. 260.

²⁷ Yvaine BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1963, p. 2.

intéressés »²⁸. Ces définitions, pratiquement uniformes entre tous les auteurs²⁹, font reposer la distinction sur le rôle de la volonté : elle a dû être exprimée dans le but de créer des effets de droit et non porter seulement sur l'acte matériel. Ainsi, le délit, fait matériellement voulu, demeure un fait juridique, les effets de droits n'étant pas désirés.

Mais cette définition ne résout pas tous les problèmes³⁰. L'acte juridique est une notion protéiforme³¹. À l'intérieur de celle-ci, la volonté ne joue pas toujours un rôle identique. Ainsi Duguit, dans une étude approfondie devenue classique³², distingue trois types d'acte juridique : les actes-règles, les actes-conditions et les actes-subjectifs. Les premiers tendent à modifier le droit objectif, ils sont donc purement objectifs. Les actes-conditions, ayant quant à eux seulement pour but de rendre applicables certaines normes de droit objectif par un changement dans la situation de fait d'une personne, comportent un aspect objectif. Ils ont également un aspect subjectif, dans la mesure où cette modification ne touche que certaines personnes. C'est le cas, par exemple, de la reconnaissance d'un enfant naturel. Enfin, les actes-subjectifs, dont le contrat, créent des obligations qui ne se trouvent pas dans le droit objectif ou en modifient le contenu, dans la limite permise par ce même droit objectif.

Cette classification des actes juridiques entre eux met en évidence le caractère différent qu'y joue la volonté. Or, puisque la volonté est perçue comme étant le critère de distinction d'avec le fait juridique³³, il faut affiner plus encore la définition initiale. Faut-il que les effets aient été simplement voulus ou faut-il en plus qu'ils aient été déterminés spécifiquement par l'auteur ? C'est le noeud gordien du problème. Pour tenter de le résoudre,

²⁸ Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEUX et Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 137.

²⁹ Voir les définitions de plusieurs auteurs dans Nicole CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 26. Voir également Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2^e éd., Paris, PUF, 1990, sous les mots « Acte », « Fait » et « Volonté ».

³⁰ Les professeurs Ghestin, Goubeaux et Fabre-Magnan le reconnaissent immédiatement après l'énonciation des définitions que nous avons citées.

³¹ Cf. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 10, p. 39.

³² L. DUGUIT, *op. cit.*, note 12, p. 316 et suiv.

³³ Et non la création d'effets de droit qui est un point commun entre les deux notions. Cf. N. CATALA, *op. cit.*, note 29, p. 26.

nous établirons la genèse des différentes thèses présentées par la doctrine, pour n'en retenir qu'une. Ces thèses peuvent être regroupées en deux : la volonté doit être dirigée (A), la volonté doit être nécessaire (B).

A. Les thèses de la volonté dirigée

Deux théories peuvent être regroupées sous ce critère. La volonté doit être simplement dirigée en vue de créer des effets de droits (1) ou elle doit, en plus, être d'une intensité particulière (2).

1. La volonté simplement dirigée

Nous savons que la simple volonté de créer une situation par un fait matériel n'est pas suffisante pour faire apparaître un acte juridique. Cette constatation a mené la doctrine à développer la définition que nous avons *a priori* retenue dans la section préliminaire. M. Storck, dans sa thèse sur la représentation, décompose l'acte juridique en trois parties : le résultat (les effets de droit), le moyen (la volonté) et le lien entre ces deux composantes. C'est ce troisième élément qui pose un problème en doctrine³⁴.

La première solution a été d'exiger ce lien causal en ce qu'il serait nécessaire mais suffisant. Cette solution est celle de la définition classique qui est le critère majoritairement retenu en doctrine³⁵.

Ce critère semble *a priori* facile d'application. Si les effets de droit ont été voulus par l'auteur du fait matériel, celui-ci obtient la qualification d'acte juridique. Le champ de l'acte juridique est alors considérablement vaste et celui des faits juridiques restreint. En fait, selon Capitant, seuls les actes illicites sont alors rangés dans cette dernière catégorie³⁶.

³⁴ Michel STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 19 et suiv.

³⁵ Voir les références citées à la note 29.

³⁶ Voir Jacques MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit*, Paris, Sirey, 1951, p. 23. Pour l'auteur, selon ce critère, l'offre, les quasi-contrats, le testament, l'occupation seraient des actes juridiques.

Nous référant à la classification de Duguit, les trois types d'actes peuvent être qualifiés comme tels³⁷. Les actes-subjectifs ne causent évidemment pas problème. Les effets de droit sont voulus et spécifiquement déterminés par l'auteur. Il y a là un lien causal direct entre le résultat et la volonté. Le cas des actes-conditions semble également réglé. Le geste posé par l'auteur, afin de se voir appliquer certaines règles de droit objectif, semble constituer un lien causal suffisant. Le père qui effectue une reconnaissance volontaire d'enfant naturel, désire en effet obtenir les droits et subir les obligations qui découlent de cette nouvelle situation. Or, en poussant l'analyse plus loin, on réalise rapidement la limite du critère. Que signifie l'expression « en vue de créer des effets de droit » ?

Martin de la Moutte, dans sa thèse sur l'acte juridique unilatéral, s'est posé la question. Prenant l'exemple du changement de domicile, il conclut que l'expression est insuffisante et floue. En effet, une personne qui modifie son domicile le fait, bien souvent, sans autres motifs que celui de modifier son lieu de vie. Or, des effets juridiques comme la modification de compétence *ratione personae* découlent de ce fait. Si l'auteur ne connaît pas ces effets, et par conséquent ne les désire pas, ce changement de domicile demeure un fait juridique. Par ailleurs, s'il connaît et désire ces effets, l'application du critère classique exige de qualifier la modification de domicile en un acte juridique. Les résultats sont alors susceptibles de mouvance au gré des circonstances. Pour Martin de la Moutte, ce résultat est inacceptable³⁸.

Nous ne pouvons que nous rallier à cette opinion. Une classification aussi fondamentale que celle des sources des obligations ne peut donner des résultats différents selon les situations, voire même selon la simple connaissance ou non, par l'auteur du fait matériel, du droit objectif. Ainsi, un juriste pourra faire des actes juridiques là où un non-juriste accomplira un fait juridique au simple motif que le premier connaissait les effets de droit attachés à son geste.

Pis encore, cette critique, déjà valable au milieu du siècle, est aujourd'hui particulièrement fatale pour ce premier critère. En effet, que penser des obligations légales ou même prétoriennes

³⁷ Nous ne parlerons pas dans le cadre de cette étude de l'acte-règle.

³⁸ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, note 36, p. 23.

ajoutées aux contrats, telles les obligations d'information et de sécurité ? Pourrait-on admettre, sans entrer dans le débat de la nature contractuelle ou non de cette responsabilité, que le contrat est en partie un acte juridique, pour son contenu prévu par les parties, et en partie un fait juridique, pour celui imposé par les juges ou la loi ?

Pour accuser jusqu'à l'absurde le critère de la volonté dirigée, certains auteurs ont pris l'exemple, certes peu vraisemblable, du délit fait par l'auteur en vue d'être obligé de payer des dommages-intérêts. En appliquant le critère retenu, on arrive à la conclusion que le délit est, dans ce cas, un acte juridique...³⁹.

Ce critère donne donc des résultats peu convaincants. La division ne rime à rien. Classifier c'est rendre logique, c'est déterminer à l'avance, par des critères objectifs, des situations futures. Si la classification peut se faire nier, dire tout et son contraire selon les circonstances, elle devient inutile et fautive. Sans déterminer plus avant la qualité de la volonté, un tel résultat était inévitable. De par l'importance du sujet, il fallait tenter d'élaborer un critère plus adéquat.

2. La puissance de la volonté

Gounot, dans sa célèbre thèse sur l'autonomie de la volonté, a tenté d'établir ce nouveau critère⁴⁰. Pour lui, la volonté dirigée n'est pas suffisante. Cette volonté doit forger, aménager les effets de droit. Il exige ainsi que la volonté, en plus d'être dirigée, soit d'une intensité particulière⁴¹. Il distingue entre les effets de droit qui se produisent *ex voluntate* (la volonté détermine le contenu même des effets) et ceux qui se produisent *cum voluntate* (la volonté ne joue alors qu'un rôle de déclencheur des effets prévus *a priori* par le droit objectif). Seule la première situation est suffisante pour créer un acte juridique. La seconde est passive, un

³⁹ Voir sur cet exemple Mircea DURMA, *La notification de la volonté : Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, Paris, Sirey, 1930, p. 9; François TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 190; L. DUGUIT, *op. cit.*, note 12, p. 326.

⁴⁰ GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, th., Dijon, 1912.

⁴¹ Voir également sur l'idée de la quantité de volonté : Encyclopédie Dalloz, Acte, n° 18.

simple déclenchement du droit objectif. Cette distinction rejoint celle de Duguit. Les actes-subjectifs sont *ex voluntate* et les actes-conditions, *cum voluntate*. Pour Gounot, seuls les actes-subjectifs méritent le qualificatif d'actes juridiques. Les résultats sont alors opposés à ceux du critère classique. L'étroitesse extrême de la catégorie de l'acte juridique donne alors, par implication nécessaire, un regroupement de notions éparses et sans lien de cohérence entre elles à l'intérieur de la catégorie des faits juridiques⁴². Ainsi, pour Gounot, le paiement, les quasi-contrats, la reconnaissance d'enfant naturel, le mariage sont des faits juridiques.

Ce second critère, il est vrai, semble résoudre le problème d'instabilité rencontré au sein du premier. En fait, le problème n'est que déplacé. La remarque que nous faisons au sujet des obligations légales ou prétoriennes ajoutées au contrat s'applique ici également. Un contrat serait alors pour partie acte juridique et pour partie fait juridique.

Pis encore, les obligations contractuelles elles-mêmes peuvent devenir des faits juridiques. En effet, les contrats d'adhésion deviendraient des faits juridiques pour l'adhérent dans la mesure où il ne négocie pas et bien souvent ne connaît même pas le contenu contractuel⁴³.

Seul alors, le contrat de gré à gré obtient la qualification d'acte juridique. La classification devient ainsi inutile puisqu'il y a d'un côté, le contrat (ou certains contrats et dans une certaine limite) et de l'autre, la loi. On revient à la division de Planiol et on restreint de nouveau l'acte juridique au simple contrat, excluant pratiquement tous les actes juridiques unilatéraux.

C'est en fait une vision de la volonté forte, créatrice de droit. Philosophiquement, ce critère n'est pas dénué de pertinence. Au contraire, il représente bien l'opposition entre la volonté et la loi. Mais, sachant que la première ne peut créer des effets de droit sans la seconde, l'existence de cette dernière ne peut logiquement

⁴² J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, note 36, p. 24 et suiv.

⁴³ D'ailleurs, Salleilles lui-même disait des contrats d'adhésion qu'ils étaient de faux contrats. Il les considérait plutôt comme des actes unilatéraux de nature réglementaire : Raymond SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, Librairie Cotillon, 1901, p. 229. Voir également L. DUGUIT, qualifiant les contrats d'adhésion d'actes juridiques unilatéraux : *op. cit.*, note 12, p. 370.

réduire l'acte juridique en fait. La loi intervient toujours en permettant, en interdisant ou en ajoutant à la volonté. Elle n'est pas antinomique, mais complémentaire de celle-ci. Ce critère semble devoir, lui aussi, être rejeté.

B. La thèse de la volonté nécessaire

Afin de pallier les lacunes des deux premiers critères étudiés, deux auteurs en ont proposé un troisième, celui de la volonté nécessaire. Après l'avoir présenté (1), nous en ferons la critique (2).

1. Présentation du critère

Nous devons à Durma la première énonciation de ce critère. Postérieurement, il a été repris avec conviction par Martin de la Moutte. Ce critère étant toujours fondé sur la volonté⁴⁴, l'auteur reprend le critère classique en ajoutant l'exigence que la volonté soit *nécessaire* à la création d'effets de droit. Martin de la Moutte est d'avis « qu'il y a acte juridique toutes les fois que l'intention de réaliser les effets de droit est absolument indispensable et nécessaire à la production de ces effets »⁴⁵. Trois éléments sont alors nécessaires à l'existence d'un acte juridique : une manifestation de volonté provoquant des effets de droit, que ces effets soient voulus par l'auteur et qu'ils ne puissent apparaître que s'il existe cette volonté chez l'auteur⁴⁶.

Ce critère semble *a priori* facile d'application. Il suffit de constater la nécessité objective de la volonté. Ainsi, les actes-subjectifs demeurent des actes juridiques, et ce, dans tous les cas. Les actes-conditions, quant à eux, ne le sont que lorsque la volonté est nécessaire pour l'application des règles du droit objectif. Le mariage, la reconnaissance d'enfant naturel sont des actes juridiques, tandis que la modification de domicile est, dans tous les cas, un fait juridique.

⁴⁴ M. DURMA, *op. cit.*, note 39, p. 10; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, note 36, p. 26.

⁴⁵ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, note 36, p. 26.

⁴⁶ *Id.*, p. 27.

Pour les tenants de ce critère, celui-ci a l'avantage de rééquilibrer les deux catégories, non pas quant à la quantité, ce qui est d'une importance secondaire, mais quant aux natures et aux régimes des notions regroupées. Ainsi, par exemple, le mariage n'est plus inclus dans la même catégorie que le délit.

Ce critère a été retenu par plusieurs auteurs et semble vouloir maintenant obtenir l'appui de la doctrine majoritaire⁴⁷. Malgré cette popularité croissante, il n'est pas à l'abri de toute critique.

2. Opinions critiques

Ce critère a le mérite de combler les lacunes des deux précédents. Ainsi, il minimise les risques de mouvances engendrés par la simple exigence de l'orientation de la volonté. Également, il évite de retrouver dans la catégorie des faits juridiques des notions qui n'ont aucun lien et aucune affinité entre elles, ce qui était l'effet reproché au critère de Gounot. Enfin, et c'était là une des raisons de son adoption, il semble facile d'application. Malgré tous ces avantages, il a cependant été critiqué.

Le professeur Terré, dans sa thèse, est d'avis que ce critère n'est facile de mise en oeuvre qu'en apparence. Il utilise la notion de dol pour prouver que le critère n'effectue qu'un déplacement du problème. En effet, il n'est pas si facile de savoir quand la volonté est nécessaire. Le dol nécessite la volonté de tromper. Pour Terré, l'application du critère de la nécessité de la volonté mène donc à la conclusion que le dol est un acte juridique⁴⁸.

Cet exemple illustre effectivement bien la difficulté d'application. Les effets du dol sont doubles. D'abord, il provoque une erreur chez le cocontractant, qui le convainc de conclure l'entente. Ensuite, il ouvre un recours potentiel en dommages et intérêts et en nullité à la victime contre l'auteur. Si nous regardons le premier effet, la volonté est nécessaire et est orientée vers les effets de droit, en l'occurrence la formation du contrat. Le se-

⁴⁷ Voir entre autres N. CATALA, *op cit.*, note 29, p. 25 et suiv.; Jurisclasseur civil, art. 1235 à 1248, Fasc. 1, Paiement; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1989, p. 272; Roger BOUT, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 186; Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 10.

⁴⁸ F. TERRÉ, *op. cit.*, note 39, p. 193.

cond effet, quant à lui, n'exige pas, à l'instar du délit, une volonté dirigée vers les effets de droit. Nous sommes d'avis que les effets de droit propres au dol, qui doivent être utilisés dans l'application du critère, sont issus du second, la formation du contrat, le premier effet n'étant pas ***nécessairement*** une conséquence directe du dol et n'étant qu'une conséquence matérielle. Le dol demeure alors, contrairement à l'avis du professeur Terré, un fait juridique, l'intention requise n'étant que matérielle et non orientée.

Une critique très élaborée a été présentée par le professeur Hauser⁴⁹. Tout en reconnaissant au critère la faculté de bien résoudre les problèmes de droit classique, tels le changement de domicile et le délit, il conteste son caractère universel.

Il prend, pour ce faire, le cas des obligations légales ajoutées au contrat, particulièrement celles issues de lois d'application immédiate, mises en vigueur après la formation du contrat. Il se demande alors si la volonté a été nécessaire dans la création de ces effets de droit. Il conclut négativement, et fait alors face à un contrat qui est pour partie acte juridique et pour partie fait juridique. Il applique le même raisonnement aux contrats d'adhésion, où la volonté a été limitée au choix de conclure ou non le contrat. Il est alors contestable que l'adhérent ait voulu les effets de droit, il n'a plutôt voulu que le contrat. Le même raisonnement aurait pu être fait avec les obligations prétoriennes ajoutées au contrat.

M. Hauser conclut alors que le contrat s'est objectivé sans que la définition de l'acte juridique ait suivi. L'acte juridique est pour lui une notion complexe qui joue sur une symbiose de l'objectif et du subjectif.

Cette critique est fondée dans son principe mais nous semble excessive. Martin de la Moutte a opéré une plus grande dichotomie entre la détermination du contenu et la nécessité de la volonté. Dans le contrat d'adhésion, s'il est vrai que le contenu n'est pas déterminé par l'adhérent, sa volonté est nécessaire à la formation et à l'existence du contrat. Cela suffit. La nature juridique du contrat d'adhésion ne pose problème que dans le seul critère de Gounot.

S'agissant des obligations imposées par le droit objectif, il y a là, quant à nous, une illustration non équivoque que le contrat

⁴⁹ J. HAUSER, *op. cit.*, note 5, p. 67 et suiv.

prend sa source dans la loi et qu'il n'est possible que dans le respect de celle-ci. C'est alors une question du contrôle du contrat à l'intérieur de la limite des principes directeurs du juste et de l'utile⁵⁰.

Dès lors, la difficulté réside en ce que l'objectivation incontestable du contrat, et donc de l'acte juridique, rapproche plus encore celui-ci du fait juridique, mais le critère de distinction, dans la mesure où cette classification est maintenue, pourrait tout de même demeurer valide. Il s'agit plutôt de la distinction elle-même qui, avec le temps, perd de sa précision et devient de plus en plus, pour reprendre l'expression de Hauser, une « fiction »⁵¹.

Nous utiliserons néanmoins ce dernier critère, celui de la volonté nécessaire, pour tenter de classer différentes notions.

II. Essai d'application du critère retenu

Cette classification ne se veut pas exhaustive. Elle ne traitera que de certaines notions particulièrement pertinentes. Notre essai se fera en deux parties. Dans un premier temps, nous examinerons les solutions claires apportées par le critère (A). Dans un second temps, nous étudierons deux notions qui semblent établir les limites de l'efficacité du critère (B).

A. Les succès du critère retenu

Nous avons vu que le critère retenu assurait un meilleur équilibre entre les deux catégories. Nous pourrions le démontrer en opérant une classification générale succincte (1), pour ensuite examiner deux cas qui posaient initialement des difficultés (2).

1. Classification générale succincte

Tant la catégorie des actes juridiques que celle des faits juridiques sont des ensembles épars⁵². Ainsi, les auteurs ont tenté de constituer des sous-classifications de ces deux catégories principales. Les actes juridiques, selon leurs sources, peuvent être

⁵⁰ Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », D.1982.chr.1.

⁵¹ J. HAUSER, *op. cit.*, note 5, p. 69.

⁵² J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 10, p. 39.

unilatéraux, bilatéraux ou collectifs. Ils peuvent, selon leurs effets, être abdicatifs, translatifs ou déclaratifs ou bien encore de conservation, d'administration ou de disposition. Toutes ces distinctions n'aident pas nécessairement le juriste. Nous nous limiterons à celles relatives aux sources des actes juridiques.

En application du critère retenu, sont des actes juridiques unilatéraux, entre autres, la reconnaissance d'enfant naturel, la confirmation, la renonciation, le testament, le choix dans l'obligation alternative. Sont des actes juridiques bilatéraux les conventions de toutes sortes, qu'elles aient pour objet de transférer, d'éteindre, de modifier ou de créer des obligations. Enfin, sont des actes collectifs les conventions collectives et les décisions collectives (par exemple un vote en assemblée d'actionnaires)⁵³.

S'agissant des faits juridiques, plusieurs sous-classifications ont également été proposées : faits licites-faits illicites, faits volontaires-faits involontaires, faits de l'homme-faits de la nature⁵⁴. Ces distinctions sont plus didactiques que pratiques. Nous ne citerons donc qu'en un seul groupe quelques faits juridiques : le décès, la naissance, les faits générateurs de responsabilité, la déficience psychologique, les événements imprévisibles, irrésistibles et extérieurs, la majorité, les quasi-contrats⁵⁵ et le changement de domicile⁵⁶.

Cette liste ne se veut pas complète. Elle n'a que pour but de disposer quelques notions dans leurs catégories respectives et de montrer que le critère retenu contribue déjà à régler certains problèmes. Ainsi, le mariage et les contrats d'adhésion sont des

⁵³ Voir sur ces différentes sous-classifications et les notions y figurant J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 10, p. 29 et suiv.; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 47, p. 279 et suiv.; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 4, p. 370 et suiv.; G. ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, note 47; Yvonne CHEMINADE, « Une question toujours actuelle : la nature juridique du congé en matière de louage de choses et de services », *Rev. trim. dr. civ.* 1972.307; Aix-en-Provence, Civ. 4^e, 13 janvier 1983, J.C.P.1983.II.20198 (congé); Gérard COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 1971, p. 13; Pierre RAYNAUD, « La renonciation à un droit », *Rev. trim. dr. civ.* 1936.763.

⁵⁴ F. TERRÉ, *op. cit.*, note 26, p. 224 et suiv.

⁵⁵ Nous reviendrons sur la gestion d'affaires, qui pose des problèmes particuliers.

⁵⁶ Voir F. TERRÉ, *op. cit.*, note 26, p. 262 et suiv.; Encyclopédie Dalloz, — Acte, n° 20 et suiv.

actes juridiques, le changement de domicile est, quant à lui, dans tous les cas, un fait juridique.

2. Deux exemples particuliers

Deux notions que nous n'avons volontairement pas mentionnées dans notre classification générale retiendront maintenant notre attention. Ce sont la gestion d'affaires (a) et la possession (b).

a. La gestion d'affaires

A priori, la question ne devrait pas devoir se poser. La gestion d'affaires est un quasi-contrat. La loi prévoyant les effets de droit, il s'agit donc d'un fait juridique. Mais la question est plus complexe qu'elle ne semble. L'article 1482 C.c.Q. (1372 C.c.fr.) exige explicitement la volonté de la part du gérant. Est-ce dire qu'elle devient un acte juridique ? Cette solution a été choisie par le Code civil libanais (art. 148)⁵⁷. Certains auteurs classiques, tels Jossierand ou Planiol, en constatant la proximité de la gestion d'affaires d'avec le mandat, en faisaient un acte juridique unilatéral⁵⁸. Encore récemment, un auteur, sans classer la gestion d'affaires comme un acte juridique, démontrait sa ressemblance avec le contrat et défendait l'application de la responsabilité contractuelle à ce quasi-contrat⁵⁹.

La doctrine moderne majoritaire s'entend pour voir dans la gestion d'affaires une source autonome d'obligations⁶⁰. Elle est un acte-condition, prévu par le législateur pour son utilité sociale. Étant un acte-condition, Gounot qualifiait la gestion d'affaires de fait juridique. Dans le critère classique, la qualification est problématique. La gestion peut être un fait juridique si le gérant ne

⁵⁷ Cf. R. BOUT, *op. cit.*, note 47, p. 188.

⁵⁸ François GORE, « Le fondement de la gestion d'affaires source autonome et générale d'obligations », D.1953.chr.39. Il est à noter que ces auteurs contestaient la notion de quasi-contrat. Le professeur Tancelin classe la gestion d'affaires dans les actes juridiques unilatéraux : *op. cit.*, note 23, n° 371, p. 265.

⁵⁹ Daniel ACQUARONE, « La nature juridique de la responsabilité civile du gérant d'affaire dans ses rapports avec le maître de l'affaire », D.1986.chr.20.

⁶⁰ F. GORE, *op. cit.*, note 58.

connaît pas les effets de droits qu'il a créés, tandis qu'elle peut être un acte juridique s'il les connaît.

Martin de la Moutte conclut, quant à lui, que la gestion d'affaires est un fait juridique puisque la volonté n'est pas nécessaire à la création d'effets de droit⁶¹. M. Bout, dans sa thèse sur la gestion d'affaires, applique le même critère et arrive à la même conclusion⁶². Cette analyse est, selon nous, exacte. Ce qui est nécessaire, au sens de l'article 1482 C.c.Q. (1372 C.c.fr.), est que le geste posé soit volontaire. À l'instar du délit, c'est une volonté matérielle qui est requise⁶³. Il est nécessaire que le gérant ait volontairement géré l'affaire d'autrui, donc en connaissance de cause. Mais cela n'est pas suffisant pour faire de la gestion d'affaires un acte juridique⁶⁴.

b. La possession

La possession est un état de fait comportant deux éléments : le *corpus*, élément matériel qui consiste en « l'exercice sur une chose des actes qui correspondent au droit dont on a la possession »⁶⁵ et l'*animus domini* qui exige de l'auteur l'intention de se conduire en titulaire de ce droit. Ainsi, un locataire n'ayant pas l'intention de se conduire en propriétaire n'a que la détention précaire du logement et ne peut pas prescrire la propriété de celui-ci.

Ce caractère intentionnel pose encore ici un problème de qualification. S'il est absent, il n'y a pas possession. Serait-ce alors un acte juridique ? Il a été avancé que la possession constituait un droit réel, puis un droit personnel⁶⁶. Selon les auteurs modernes, elle n'est qu'un simple fait juridique⁶⁷.

⁶¹ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, note 36, p. 29.

⁶² R. BOUT, *op. cit.*, note 47, p. 183.

⁶³ Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Les obligations — T. II — Le contrat*, 4^e éd., Paris, Litec, 1993, p. 783.

⁶⁴ De plus, on note en France un certain relâchement dans l'exigence de la volonté comme condition à la gestion d'affaires : Alain BENABENT, *Droit civil — Les obligations*, 2^e éd., 1989, Paris, Montchrestien, p. 171; Cass. civ. 1^{re}, 16 novembre 1955, J.C.P. 1955.II.9087, note Esméa; Encyclopédie Dalloz — Gestion d'affaires, n° 33 et suiv.

⁶⁵ Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Les Biens*, 8^e éd., par François CHABAS, Paris, Montchrestien, 1994, p. 194.

⁶⁶ Voir Jurisclasseur, Art. 2228 à 2235, Fasc. E, Possession par R.

La possession est une situation de fait à laquelle le droit attache des conséquences juridiques. En ce sens, elle est un acte-condition. Ici encore, cette catégorie pose problème. Pour Gounot, la possession est clairement un fait juridique puisque le contenu des effets est imposé par le droit objectif. Dans la théorie classique, à l'instar de la gestion d'affaires et des autres actes-conditions, la nature peut varier selon que l'auteur a, ou non, connaissance et volonté d'acquérir la propriété. Un auteur est d'ailleurs toujours d'avis que, de fait juridique, la possession devient un acte juridique lorsqu'elle permet d'acquérir la propriété⁶⁸.

Appliquant son critère, Martin de la Moutte conclut qu'il s'agit d'un fait juridique⁶⁹. L'intention impérativement requise n'est que matérielle, on doit vouloir posséder comme un propriétaire. La volonté d'obtenir la propriété n'est pas requise. Elle peut exister comme elle peut manquer. Si le possesseur est de bonne foi, se croyant déjà propriétaire, il ne peut vouloir le devenir. Or, la prescription jouera tout de même son rôle acquisitif. Puisque l'intention de créer des effets de droit n'est pas nécessaire, la possession demeure un fait juridique dans tous les cas. Le droit positif français penche d'ailleurs vers cette solution, les tribunaux soumettant la possession aux règles de preuve des faits juridiques⁷⁰.

Ces deux exemples d'actes-conditions, qui pouvaient paraître intuitivement faciles à trancher, montrent l'efficacité du critère retenu. D'application objective et aisée, il permet d'obtenir un résultat sans mouvance. Ce sont deux exemples de cas classiques dont parlait Hauser dans sa thèse. Cependant, il ne sera pas toujours aussi aisé d'arriver à une solution.

ORTSCHEIDT.

⁶⁷ Jean CARBONNIER, *Droit civil — Les Biens*, 15^e éd., Paris, PUF, 1992, p. 228; F. TERRÉ, *op. cit.*, note 26, p. 230; Philippe JESTAZ, « Prescription et possession en droit français des biens », D.1984.chr.27.

⁶⁸ Encyclopédie Dalloz — Acte, n° 30.

⁶⁹ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, note 36, p. 28.

⁷⁰ Encyclopédie Dalloz — Preuve, n° 240.

B. Les limites du critère retenu

Deux notions continuent de poser des problèmes quant à leur nature juridique. Elles ont toutes deux été discutées par Martin de la Moutte dans sa thèse, mais ses solutions n'ont pas clos le débat. Il s'agit de l'offre (1) et du paiement (2). Nous les abordons successivement.

1. L'offre de contracter

L'offre est une manifestation de volonté visant la préfiguration d'une situation contractuelle à venir⁷¹. En tant qu'expression d'une volonté et étape dans l'élaboration d'un acte juridique bilatéral, sa qualification n'est pas simple⁷². De plus, l'offre n'est pas une notion uniforme : elle peut être avec ou sans délai.

Afin de pouvoir qualifier la nature juridique de l'offre, il faut en un premier temps en connaître les effets. Se pose alors la question de la libre révocation de l'offre avant son acceptation⁷³. Si l'offre est assortie d'un délai, l'article 1390 C.c.Q. prévoit que l'auteur ne peut la révoquer avant l'expiration de celui-ci. La même solution existe en France⁷⁴. Par ailleurs, lorsque l'offre n'est pas assortie d'un délai, celle-ci, aux termes de l'article 1390 C.c.Q., est librement révocable tant que l'offrant n'a pas reçu l'acceptation. En France, la solution inverse a été retenue, et l'offre sans délai doit être conservée le temps nécessaire au bénéficiaire pour y répondre⁷⁵. C'est cette « obligation » de conserver l'offre pendant un certain délai qui rend sa qualification difficile, car, considérée en elle-même, l'offre « n'a aucune efficacité

⁷¹ Jean-Luc AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., p. 14.

⁷² Encyclopédie Dalloz — Acte, n° 23. Voir pour l'acceptation J.-L. AUBERT, *op.cit.*, note 71, p. 307 (pour lui, il s'agit d'un fait juridique).

⁷³ Sur le principe de libre révocation : Civ. 1^{re} 13 janvier 1984, B.C.I. n° 193.164; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations — Le contrat : La formation*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J. 1993, p. 271; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, note 63, p. 24; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. VI, Les obligations*, 1^{re} partie, 2^e éd., par Paul ESMEIN, Paris, L.G.D.J., 1952, p. 152.

⁷⁴ Roger NERSON, « La volonté de contracter », dans *Mélanges Roger Secrétan*, Montreux, Corbaz, 1964, p. 213.

⁷⁵ J. GHESTIN, *op. cit.*, note 73, p. 276. Voir pour le droit québécois l'opinion du professeur POPOVICI, *op. cit.*, note 16, pp. 399 et 400.

juridique, elle apporte seulement une modification de pur fait à la situation préexistante, elle informe le destinataire qu'un contrat est possible (...) »⁷⁶. Vu cet état de fait, tout a été dit et proposé à ce sujet. Nous verrons sommairement les différentes thèses qui ont été avancées (a et b), pour tenter ensuite une synthèse (c).

a. L'offre est un acte juridique

Selon cette position, deux hypothèses ont été proposées : l'offre est un acte juridique bilatéral (avant-contrat) (i) et l'offre est un engagement unilatéral de volonté (ii).

i. L'offre est un avant-contrat

Nous devons à Demolombe cette théorie⁷⁷. Pour lui, lorsque l'offre est assortie d'un délai, qui peut être implicite, il y a formation d'un avant-contrat avec le bénéficiaire. L'offre étant à l'avantage exclusif de ce dernier, son silence vaut acceptation. L'offre est alors un acte juridique bilatéral. Cette thèse a été fortement critiquée, particulièrement sur le caractère fictif de la rencontre de volonté⁷⁸. Elle n'est plus que rarement soutenue⁷⁹.

ii. L'offre est un engagement unilatéral de volonté

Certains auteurs font de l'offre un acte juridique unilatéral et, de ce fait — l'offre créant dans certains cas des obligations —, un engagement unilatéral de volonté — acte juridique unilatéral par lequel l'auteur s'oblige à sa propre charge par sa seule volonté⁸⁰.

⁷⁶ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, note 36, p. 35.

⁷⁷ G. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou obligations conventionnelles*, 3^e éd., t. 1, Paris, Cosse, Marchal et Billard, 1863, p. 62.

⁷⁸ R. NERSON, *loc. cit.*, note 74, 213; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 73, p. 272.

⁷⁹ H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 6, p. 335. Certes, il peut y avoir, dans certains cas et selon les circonstances, existence d'un véritable avant-contrat, c'est alors une promesse de contrat.

⁸⁰ Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 225. Voir sur cette notion WORMS, *De la volonté unilatérale envisagée comme une source d'obligations*, th., Paris, 1891; ELIAS, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, th., Paris, 1909; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, note 36, p. 363 et suiv.; Marie-Laure IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix, 1989.

Cette notion, élaborée par Siegel, juriste autrichien, ne fait pas l'unanimité, tant au Québec qu'en France. Elle est souvent perçue comme fautive et inutile.

Sur la fausseté, il est d'une part avancé que si la volonté d'une seule personne peut créer des obligations et lier son auteur, la même volonté devrait également pouvoir le délier. Cette critique, *a priori*, est d'autant plus convaincante qu'elle est elle-même prônée par les défenseurs de l'autonomie de volonté. Elle attaque, par conséquent, la force de l'obligation créée et laisse présager un danger pour la sécurité des transactions. Elle ne constitue tout de même pas un argument déterminant contre la théorie de l'engagement unilatéral, la même critique pouvant être opposée à l'obligation contractuelle, « si l'on fonde celle-ci sur la seule volonté du contractant ». Le respect de la parole donnée constitue en effet un problème, qu'elle se situe dans le cadre d'un engagement unilatéral de volonté ou d'un contrat⁸¹. Ce sont les règles sanctionnant l'inexécution de l'engagement unilatéral qu'il faudrait alors élaborer.

On oppose d'autre part à cette notion l'argument qu'il pourrait y avoir une obligation sans créancier, celui-ci n'étant même pas informé de sa « créance »⁸². Cette critique fait abstraction de la possibilité que le créancier soit indéterminé au moment de la manifestation de volonté, tel qu'il en est dans le cas de la stipulation pour autrui⁸³. Pourquoi cela serait-il impossible dans le seul cas de l'engagement unilatéral de volonté ? Sur le plan théorique, il n'est donc pas certain que cette théorie soit nécessairement fautive⁸⁴.

C'est toutefois sur le plan de l'opportunité juridique que la théorie de l'engagement a subi les plus grandes critiques. Elle semble être une notion inutile et dangereuse.

⁸¹ J.M. DE LA MOUTTE, *op. cit.*, note 36, p. 266.

⁸² *Id.*, p. 267.

⁸³ Alfred RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, t. 19, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., p. 448; *Encyclopédie Dalloz Droit civil*, t. 2, Paris, Dalloz, 1951, sous « engagement unilatéral de volonté ».

⁸⁴ Les auteurs ne s'entendent pas sur ce sujet : J.M. de la MOUTTE, *op. cit.*, note 36, p. 270 est d'avis qu'il s'agit là d'une théorie fautive; A. RIEG, *op. cit.*, note 83, p. 448 est d'avis qu'elle n'est pas théoriquement fautive, mais inutile en pratique.

Dangereuse, parce que cette reconnaissance de la volonté unilatérale créatrice d'obligations risque de donner naissance à des engagements sans considération. À une époque où le législateur se fait de plus en plus protecteur, il serait anachronique de reconnaître l'engagement unilatéral. Inutile aussi, car il est généralement possible de justifier l'existence de l'obligation par une autre source que celle de l'engagement unilatéral de volonté⁸⁵.

Dans la doctrine moderne, les tenants de cette théorie, voyant ses dangers inhérents, insistent sur le caractère exceptionnel de l'utilisation de l'engagement unilatéral et posent trois conditions pour qu'une volonté unilatérale soit créatrice d'obligations.

Premièrement, la volonté de créer des obligations doit être certaine et réfléchie⁸⁶. Cette condition n'est certes pas propre à l'engagement unilatéral de volonté puisqu'elle doit exister également en matière contractuelle. Par ailleurs, puisqu'il s'agit d'une manifestation de volonté unique, il faut s'assurer avec d'autant plus de rigueur qu'elle est réelle et sérieuse.

La deuxième condition est que la création de l'obligation ne peut être issue d'une autre source⁸⁷. Par conséquent, la notion d'engagement unilatéral devient subsidiaire et ne sera reconnue qu'en dernier recours.

Enfin, et c'est le corollaire de la précédente, la création d'obligation doit être socialement nécessaire⁸⁸.

Malgré ce débat sans fin, plusieurs auteurs expliquent le caractère contraignant de l'offre par la théorie de l'engagement unilatéral de volonté⁸⁹. La jurisprudence française semble également

⁸⁵ Voir pour des analyses exhaustives sur cette question : J.M. de la MOUTTE, *op. cit.*, note 36, p. 270 et suiv.; A. RIEG, *op. cit.*, note 83, p. 449 et suiv.

⁸⁶ Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations — L'acte juridique*, 6^e éd., Paris, Armand Colin, 1994, p. 382.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 315; A. POPOVICI, *op. cit.*, note 16, p. 397; Jean-Luc AUBERT, dans sa thèse, élabore une théorie dualiste de l'offre : celle avec délai et à personne déterminée, qu'il appelle pollicitation, est un engagement unilatéral, tandis que celle sans délai est un fait juridique, *op. cit.*, note 71, p. 158 et suiv. et particulièrement p. 177. Voir du même avis Christian LARROUMET, *Droit civil — t. III — Les obligations — Le contrat*, 2^e éd., Paris, Economica,

reconnaître cette nature à l'offre, particulièrement lorsqu'elle est assortie d'un délai explicite. Concernant l'offre sans délai, la jurisprudence française semble plutôt opter pour le fait juridique⁹⁰.

b. L'offre est un fait juridique

Les tenants de cette position ont proposé que le retrait de l'offre puisse constituer une faute, soit s'il y a délai explicite soit en cas de retrait intempestif. La loi ou le juge détermine alors les effets de droit. On a objecté à cette thèse que, pour retenir la faute, il doit y avoir à la base obligation, ce que les tenants de cette position rejettent⁹¹.

En fait, cette critique peut facilement être réfutée dans la mesure où l'offrant, particulièrement s'il indique un délai, abuse de la confiance du tiers en retirant son offre prématurément et viole ainsi son devoir de ne pas nuire à autrui.

Une autre explication a été proposée afin de répondre à cette critique : l'abus de droit. L'auteur d'une offre se voit reconnaître la possibilité de la retirer en tout temps, mais celui-ci ne peut abuser de ce droit de retrait. Cette thèse est celle qu'a soutenue Martin de la Moutte tant pour l'offre avec délai que pour celle sans délai. Pour lui, l'offre est un fait juridique, car « elle ne comporte pas le minimum d'efficacité nécessaire »⁹² pour être un acte juridique. L'offrant a fait naître, dans l'esprit du bénéficiaire, l'espoir d'un contrat ; il ne peut alors pas violer cette espérance sans dédommager le bénéficiaire de l'offre du préjudice qu'il lui a causé. Au soutien de sa position, il précise que les tribunaux français n'accordent pas la formation du contrat, mais seulement

1990, p. 90.

⁹⁰ J. GHESTIN, *op. cit.*, note 73, p. 273. Également, la Cour de cassation a déjà admis que l'engagement puisse être implicite et, par conséquent, sans délai exprès (*id.*, p. 274). Cela va, par conséquent, à l'encontre de la théorie dualiste qui ne considère comme acte juridique unilatéral que l'offre avec délai explicite.

⁹¹ J. GHESTIN, *op. cit.*, note 73, pp. 275 et 276; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1, Les sources, 2^e éd., 1988, pp. 109 et 110; Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1956, p. 133 : « En somme, ce qui oblige le sollicitant, ce n'est pas l'offre elle-même mais le retrait fautif de l'offre ».

⁹² J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, note 36, p. 296.

des dommages-intérêts et que l'offre devient caduque au décès de son auteur⁹³.

c. Essai de synthèse

Il n'est pas facile de trancher entre ces différentes thèses. L'étude de Martin de la Moutte est certes séduisante, particulièrement de par son résultat, qui permet une vision moniste de la nature de l'offre, contrairement à celle du professeur Aubert ou à ce que semble admettre la jurisprudence française. Par ailleurs, il apparaît que Martin de la Moutte n'utilise pas le critère qu'il a lui-même élaboré. Il est vrai que l'aspect protéiforme de l'offre rend difficilement appréciable la nécessité et le rôle qu'y joue la volonté. Il nous semble que cela soit cependant possible. L'auteur, qui ne pose pas de délai à son offre, peut tout de même être contraint, en droit français, à payer des dommages-intérêts s'il la retire intempestivement. Bien qu'il n'ait pas eu la volonté de s'imposer des obligations, il sera tenu. L'offre sans délai semble alors être un fait juridique, la volonté n'étant pas *nécessaire*. Celui qui assortit son offre d'un délai peut également ne pas vouloir s'engager à garder cette offre, mais simplement poser une limite à son acceptation. Même sans cette volonté, il devra dédommager le bénéficiaire. En dernière analyse, il s'agit encore là d'un fait juridique.

Nous admettons que ces arguments puissent ne pas être décisifs. Il faut alors plutôt se rattacher à une étude pragmatique de la question comme l'a fait Martin de la Moutte. Ainsi, le droit positif semble faire de l'offre un fait juridique. En effet, la jurisprudence et la doctrine françaises (ainsi d'ailleurs que l'article 1391 C.c.Q.), reconnaissent que l'offre non parvenue au destinataire peut être librement révoquée même si elle est assortie d'un délai, ce qui ne serait pas le cas pour un engagement unilatéral qui naît par la seule volonté de l'auteur⁹⁴. De plus, les tribunaux français ne sanctionnent le retrait de l'offre que par des dommages-

⁹³ *Id.*, p. 289 et suiv.

⁹⁴ À moins que l'on fasse de l'offre un acte réceptice. Dans ce cas, nous ne sommes plus éloignés de la théorie de l'avant-contrat. Voir J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, note 36, p. 191; Michel COIPEL, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », (1980) 34 *Rev. crit. de jur. bel.* 65, 83; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 73, p. 270.

intérêts⁹⁵ et soumettent la preuve de celle-ci aux règles des faits juridiques⁹⁶.

Enfin, la question de la caducité de l'offre lors du décès de l'auteur est d'une importance majeure pour la qualification de la nature juridique de celle-ci. Martin de la Moutte, constatant que l'offre meurt avec l'auteur, en fait un de ses arguments décisifs. La Cour de cassation est, par ailleurs, revenue sur ce principe en 1983 pour ensuite retourner à l'ancien principe (caducité) en 1989, dans un arrêt peu convaincant⁹⁷. L'incertitude sur cette question ne peut être que néfaste pour notre sujet. Si l'offre devient caduque lors du décès de l'auteur, il ne semble alors plus y avoir de raison d'en faire un acte juridique qui devrait subsister au décès et être transmise aux héritiers.

La situation au Québec au lendemain de l'entrée en vigueur du nouveau Code est sensiblement différente. Le législateur, sans avoir spécifiquement réglé le problème de la nature juridique de l'offre, a fourni certains éléments nouveaux. En un premier temps, il est prévu que l'offre sans délai est librement révocable. Cette offre ne crée ainsi aucune obligation et, à notre avis, ne peut recevoir *qu'au mieux* la qualification de fait juridique puisqu'elle ne change pas réellement la situation juridique. Elle informe simplement le bénéficiaire sur la possibilité qu'il y ait un contrat, et, en ce sens, elle ne comporte pas l'efficacité suffisante pour être un acte juridique. Pour ce qui est de l'offre avec délai, il nous semble que le recours à la théorie de l'engagement unilatérale de volonté (ce qui serait nécessaire si on faisait de l'offre un acte juridique puisqu'elle crée des obligations) est inutile, contrairement à la France, pour justifier le caractère obligatoire de ce délai, l'article 1390 C.c.Q. le prévoyant expressément. Également, l'article 1392 C.c.Q., qui prévoit la caducité de l'offre en cas de

⁹⁵ F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 9, p. 92.

⁹⁶ Encyclopédie Dalloz — Preuve, n° 224.

⁹⁷ Principe antérieur à 1983, voir : Cass.soc. 14 avril 1961, J.C.P. 1961.II.12260. Arrêt du 9 novembre 1983 : 3^e civ. D. 1984.i.r.174; Arrêt du 10 mai 1989 : 3^e civ., D. 1990.II.365, note Virassamy; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 73, p. 279 et suiv.; Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil — Les obligations*, Paris, Cujas, 1993-1994, p. 213; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 9, p. 94 (qui insistent sur l'importance de cette matière sur la qualification de l'offre. Constatant que l'offre devient caduque avec la mort de l'offrant, les auteurs sont d'avis que l'offre n'est pas un engagement unilatéral).

décès, de faillite ou d'incapacité du bénéficiaire ou de l'offrant, tend à faire de celle-ci un fait juridique, à moins, ce qui est loin d'être évident, de considérer que toute offre est faite *intuitu personae*. Nous serions alors tentés de faire de l'offre, dans tous les cas, un fait juridique, mais, nous l'avouons, cette tentation n'est que par défaut de pouvoir en faire un acte juridique et par obligation de classer cette notion dans une des deux catégories.

Il reste néanmoins, et c'est ce qui nous importe dans le cadre de cet article, que le critère retenu fait apparaître ses premières insuffisances en ce qu'il ne permet que partiellement d'établir une nature juridique à la notion d'offre. L'étude de cette notion doit se faire de façon pragmatique.

2. Le paiement

Le paiement « est un mode d'extinction de l'obligation par son exécution »⁹⁸. C'est l'exécution d'un acte juridique déjà formé. On le rend effectif en donnant satisfaction au créancier. Nous nous retrouvons alors à la seconde phase du contrat : l'offre contribuait à sa formation, le paiement contribue à son exécution. À l'instar de l'offre, la nature du paiement cause un problème de qualification particulièrement aigu. Tout a été dit, tout a été proposé. Nous ferons un rapide survol des différentes thèses en présence, soit l'acte juridique (a) et le fait juridique (b), pour tenter ensuite une synthèse (c).

a. Le paiement est un acte juridique

La doctrine majoritaire est d'avis que le paiement est un acte juridique conventionnel, l'accord du créancier étant nécessaire afin de vérifier la conformité de l'exécution avec l'obligation elle-même⁹⁹. Une convention intervient alors entre le *solvens* et l'*accipiens* et, par conséquent, les deux parties doivent avoir la

⁹⁸ N. CATALA, *op. cit.*, note 29, p. 329.

⁹⁹ Voir la liste des tenants de cette solution dans N. CATALA, *id.*, p. 161; F. TERRE, P. SIMLER et Y LEQUETTE, *op. cit.*, note 9, p. 921; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Les obligations, t. 2, Le régime*, par Philippe JESTAZ, Paris, Sirey, 1989, p. 78.

capacité de contracter¹⁰⁰. C'est la solution que retient Martin de la Moutte dans sa thèse.

Pour lui, cette solution s'impose sans nul doute pour le paiement des obligations de faire et de ne pas faire. Quant aux obligations de donner, la solution paraît moins évidente. Pour conclure à la nature conventionnelle, il examine les mécanismes de l'imputation et des offres réelles. Après avoir démontré qu'il y a également dans ces institutions accord entre le *solvens* et l'*accipiens*, il conclut à la nature conventionnelle et moniste du paiement¹⁰¹.

En Italie, un auteur a défendu la thèse selon laquelle le paiement est un acte juridique unilatéral, seul le débiteur devant avoir la volonté de créer des effets de droit, soit l'exécution (et l'extinction) de son obligation. Pour cet auteur, la volonté du débiteur est suffisante mais nécessaire ; si elle vient à manquer, il n'y a pas paiement, mais simplement « satisfaction fortuite » du créancier. Ce dernier, quant à lui, n'exprime pas de volonté, il est un sujet passif¹⁰².

Cette thèse n'était pas soutenue en France. Récemment, un auteur l'a reprise¹⁰³. Pour ce dernier, il est clair que le paiement ne peut pas être une convention, le consentement du créancier n'étant pas nécessairement exigé. Par ailleurs, celui du débiteur étant toujours requis¹⁰⁴, le paiement ne peut pas être un fait juridique. Lorsque le créancier participe au paiement, l'acte juridique se « bilatéralise ». Mais il s'agit alors d'un second acte juridique s'ajoutant au premier, simplement pour constater le

¹⁰⁰ C'est ce que semble reconnaître le Code civil français aux articles 1238 et 1241. Voir pour le Québec les articles 1556 et 1558 C.c.Q. (J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 80, p. 479 et suiv.; J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 89, p. 387 et suiv.)

¹⁰¹ Voir J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, note 36, p. 56 et suiv. Il est à noter que l'auteur tient pour acquis, dès le début, que le paiement est un acte juridique. Il ne discute alors que du caractère unilatéral ou bilatéral de celui-ci.

¹⁰² Giuseppe ANDREOLI cité par N. CATALA, *op. cit.*, note 29, p. 202 et suiv.

¹⁰³ A. BENABENT, *op. cit.*, note 64, p. 310 et suiv. Au Québec voir A. POPOVICI, *op. cit.*, note 16, p. 256 et suiv. (pour lui, le paiement peut être dans certains cas un acte juridique unilatéral).

¹⁰⁴ Sauf pour la compensation légale, qui n'est pas un paiement, mais un mode autonome d'extinction : A. BENABENT, *op. cit.*, note 64, n° 590.

caractère satisfaisant du paiement et renoncer à la contestation¹⁰⁵.

b. Le paiement est un fait juridique

À contre-courant, Mme Catala, constatant l'objectivation du paiement, a proposé une thèse où elle développe, à l'aide du critère de Martin de la Moutte¹⁰⁶, le caractère de fait juridique du paiement. Nous tenterons de résumer en quelques lignes cette thèse très dense. L'auteur divise le paiement en deux caractéristiques : l'exécution (objet) (*i*) et l'extinction (but) (*ii*) de l'obligation.

i. L'exécution

Elle correspond à l'exécution matérielle de l'obligation. Elle se présente en obligation de faire, de ne pas faire ou de donner.

L'exécution de l'obligation de ne pas faire constitue pour Mme Catala un véritable paiement qui est, généralement, un simple fait matériel¹⁰⁷. Pour ce qui est de l'exécution de l'obligation de faire, celle-ci est, toujours selon Mme Catala, un fait juridique¹⁰⁸.

Enfin, quant à l'exécution de l'obligation de *dare*, elle constitue un acte juridique, car le geste du débiteur, « dissocié de l'obligation qu'il éteint, constitue en lui-même un acte juridique puisqu'il modifie les droits de chacun »¹⁰⁹. Pris dans son aspect matériel, le paiement varie donc de nature selon l'obligation à effectuer.

ii. L'extinction

C'est le but du paiement : éteindre la dette par l'exécution et la satisfaction du créancier, rendre matérielles les prévisions contractuelles des deux parties. Mme Catala débute son étude en

¹⁰⁵ Ce qui rappelle l'acceptation de la chose livrée et la justification du bref délai pour la dénonciation des vices cachés (art. 1648 C.civ.fr.; art. 1739 C.c.Q. — délai raisonnable.).

¹⁰⁶ N. CATALA, *op. cit.*, note 29, p. 31.

¹⁰⁷ Qui dans certains cas peut devenir un fait juridique : *id.*, p. 45.

¹⁰⁸ *Id.*, p. 63 et suiv. Que l'obligation en soit une de délivrance (p. 96), l'exécution d'un fait matériel (p. 63), ou celle d'une promesse de contrat (p. 86).

¹⁰⁹ *Id.*, p. 107.

mettant de côté certaines conventions particulières qui peuvent aboutir à l'extinction, tels le paiement partiel ou le paiement par un tiers. Pour l'auteur, ce sont là des cas particuliers avec lesquels il ne faut pas confondre le paiement régulier.

Pour Mme Catala, la volonté du créancier n'intervient pas dans le paiement. « Une fois accomplie, l'effet extinctif du paiement qui lui est attaché intervient automatiquement. Il ne serait pas au pouvoir du créancier à qui a été fait un paiement régulier d'empêcher la disparition de la dette »¹¹⁰. De plus, le mécanisme des offres réelles permettant le paiement contre le gré du créancier, confirme que la thèse de l'acte conventionnel ne peut être retenue¹¹¹.

Pour Mme Catala, le paiement ne peut pas non plus être un acte juridique unilatéral. La volonté du débiteur de voir s'éteindre l'obligation n'est pas nécessaire. Cet effet est automatique par l'application de la loi. Si la prestation matérielle est régulière, il y aura paiement et ce, même si l'exécution a été involontaire¹¹². L'auteur prend pour preuve le mécanisme de la compensation légale, qui produit un paiement par le seul effet de la loi, sans le consentement du débiteur¹¹³.

Ni la volonté du créancier, ni la volonté du débiteur n'étant nécessaire au paiement, celui-ci est, vu de son aspect extinctif, un fait juridique. Pour Mme Catala, la nature du paiement est, par conséquent, complexe :

*En attachant à la prestation un effet extinctif, l'obligation ne transforme pas la nature propre à celle-ci, mais en quelque sorte l'ajoute : vue sous l'angle de l'exécution, la prestation est soit un fait, matériel ou juridique, soit un acte juridique, vue sous l'angle de l'extinction de l'obligation, elle est toujours un fait juridique.*¹¹⁴

c. Essai de synthèse

Nous constatons, une fois encore, que l'intégration d'une notion dans l'une ou l'autre des catégories n'est pas chose aisée.

¹¹⁰ *Id.*, p. 195.

¹¹¹ *Id.*, p. 196 et suiv.

¹¹² *Id.*, pp. 218 et 243.

¹¹³ *Id.*, p. 243.

¹¹⁴ *Id.*, p. 240.

Dans le cas du paiement, à l'instar de celui de l'offre, tout a été avancé : acte juridique unilatéral, acte conventionnel et fait juridique. Certains auteurs en font même une notion hybride, niant ainsi le caractère de *summa divisio* de la classification¹¹⁵. Ce qui nous rend particulièrement perplexe suite à l'étude de la qualification du paiement est que Mme Catala, en utilisant le critère de Martin de la Moutte, arrive à une conclusion inverse de ce dernier. Cela montre combien tant le critère retenu que la classification elle-même sont aléatoires et ambigus.

La thèse de Mme Catala a été saluée par les auteurs pour sa force et son originalité, mais n'a tout de même pas convaincu¹¹⁶. Il en fut de même dans la jurisprudence française¹¹⁷. Il lui a été particulièrement reproché de ne pas reconnaître le rôle essentiel de la volonté du débiteur. L'*actus intellectus* du débiteur est nécessaire¹¹⁸, la seule exception à ce principe étant le cas du paiement forcé. La doctrine est d'avis que cela n'est pas important dans la mesure où, par définition, il n'y a alors pas de problème de preuve¹¹⁹.

Si ce dernier argument est incontestablement valable d'un point de vue pratique, il n'est pas satisfaisant au plan théorique. Nous ne pensons pas, par ailleurs, que ce seul exemple fasse du

¹¹⁵ P. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, note 89, p. 539; GOUNOT, cité dans J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, note 36, p. 57.

¹¹⁶ G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 92, p. 178. Un auteur, utilisant également le critère de Martin de la Moutte, a souscrit à la thèse de Mme Catala : Jurisclasseur — art. 1235 à 1248 — Fasc. 1 — Paiement, n° 11 et suiv. Il peut paraître, par ailleurs, qu'il soit moins difficile conceptuellement de qualifier le paiement de fait juridique que l'offre.

¹¹⁷ Encyclopédie Dalloz — Preuve, n° 222 et suiv.; J.GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, note 28, p. 639 et suiv., F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 9, p. 949; Civ. 3^e, 4 déc. 1974, J.C.P. 1975.IV.27; Civ. 1^{re}, 15 décembre 1982, B.C.I.365.314. *Contra* : Civ. 1^{re}, 2 février 1966, J.C.P.II.14841, note Catala-Franjou. Mme Catala, dans son commentaire, soumet l'opinion que cet arrêt corrobore la thèse que le paiement est un fait juridique, puisque la Cour de cassation n'a pas exigé de preuve écrite. Les faits particuliers de l'espèce (prêt entre amis, l'héritier du débiteur argumentant que la dette avait été payée) laissent plutôt croire que le jugement a été rendu sur l'impossibilité d'obtenir une preuve écrite (art. 1348 C.civ.fr.).

¹¹⁸ A. BENABENT, *op. cit.*, note 64, n° 565; Boris STARK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Les obligations, t.3, Régime général*, 4^e éd., Paris, Litec, 1992, p. 108.

¹¹⁹ *Id.*, p. 108.

paiement un fait juridique. En fait, ce cas en est un de non-paiement, d'inexécution contractuelle. Le droit objectif, par la voie du juge, doit intervenir pour forcer ce paiement. Il ne s'agit pas là d'un argument pour nier le rôle de la volonté du débiteur dans le paiement, mais d'une illustration du rôle et de l'emprise du droit objectif sur le contrat.

Nous ne pensons par ailleurs pas que le paiement soit nécessairement une convention. Il peut certainement l'être si le créancier consent au paiement. Ce peut alors être une convention déclarative¹²⁰. Il ne nous apparaît de toute façon pas inadmissible qu'il y ait une dualité entre acte juridique unilatéral et acte juridique conventionnel, ces deux notions appartenant à la même famille et ayant des conditions de validité similaires.

*

* *

Nous écrivions dans notre introduction que les notions fondamentales du droit sont souvent les plus grises. Nous en avons une illustration convaincante à propos de la distinction entre acte et fait juridiques. D'apparence évidente et simple, cette classification comporte de lourdes difficultés, particulièrement pour le choix d'un critère aisé d'application et certain de résultat. Nous avons opté dans notre première partie pour le plus récent des critères qui, rappelons-le, exige que la volonté soit dirigée vers les effets de droit et qu'elle soit nécessaire à la création de ceux-ci. **A priori**, il se voulait efficace et simple. Nous l'avons constaté pour certaines notions, telles la gestion d'affaires et la possession. Il donnait alors des résultats stables et logiques.

Une fois appliqué à l'offre, nous avons constaté qu'il n'était pas suffisant. Nous avons alors dû effectuer une étude plus pragmatique de la notion pour tenter d'obtenir une solution.

Pour ce qui est du paiement, l'application de ce même critère a donné à différents auteurs le support pour proposer toutes les solutions possibles, que ce soit l'acte juridique conventionnel, unilatéral ou le fait juridique.

¹²⁰ G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 92, p. 178.

Dans ces deux cas, nous avons eu à faire face à quatre thèses et, dans ces deux cas, nous avons rejeté celles qui optaient pour une nature hybride, chassant ainsi le caractère de *summa divisio* de la classification. Pour notre part, ces résultats sont les pires auxquels nous puissions arriver.

Ceci n'est par ailleurs pas surprenant. Nous avons constaté une convergence continue entre le fait et l'acte juridique. Cette distinction qui, historiquement puisait sa raison d'être dans la dichotomie entre la volonté et la loi comme source d'obligations, perd, par implication nécessaire, de son sens lorsque cette dichotomie s'estompe et lorsque l'on réalise que la volonté prend son pouvoir créateur dans la loi. La recherche d'un critère puis l'échec apparent de celle-ci doivent alors nous faire remettre en question la classification même d'acte et de fait juridique. Si dans l'introduction de cet article nous écrivions que le problème qui nous intéressait était en aval de la classification, nous terminons cette étude en remettant en question l'utilité et l'exactitude, en amont, de celle-ci.